ARNOLDI VINNII I. C.

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS.

TOMUS PRIMUS.

Apunte 36
Sevilana 1.ª
Vol 3

ARNOLDI VINNII I.C.

IN QUATUOR LIBROS

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

ACADEMICUS ET FORENSIS.

EDITIO NOVA

IN USUM HISPANÆ IUVENTUTIS ADORNATA

In qua Auctoris textus ad Batavicar. Edd. fidem exhibetur: Græca Latio donatur: Patrii Iuris fontes, tum Ius ipsum & receptæ de eo in praxi DD. Hispanorum opiniones singulis quibusque §§. indicantur atque exponuntur.

TOMUS PRIMUS.

BIBLIOTECA PROVINCIAL SORIA

SUPERIORUM PERMISSU
VALENTIÆ
Apud BENEDICTUM MONFORT Typogr.
MDCCLXXXVI.

REGIO SUPREMO CASTELLAE SENATUI

Redit ad Vos, SENATORES AMPLISSIMI, id est ad arcem Iuris & Iustitiae, Commentariorum Arnoldi Vinnii in quatuor Imperatoris Iustiniani Institutionum libros opus auspiciis Vestris coeptum & absolutum; redit autem ditiore atque honestiore cultu, postquam Auctorem Hispana togâ & Civitate donare Vobis placuit. Et sane debebatur haec honoris accessio Manibus Viri in eo studii genere summi, sub quo universa pene Hispaniae pubes Romani Iuris tirocinium posuit: debebatur item publicis Scholarum ac Studiosorum votis, & maxime decori CELSITUDINIS VESTRAE ne rursum peregrinâ ut hactenus atque obsoleta veste conspectui Vestro sisteretur. Coniungendum erat praeterea atque amico foedere sociandum cum Patrio Romani Iuris studium, novâque aliqua ratione iacenti in Scholis nostris domesticarum Legum disciplinae succurrendum, quum vetera de eo placita dudum exolevissent. Atque hoc praecipuum Vobis fuisse intellexi, quum proposito huius editionis consilio continuo ipsi assensum & propemodum acclamatum fuit; immo

etiam

etiam delectus ex Amplissimo Ordine Vestro qui instaret operi, & in eam potissimum curam incumberet, ut de cetero Adolescentes nostri eâdem opera, atque uno ut ita dicam haustu Patrii ac Romani Iuris notitiam ebiberent. Nempe hoc Vestrarum partium erat, PATRES PROVIDENTISSIMI, *quos non intentos modo sed publicis etiam commodis devotos nôrunt omnes; me vero quod in huius saluberrimi incoepti partem admiseritis, propositique Vestri ministrum elegeritis, ut mihi honestissimum est, ita sine ingenti grati animi significatione commemorare nequeo. Ac si Vestrûm, Vestrique similium, id est praestantium doctrina atque eruditione virorum votis conatus mei responderint, praeclare mecum actum esse intelligam, eumque omnium quotquot mihi obtingere unquam possint quaestum reputabo maximum.*

CELSISSIME SENATUS

Vester cultu & obsequio
Benedictus Monfortius

Typogr. Valent.

TYPOGRAPHUS LECTORI

Quo consilio & auspiciis novam hanc Commentariorum Arnoldi Vinnii in quatuor Imperatoris Iustiniani Institutionum libros Editionem aggressus sim, quidque in eadem adornanda praestiterim, quoniam utriusque nostrûm interest, Benigne Lector, opportunum hoc loco monere duxi. Vix dum superior eius operis editio prela nostra evaserat, quum ex perlatis ad me rumoribus & crebris amicorum querelis, sero tamen, intellexi plurima in eam irrepsisse menda, ad quae passim disciplinae Iuris tirones tamquam ad scopulos impacturi essent. Id ego quidem malum vehementer dolui, atque hoc maxime quod reverti nesciat semel emissa vox. Sed quoniam eius sarciendi nulla iam amplius spes supererat, de nova & quam fieri posset emendatissima eorumdem Commentariorum editione cogitare mecum occoepi, ut hac saltem ratione perpetuum demerendi tui studium posteris testaret, inustamque aliorum vitio typographicis operis meis notam eluerem. Commodúm autem per id tempus vir quidam optimus atque humanissimus cui me plurimum debere profiteor de maturanda quam animo praecepisse me noverat editione novus accessit monitor; apud quem quum Curatorum defectum caussarer (rari enim inter nostrates sunt qui in eam curam se demittere velint): nihil moratus ultroque ac libens eam provinciam ad se recepit; simul auctor mihi extitit, ut unum aliquem accirem non é Forensi trivio Pragmaticum, sed qui Patriae ac Romanae Themidis arcana intime scrutatus ea cum utriusque Antiquitatis cognitione coniungeret,

qui

qui Hispanas Leges Operi insereret iis praesertim locis quos Batavicae in aliis editionibus occupant: nimirum ut eâdem opera Adolescentes nostri & Romani Iuris peritiam plene haurire, & avita Maiorum Instituta primoribus saltem labris attingere, eorumque gustum aliquem praecipere possent.

Id postquam cumulate praestitum fuit, rem ad Supremum CastellaeSenatum deferre placuit, qui pro eo quo Litteras tuetur atque ornat studio Virum Eximium Petrum Perezium Valentem ex eodem Amplissimo Ordine Senatorem delegit, ut perpensis atque ad trutinam revocatis quae Cl. Bernardus Ioachimus Damvila Iurisconsultus Valentinus in Matritensi Regio Nobilium Ephebîo Iuris publici et Moralis Philosophiae Professor summa diligentia atque industria locupletandae editioni congesserat, atque iis maxime quae ex Patrio Iure in Batavicarum Legum vicem subroganda essent, quae sibi opportuna viderentur calculo suo comprobaret atque edenda permitteret, retento in reliquis integro Auctoris textu.

Utriusque igitur Clarissimi Duumviri operâ effectum, Benigne Lector, ut quam tibi sistimus Commentariorum Arnoldi Vinnii editio multo prae aliis auctior, et Hispanae Iuventutis usibus accommodatior é typis nostris prodeat; Curatorum autem diligentiâ, ut emaculatior, vel si eam cum Elzevirianis, Blaëviana, Ianssoniana, Vander-Aana commisseris. Praeterea chartae nitor et characterum elegantia facile tibi persuadebunt eam non in hunc finem procuratam ut Sosiis aera mereat, sed ut longum typographicis operis nostris aevum proroget. Vale.

IN-

INDEX

Rubricarum secundum Librorum & Titulorum ordinem.

Proœmium de confirmatione Institutionum.

LIBER I.

De Justitia & Jure. Titulus 1
De jure naturali gentium & civili. 2
De jure personarum. 3
De ingenuis. 4
De Libertinis. 5
Qui & ex quibus causis manumittere non possunt. 6
De lege fusia Caninia tollenda. 7
De his qui sui vel alieni juris sunt. 8
De Patria potestate. 9
De Nuptiis. 10
De Adoptionibus. 11
Quibus modis jus patriæ potestatis solvitur. 12
De Tutelis. 13
Qui Testamento tutores dari possunt. 14
De Legitima agnatorum tutela. 15
De Capitis deminutione. 16
De legitima patronorum tutela. 17
De Legitima parentum tutela. 18
De Fiduciaria tutela. 19
De Attiliano tutore, & eo qui ex Lege Julia & Titia dabatur. 20
De Auctoritate tutorum. 21
Quibus modis tutela finitur. 22
De Curatoribus. 23
De Satisdatione tutorum vel curatorum. 24
De Excusationibus tutorum vel curatorum. 25
De Suspectis tutoribus vel curatoribus. 26

LIBER II.

De Rerum divisione, & adquirendo ipsarum dominio. Titulus 1
De Rebus corporalibus & incorporalibus. 2
De Servitutibus rusticorum & urbanorum prædiorum. 3
De Usufructu. 4
De Usu & Habitatione. 5
De usucapionibus & longi temporis præscriptionibus. 6
De Donationibus. 7
Quibus alienare licet vel non licet. 8
Per quas personas cuique adquiritur. 9
De Testamentis ordinandis. 10
De Militari testamento. 11
Quibus non est permissum facere testamentum. 12
De Exheredatione liberorum. 13
De Heredibus instituendis. 14
De Vulgari substitutione. 15
De Pupillari substitutione. 16
Quibus modis testamenta infirmantur. 17
De Inofficioso testamento. 18
De Heredum qualitate & differentia. 19
De Legatis. 20
De Ademtione legatorum & translatione. 21
De Lege Falcidia. 22
De Fideicommissariis hereditatibus. 23
De Singulis rebus per fideicommissum relictis. 24
De Codicillis. 25

LI-

LIBER III.

De Hereditatibus quæ ab intestato deferuntur. Titulus 1
De legitima agnatorum successione. 2
De Senatusconsulto Tertylliano. 3
De Senatusconsulto Orficiano. 4
De Successione cognatorum. 5
De Gradibus cognationum. 6
De Servili cognatione. 7
De Successione libertorum. 8
De Asignatione libertorum. 9
De Bonorum possessionibus. 10
De Adquisitione per adrogationem. 11
De Eo cui liberalitatis causa bona addicuntur. 12
De Successionibus sublatis quæ fiebant per bonorum venditionem, & ex Senatusconsulto Claudiano. 13
De Obligationibus. 14
Quibus modis re contrahitur obligatio. 15
De verborum abligationibus. 16
De Duobus reis stipulandi & promittendi. 17
De Stipulatione servorum. 18
De Divisione stipulationum. 19
De Inutilibus stipulationibus. 20
De Fidejussoribus. 21
De Literarum obligationibus. 22
De Obligationibus ex consensu. 23
De Emtione-Venditione. 24
De Locatione-Conductione. 25
De Societate. 26
De Mandato. 27
De Obligationibus quæ quasi ex contractu nascuntur. 28
Per quasi personas obligatio adquiritur. 29
Quibus modis tollatur obligatio. 30

LIBER IV.

De Obligationibus quæ ex delicto nascuntur. Titulus 1
De Vi bonorum raptorum. 2
De Lege Aquilia. 3
De Injuriis. 4
De Obligationibus quæ quasi ex delicto nascuntur. 5
De Actionibus. 6
Quod cum eo qui in aliena potestate negotium gestum esse dicitur. 7
De Noxalibus actionibus. 8
Si quadrupedes pauperiem fecisse dicatur. 9
De His per quos agere possumus. 10
De Satisdati nibus. 11
De Perpetuis & temporalibus actionibus, & quæ ad heredes & in heredes transeunt. 12
De Exceptionibus. 13
De Replicationibus. 14
De Interdictis. 15
De Pœna temere litigantium. 16
De Officio Judicis. 17
De Publicis judiciis. 18

ARNOLDI VINNI J.C.

IN LIBRUM PRIMUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS

ACADEMICUS ET FORENSIS.

PROOEMIUM

De Confirmatione Institutionum.

IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU-CHRISTI.

IMPERATOR CÆSAR FLAVIUS JUSTINIANUS, ALEMANICUS, GOTTHICUS, FRANCICUS, GERMANICUS, ANTICUS, ALANICUS, VANDALICUS, AFRICANUS, PIUS, FELIX, INCLYTUS, VICTOR AC TRIUMPHATOR, SEMPER AUGUSTUS, cupidæ legum juventuti S.

IMPERATOR] Hoc nomine etsi appellarentur omnes exercitus ductores οἱ στρατηγοὶ, ἢ τῶν πολέμων ἡγεμόνες, proprie tamen id tribui solebat iis qui re bene gesta hoc honoris titulo acclamatione militum vel decreto Senatus decorati essent. Post occupatam Rempublicam perpetuum Principis prænomen esse cœpit ex S. C. Hotomannus ex *Cic. Tacit. Sueton. Dion. Appian.* VINN. Sed tamen Byzantini Imperatores plerique hoc cognomen dimisserant ante Justinianum nostrum qui illud primus revocavit in usum, primus post liminio veluti renunciatus ῥωμαίων αὐτοκράτωρ, uti testatur Agathias lib. 6. p. 157. Ez. Spanhem. *de usu & præst. numis. Tom. 2. Diss. 12. p. 403.* HEIN.

CÆSAR] Cognomen familiæ in gente Julia, quod post C. Julium factum est hereditarium Imperatorum. Procedente tempore eodem nomine appellati & qui vivo Imperatore designati augustæ majestatis heredes, *l. 7. C. de malef. & mathem.* Spartian. *in Ælio Vero*, ubi & hunc ipsum primum Cæsarem ea ratione appellatum testatur. Hodie *Reges Romanorum* vocantur. VINN. Ita quidem Spartianus in *Æl. Ver. cap. 2.* Contrà Aurel. Vict. *cap. 12. in Trajan.* ab Hadriani demum adoptione divisa esse ait Cæsarum & Augusti nomina. Neuter accurate. Omnes Principum liberi dicti sunt Cæsares jam à Neronis temporibus. Domitianus

nus statim interfecto Vitellio hoc nomen obtinuit. Tacit. *Hist. Lib.* 3. *cap.* 86. Hinc nummi Titi & Domitiani Cæsarum apud Spanhem. *T.* 2. *p.* 351. Ita & Trajanus Cæsar consalutatus statim post adoptionem. Consule Pagi *Crit. Bar. ad ann.* 69. *&* 97. Postea destinati Imperio Candidati dicti sunt *nobilissimi Cæsares*, quod nomen in nummis Philippi junioris primum occurrit; at ante eum idem legitur in marmore Maximo Maximini filio dicato apud Gruter. p. CLI. 5. vid. Ez. Spanh. *de usu & præstant. num. Diss.* 12. §. 2. *p.* 357. *& seq.* HEIN.

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

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

ALEMANICUS, GOTHICUS, &c.] Agnomina à devictis aut bello lacessitis gentibus ducta. Seneca 1. *de clement. cap.* 14. scribit assentantem populum ambitiosæ majestati tribuisse, quidquid potuit congerere titulorum. VINN. Hunc morem devictarum gentium vocabula nominibus adscribendi jam pridem ante Justinianum servârant Imperatores. Solius *Judaici* cognomen ob religionis odium & gentis contemptum adspernatus est uterque Vespasianus. Ceterum hæ gentes omnes notæ sunt præter *Anticam*. Et hìc plerisque interpretibus aqua hæsit. Verum non *Anticum*, sed *Ponticum* legendum esse recte monuit ὁ πάνυ Spanhem. *ibid. Diss.* 12. §. 14. pag. 504. T. 2. *Lazos* enim *Abasgos & Tzanos* ad Pontum Euxinum subegerat; unde & alibi dicitur *Laxicus*. Nov. XLIII. HEIN.

FRANCICUS] Theodibertum Francorum regem gravissime tulisse, refert Agathias, quod Justinianus, velut devicta gente Francorum, Francici titulum sibi sumsisset. Postea 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. c.* 2. Inde ad alios descendit. Justinian. *Nov.* 78. *c.* 5. Ἀιτωνεῖνος ὁ τῆς εὐσεβείας ἐπώνυμος ἐξ ὅπερ καὶ εἰς ἡμᾶς τὰ τῆς προσηγορίας τάυτης καλῆει. VINN. Conferendus omnino Ez. Spanhem. *Diss.* 12. §. 6. *pag.* 434. *seq. T.* 2. HEIN.

FELIX] Usurpavit hoc cognomen Commodus ut historiæ testantur, quem plerique successores imitati appellationem hanc Justiniano tradiderunt. VINN. Ast hujus cognominis, jam suo tempore Imperatoribus dati, meminit Seneca *Lib.* 1. *de Clem. c.* 14. HEIN.

TRIUMPHATOR] Triumphâsse legitur de Persis & Vandalis. Varro *l.* 7. *de ling.* scribit triumphare sic appellatum esse, *quod cum Imperatore milites redeuntes clamitant per Urbem in Capitolium eunti: Jo triumphe, io.*

AUGUSTUS] Nomen hoc primùm Octavio Senatu tributum. Ductum ab eo quod loca in quibus augurato quid consecratur augusta nominantur. Suet. *in August. c.* 7. Alii ab augendo imperio dictum putant. VINN. Eodem sensu Manasses in *Politicis*: Ἄυγυστος, inquit, ὡς ἀυξάμενος· Contrà in *Novell.* 17. ἀεὶ σεβαστὸς redditur *semper adorandus.* HEIN.

Ut Plato legislationis tres vult esse partes, Procœmium, Legem, & Sanctionem: ita hujus Constitutionis eadem deprehenduntur membra. I. Procœmium, quo suum legislationis studium commendat, usque ad §. 3. II. Legislatio, usque ad §. pen. III. Sanctio. *Wesemb. hic.*

De usu armorum & legum.

IMperatoriam majestatem non solum armis decoratam, sed etiam legibus oportet esse armatam, ut utrumque tempus & bellorum & pacis recte possit gubernari; & Princeps Romanus non solum in hostilibus prœliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat, & fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator (magnificus.)

ARmis decoratam] Imperator utrumque Reipub. tempus sine armorum ac legum præsidio recte administrare non potest; in quam sententiam præclara quædam hìc adspersa ab *Hotom. & Grot. ex Arist. Plat. Liban.*

Legibus armatam] Munitam & instructam. M. Tullius *l.* 1. *de Off.* scribit Lacedæmoniorum imperium multo plus Lycurgi legibus & disciplinæ debere, quam aut Pausaniæ, aut Lysandri rebus gestis. *Parvi enim*, inquit cap. 22. *sunt foris arma, nisi sit consilium domi*, &c. Est autem hìc χιασμὸς κατὰ τον τῦ φοιχείυ τύπον, tribuit armis decorari, legibus armari. Theoph. verbum pro verbo reddidit, ὅπλοις κοσμεῖσθαι, νόμοις ὁπλίζεσθαι·

Victor existat] Sensus est apertus, Imperatorem

rem non ex armis tantum, sed etiam ex legibus gloriosam sibi victoriam comparare.

Legitimos tramites] Ea ratione quam leges præscribunt. Theophilus convertit, νομίμοις ἐπιτοίαις, *legitimis inventis*. Imperator non tantum hostibus debellandis, verum etiam calumniatoribus coërcendis victoris nomen adipiscitur.

Calumniantium] Pars pro toto: improbitas quæ in judiciis versatur, de qua proprie verbum calumniandi intelligitur, pro omni quæ in pacata civitate admittitur. Cicero 2. *de Repub. Ut Carneadi respondeatis qui sæpe optimas causas ingenti calumnia ludificari solet.*

Juris religiosissimus] Juris ad summam religionem observantissimus. Dion. Halicarn. *lib. 5.* Κράτιστος ἦν βασιλεὺς ὁ δικαιότατός τε καὶ νομιμώτατος.

Magnificus] Abest hæc vox à veteribus libris, testibus Cujac. & Hotom; nec Theophil. agnoscit.

De bellis & legibus Justiniani.

1 *Quorum utramque viam cum summis vigiliis summaque providentia, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem sudores nostros Barbaricæ gentes sub juga nostra redactæ cognoscunt; & tam Africa quam aliæ innumeræ provinciæ post tanta temporum spatia nostris victoriis à cœlesti Numine præstitis iterum ditioni Romanæ nostroque additæ imperio protestantur. Omnes vero populi legibus tam à nobis promulgatis quam compositis reguntur.*

1 *Utramque viam*] Justinianus & gloriam sibi peperit victis hostibus, & juris æquabilitatem inter cives suos retinuit.

Barbaricæ gentes] Significat Persas in Syria, Vandalos in Africa & Italia, Gotthos in Italia & Sicilia.

Redactæ] Vet. *deductæ*, & ita Cujac. & Hotom.

Innumeræ] Vet. *numerosæ*, id est multæ; sic enim locuti sunt Cassiod. Oros. Eutrop. & alii Scriptores σύγχρονοι; Theoph. tamen ἀναρίθμητοι.

Post tanta temporum spatia] Post annos 95. quibus Vandali Africam tenuerunt, *l.* 1. *Cod. de offic. præf. Afric.* Adstipulatur Procop.

Ditioni Romanæ] Postquam sedes imperii Constantinopolim, (quæ antea Byzantium, postea etiam nova Roma) translata fuit, imperium Romanum à Constantino & Gallieno in duas partes divisum, orientalem & occidentalem, & utrique parti suæ provinciæ attributæ. VINN. Non à Gallieno sed à Galerio, nec in duas sed in tres partes. Galerius enim Orientem, Constantinus transalpinas provincias, Maxentius Italiam accepit. Eutrop. Lib. 10. c. 1. HEIN.

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

De Compositione Codicis & Pandectarum.

2 *Et cum sacratissimas Constitutiones antèa 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 imperii sui anno componi jussit 528. & anno insequenti edidit. In hunc Principum Constitutiones vage per tres codices, Gregorianum, Hermogenianum, Theodosianum dispersas collegit, *const. de nov. Cod. fac. & de Just. Cod. confirm.* Sed eum non habemus. Pòst idem Codex iterum emendatus est, & multis locis recognitus, additis 50. Decisionibus, quo hodie utimur. VINR. Prior ille codex promulgatus VII. Id. April. anni DXXIX. dictus est Justinianeus. *Nov. 66. c. 1. §. 1.* Paul. Diac. *Lib. 1. c. 25.* Posterior, quo hodie utimur, dicitur Codex repetitæ prælectionis, *Const. de Codic. emend. §. 3.* publicatus XVI. Kal. Dec. anni DXXXIV. HEIN.

Ad immensa veterum volumina] Quarto imperii anno, Lampadio & Oreste Coss. 530. Pandectas componi jussit, ediditque, & confirmavit anno imperii sexto, Ipso III. Cos. 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. Novellarum liber diem non habet.

Immensa volumina] Innumera veterum scripta quæ in bis mille libros & aliquot centena mill a versuum excreverant, *l. omnem §. 1. de concept. Dig.*

Per medium profundum] Per medias difficultates. Liv. 31. c. 1. *Provideo animo in vastiorem*

me altitudinem; ac velut profundum invehi.

De tempore, auctoritatibus, fine & utilitate compositionis Institutionum.

3. *Cumque hoc Deo propitio peractum est Triboniano viro magnifico Magistro & Exquæstore sacri palatii nostri & Exconsule; nec non 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 auctoritate nostrisque suasionibus Institutiones componerent, ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere sed ab Imperiali splendore appetere; & tam aures quam 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*] Scilicet officiorum, penes quem cura est totius pene aulæ & palatii. Gallis *Prevôt de l' Hôtel*. Cujac. *in l.* 3. *C. de præpos. sacr. cubic. lib.* 12. VINN. Immo non tam aulæ, quam consistorio Principis præerat, dictus ideo gubernare officia palatina, *l.* 2. *C. Theod. de Judæis*. Hinc in comitatu Principis erat, ad eumque referebat ex libellis Magistratuum. Vid. Gothofr. *Notit. dignitat. ad C. Theod. p.* 326, *Tom.* 6. HEIN.

Exquæstore] Quæstor ætate Justiniani 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 Exquæstores & Exconsules à Justiniano dicuntur, qui à Latinis Quæstorii & Consulares. VINN. Vid. omnino Cassiod. *Var.* 12. *v.* 14. HEIN.

Antecessoribus] Juris Interpretibus, ac Doctoribus ἐξηγηταῖς, ut pass. *in præfat. Pand.* τῶν νέων διδασκάλοις *l.* 6. §. 12. *D. de excusat. 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. C. de nud. jur. Quirit. tollend.*

Antiquis fabulis] Jus antiquum & obsoletum intelligit, quo referti erant veterum Jurisconsult. 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 τριετῆ 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. τοσούτης ἀξιωθέντες τιμῆς, καὶ τοσαύτης ἀπολαύσαντες εὐτυχίας, *dignati & assecuti.*

Divisio Institutionum.

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

4. *Pandectarum*] Pandectæ παρὰ τὸ πᾶν δέχεσθαι, quod omnis generis leges complectantur, Harmenop. *l.* 1. *tit.* 1. §. 6. VINN. Eandem vocabuli rationem ipse Justinianus reddit, *quod omnes disputationes & decisiones in se habeant legitimas, & quod undique fuit collectum hoc in sinus suos receperint. l.* 1. §. 12. *Cod. de vet. Jur. enucl.* Sed non Justinianus hujus tituli auctor; Pandectas enim & Digesta jam scripserant Ulpianus, Modestinus, immo & Sabinus, Julianus, Alfenus Varus, Celsus, Marcellus, & alii. HEIN.

Collectum est] Libri veteres, teste Hotom. *collatum est*. Et ita Theophil. ἐν οἷς ἠθροίσθαι πᾶσα ἡ τῶν ἀρχαίων νομοθεσία·

Ceteros] Præter Tribonianum, Theophilum, Dorotheum tredecim aliis usus est Justinianus, quos enumerat & nominat *in præfat. Digest.*

In quatuor libros] Apud Theophil. abundant verba, τῶν εἰρημένων Διγέστων· Fabrot.

Quid in Institutionibus contineatur.

5. *In quibus breviter expositum est, & quod antea obtinebat, & quod postea desuetudine inumbratum Imperiali remedio illuminatum est.*

5. *Desuetudine*] Theophil. ἀσυνηθείᾳ, quasi dicas *insuetudine*. Significat autem jura antiqua & antiquata, qualia multa in argumentis usu-

ca-

capionum, exheredationis liberorum, legatorum, successionum ab intestato, bonorum possessionum, satisdationum, &c.

Illuminatum est] Theop. ἐφωτίσθη· Intelligit autem & desuetorum quorumdam in usum revocationem, & aliorum vel interpolationem vel abolitionem.

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

6. Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, & præcipue ex commentariis Caji nostri, tam Institutionum, quam rerum quotidianarum, aliisque multis Commentariis compositas cum tres viri prudentes prædicti nobis obtulerint, & legimus & recognovimus & plenissimum nostrarum Constitutionum robur eis accommodavimus.

6. Præcipue ex commentariis Caji] Hoc ita esse vel ex reliquiis scriptorum Caji, quæ in Pandectis supersunt, cuivis animadvertere licet; sæpius enim hujus unius, quam ceterorum omnium verba in his libris proferuntur.

Nostri] Benevolentiæ significatio; ac sic plerumque prædecessores qui nostræ fuerunt professionis appellamus. *Scævola noster* apud Paulum & Triphonium sæpe; apud Pomponium *Cajus noster l. pen. D. de stip. serv.* Floruit sub Hadriano & Marco *l. 7. D. reb. dub. l. pen. D. ad SC. Tertyll.*

Recognovimus] Id est, corrigendi causa diligenter & attente legimus. Cic. *pro Balb. cap. 5. Nos Cn. Pompeji judicium de consiliis sententia pronunciatum recognoscemus.*

Constitutionum robur eis accommodavimus.] His verbis indicatur Institutionum confirmatio. Unde hæc prælatio Theophilo, διάταξις βεβαίωσα τὰ ἰνστίτουτα·

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. JUSTINIANO PP. A. III. COS.

7. Summa ope & alacri studio] Epilogus exhortatorius, ut in suasoriis usitatum, à spe & exspectatione præmiorum, Cic. 1. *de orat. c. 8. Pergite ut facitis adolescentes, atque in id studium in quo estis incumbite, ut vobis honori & amicis utilitati & Reipub. emolumento esse possitis.*

D. CP. XI. Kal. DECEMB.] Id est *Data Constantinopoli XI. Kalendas Decembris, Domino Justiniano perpetuo Augusto tertium Consule.* In quibusdam libris, PP. quasi *Patre Patriæ*, quod ejus temporis consuetudo repudiat. Hottom. VINN. Quamvis ex hac subscriptione pateat, Institutiones prius, quam Pandectas confirmatas, auctoritas tamen utriusque libri ab eodem die III. Kal. Jan. dependet. *l. 2. §. penult. C. de vet. Jur. enucl.* Unde non semper Pandectæ derogant Institutionibus, sed observandæ sunt regulæ. Ulr. Huber. *in præl. ad h. l. §. 10.* HEIN.

TITULUS I.

DE JUSTITIA ET JURE.

Dig. Lib. 1. tit. 1. Part. 3. tit. 1.

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

1 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 qua naturalibus qua 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 modo 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 hujus libri primam

quæs-

quæstionem continent; reliqua parte operis altera quæstio, quæ multo latius patet, tractatur, atque ὁδῷ διαιρετικῇ (*methodo discretiva*) absolvitur, initio facto à discretione materiæ sive subjecti hujus scientiæ: quæ divisio in hac quæstione omnium prima est & generalissima.

2. Inscribitur hic titulus *de justitia & jure*. Aristoteli & plerisque moralis Philosophiæ professoribus justitia duplex est, universalis & particularis. Ad universalem pertinet tritum illud Poëtæ gnomologi:

Ἐν δὲ δικαιοσύνῃ συλλήβδην πᾶσ' ἀρετή ἐστι·

(*Justitia una omnes virtutes continet in se.*)

Comprehendit scilicet in se hæc justitia etiam aliarum virtutum omnium officia, peculiari tamen 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 publice vel privatim intersit. Hæc eadem justitia & legalis dicitur, propterea quod non minus late pateat quam ipsæ leges, quæ etiam sunt regula & norma hujus justitiæ; unde à Cicerone *l. 1. de legib. c. 15.* definitur: *obtemperatio scriptis legibus & institutis populorum*, ab Aristotele *lib. 5. Eth. 1. obedientia erga omnes leges.* In summa hæc justitia à virtute in genere non differt essentiâ, sed hactenus tantum, quod quando consideratur ut habitus animi, dicatur virtus simpliciter; quando ut civilis societatis conservatrix, justitia, auctore Michaële Ephesio ad *d. loc.* Arist. Vitium huic legali justitiæ oppositum dicitur παρανομία· (*legis transgressio*) Particularis justitiæ duas species constituunt, quarum alteram διανεμετικὴν 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 cujusque proprie sumtum spectat, & alio nomine melius διορθωτικὴ (*correctiva*) à Philosopho appellatur: nam ut possessor rei meæ eam mihi reddat non est ἐκ συναλλάγματος (*ex contractu*) & tamen 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 & revera sola proportio est; neque enim per se justitia commutativa à distributiva differt tali proportionum usu, sed objecto & materia circa quam versatur. Nam & contractus societatis expletur proportione comparata, & si unus tantum aptus inveniatur ad munus publicum obeundum non alia quam 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 modo arithmetica, modo geometrica proportio servatur; quod tamen totum est justitiæ distributricis. D. Grot. *1. de jur. bell. & pac. c. 1. num. 8.* Vitium particulari justitiæ oppositum πλεονεξία dicitur, cujus verbi vim Latini per vocem *injuriæ* fere exprimunt.

3 Disciplina civilis non dirigit internas animi functiones, & potissime versatur circa justitiam particularem in ejus juris obedientiam animos formans, cujus executio in judiciis urgetur. Negari tamen non potest quin interim quoque spectet justitiam universalem, quæ omnium virtutum officia complectitur; docet enim juste vivendum esse secundum omnes leges, ipsaque adeo juris præcepta omnem speciem virtutis & honestatis continent, certe quatenus eo spectant ut juste vivatur & civium inter se honesta sit societas, quod hic quærimus. Et vero si legibus & legum latoribus proposita est universa virtus, ut sane est, cum beatitudo civilis sit universarum legum summa, teste Platone 5. *de legibus*: etiam legum Scientiæ & Consultis eadem proposita erit. Neque enim minus late patet officium Jurisconsulti in legibus interpretandis, quam Legislatoris in sanciendis; totoque falluntur judicio qui officium Jurisconsulti cancellis forensium causarum circumscribunt. Utique illa: *Hominem mortuum in urbe ne sepelito, neve urito: regum ascia ne polito: mulieres genas ne radunto, neve lessum funeris ergo habento*, & similia lege duodecim Tabb. cauta nullo modo ad justitiam particularem referri possunt. Quòd si quid in hujusmodi quæstione valere debet auctoritas Principis, ipse Justinianus *Nov. 69. in pr.* diserte ait: *justitiam illam quæ singulis virtutibus assistit, easque ad debitum finem perducit*, etiam finem esse legum prudentiæ.

4 Temperare mihi non possum quin illud hîc subjungam, esse qui vulgatam illam justitiæ distinctionem negant esse necessariam; & simplicius esse contendunt, si unum tantum justitiæ genus esse dicamus. Quod si verum est, sublata erit hæc disputatio. Hi ita disserunt. Ut singularum virtutum omnium, ita & justitiæ unum genus esse, διορθωτικὸν πάσης ἀνισότητος, ἢ ἀδικίας, (*correctivum omnis iniquitatis aut injustitiæ*) sicut ex contrario nec duo injustitiæ genera sunt, sed unum tantum, sive τὸ ἄνισον (*ini-*

(*iniquum*) dicas, sive παράνομον; (*contra leges factum*) utrumque enim omnem comprehendere injustitiam etiam ipsum Aristotelem docere, neque παρανομίαν & πλεονεξίαν (*legis transgressionem, & injuriam*) genera esse opposita sed hanc illius speciem; hoc item & Aristotelem fateri. Adhæc, non simpliciter verum esse quod reliqua injustitiæ genera non tantum pugnent cum justitia verum etiam cum alia virtute, πλεονεξία autem cum sola justitia, quo maxime argumento ad distinctionem suam probandam utitur Aristoteles: posse quidem in una actione cum alio vitio injustitiam concurrere; ceterum nullas actiones injustas, quatenus injustæ sunt, cum alia virtute directo pugnare sed cum justitia dumtaxat; sicut nec ex contrario alia vitia cum justitia sed cum oppositis sibi virtutibus. Ut ecce: qui adulterium committit, eum & injustum esse quod alienum violat thorum, & intemperantem propter expletionem libidinis. Jam vero violare thorum alienum, quod est injustitiæ, non pugnare cum temperantia (quid enim si quis quæstus sui causa id fecerit?) nec explere libidinem cum justitia, non magis quam 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 injurium, & intemperantem. Innumera vero afferri posse quæ cum sint ἄνομα (*contra leges*) & in speciem πλεονεξίας non cadant, cum nulla tamen alia virtute pugnent quam cum justitia. Nam si quis è decem quos habebat sex servos testamento manumiserit; aut si minor viginti annis servum manumiserit non dicta apud Consilium causa: utrumque injuste facere, illum contra legem Fusiam Caniniam, hunc contra legem Æliam Sentiam; neutrum tamen injurium esse, neutrum ignave aut intemperanter facere. Si vir uxori quidpiam donaverit; si fundum dotalem cum consensu uxoris alienaverit aut obligaverit; si femina 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. Ceterum nihil in præsentia definio.

5 Juris vocabulum πολύσημον est (*multa significat*): propria significatio una, minus proprie plures. Proprie jus dicitur: naturæ, aut populi, ejusve qui vicem populi sustinet jussum. 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 cum dicimus: jure quid fieri: juris rationem non pati: contra jus esse. Sic dicitur jus naturale, civile, prætorium. Ceteræ significationes minus propriæ, ut primo cum jus accipitur pro eo quod jure continetur, & cuique tribuitur; idque vel generatim & indefinite, ut in hisce formulis aut id genus aliis, cum dicimus: *jus suum cuique tribuere; nemini mortalium jus suum detrahi oportere*; eodemque modo haud dubie accipi debet cum dicimus jura sanguinis, agnationis, naturalia & adoptionis jura, nempe pro beneficiis sanguini, agnationi, naturæ, adoptioni jure tributis; vel specialiter pro facultate & potestate jure tributa, quod fit quoties verbis faciendi, jus adjungitur; ut in definitionibus itineris, actus, viæ, usufructus, actionis, in quibus omnibus metonymia est continentis pro contento. Secundo cum jus accipitur pro juris arte per eamdem figuram converso modo, ut in *l. 1. pr. hoc tit.* Tertio cum accipitur pro loco in quo jus redditur, ut cum dicimus: *in jus vocare*: *in jure confessos pro judicatis haberi*; in quo idem fere tropus est, μετωνυμία (*metonymia*) adjuncti pro subjecto, *l. pen. eod.* Quòd si nunc quæratur: qua in significatione jus hoc loco accipi debeat, propriane an figurata? constanter respondebimus: in propria. Arguit hoc ipsa materia quæ & in hoc & in seq. titulo tractatur: arguunt definitiones & divisiones quæ in utroque titulo & in π˜ eodem traduntur; ut mirum sit inveniri qui serio contendant jus hìc pro juris arte accipiendum.

6 Summa eorum quæ hoc titulo tractantur hæc est. Primum traditur definitio justitiæ & jurisprudentiæ, quaque ratione ac via tyronibus hæc disciplina proponenda sit indicatur. Hinc jam ea pars quæ est de jure constituente inchoatur, traduntur que juris præcepta, juris civilis divisio, & subdivisio privati. Singula nunc videamus.

TEXTUS.

Definitio justitiæ.

Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.

L. 1. Tit. 1. Part. 3.

COMMENTARIUS.

Voluntas] Scimus voluntatem esse potentiam naturalem, justitiam autem virtutem

es-

esse & habitum animi προαιρετικὸν (*arbitrarium*) 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, jam contra omnem Philosophiam omnemque rationem videbimur qualitatem acquisitam causam statuere qualitatis & potentiæ naturalis. Verum observandum est non simpliciter pro genere voluntatem poni, sed ἐπιθέτως (*cum adjecto*) voluntatem constantem & perpetuam. Ut velimus à natura est, ut constanter ab habitu. Potentia naturalis, quatenus promovet habitum, ejus ex parte causa est; quatenus autem ipsa politur ac perficitur ab habitu, effectus.

Constans & perpetua] στάθηρὰ, καὶ διηνεκὴς, quæ verba justitiæ habitum ibi demum esse indicant, ubi perpetuo & constanter quis agit, atque, ut Aristoteles loquitur, βεβαίως καὶ ἀμεταχινήτως ἔχων (*firmiter atque immobiliter se habens*) 2. *Eth.* 4. Ne quis autem putet vitiosum esse quod justitia definiatur per ejusmodi habitum cujus homo non sit capax: res definiri solet non ad conditionem subjecti, sed qualis est essentiâ 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. VINN. Hæc definitio Stoam redolet non minus quam pleraque Jureconsultorum scripta. Omnis autem virtus, adeoque & justitia Stoicis in constante & perpetua voluntate posita videbatur. Cic. *Parad.* 3. 1. *Sen. Epist.* 66. & 121. HEIN.

Jus suum cuique tribuendi] ἑκάστῳ τὸ ἴδιον ἀπονέμουσα δίκαιον. Quod Dialectici docent, habitus definiri assumto ad genus objecto & fine, id etiam in hac definitione observatum. Objectum justitiæ est jus cujusque 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 ἀποδιδοναι· (*debita cuique reddere*) 1. *de republ.* Auctor propositæ definitionis est Ulpian. *l. justitia.* 10. *hoc eod. tit.* Plenior & planior hæc est: Justitia est habitus animi per quem ita affecti sumus, ut suum cuique, quantum in nobis est, tribuere velimus.

TEXTUS.

Definitio Jurisprudentiæ.

1. *Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia.*

COMMENTARIUS.

Jurisprudentia] Disciplina nostra nunc scientia, nunc ars juris, nunc intelligentia, nunc civilis sapientia, hic prudentia appellatur; hisce enim nominibus promiscue utuntur non Jurisconsulti tantum, sed etiam ceteri auctores qui populariter loquuntur. At enim cum hæc disciplina sit habitus practicus, (est enim sine controversia pars Philosophiæ practicæ) si stricte loqui volumus & ad certas habitus intellectualis species singula illa nomina cum Aristot. 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 tit.* 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 nórimus an in iis, aut ad eas, & quatenus jus aliquod habeamus. Nam in hunc finem res dividuntur in eas quæ divini quæque humani juris sunt; quæ in commerciis 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 vero considerandi modum sequentia definitionis verba indicant *justi atque injusti scientia*: nempe hactenus res divinas & humanas esse objectum hujus scientiæ, quatenus ea cum 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 tantum in privati, sed etiam in publici juris cognitione versari; publici autem juris cum pars sit divinum *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* merito ea rerum divinarum atque humanarum, hoc est divini & humani juris notitia dicitur. Justi, atque injusti, id est, ejus quod fas et jura sinunt, aut non sinunt scientia. Sane veteres juris Interpretes etiam sacris cæremoniisque deorum præfuisse testis est historia.

A Celso hæc disciplina ab officio eam profitentis elegantissime & brevissime describitur, *ars æqui & boni d. l.* 1. *in pr.* Siquidem officium Jurisconsulti & prudentia illius tota in eo consistit ut quid in re quaque æquum quid iniquum sit videre, tum discernere & de eo respondere possit consilium sibi expetentibus. VINN. Hæc quoque definitio Stoica est. Stoici enim ita describere solebant Philosophiam, Sen. *Epist.* 89. Quum vero inter Jureconsultos & Philosophos ἀπράκτους (*non negotiosos*, seu *theoreticos*) magna esset æmulatio, Merill. *Observ.* 11; & illi sibi veræ & non simulatæ Philosophiæ studium tribuere solerent, *l.* 1. §. 1. *ff. h. t.* non dubitarunt definitionem Philosophiæ Jurisprudentiæ tribuere, addita tamen differentia specifica: *justi atque injusti scientia* HEIN.

TEXTUS.

De juris methodo.

2. *His igitur generaliter cognitis, & incipientibus nobis exponere jura populi Romani, ita videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque 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, sæpe 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.*

COMMENTARIUS.

QUod pictores facere solent, qui prius lineamenta prima ducunt & opus informant, pòst veris coloribus utuntur: id etiam in quavis arte docenda faciendum est. Primò enim τυπωδῶς, crasse & simpliciter, postea ἀκρι βέστερον, 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 adolescentum, voluntatemque discendi unà cum spe perdiscendi abjiciant. Altera ut maturius ad cognitionem hujus scientiæ ab hoc aditu patefacto perveniant, ad quam aut serius aut nunquam pervenirent (certe non sine magno labore aut diffidentia) si eo tempore quo præcipue alenda ingenia ac indulgentia quadam enutrienda sunt, asperiorum tractatu rerum atterantur, ut disputat Fabius in *procem. lib.* 8. *Institt. orat.* Commentariorum, quod ad incipientes attinet, eadem ratio. Ceterum qui jam aliquandiu hoc simplici cibo pasti sunt, his nihil prohibet eundem paulo doctius conditum iterum apponere, novoque & piperato jure deficientem excitare appetentiam. Mihi animus est uno promiscuo apparatu & frugaliter incipientes & opipare provectos, nitide omnes excipere.

TEXTUS.

Juris præcepta.

3. *Juris præcepta sunt: Honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.*

L. 3. *Tit.* 1. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

NOn assentior Hoppero *lib.* 1. *de art. jur.* nec Contio *ad hunc* §. qui præcepta hoc loco & apud *Ulp. 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 hic 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 (*communes & naturales notiones*) Et primo quidem, quo vitæ honestas præcipitur, intelligi oportet vetari facta omnia quæ lædunt pietatem verecundiam, existimationem nostram, & generaliter quæcumque pugnant cum legibus, bonis moribus, & publica honestate: in tantum ut etiam ab iis nonnunquam abstinendum sit propter honestatem, quæ legibus civilibus permissa, aut non expresse prohibita sunt, juxta tritum illud *non omne quod licet, honestum est.* De quo multa præclare Pet. Faber. ad *l. non omne*, 144. *de reg. jur.* Nimirum est aliquid quod non oportet, etiamsi liceat, ut bene Cicero *pro Balbo c.* 3. Neque vero simplex hæc admonitio est, ut quibusdam videtur, sed verum atque efficax juris naturalis præceptum licet hic aliquando claudicet & conniveat lex civilis; errantque adeo, qui cum hoc præcepto com-

committunt lupanaria, quæ passim tolerari constat. Ἀνοχὴ (*conniventia*) est legis civilis, cujus latorem officii 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, adeoque decreto Spiritus damnata toleranda sint, ne majoris mali præbeatur occasio.* Verba fere sunt & ratio Imp. Leonis, qui usum usurarum quas Pater sustulerat hoc obtentu non dubitat restituere. *Non Leon.* 83. Duo reliqua præcepta duo distincta munera justitiæ evidenter continent. Sic enim crasse ea accipio, ut secundum (*alterum nov. lædere*) ad personam alterius referatur, ne alicujus 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. c. 5. Justitiæ 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 justitiæ munus comprehendi potest, ut in definitione justitiæ tertio præcepto duo priora comprehensa sunt. Possunt & quædam justitiæ munera aliis præceptis aut verbis specialius aut evidentius exprimi, ut *Deum colere, parentes revereri, pacta servare*, &c. Nemo melius hæc explicavit, quam Claudius Cantiuncula in doctissima sua paraphrasi. VINN. Sed & hæc Juris præcepta Stoica sunt. Honestum iis ex quatuor virtutibus cardinalibus existere videbatur, *prudentia, temperantia, fortitudine, & justitia. Honeste* ergo *vivere* ad temperantiam pertinet, *neminem lædere* ad fortitudinem, *suum cuique tribuere* ad justitiam. Prudentiæ tamquam virtutis intellectualis, rationem nan habuerunt Jureconsulti. Est hæc observatio viri eximii, Thomasii *in not. ad Instit. h. t.* HEIN.

TEXTUS.

De Jure publico & privato.

4. *Hujus studii duæ sunt positiones, publicum, & privatum. Publicum jus est quod ad statum Rei Romanæ spectat. Privatum est quod ad singulorum utilitatem pertinet. Dicendum est igitur de jure privato, quod tripartitum est; collectum enim est ex naturalibus præceptis, aut gentium, aut civilibus.*

COMMENTARIUS.

1 *Quot modis dicatur jus publicum.*
2 *Antonius Orator notatus.*
3 *Aristotelica juris civilis distributio explicata.*
4 *Justinianus immerito reprehensus à Rod. Agricola.*
5 *Ulpianus cum Gajo &c. conciliatus.*
6 *Appellatione juris positivi quale jus significetur.*
7 *Optima juris privati divisio.*

Hujus studii duæ positiones] Studium figurate, pro jure cui studetur: nam studium nullum publicum est, sed cujuslibet proprium & privatum. Positiones, id est θέματα, partes, species, δύο εἴδη. Est autem hæc divisio sumta ab ojecto ac fine principali; & fortasse rectius tres species ponerentur, ut à Cicerone 1. *de legib. Divinum, publicum, & privatum*; aut si διχοτομία (*divisio bimembris*) magis arridet, dividi commode potest in *divinum & humanum*; humanum deinde subdividi in *publicum & privatum*. Enimvero Ulpianum hujus divisionis auctorem sub publico etiam divinum comprehendisse certum est; ait enim, *Jus publicum in sacris, Sacerdotibus, & Magistratibus consistere l. 1. §. 2. hoc tit.* Ceterum juris illius sacri, ut ethnici & impii tractationem in π̃ (*Pandectis*) omiserunt Compositores Christiani. Quæ autem de hoc jure extant in Codice Christianorum Impp. constitutiones eatenus recipiendæ sunt, quatenus verbo Dei non repugnant. VINN. Studium pro arte itidem στωϊκῶς (*Stoice*) dicitur, uti ostendit Merill. *Observ. Lib. 1. c. 2.* jus divinum humano oppositum; alioquin non est jus de rebus sacris, sed jus à Deo profectum. Nec admodum concinna videtur illa διχοτομία, immo nec necessaria quidem, cum jus sacrum sine dubio sit pars nobilissima juris publici. HEIN.

1 *Publicum jus est*] Juris publici nomen non uno modo accipitur. Id ne quem turbet, sciendum est jus publicum sæpe 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 aliis in locis. Item apud Terent. in *Phorm. 11. 65. Anne id quidem adipiscar ego, quod jus publicum est?* In *l. quod 15. §. 1. ad leg. Falc.* dicitur retentio Falcidiæ jure publico competere, in *l. damni 18. §. 1. de dam. inf.* usucapio

pio jure publico contingere, hoc est eo jure quod publice sive publica auctoritate 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. secundo ad leg. Falc. l. verbis legis* 120. *de verb. sign.* 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. jus publicum* 38. *de pact. l. Neratius* 20. *de relig.* nihil aliud significat, quam ex eo jure aut forma ejus juris, quod quacunque de re publice constitutum est, privatorum pactionibus nihil posse immutari. *leg. nec ex Prætor.* 27. *de reg jur.* Interdum & jus publicum accipitur pro jure quod civium omnium ejusdem civitatis commune est. Nam quod Papinian. in *l. inter* 51. §. *pen. de fidejuss.* & Zeno in *l. ult. C. de rest. in integ.* commune appellant, id eodem sensu publicum appellat Ulpianus *l. nihil consensui* 116. §. 1. *de reg. jur.* Itemque Impp. *l.* 2. *C. ne ux. pro mar.* ad distinctionem, ut videtur, juris singularis sive privilegii, quod certarum dumtaxat personarum proprium 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 secundario & per consequentiam. Nam quod publice utile est, id non potest non utile esse privatim; quemadmodum ex privatorum utilitate publicam quoque per consequentias æstimamus, veluti cum dicimus, *publice expedire suprema hominum judicia exitum habere: interesse Reip. ne quis re sua male utatur*, aliaque id genus.

Rei Romanæ] id est *Reipub. Romanæ*, Virg. *Æneid. v.* 857.

Hic Rem Romanam magno turbante tumultu
Sistet eques. . .

De Marcello loquitur. Ennius:

Moribus antiquis Res stat Romana, virisque.

Si vocem *Romana* 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 Justitiano tantum propositum est jus Romanæ civitatis tractare, uti & Ulpiano, unde hæc sumta sunt. Juris publici sunt quæ pertinent ad religionis cultusque divini curam: ad pacis belique ordinationem: ad fines & magnitudinem imperii: ad jus legum ferendarum, privilegiorum irrogandorum, tributorum imperandorum, monetarum cudendarum: ad exercenda judicia, delicta coërcenda, Magistratusque creandos per quos hæc expediantur.

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

2 *Dicendum est de jure privato*] Juris publici tractatio difficilior atque sublimior Justiniano visa est quam ut tyronibus proponi debeat; ideoque nec nos plura de eo dicemus. Ceterum ut illud obiter moneam quod locus postulare videtur: apparet ex hac juris divisione, itemque ex definitione jurisprudentiæ Antonium apud Ciceronem *l.* 1. *de Orat. c.* 48. non jurisconsultum, sed leguleium describere, *Qui legum & consuetudinis ejus qua privati in civitate utuntur & ad respondendum & ad agendum & ad cavendum peritus sit.* Præstantissimam scilicet hujus artis partem, juris publici scientiam, consulto præteriit homo Jurisconsultorum gloriæ subinvidens, & inique de hac scientia judicans. VINN. Immo *leguleius* non videtur solius juris privati peritus, sed qui legum tantum gnarus earum & rationem ignorat & applicationem: quemadmodum qui de sola applicatione & praxi, quam vocant, sollicitus nullam accuratiorem juris notitiam præmittit, *rabula* vocari solet. Ita Cicero hæc vocabula accipit *lib.* 1. *de Orat. cap.* 46. & 55. HEIN.

3 *Tripartitum est*] Divisio è causis efficientibus, id est auctoribus juris, natura, naturali ratione, & civitate. Quamquam hic non tam dividitur jus civile, quam principia ejus & origo indicatur atque secernitur, ut verba, *collectum est* ostendunt, & notat D. Wesemb. Ceterum 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 nanque sensu Philosophus 5. *Eth.* 7. dividit jus πολιτικὸν (*politicum*) in φυσικὸν, καὶ νομικὸν (*naturale & legale* seu *positivum*) Jus enim naturæ sive gen-

tium 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 9. hoc tit. Omnes populos partim communi omnium hominum jure uti, partim proprio.*

4 Notat Justinianum Rod. Agricola *lib. 2. de invent. dial.* quod dumtaxat jus privatum ex triplici illo jure collectum dicat, quasi hoc ipso negaret jus publicum ex iisdem præceptis collectum esse. Sed hoc minime sequitur. Nam satis Justiniano visum est causam & originem indicare ejus juris de quo dicturus erat nimirum privati, insuper habito an ex iisdem præceptis etiam originem traheret jus publicum. Sed nec recte dixeris naturam sive jus naturale, ut id in specie accipiunt Justinian. & Ulpianus pro jure cum brutis communi, causam esse juris publici; quod & Baro recte 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 ceremoniasque suas atque omnia fere quæ ad Magistratus aliaque jura publica pertinent à plerisque 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. 16. & 2. de nat. deor. c. 2. & 15.*

5 *Ex naturalibus præceptis aut gentium, aut civilibus.*] De numero generum juris dissensisse Veteres videri possunt. Nam Ulpianus in *l. 1. §. 2. hoc tit.* quem hic sequitur Justinianus, tria genera ponit naturale, gentium, & civile; Cajus in *l. omnes populi 9. eod.* duo tantum commune, & proprium. Neque Philosophi plura genera agnoscunt quam 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 tripartitæ illius complectitur, in quas etiam deinde subdividi potest. Ulpianus enim brevitatis causa species unius generis cum altero genere unica divisione complexus est; quod ei familiare esse apparet ex *l. 4. hoc tit. l. 5. de pact.* Nomina quoque generis, docendi causa, cum propria deficerent speciebus indidit, jus naturale vocans quod similitudine quadam homini cum ceteris animantibus commune est; gentium, quod humani generis proprium.

6 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 juris positivi, sicut & civilis; idque rationi magis consentaneum putant Wesemb. *par. hoc tit. num. 15.* Greg. Lopez *animadv. c. 3.* Alii vero appellatione juris naturalis positivo oppositi complectuntur jus omne quod non est à potestate civili, nec tantum jus 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 jus naturale ex adverso juri gentium secundario opponunt: ut in §. 2. *tit. proxime seq. inf. de libertin. in pr. l. 4. hoc tit.*

7 In divisione proposita etiam primario opponitur; quæ tamen oppositio vix ullum usum habet ut demonstrabitur tit. seq. Optima divisio erit si dicamus: Jus quoddam esse commune omnium gentium, aliud esse proprium cujusque 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, ET CIVILI.

Summa eorum, quæ hic explicantur.

HOc titulo species juris privati, in quas supra §. *ult. præc. tit.* divisum est, Imperator singulatim persequitur & explicat. Quo peracto juris civilis Romanorum, quod solum suscepit, tractationem aggreditur. Ac primum illud dividit ex adjuncto in scriptum & non scriptum: scriptum deinde subdividit in suas species quas ordi-

dine item explicat. Postea jus civile à naturali distinguit, ratione diversi effectus. Ad extremum viam sternit ad rectam perceptionem juris constituti, proposita discretione materiæ circa quam jus omne quo utimur versatur.

TEXTUS.

De jure naturali.

Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit. Nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium quæ in cœlo quæ in terra quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminæ conjunctio quam nos matrimonium appellamus: hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cetera quoque animalia istius juris peritia censeri.

L. 2. Tit. 1. Part. 1.

COMMENTARIUS.

1 *Animantia bruta proprie juris capacia non esse, & num. 4.*
2 *Parentes alere quo jure liberi teneantur.*
3 *Defensionem adversus vim illatam esse juris naturæ, & quatenus ea permissa Remissive.*

1 ANimalia bruta tam certum est esse juris expertia, quam certum est esse ἄλογα, sive expertia rationis. Nam inter quos jus est, inter eos & ratio, & æquum & bonum, & justitia, & lex, & societas sit necesse est. Arist. 4. *Eth.* 10. *In equis, in leonibus justitiam non dicimus*, inquit Cicero *lib.* 1. *de offic.* Plutarchus in Catone Majore ait: Νόμῳ καὶ δικαίᾳ πρὸς ἀνθρώπους μόνοις χρῆσθαι πεφύκαμεν, (*natura inest nobis lege ac jure solum erga homin. uti*) & alias etiam beatitudo caderet in bruta. Bene igitur D. Grot. 1. *de jur. bell. & pac. c.* 1. *num.* 11. *Proprie juris capax non est nisi natura præceptis utens generalibus.* Neque quisquam Philosophorum, quod sciam, aut Jurisconsultorum jus aliquod in bruta cadere tradidit præter unum Ulpianum ex cujus Institutionibus hæc descripsit Tribonianus, ut apparet ex *l.* 1. §. 3. *de just. & jur.* Quomodo ergo Ulpianum cum ceteris conciliamus? Simplicissima eorum sententia est qui per quamdam auxesin & figurate hæc à Jurisconsulto dici scribunt, propterea quod quæ hujus juris esse dicuntur ea etiam bruta faciant, idque cum similitudine quadam sensus ac desiderii humani. Unde Aristoteles *lib.* 9. *de hist. animal. c.* 7. tales brutorum actus appellat μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς, *vitæ humanæ imitamenta.* Cicero 2. *de finibus*, *virtutum simulacra.* Nam ut in brutis apparent simulacra quædam rationis, ita etiam juris ut idem Cicero testatur, & pluribus ostendit Plutarchus in libello, πότερα τῶν ζώων φρονιμώτερα· (*utra viventium sapientiora*) 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, (*irrationabilia ratione uti* quod alioqui non careret contradictione. Eadem effectu est aliorum responsio qui ajunt jus 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. jur. in 6. par.* 2. *rel.* §. 1. *num.* 4. & Ant. Fab. *Jurisp. Papin. tit.* 2. *pr.* 1. jus naturale dici, quod circa ea versatur quæ bruta solo instinctu & impetu naturæ faciunt, homines vero etiam cum ratione. Nam cum 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. cap.* 9. eoque pertinet quod scribit Seneca *lib.* 2. *de ira, c.* 16. *animalibus pro ratione impetum, hominibus pro impetu rationem esse.* VINN. Solum Ulpianum jus naturæ homini cum reliquis animalibus commune fingere putat Vinnius. Sed perperam. Fuit ea communis fere veterum Philosophorum doctrina. Jus naturæ exigere dicebant ut secundum naturam vivamus. Natura est vel communis, vel homini propria. Ex illa jus naturale, ex hac jus Gentium derivabant. Præclare eam in rem ex mente Stoicorum disserit Cicero *de finib. l.* 4. *c.* 9. Eleganter quoque Euripides:

Communis hæc lex stirpis est mortalium
Trahens & ipsos in sui assensum Deos
Ferasque, amare quidquid est ex se statum.

Τὰ δ' ἄλλα χαρις χρώμεθ' ἀλλήλων νόμοις· In rebus aliis jure (*invicem*) non utimur. HEIN.

Maris & feminæ conjunctio] Huc pertinet quod in Lælio scribit Tullius: *Hoc apparet*, inquit, *in bestiis, volucribus, agrestibus, natantibus, cicuribus, feris, primum ut se ipsæ diligant; [id enim pariter cum omni animante nascitur] deinde ut requirant atque appetant ad quas se applicent ejusdem generis animantes; id-*

que

que faciant cum desiderio, & cum quadam similitudine amoris humani.

Procreatio, educatio] *Quemadmodum communis est animantium conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, quæ procreata sunt*, ait idem Tullius 1. *de offic. cap.* 3. Justinianus in *l. un.* §. *taceat. C. de rei ux. act. Ipse*, inquit, *naturalis stimulus*, id est, στοργὴ, *parentes ad liberorum suorum educationem hortatur.* Et alibi: *Filium vel filiam alere patri necesse est propter ipsam naturam l. ult.* §. *ipsum C. de bon. quæ lib.* Et vero *hæc inter se congruere non possent, ut procreari quidem natura vellet, diligi autem procreata non curaret*, ut scribit Cic. 3. *de finib. cap.* 19.

2 Referunt huc quidam & alituram parentum, sed male. Debentur quidem & parentibus alimenta, quod etiam proditum est vulgari proverbio ἀντιπελαργεῖν; (*gratiam referre*) sed parentum alimonia non ex eo jure est de quo hic agitur, quod natura cetera quoque animalia docuit, inter quæ genitum gignenti alimenta non præbet. Verum ex alia naturæ lege quæ humani generis propria est, & in proposita partitione jus gentium dicitur. Nimirum ut causa gignens erga genitum afficiatur, ex communi naturæ instinctu est; ut genitum erga gignentem, à naturali ratione quæ pietatem & gratitudinem commendat. *l.* 2. *de just. & jur. l. nam & 15. de inoff. test. l.* 7. §. 1. *unde liberi.* Ita cape locum Ciceronis in *orat. de resp. arusp. cap.* 27. 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; & porro an frater fratrem, quæ hinc aliena, consulantur Schneid. *hic num.* 10. *& seqq.* D. Tulden. Perez. *ad tit. C. de alend. liber.* Christin. *Vol.* 3. *dec.* 141. add. D. Grot. 2. *de jur. bell. & pac. c.* 7. *num.* 4. *& seqq.* Pet. Fab. 2. *sem.* 1.

3 Nullius autem rei studium altius insitum est à natura omnibus animalibus quam studium tuendi sui adversus vim illatam. *Hoc enim omni generi animantium à natura ante omnia tributum esse* scribit M. Tullius 1. *de offic. cap.* 4. *ut se, vitam, corpusque tueatur, declinetque ea quæ nocitura esse videantur.* Unde liquet fragmentum auctoris *l.* 3. *de just. & jur.* temere á Triboniano subjectum esse *legi* 2. *eod.* confusaque exempla juris naturalis & gentium, contrà quam propositum erat. Quamquam quidam in defensione duo extrema spectanda ajunt, *tuitionem & propulsationem injuriæ*, quarum illam ad jus naturæ, hanc ad jus gentium referunt. Credo ego Florentinum jus 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 ulcisci magis quam tueri nos studeamus; deinde ut ne excedamus moderationem inculpatæ tutelæ. Tunc autem non excessisse intelligimur, cum aliter periculum evitare non potuimus *l. scientiam* 45. §. *pen. ad leg. Aq. l.* 1. *C. unde vi.* D. Grot. *lib.* 2. *de jur. bell. cap.* 1. ubi *num.* 3. recte docet jus defensionis per se ac primario nasci ex eo, quod natura quemque sibi commendat, non ex injustitia aut peccato alterius unde periculum est; & ideo si corpus vi impetatur cum præsente periculo vitæ non aliter evitabili, licitum esse inferentem periculum interficere, etiamsi ille peccato careat, puta si insania aut insomniis agitetur, ut evenisse quibusdam legimus. Neque enim eo tolli jus se tuendi, cum sufficiat quod ego non teneor id quod ille intentat pati, non magis quam si bestia aliena periculum intentaret. Sed hæc & similia fortassis alibi latius.

4 Illud repeto quod superius dixi, si quando brutis animantibus justitia tribuitur, id fieri improprie ex quadam in ipsis umbra rationis atque vestigio, ac propterea plerosque disputationem juris naturalis finibus humani generis circumscribere. Vid. Pet. Fab. 2. *sem.* 1. Salmas. *de usur. cap.* 2. Joan. Selden. *Lib.* 1. *de jur. nat. & gent. juxta discipl. Hebræor. c.* 4. *&* 5. ubi etiam Hebræos laudat, qui & ipsi non ex jure aliquo, (quod totum versari volunt circa licitum atque illicitum) sed è propensione atque inclinatione tantum ajunt animantium ceterorum actus evenire. Sane discrimen quod Ulpianus facit inter jus quod animantibus ceteris cum homine commune est, quod arctiori significatu appellat naturale, & illud quod hominum proprium est, quod sæpe 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. inf. eod.*

TEX-

TEXTUS.

Distinctio juris gentium & civilis à definitione & etymologia.

1. *Jus 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, vocaturque jus civile quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes gentes peræque custoditur, vocaturque jus gentium quasi quo jure omnes gentes utantur. Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Quæ singula qualia sint, suis locis proponemus.*

L. 2. Tit. 1. Part. 1.

COMMENTARIUS.

1 *Populum alterius imperio subjectum leges condere non posse; & quatenus statuta?*
2 *Divisio juris civilis in merum & mixtum explicata & illustrata exemplis.*
3 *Jus gentium quod hic definitur, & ipsum revera naturale esse.*
4 *Vulgaris distinctio juris gentium in primævum & secundarium defensa & explicata.*

1 *Quod quisque populus*] Suis scilicet legibus & moribus vivens. Nam si quæ civitas alterius imperio subjecta est, ea non plus juris habet in jure constituendo quam ille cujus imperio subjecta est concessit. *l. ἀξίωσις de leg. Rhod.* Hinc est, quod municipia meliore hac in re conditione erant quam coloniæ, quia municipiis concessum erat ut suis legibus & moribus uti possent; coloniæ autem jura institutaque omnia populi Rom. non sui arbitrii habebant. Gell. *l. 16. c. 13.* Ceterum statutorum condendorum quemlibet Magistratum in suo territorio jus habere tradunt *DD. in l. omnes populi 9. hoc tit.* unde hic locus descriptus est. Quæ tamen statuta non aliter valent quam 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 sepul. viol.* VINN. Multi apud Hispanos statutorum condendorum facultate donati sunt. Nam & Correctoribus & Judicibus de rebus ad suam provinciam spectantibus statuta condendi jus est *l. 14. tit. 6. Lib. 3. Recop.* & Populo, sive Concilio quod vicem Populi obtinet *l. 8. Stili.* Juris tamen auctoritate non censentur, nisi confirmatio á Rege, Regiove Consilio impetrata sit, quod *ex dict. Leg. 8. Stili, l. 8. tit 7. Lib. 7. & L. 14. Tit. 6. Lib. 3. Recop.* probat Joannes Garcia *in lib. de Hispanorum nobilitate, §. 12. Inscriptionis.* ADDIT.

Vocaturque jus civile] In specie nimirum. Nam jus civile sumtum 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. §. 1. *inf. de oblig.* Hoc igitur jus dicitur civile à causa efficiente, quæ est voluntas alicujus civitatis, aut ejus qui jus legis ferendæ in ea habet, non communis gentium aut naturalis ratio. Ab Aristotele *legitimum* dicitur, vulgo *positivum.*

2 Potest vero 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 sancitæ; cujusmodi sunt jura adoptionum, usucapionum, donationum inter conjuges: Senatusconsulta Macedonianum, Vellejanum, Trebellianum: leges Ælia Sentia, Junia Norbana, Fusia Caninia, Voconia, Furia, Falcidia, & in multis capitibus lex duodecim tabularum; aliud κατά τι quod *mixtum* recte 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 Ulpianus *l. 6. de just. & jur. Cum additur aliquid aut detrahitur juri communi, jus civile efficit*; alioqui omnia fere quæ constituta sunt juris mere civilis & positivi dicenda forent. Illud in universum verum est, juris civilis nomen non mereri quod directe pugnat cum ratione juris naturæ *dict. l. 6. in pr.*

Naturalis ratio] Ait Imperator jus gentium esse *quod naturalis ratio inter omnes homines con-*

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,

3. Quam ob causam & ipsum quoque jus naturæ passim appellatur, & æquum & bonum, & naturalis æquitas, & natura. Id quod notandum est adversus eos, qui negant quicquam naturâ justum esse, sed tantum lege & consuetudine, contra quos disputat Cic. 1. *de legib. cap.* 16. & Arist. 5. *Eth.* 7. add. Platon. 1. *de legib.* Laert. *in Pyrrh. & Aristip.* Exempli gratiâ, dictat naturalis ratio delicta, puta furta, adulteria naturâ turpia esse & punienda *l. probum* 42. *de verb. sign. l.* 1. §. 3. *de furt.* Reperti tamen sunt apud quos hæc flagitia permissa atque impunita fuerunt. Vide Gell. *lib* 11. *c.* 18. Arnob. *adv. gent lib.* 8. Alex. ab Alex. *lib.* 1. *cap.* 24. Albert. Gentil. 5. *de nupt. cap.* 7. Jure gentium incestum committit, teste Paulo in *l. ult. de rit. nupt.* qui ex gradu ascendentium aut descendentium uxorem ducit, quod etiam sanniores omnes Philosophi agnoscunt; nihilominus, ut Ovidius lib. 10. Metam. v. 332.

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

Harum inquam gentium barbari mores & pravum judicium efficere non possunt, ut id quod naturâ justum aut injustum, turpe aut honestum est tale esse desinat: quomodo & Socrates disputat apud Xenoph. *lib.* 4 *memorab.*

Omnes Gentes] Aut certe moratiores. Nam naturale rectè dicitur, interprete Michaele Ephesio ad Nicomachia, *quod apud plerosque non corruptos aut pravos, sed naturæ convenienter se habentes obtinet.* Et Arist. 1. *polit.* 5. quid naturale sit spectandum ait in his *qui bene secundum naturam se habent, non in depravatis.* Belle Salmas. *de usur. pag.* 243. & *seqq.* Videtur autem Imperator hìc tantum definire voluisse speciem juris gentium excellentiorem, nempe jus gentium *primævum*, ut id DD. appellant. Neque enim hæc definitio æque accommodari potest juri gentium *secundario*, quod in §. *seq. vers. nam usu* ita describitur, ut respectu juris primævi quodammodo positivum dici possit: quamquam cum etiam secundarium naturali ratione ἐξ ὑποθέσεως (*ex suppositione*) nitatur, neque id aperte constitutum 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. l.* 1 *c.* 4. ubi ait esse quoddam jus gentium κατ' ὁμολογίαν. (*ex consentione*)

5 Ut autem paucis explicem, qua ratione Doctorum illa juris gentium distinctio in *primævum & secundarium* nitatur, quod hic locus quodammodo flagitat: nata est ea distinctio ex duplici consideratione rationis, seu potius intellectus judicantis. Ut enim ratio, sicut Physici docent, vel simplex est & pura quæ sine discursu judicat, & Græcis νοῦς sive νόησις dicitur; vel composita & comparata quæ per discursum munus suum exequitur ex collatione diversarum rerum aliquid colligens, Græcis διάνοια & λογισμὸς: ita & duplex est jus Gentium, unum quod à simplici illa ratione fluit, seu intellectu, νοητικῷ; cujus juris sunt cultus Dei reverentia parentum, neminem lædere, suum cuique tribuere, ab alieno manus abstinere, aliaque ejuscemodi principia practica quibus ultro sine argumentatione aut demonstratione assentimur, & justa esse sine agitatione mentis intelligimus; alterum quod à composita, seu intellectu διανοητικῷ, quod discursum & ratiocinationem habet, atque ex causa demum aliqua aut hypothesi & comparatione alterius rei justum esse intelligitur; cujus generis sunt ea omnia quæ ad vitæ communis commoda, conjungendasque 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 jus à simplici illo intellectu est, *primævum* DD. appellarunt; quod à composito, *secundarium*: primum immutabile, secundum mutabile.

TEXTUS.

Ab appellatione & effectibus.

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 cum Poëtam dicimus, nec addimus nomen, subauditur apud Græcos egregius Homerus, apud nos Virgilius. Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente & hu-*

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 pene contractus introducti sunt, ut emtio & venditio, locatio & conductio, societas, depositum, mutuum, & alii innumerabiles.

COMMENTARIUS.

1 *Jus Romanum quasi gentium quoddam jus apud omnes coli.*
2 *Confirmatio distinctionis juris gentium in primævum & secundarium.*
3 *Etiam inter ea quæ juris secundarii, distinctione opus videri.*
4 *Bella & belli effecta quo adspectu juri 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 jure gentium.

Solonis vel Draconis] Prior Draco leges Atheniensibus dedit, in quibus Aristot. 2. *Pol.* 20. scribit nihil memorabile præter pœnarum acerbitatem fuisse. Pœna namque capitis fraudes prope omnes mulctabat. Unde Demadis illud laudatur: ὑπὲρ δ' αἵματος, ἢ διὰ μέλανος τὰς νόμους ὁ Δράκων ἔγραψε· *Quod Dracos leges non atramento, sed sanguine scripserit.* Plut. *in Solone.* Solon deinde magna earum parte abrogata alias descripsit, quibus Athenienses felicissime sunt usi. Vid. Aul. Gell. *lib.* 11. *cap.* 18. VINN. Ante Draconem Atheniensibus leges scripsit Triptolemus, de quibus Porphyr. 4. *de abstin. ab anim. p.* 431. Postea circa Olympiad. 39. Draco, & Olymp. 46. anno 3. Solon leges tulerunt, de quibus Pandulph. Pratejus, Jo. Meursius, Des. Heraldus. HEIN.

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.* In aliis est: *Romani enim à Quirino Quirites appellantur,* Hotom. Cujac. Wesemb. Cur Romulus dictus sit Quirinus triplicem causam affert *Ovid.* 2. Fastor.

1 *Nostrum jus*] Κατ' ἐξοχήν (*per excellentiam.*) De Romani juris excellentia disserit M. Tullius in persona Crassi *lib.* 1. *de orat. cap.* 43. *seq.* Hodie jus civile Romanorum quasi gentium quoddam jus commune apud totam fere Europam observatur, utique in quibus causis propriæ leges aut consuetudines deficiunt. Sed & ad hujus juris normam dirigitur interpretatio quarumcumque constitutionum ac consuetudinum quæ illi manifeste non repugnant; ac tametsi repugnent, tamen in ambigua facti specie ejusdem æquitate mitigantur, & ita coërcentur, ut commune hoc jus quam minimum lædant.

2 *Usu exigente*] Hic locus confirmat receptam juris gentium distinctionem in *primarium* & *secundarium*; quamquam 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 Jur. bell. cap.* 2. *num.* 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 hujus juris ex parte causa sit usus & indigentia, teste Aristot. 1. *polit.* Quamobrem recte Div. Chrysostomus *oration.* 76. hoc jus ait esse ἕυρημα ἔθν καὶ χρόνυ, *inventum temporis & usus*; & hinc Dioni Prusæensi ἀναγκαῖα νόμισις (*lex necessitate sancita*) appellatur, multumque ad probationem hujus juris utimur auctoritate illustrium Historicorum. Hoc igitur jus non tam rationis luce exortum quam ratiocinationis ductum collectu est, & usu exigente accommodatum non tam naturæ integræ bonitati quam corruptæ necessitatibus; conjungitque Respub. & gentes inter se, quarum tacito quasi fœdere & conspiratione censetur. VINN. Rectius omnia cohærent, si dicas jus naturæ *esse jus divinum per rectam rationem promulgatum.* Ab eo tunc non differt *jus gentium*, nisi applicatione. Eadem enim rectæ rationis dictamina prout vel negotiis hominum, vel integrarum gentium applicantur, modo jus naturæ modo jus gentium appellantur. Quemadmodum vero jus naturæ vel *absolutum* est vel *hypotheticum*: ita & gentium negotiis applicatum, absolutum à Doctoribus *primarium*; hypotheticum *secundarium* dicitur. HEIN.

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

3 *Bella orta sunt*] Etiam inter ea quæ sunt juris gentium secundarii aliqua distinctio facienda videtur. Nam initio simul atque societates humanæ constitutæ sunt, simul necesse fuit dominia distinguere, jura commerciorum introducere; bella autem postea orta sunt, utpote quæ malitia hominum & habendi libido introduxit, & consequenter etiam bellorum jura. Scite Portius §. *præc. num.* 3. *Bella*, inquit, *sunt ex jure gentium non dispositive, sed occasionaliter, distinctis dominiis.*

4 *Juri naturali contrariæ*] 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 atque 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 injuria in posterum abstineant: nemo opinor est qui negabit hoc summa cum ratione fieri; de quo iterum & latius titul. seq.

Omnes pene contractus] Τὸ *pene* additum δι' εὐλάβειαν φιλοσόφων (*cautionis Philosophorum gratiâ*) & est temperamentum Jurisconsultis familiare, qui passim hujusmodi particulari adjectione sibi cavere solent, quando quid generaliter enuntiant aut definiunt; propterea quod in jure generalis definitio plerumque periculosa est, *l. omnis definitio* 202. *de reg. jur.* quod & Justinianus hic facit, respiciens haud dubie ad *l.* 5. *de just. & jur.* ubi Hermogenianus scribit quosdam contractus à jure civili introductos esse, quinam autem isti sint non definit. Vulgo quidem putant esse hos quatuor stipulationem, obligationem litterarum, contractum emphyteuticum, & sponsalitiam largitatem; sed quam recte suis locis videbimus. Illud interim hìc affirmare ausim, nullam obligationem dici posse simpliciter & absolute esse juris civilis sed κατὰ τι (*secundum quid*) dumtaxat, quatenus nimirum nonnisi sub certo modo & forma ex consensu obligatio jure civili producitur.

Emtio & 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 quam rationum momenta in disputando quærenda sunt ut scribit Cicero 1. *de natur. Deor. cap.* 5. & posita hæc sunt extra potestatem legislatoris.

TEXTUS.

Divisio Juris in scriptum, & non scriptum, & subdivisio Juris scripti.

3. *Constat autem jus nostrum quo utimur, aut scripto, aut sine scripto: ut apud Græcos* τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. *Scriptum autem jus est lex plebiscitum, senatusconsultum, Principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentum.*

NOTA.

Quo utimur] Abest à *l.* 6. §. 1. *ff. de just. & jur.* unde hæc sumta; nec Cujac. Hotom. Wesemb. agnoscunt.

COMMENTARIUS.

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

JUs scriptum in divisione proposita non opponitur omni juri non scripto: nam & jus naturale ac gentium est ἄγραφόν 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 just. & jur.*

1 *Scripto, aut sine scripto*] Distributio juris civilis ex accidenti & causa instrumentali. Nam formalis differentia legis sive ejus juris quod opponitur juri 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* 9. *inf. eod. l. de quibus* 32. *de legib.* Hujus 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 τῶν καλουμένων ῥητρῶν (*earum quæ Retræ sive oracula vocabantur*) hæc erat, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις, *scriptis legibus non uti.* Plutarch. *in Lycurg. p.* 47. Atque ut è romana Republica exemplum petamus, numquid non lex erat, cum rogante magistratu, *velitis, jubeatis Quirites, &c.*

&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, sine quo lex non obligat id utique est ei essentiale: sine scriptura autem non obligat, cum sine ea in notitiam populi pervenire non possit, *arg. leges sacratissimæ 9. C. de legib.* Ut de propositione nihil in præsentia dicam, falsam esse assumtionem evincit tum exemplum prolatum, tum leges quas diximus Lacedæmoniorum. Ratio quoque assumtionis falsa est. Quid enim? An non voce præconis quoque lex promulgari potest? Et proinde certum est, in *l. humanum 8. Cod. de legib.* faciliorem tantum promulgandi rationem proponi. Cur igitur legem appellamus jus scriptum? Quia nimirum postquam lata esset scribi solebat & scripto promulgari, aut in tabulis incisa publice 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 publice propositam haberet, quo potestas fieret populo cognoscendi otiose, & ut inde liceret librariis describere, si qui vellent legem apud se habere, ut liquet ex 2. Agraria. Plane si non alio modo promulgandi civitas utatur quam per scripturam, potest dici scripturam ad vim legis necessariam esse; neque enim antè lex vi sua constat civesque ad observationem vel pœnam obligat quam populo innotescere potuerit, quod sine promulgatione sive publicatione aliqua fieri non potest, *l. 7. cum 2. seqq. C. de legib.* Perez *ad Cod. de legib. num. 18.*

2 An igitur lex statim ut publicata est, obligat? Maxime; eoque jure utimur, extrà quam si certum tempus nominatim lege comprehensum sit ex quo vim capiat, ut fit interdum, *Nov. 57. in fin. Nov. 116. c. 1.* Extat sane Constitutio quædam ἐκ τῶν νεαρῶν quæ indulget spatium duorum mensium à die publicationis observandum in omnibus novis legibus, *Nov. 66. cap. 1.* Verum ea Constitutio recte sic à plerisque accepta est, ut prosit hoc spatium ad allegationem ignorantiæ, atque hæc interim præsumatur; non quin lex promulgata citius obstringat eum in cujus notitiam antè pervenit. Quod si quis post lapsum ipsius temporis ignorantiam alleget, esse quidem adhuc audiendum, sed hac conditione ut causam ignorantiæ, quam allegat, probet, per *l. ult. de decr. ab ord. fac.* VINN. *Scriptum jus* revera idem est ac promulgatum: *non scriptum*, ac non promulgatum. Locutio à Græcis desumpta, quibus γράφειν νόμους non est leges *scribere*, sed *publicare*. Hinc & Lycurgum γράψαι νόμους (*leges scripsisse*) ait Liban. *p. 476. tom. 1.* cum tamen Lycurgi leges scriptura vulgatas non esse satis constet. Plut. in Lycurg. *p. 47.* Hinc & jus civile à prudentibus invectum sine scripto venire & consistere dicitur, *l. 5. §. 3. & 12. ff. de O. I.* non quod literis consignatum non fuerit, sed quod non solemniter publicatum. Eodem modo Plato, apud Laërt. νόμον (*legem*) dividit in γεγραμμένον καὶ ἄγραφον (*scriptam & non scriptam*) & hanc esse ait τὸν κατὰ ἤθη γενόμενον, *quæ in more vel consuetudine posita est* HEIN.

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 π̃ (*Pandectis*) extare voluit testimonia ex jure propriorum temporum, ut juris constituti historia intelligeretur.

TEXTUS.

De lege & plebiscito.

4. *Lex est quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante* [*veluti Consule*] *constituebat. Plebiscitum est quod plebs plebejo magistratu* [*veluti Tribuno*] *constituebat. Plebs autem à populo eo differt quo species á genere. Nam appellatione populi universi cives significantur, connumeratis etiam patriciis & senatoribus. Plebis autem appellatione sine patriciis & senatoribus ceteri cives significantur. Sed & plebiscita lege Hortensia lata non minus valere quam leges cœperunt.*

COMMENTARIUS.

1 *Legis variæ significationes.*
2 *Non omnibus magistratibus senatoriis legibus ferendis comitia habendi jus fuisse.*
3 *Patricios genere semper, non ordine à plebeiis 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 *lib. 1. de legib. cap. 6.* quoniam in lege inest vis delectus: jubet enim quæ honesta sunt, prohibetque contraria.

Unde vocabulum legis non minus late patet quam juris. Tam enim dicimus, lege naturæ quid concessum aut vetitum esse quam jure, ut apud Ciceronem passim. Frequentissime autem legem appellamus quæ scripto sancit quod vult, eaque popularis est hujus vocis significatio teste eodem Cicerone *d. lib. 1. de legib. cap. 6.* Neque tamen omnis scripta sanctio arcto significatu lex est, sed ea tantum qua universus populus obstringitur. Nec alia de causa plebiscita initio leges dictæ non sunt quam quod partem tantum civium obligabant. At post legem Hortensiam plebiscita non minus proprie leges appellata quam quæ populus centuriatim jussisset.

2 *Senatorio Magistratu*] Lex ferebatur comitiis centuriatis á magistratibus penes quos erant majora reipublicæ 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 quam 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. Postremo nec ædiles curules ulla comitia habuisse usquam invenias, qui nec alias jus agendi cum populo habuerunt prætерquam in mulctæ certatione; de quo vide Nic. Gruch. *lib. 1. de comitiis Rom. c. 3. & lib. 2. c. 3.* VINN. Præter consules dictatores & prætores leges etiam tulerunt magistratus majores extraordinarii reliqui, veluti *tribuni militum consulari potestate, & decemviri.* De censoribus subsisto, ob legem Metiliam de fullonibus, à censore quippe latam, si credendum Plin. *Hist. N. XXXV.* 17. HEIN.

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, vide *Agell. lib. 10. c. 20.*

Veluti tribuno] Tribuni & ædiles plebeii proprii plebis magistratus erant, sed ædiles rogationes ad plebem tulisse nemo prodidit. Plebiscita comitiis tributis, léges 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.* VINN. Sæpe tamen & leges tributim latas esse exempla docent quamplurima. Nam & majores magistratus senatorii tribus in suffragia mittebant. Exemplum est in lege Quintia apud Frontin. *de aquæduct.* & Reines. *Inscript. clas. 7. §. 10.* HEIN.

Quo species à genere] Rectius dixisset, 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.

3 *Sine patriciis & senatoribus*] Hæc ad rationem priorum temporum proponi videntur, quibus honores & dignitates omnes soli patricii sibi vindicabant. Nam ex quo etiam plebi aditus ad magistratus populi & in senatum esse cœpit, senatores plebeiis opponi desierunt. Sane patricii gente sive *genere* à plebeiis semper distincti fuerunt. Dico *genere*: nam quod ad ordinum pro censu cujusque distinctionem attinet, certum est multos è patriciis familiis, puta qui equestrem aut senatorium censum non habebant, in ordine plebeio; & contrà 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 *procem. lib. 14.* ipsi senatores qui minimi census erant inter pedites numerabantur, & suffragium si ferre vellent in quinta classe suffragium dicere debebant. Vide Gruch. *lib. 1. de comit. Rom. cap. 4.*

Lege Hortensia] Tribunitiis rogationibus initio pars tantum civium non omnes adstringebantur. Primi L. Valerius & M. Horatius consules, cum velut in controverso jure esset tenerenturne Patres plebiscitis, legem centuriatis comitiis tulerunt ut quod tributim plebs jussisset 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 secessione tertia in Janiculum, anno ab U.C. 367. Et iterum á dictatore Q. Publilio, anno ab U C. 413. Vid. Liv. *lib. 8.* Flor. *in Ep.* 1. Gell. *lib. 15. c. 27.* VINN. Immo tres ordine leges eam in

in rem latæ sunt, *Horatia* A. U. C. 306. Liv. III. 55. *Publilia* A. U. C. 416. Liv. VIII. 12. & denique *Hortensia* A. U. C. 466. *epist.* Liv. *lib.* 11. Gell. XV. 27. HEIN.

Non minus valere quam 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.

De Senatusconsulto.

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

COMMENTARIUS.

1 Quando & unde senatus juris condendi auctoritatem acceperit.

CONstat jus legis ferendæ stante adhuc republ. solius populi, non senatus fuisse: cui quidem, ut Consilio publico, permissum erat de iis rebus quæ ad constituendam rempub. pertinebant, cognoscere atque decernere; sed ita ut quæ majoris momenti viderentur non aliter rata essent quam si ea aut populus aut plebs confirmasset. Polyb. *l.* 6. *c.* 12. Dion. Halic. *l.* 4. & 7. Nec ullo senatusconsulto aut jus novum introductum aut vetus sublatum legimus; ac ne Julio quidem & Augusto imperantibus ulla hujusmodi senatusconsultorum mentio, sed legum tantum aut plebiscitorum. Ac proinde verissimum est quod Bodinus *lib.* 1. *de republ. c.* 10. scribit senatui Romano ab exactis urbe Regibus usque ad Tiberii Cæsaris dominatum leges jubere non licuisse, sed decreta tantum annua, quæ tamen nec populum nec plebem tenerent; & manifeste fallitur D. Connan. *lib.* 2. *c. de Senat.* senatui Romano tribuens perpetuam legis condendæ potestatem. Nam Dion. Halic. *d. lib.* 4. expresse scribit senatusconsulta nullam vim legis habuisse nisi plebs ea probaret; & quæ populus probaverat annua tantum fuisse nisi rogatione ad populum vel ad plebem 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 repub. sed tum demum posse cœpit cum comitia è campo ad Patres translata sunt, quod à Tiberio primum factum esse testatur Tacit. *lib.* 1. *annal. c.* 10. Quippe Cæsar dictator, auctore Suetonio, *in Jul. c.* 41. 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 Suetonii sensum ex Dione adstruit Just. Lipsius; ego etiam ex verbis Taciti, quæ mox subjicit: *nam ad eam diem*, inquit, *etsi potissima arbitrio Principis, quædam tamen studiis tribuum fiebant.* Ex eo enim tempore legibus & plebiscitis quiescentibus senatus jus facere cœpit: quamquam non tam propria auctoritate, quam 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.

1 *Nam cum auctus*] Αἰτιολογία· (*Rationem reddit*) At τὸ αἰτιατὸν ὡς αἴτιον· (*non causam pro causa ponit*). Nam ex Livio *lib.* 1. *cap.* 17. Dionys. Halicarn. *lib.* 2. & 6. *p.* 392. discimus senatusconsultorum primordia vetustissima esse; legemque jam inde ab urbe condita fuisse quæ omnia in senatus potestate ponebat, præter magistratuum creationem, legum lationem, & belli inferendi deponendique arbitrium. Sed fortassis hoc dicere Justinianus voluit quod & Pompon. in *l.* 2. §. *deinde* 9. *de orig. jur.* aucto populo in eum modum ut difficulter jam omnes convenire possent, necessitatem eo rem deduxisse ut æquum visum fuerit etiam de iis rebus senatum consuli de quibus antea ad populum ferri solebat. Sed & hoc ipsum falsum esse, ex iis quæ paulo ante diximus manifeste liquet, potestatemque populi ad senatum translatam astutia Cæsarum, qui, ut Tranquillus in *Tiberio* scribit *cap.* 29. & *seqq. senatus potentiam augendo suæ serviebant.*

TEXTUS.

De Constitutione.

6. Sed & quod Principi placuit legis habet vigorem: quum lege regia, quæ de ejus imperio la-

lata est, populus ei & in eum omne imperium suum & potestatem concedat. Quodcumque ergo Imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit legem esse constat. Hæ sunt, quæ constitutiones appellantur. Plane 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 subvênit, personam non transgreditur. Aliæ autem cum generales sint omnes proculdubio tenent.

L. 12. *Tit.* 1. *Part.* 1.

NOTA.

Edicto præcepit] Edictum est, cum Princeps motu proprio, ἐξ ἰιικείας φύσεως κινηθεὶς, aliquid constituit ad honestatem & utilitatem subditorum. Theophil. & *l.* 3. *C. de legib.* & fere ad Præfectos prætorio hujusmodi constitutiones diriguntur, ut in *l.* 6. *C. de secund. nupt.* & similib. VINN. Imo & ad præsides dirigebantur edicta, ut *l. un. C. Theodos. de Strator. l.* 6. *tit.* 31. quin & ad provinciales, veluti *l.* 17. *C. Th. de tiron. l.* 7. *tit.* 13. HEIN.

COMMENTARIUS.

1 *Lege regia jus omne populi privative in Principem translatum.*
2 *Genera constitutionum exposita.*
3 *Quid & quotuplices sint; tum quam vim habeant constitutiones personales & privilegia, & num.* 5.
4 *Privilegiorum rariorem usum esse in statu democratico, quam in monarchico.*
6 *De rescriptis contra jus elicitis; & de precibus sub & obreptitiis, nec non de moratoria præscriptione.*

LEge Regia] Hæc eadem habet Ulp. *l.* 1. *de const. Princ.* Latam autem fuisse legem, idque sub Augusto, eamque secutum in eamdem sententiam senatusconsultum, qua lege populi omnis potestas Principibus concessa, ipsique legibus soluti sunt, probatur testimonio Dionys. qui lib. 53. de Principibus loquens, λέλυνται, inquit τοῖς νόμοις, ὡς αὐτὰ τὰ Λατεῖνα ῥήματα λέγω (*soluti sunt legibus ut ipsa verba latina sonant*). Quod non nisi de verbis alicujus legis accipi potest. Eadem est, quæ lex imperii dicitur *l. ex imperfecto* 3. *C. de testam.*

Ei, & in eum] Hæc verba *in eum* Theophil. Hotom. Wesemb. interpretantur in se, quod nimis argutum. Probabile est, populum his verbis in formula legis usum ad ostendendam enixam suam voluntatem omne imperium suum παντελῶς (*omnino*) transferendi. Fabrot. VINN. Alia exempla ubi *omnia & in omnibus* simili pleonasmo junguntur, collegit Ger. Nood. *Obs.* 1. 3. qui recte docet, *ei & in eum* unum valere, probante hanc observationem V. C. Car. Andr. Dukero *de Latin. ICtor. Vett. p.* 324. HEIN.

1. *Omne imperium & potestatem*] Ergo populus non retinuit veterem potestatem, eamque cum Principe communicavit dumtaxat, sicuti illi sentiunt, qui populum non privative sed cumulative potestatem suam in Principem contulisse contendunt; qui error in notissima Politices principia impingit, & manifestior est quam ut refutari debeat. Non equidem nego jura majestatis ita dividi posse ut non omnia in unum quem Principem constituit populus transferantur, sed quædam apud optimates aut populum remaneant, atque ita temperatum ac mixtum fiat imperium; sed eadem jura majestatis & transferri & retineri nullo modo possunt. Nihil ad rem facit, quod Principes ab invisis populo nominibus regis aut domini abstinuerint, cum alio sub nomine regiam potestatem exercerent, auctore Dione *d. lib.* 53. Quod non satis examinavit D. Gudelinus *lib.* 5. *de jur. noviss. cap.* 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 verissime de populo Romano Juvenalis *Satyr.* 10.

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

2 *Quodcumque ergo Imperator*] Constitutiones Principum non sunt unius generis. Distinctio à causa finali, hoc est à scopo & intentione Principis sumenda. Etenim vel hoc aperte & directe Princeps agit ut legem condat & jus præscribat, quod fit non tantum cum generaliter & motu proprio quid constituit ad usum subditorum, quæ species constitutionis Edictum dicitur, & lex edictalis; *l.* 6. *C. de sec. nupt. cum simil.* sed etiam cum respondet magistratibus de jure dubio consulentibus, quamquam Theophilus hoc genus constitutionis epistolæ speciem facit; vel non agit id prin-

ci-

cipaliter ut jus aliquod in commune constituat, sed ut in specie litem aliquam inter partes componat; & tamen propter excellentiam & dignitatem personæ constituentis id quod constituit legis vigorem habet, *l.* 1. §. 1. *de const. Princip. l. ult. C. de legib.* cum à judicibus res judicatæ aliis non noceant; *tit. C. res int. al. act. vel jud. al. non noc.* ac ne sententiæ quidem latæ in consistorio Principis, aut ib ipso quidem Principe, sed ad relationem & consultationem judicum, *l.* 2. *l.* 3. *C. de legib.* Vide tamen Christin. *vol.* 2. *decis.* 63. *num.* 3. *& seqq. & vol.* 3. *decis.* 111. *num.* 8. *& 9.* Posterioris hujus generis duæ sunt species, epistola & decretum. Epistola proprie dicitur, cum privatis de jure suo consulentibus Princeps rescribit. Decretum ἀπόφασις ἐπιστολική (*regia declaratio*) cum ipse de causa cognoscit & partibus auditis sententiam pronuntiat; quem veterum Principum morem fuisse testantur historiæ AA. Scriptores. Elegans exemplum habemus in *l.* 3. *ff. de his quæ in test. del.* VINN. Alia exempla extant in *lib.* 13. *ff. quod met. caus. l.* 4. *ff. de inst. hær.* Conf. Jac. Gothofr. *ad l. ult. C. Th. de offic. judic. omn.* ubi plenissime de modo, quem principes in decernendo observabant. HEIN.

3 *Quædam sunt personales*] Cum dixisset non ea tantum 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 alicujus personæ gratiam constituitur. Hæ sunt quæ *privilegia* Latinis dicuntur, eo quod Veteres *priva dixerunt, quæ nos singula dicimus* auctore A. Gellio *lib.* 10. *cap.* 20. & Festo in voce *privos*, ubi Jos. Scal. *in annot. Offendit me*, inquit, *quod apud Ciceronem pro hac voce* (privom) *privatum substituerint, ut in ea pro Dom. c.* 17. *Vetant leges sacratæ, vetant XII. Tabulæ leges* privis *hominibus irrogari; at hodie legunt* privatis, *cap.* 9. *Item* 3. *de legg. Tantum majores in posterum providisse in* privatos *homines leges ferri noluerunt, cum Cicero scripserit, in* privos *homines; subjicit enim: id enim est privilegium. Postea interpretatur, ferri de singulis nisi centuriatis comitiis noluerunt.* Ait autem Justinianus hujusmodi constitutiones personales sive privilegia aut jura singularia in exemplum non trahi nec personam egredi: quoniam non ea mens sit Principis, qui solius, puta Titii aut Semproni i causa aliquid constituit, ut id, quod ita constituit in universum pro jure observetur aut ad alios transferatur. Apparet vero 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. *de jur. 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* 12. *C. qui pot. in pig.* Tale item beneficium est quod parenti, patrono, marito, donatori, &c. concessum, ut in id tantum quod facere possunt condemnentur. *l. sunt qui* 16. *& seqq. de re jud. l.* 11. *& seqq. sol. matr.* Hæc & similia personarum privilegia deficiente persona cui data sunt statim simul deficiunt aut extinguuntur, neque ad successores transeunt, *dict. ll. l. in omnibus* 68. *l. privilegia* 196. *de reg. jur.* nisi id quoque nominatim privilegio cautum sit. *l.* 4. *de jur. immun.* At quæ privilegia magis causæ quam personæ præstantur, ea heredibus quoque & ceteris successoribus tribuuntur, *d. l. in omnibus* 68. *& d. l. privilegia* 196. *de reg. jur.* Cujus generis beneficia sunt immunitates generaliter locis aut civitatibus aut familiis datæ, *l.* 4. §. 3. *de censib.* induciæ temporis quæ judicatis indulgentur, *l. tempus* 19. *de re jud.* jus ante omne creditum deducendi impensas funeris. *l. pen. junct. l. filiusfam.* 31. §. *ult. de rel. & sumpt. fun. &c.* de quo adi. D. Pet. Fab. *ad d. l. in omnibus* 68. *& d. l. privilegia* 196. *de reg. jur.* Christin. *vol.* 5. *decis.* 47. *num.* 30. *seqq.*

4 Usus privilegiorum, ut hoc obiter addam, frequentior est ubi singuli regunt quam ubi universi, propterea quod in Statu populari major esse debet æqualitatis observatio. Quam ob causam etiam lege XII. Tabb. cautum fuit *ne privilegia irrogarentur*, teste Cic. *pro dom. sua*, quod Decem-viros à Græcis accepisse ex oratione Demosthenis *contra Aristocratem* liquere potest. Cæterum hoc juris erat ordinarii; nam extra ordinem jure supremæ potestatis privilegia etiam à populo aliquando ferebantur, sed nonnisi centuriatis comitiis. Cic. 3 *de legib. c.* 19. Quale illud apud Romanos fuit, ut quis ante magistratum capere posset quam per leges licebat. Sic Athe-

Athenienses cum injurati nullius testimonium admitteretur, soli Xenocrati remiserunt jusjurandum. Diog. Laert. *in Xenocr.*

5 *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, puta graviorem ordinaria propter exemplum: si cui sine exemplo subvenit, puta gratiam delicti fecit. Ubi obiter notandum privilegia non solum pro aliquo, verum etiam in aliquem ferri posse, ut in Milonem à Pompejo, in Ciceronem à Clodio lata sunt. Cic. *pro dom. sua, c.* 17.

6 Illud hic prætereundum non est non ut quisque privilegium à Principe impetravit ita & continuo id valere. Nam primo rescripta Principum contra jus vel utilitatem publicam elicita à judicibus improbari etiam ipsorum Imperatorum constitutionibus jubentur, extrà quam si prosint petenti & alium non lædant, vel crimen supplicantibus indulgeant, *l.* 3. *&* 7. *C. de proc. Imp. off. l. ult. C. si cont. jus vel util. pub.* aut licet cum læsione alterius, moratoria dumtaxat 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. Quo tamen casu placet non aliter rescriptum valere quam si fidejussio idonea super debiti solutione præbeatur. *l.* 4. *C. d. tit.* VINN. Hodie exceptiones moratoriæ à supremo Consilio impetrantur, quæ concedi non debent, nisi creditori datis fidejussoribus caveatur, *l.* 33. *Tit.* 18. *Part.* 3. ADDIT. Secundo si Principi *subreptum sit*, celata scilicet veritate, vel *obreptum* expresso mendacio rescripti fructu privari jubetur qui id impetravit. *l.* 2. *C. de leg. l. pen. C. si contr. jus vel util. pub.* Utrumque ex voluntate & mente Principis sumtum est, qui non creditur aliquid velle contra utilitatem publicam concedere, aut aliter quam si preces veritate nitantur. *l.* 7. *C. de div. resp. l. pen. & ult. C. si cont. just.* Hinc est quod à Curiis rescripta ejusmodi rejici aut admitti, sive ut nunc loquuntur interinari solent. VINN. Quod ut faciant etiam legibus Regiis eis præcipitur. *l.* 1. *&* 2. *Tit.* 14. *lib.* 4. *Recop.* ADDIT.

TEXTUS.

De Jure Honorario.

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 honorarii portio est.*

NOTA.

Juris honorarii portio] Jus honorarium genus est cujus species Prætorium & Ædilitium. VINN. Immo & Proconsulare. Nam & Proconsules Edictum Provinciis proposuisse nemo ignorat. HEIN.

COMMENTARIUS.

1 *Unde Prætori, & qualis condendi juris potestas.*

2 *Ædiles curules qui & unde dicti.*

3 *Jus ædilitium quo sensu dicatur sub prætorio contineri.*

INter species juris civilis numeratur hoc loco & jus prætorium, quod tamen non raro ut species diversa juri civili opponitur. Sed non est novum in jure nostro ut idem nomen nunc latius nunc angustius accipiatur, & quod per se positum nomen generis est contrahatur ad certam speciem oppositam speciei ejusdem generis. Itaque cum jus civile à prætorio distinguitur, per jus civile intelligitur quod ex legibus; plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum venit; per prætorium, quòd illius juris adjuvandi supplendi corrigendi causa magistratus introduxerunt. Papiniam. *l.* 7. *de just. & jur.*

1 Unde autem Prætori juris condendi potestas? Neque enim Prætor aliud quam magistratus fuit juri dicendo, non condendo, quod majestatis est, præpositus: custos juris civilis, non arbiter; neque ulla lege talem potestatem Prætori datam uspiam legimus. Sic existimo Prætores ab initio jure magistratus edicta tantum proposuisse de quibus rebus & quomodo jus dicturi essent. *l.* 2. §. *eodem tempor.* 10. *de orig. jur.* Progressu autem temporis non obnitente populo hoc simul usurpasse ut edicendo etiam jus constituerent, ut tamen edicta eorum minorem longe vim quam leges haberent, nec abrogare jus constitutum aut receptum possent, *l. cum spansus* 12. §. 4. *de publ. in rem act. l.* 12. *de just. & jur.* sed tantum adjuvare, supplere, corrigere; *l.* 7. §. 1.

§. 1. *de just. & jur.* hoc 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. Nam certe plus hìc licuisse prætori quam 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 nonnumquam lex appellatur uti ab Ulpiano *l.* 1. §. 2. *unde cog.* & Cic. 3. *in Verr.* VINN. Vera hæc omnia si de jure quæras. Neque enim quisquam dixerit jus fuisse prætoribus jura constituta abrogare. Sed ipso facto tamen abrogarunt, & fictionibus, novis inventis vocabulis, restitutionibus in integrum jus antiquum mutarunt, uti docuimus in *Antiq. Rom.* §. 24. *h. t.* Agnoscit hoc Dio. Cass. *lib.* 36. *p.* 21. referens quod prætores οὔτε τὰ γεγραμμένα ἐτήρουν, ἀλλὰ πολλάκις αὐτὰ μετέγραφον. *Ne quidem jura scripta servarint, sed ea mutaverint sæpe numero.* HEIN.

Qui honores gerunt.] Jus honorarium ad honorem prætorum nominatum esse ait Papin. in *d. l.* 7. §. 1. quod qui honores gerunt id est magistratus auctoritatem huic juri dederunt, ut hic Justinian. Proposuerunt quidem & alii magistratus censores consules tribuni edicta, ut ex Cic. Gell. & aliis notum est, nec dubium quin secundum ea jus dictum fuerit; attamen quia soli prætores juris dicundi causa creati sunt totaque fere jurisdictio penes prætores erat, hinc factum arbitror ut jus omne quod à jurisdictione venerat non minus prætorium quam honorarium appellaretur, atque appellatione prætorii etiam aliæ partes juris honorarii 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 munus eorum pertinebant quæ recenses Cic. *lib.* 5. *in Verr. c.* 14. & Gruch. *lib.* 1. *de comit. Rom.* De veriverbio vocis *curules* non magnopere laborandum; sive enim à curia sive à curru quo vehebantur sive à sella curuli in qua sedebant eam deducas, parum refert.

De quibusdam causis] De rebus, maximeque mancipiis & jumentis venalibus, item de animalibus feris continendis qua vulgo iter fit edictum satis celebre & explicatum *lib.* 21. π̃ (*Pandectarum*) *tit.* 1.

3 *Juris honorarii portio*] Jus ædilitium appellatione juris honorarii proprie continetur, ut species appellatione generis. Sed & prætorii appellatio jus ædilitium continet, *l.* 5. *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 tamquam principali earum specie dictum est, etiam dictum intelligi de reliquis quarum interponendarum eadem sit causa & origo, jurisdictio nimirum magistratus.

TEXTUS.

De responsis prudentum.

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

COMMENTARIUS.

Origo auctoritatis prudentum à capite accersita.

POstrema juris scripti pars sunt responsa prudentum. Cujus juris originem operæ pretium 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 jus quod sine scripto venit, compositum à prudentibus, communi nomine appellabatur jus civile, hoc est, nomine generis ad speciem contracto. Hæc Pompon. *l.* 2. §. *his legibus de orig. jur.* Unde primo intelligimus, interpretationem juris dumtaxat prudentibus permissam fuisse, non juris proprie condendi potestatem; ac neque hanc earum interpretationem statim pro jure acceptam, sed ubi ea

in foro agitata & recepta esset; quo respectu jus istud sine scripto introductum Pomponius ait, quod tamen pars est juris scripti quatenus est ex interpretatione illius juris & legum sententia, *argum. l. 6. §. 1. de verb. sign.* ad quod declarandum habemus accommodatissimum exemplum *infr. tit. de leg. patr. tut.* atque hoc sensu recte opponitur consuetudini. Item jus illud sive receptas interpretum sententias compositas hoc est descriptas atque in certum volumen collectas fuisse, neque ab iis judicem in judicando potuisse recedere, utpote quæ partem constituerent juris civilis eoque nomine in specie etiam appellarentur. Atque ut hoc obiter sciamus, ante tempora Augusti quicumque studiorum suorum fiduciam habebat de jure consulentibus publice respondere poterat. Divus autem Augustus quo major esset juris 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 hujus §. inspiciamus.

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

De jure respondere] Veteres codices (auctore D. Pacio) habent *jura condere*, id est νομοθετεῖν. Non male, nam & Consulti quodammodo jus condebant nempe, ut recte Theophilus, καιτὰ πεῦσιν καὶ ἀπόκρισιν (*per consultationem & responsionem*) quo sensu etiam juris conditores nonnumquam appellantur, *l. nulla 23. C. de proc. l. si furiosi 25. C. de nupt.* Ceterum ut dixi, quod ita respondentes interpretando condebant non ex propria auctoritate statim valuit aut vim legis habuit, sed tum demum habere cœpit cum usu forensi receptum esset; errantque adeo toto judicio qui tantam Jurisconsultis auctoritatem tributam fuisse existimant ut novum etiam jus condere potuerint per *l. ult. C. de legib.* ubi tamen nihil eis conceditur quod antea non habuerint, sed tantum relinquitur pristina legum interpretandarum facultas. Add. D. Gudelin. *5. de nov. jur. 2.*

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

Jurisconsulti] Item jurisperiti & prudentes & auctores juris; modestiæ quoque causa juris studiosi appellari amabant, fortassis ad exemplum Pythagoræ, qui se non σοφὸν (*sapientem*) sed φιλόσοφον (*sapientiæ amatorem*) dici voluit. Itaque hæc appellatio communis est tam præceptorum quam discipulorum & auditorum juris, *l. 1. de off. assess. l. 9. §. 4. de pœn. l. 4. de extr. cog.* quibus in locis constat juris studiosos pro juris professoribus & assessoribus comitibusve judicum accipi. Add. Cujac. *7. observ. 25.* Rævard. *2. conject. 10.*

Quorum omnium] aut utique plurimorum, nam singulorum sententiis eam vim tribuere perquam absurdum esset; & videtur Justinianus ut verba postrema hujus §. arguunt respicere ad constitutionem Theodosii quæ extat in *l. un. C. Theod. de resp. prud.* VINN. Immo omnino omnium quibus jus respondendi à Principe datum opiniones & sententiæ judicem obligabant, eo modo uti hodie in Germania sententiæ à collegiis juridicis conceptæ. Theodosii constitutio non ad responsa & sententias Jurisconsultorum, sed ad scripta veterum inter se dissentientia in juridicis allegata pertinet HEIN.

TEXTUS.

De Jure non scripto.

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

Vid. tit. 1. Part. 2.

COMMENTARIUS.

1 *Juris non scripti seu longa consuetudine introducti quanta & unde auctoritas, & num. 2. & 5.*

3 *Ad jus consuetudine introducendum opus esse probabili Superioris scientia.*

4 *Quantum tempus quot actus & quales ad inducendam consuetudinem necessarii.*

6 *An plures species juris quam quæ memoratæ; & de æquitate & communi opinione.*

1 *Sine scripto*] De quibus causis scriptis legibus non utimur id custodiri oportet quod moribus & consuetudine inductum est, *l. de quibus 32. de legib.* Immo ma-

magnæ auctoritatis hoc jus habetur quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere, *l. immo magnæ 36. eod. Usus est*, inquit alicubi Livius, *gravissimus juris censor & explorator, ut non possit non æquum esse & utile quod is probavit sæpius facto periculo.* Cui simile est quod Aristot. 3. *Polit. ult.* scribit, *plus valere & in rebus majoris momenti versari leges quæ moribus comprobatæ sunt quam 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 & sumtus probationum minuendos; & videmus multarum regionum consuetudines non modo scriptas sed etiam commentariis illustratas circumferri. Neque tamen idcirco consuetudo fit jus scriptum quod legem appellamus, quia non ex scriptura sed ex usu æstimatur & facilioris tantum probationis causâ scripta intelligitur. VINN. Non fit jus scriptum per scripturam, quia non per modum legis publicatur γράφη autem νόμος est *leges publicare*. Vid. supra ad §. 3. h. t. HEIN.

2 *Consensu utentium*] nimirum tacito. Nam quemadmodum expressa sanctio legem facit, ita tacita populi voluntas consuetudinem. Unde quoad vim & effectum inter hæc duo nihil interest. *Quid enim refert*, ait Julianus in *d. l. de quibus 32. 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 quam expresso legem. Hinc quia ejusdem est legem tollere cujus est condere, recte rescriptum est in *l. 2. C. quæ sit longa cons.* legi à Principe latæ contraria consuetudine derogari non posse. Quamobrem etiam existimandum est Julian. in *d. l. de quibus 32.* respexisse ad anteriora tempora quibus populo adhuc jus suffragii erat, aut ad ea jura quæ nondum sublato jure suffragii moribus introducta sunt, quale est pupillaris substitutio, *l. 2. de vulg. & pup. subst.* item querela inofficiosi testamenti, *l. 3. in pr. de bon. poss. cont. tab.* donationis inter virum & uxorem improbatio, *l. 1. de donat. int. vir. & ux.* & si quæ sunt generis ejusdem. Fortassis etiam jura municipiorum consideravit quæ suis legibus & moribus utebantur etiam sub Imperatoribus, ut notavi *sup.* §. 1. Evincit hoc ipsa Jurisconsulti disputatio qui argumentatur à jure suffragii ad jus introducendi consuetudinem.

3 Proinde in statu populari jus 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 recte D. Wesemb. *par. de legib. num. 9.* VINN. Quod etiam *l. 5. tit. 2. Part. 1.* constitutum est. ADDIT.

Diuturni mores] Propria hæc epitheta sunt consuetudinis, ut dicatur diuturna longa inveterata. Nam cum 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 de consuetudine 34. de legib.*

4 Quantum autem tempus & quot actus ad introducendam consuetudinem requirantur inter interpretes non satis convenit. D. Connanus 1. *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 aqu. pluv. arc.* Vulgo, testibus D. Gail. 2. *obs. 31.* Myns. 6. *obs. 41.* Schneid. *hic n. 5.* Wesemb. *par. de legib. num. 9.* arbitrantur consuetudinem induci decennio, aut tanto tempore quanto jus aliquod præscribi potest. Verum, ut recte D. Ant. Fab. 1. *jurispr. 2. pr. 11.* notat, in eo omnes errant quod consuetudinem cum præscriptione juris confundunt. Præscriptio enim nullum jus acquirit nisi præscribenti, & in eos dumtaxat contra quos præscriptum est, & in tantum in quantum præscribens possedit vel quasi; consuetudo vero acquirit jus in universum omnibus & contra omnes in suo casu: quia cum sit lex quædam tacita legem imitatur, *l. ult. C. quæ sit long. cons.* Quam ob causam cum D. Cujacio 20. *obs. 1.* & Menoch. *consil. 543. n. 20.* potius judicis arbitrio hoc definiendum censeo, qui pro negotii qualitate modo longius modo brevius tempus statuere possit, & quantumcumque tempus sufficere, modo adsit actuum frequentia & uniformitas. Ant. Fab. *ad l. nam Imperator 38. de legib.* VINN. Verum *dict. leg. 5. tit. 2. Part. 1.* communis opinio probata est, & decem vel viginti annorum spatium sat esse ad firmandam consuetudinem definitum. ADDIT. Et quoniam in consuetudine introducenda non hujus aut illius hominis vel etiam ordinis morem inspi-

cere debemus sed totius populi usum, eumque colligere ex iis quæ non semel aut bis sed frequenter circa eamdem rem & controversiam observata sunt, *l.* 1. *C. quæ sit long. cons.* & observata tenaciter hoc est perpetuo similiter, *l. ult. C. eod.* non putarem ad inducendam consuetudinem duos actus sufficere quamtumvis judiciales & notorios, quæ communis est opinio probata item à Gail. & Myns. VINN. Atque etiam ab Ildephonso Rege in *dict. l.* 5 ADDIT. Sed hoc etiam arbitrio judicis relinquendum ut cetera quæ certo jure definita non sunt, *arg. l.* 1. §. *ult. de jur. delib. l.* 9. *C. de bon. auct. jud. poss.* Cujac. Menoch. Fab. *ubi sup.* eleganter D. Diod. Tulden. *in comm. ad hunc tit. c.* 4. Illud majoris partis consensu & recte receptum est cum de consuetudine probanda quæritur, necesse non esse probare eam aliquando firmatam fuisse judicio contradictorio. Nam cum ea populi consensu inducatur, quid refert quod non etiam intervenerit res judicata? Quid si tam certum jus fuerit ut de eo numquam apud judicem dubitatum sit, an non majoris auctoritatis id videri debet quam quod in judicio contradictorio approbatum? *l. immo magnæ* 36. *de legib.* Consilii igitur est non necessitatis quod scribit Ulpianus in *l.* 34. *d. tit.* cum de consuetudine quæritur primum explorandum esse an etiam contradictorio aliquando judicio confirmata sit. Consilium dat ut id fiat, quia illa exploratio utilis est probaturo consuetudinem, scilicet ut paratas habeat easdem illas probationes quibus consuetudo tum probata est.

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

Nos item in Hispania aut scriptis legibus utimur, aut non scriptis. Scriptæ leges multis Codicibus continentur ut vix alia gens sit quæ tot & tam elegantes Juris collectiones habeat. Sed cum in illis leges diversis temporibus latæ contineantur quæ sibi invicem non in paucis derogant, opus fuit ut ordo in illis observandis constitueretur ab Ildephonso XI. lege lata in Comitiis Complutensibus, quæ confirmata fuit à Joanna Regina in *leg.* 1. *Taurinarum*, & à Philippo II. in procemio novæ Recopilationis. Ordo itaque in observatione legum Hispanicarum tenendus hic est. Primum locum obtinent Pragmaticæ & Leges Regiæ in nova Recopilatione collectæ, vel post ejus editionem latæ temporis ordine servato. His accedunt leges Fori, tum Fori legum tum fororum municipalium, quatenus consuetudine sunt confirmatæ, ut ei qui eas pro se affert incumbat onus probandi earum usum, *Rodrig. Suarez ad leg. Fori.* Partitarum leges postremum obtinent locum. Quando vero his legibus causa dirimi nequit, rectâ Princeps adeundus est qui jus novum constituat, non enim patet ad jus civile aut ad alias leges aditus *l.* 3. *tit.* 1. *lib.* 2. *Recop.* Consuetudinis apud nos non levis est auctoritas, licet tanta non sit ut etiam jura scripta abrogare valeat. Itaque leges novæ Recopilationis, Pragmaticæ, & ceteræ leges regiæ postea latæ, atque etiam Partitarum observandæ sunt, etiamsi consuetudo sit in oppositum, *dict. l.* 3. *lib.* 2. *tit.* 1. *Recop.* Leges vero Fori à moribus vim sortiuntur ut supra diximus. Consuetudines vero quæ novum jus inducunt aut vetus interpretantur præter jus & secundum jus, ut interpretes loqui amant, legem imitantur seu vim & effectum legis habent, *tot. tit.* 2. *Partit.* 1. ADDIT.

6 Et hactenus quidem explicatæ sunt partes juris civilis à Justiniano propositæ. Sed an non plures poni debuerint dubitari potest. Video enim à nonnullis inter partes juris non scripti præter consuetudinem, quæ sola à Justiniano posita est, numerari etiam res judicatas sive præjudicia, & æquitatem. Sed utrumque perperam. Nam etsi rerum præsertim sæpius judicatarum non vilis est auctoritas, vim tamen legis minime habent, nec jus inducunt quod inter alios simili aut ejusdem generis controversia mota sequi necesse sit, *tit. C. res int. al. act. aut jud. al. non noc.* eoque pertinet quod Imp. in *l. nemo* 13. *C. de sent. & interl.* rescribit, & vulgo dici solet, *non exemplis sed legibus judicandum esse.* Christin. *vol.* 2. *decis.* 51. *num.* 5. *& seqq.* Sed nec æquitas proprie dicta hujus juris pars est; est quidem ἄγραφόν τι quia scripta non est, sed non eo sensu ita appellari potest quo jus illud constituit speciem juris civilis. Quod

ut

ut planius intelligatur observandum est nomen æquitatis dupliciter accipi, vel in genere pro æquo quod cum omni jure conjunctum est, vel in specie pro eo quod est à jure civili diversum. Generalis appellatio etiam juri civili convenit: nam omnibus legibus & juri civili æquitas aliqua inesse creditur, nomenque juris non meretur quod ab omni æquitate destitutum est. Atque hoc sensu Cic. in *Topic. c. 2.* jus civile definit *æquitatem constitutam iis qui sunt ejusdem civitatis*; in specie autem & proprie accepta æquitas juri opponitur, non quidem scripto, ut male nonnulli, sed stricto. Hæc Græcis ἐπιεικεια dicitur, nostris etiam æquum & bonum humanitas benignitas; ab Arist. 5. *Eth.* 10. definitur ἐπανόρθωμα τῦ νομίμυ δικαίς, *juris legitimi correctio*, cujus usus elucet cum in verbis legis ex sententia extendendis & ad casus similes producendis ubi lex minus scripsit plus voluit, tum in verbis restringendis ubi ex sententia constat plus scripsisse legislatorem minus voluisse, maxime vero in benigna legum interpretatione earumque ad singulas facti species accommodatione, tali tamen quæ ab expressa & manifesta legislatoris voluntate non recedat. Huc pertinet *l.* 10. *& seqq. de legib.* item *l.* 17. *& multæ seqq. eod.* Atque hinc etiam peti potest conciliatio *l. placuit C. de judic.* cum *l.* 1. *C. de legib. & l. prospexit* 12. §. 1. *qui & à quib. man.* Gudelin. 5. *de jur. nov. c.* 2. Christin. *vol.* 2. *dec.* 61. *n.* 3. *& seqq.* Non est ergo æquitas hæc species juris civilis, sed quid à jure civili diversum consistens magis in arbitrio boni viri & judicis; unde & nonnumquam boni viri arbitratus & religio judicis appellatur. Quamobrem recte Aristoteles *d. loc.* æquum & bonum comparat regulæ Lesbiæ; quippe cum indefinitarum rerum & norma indefinita esse debeat, æquo & bono ita utendum esse ait ut fabri cæmentarii & structores utuntur norma Lesbia, quæ cum plumbea sit & flexibilis eam structuræ cum usus est accommodant, nec semper ad normam exigunt structuram: quod Guil. Budæus initio *annot. 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 pluribus sententiis comprobatur, *Clem. 1. vers. quod etiam de sent. excom. l. 1. in pr. de off. Quæst.* non tamen usque adeo valere debere ut in manifesto errore jus faciat, *arg. l. 2. C. quæ sit long. cons.* Vid. Menoch. 2. *præsumpt.* 71. *num.* 24. & ibi citatos D. Diod. Tuldenhic *c.* 7. late Osvv. Hill. *notat. in Don. lib.* 26. *cap.* 2.

TEXTUS.

Ratio superioris divisionis.

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 Lacedæmonii quidem ea quæ legibus observabant memoriæ mandarent, Athenienses vero ea quæ in legibus scripta comprehendissent custodirent.*

COMMENTARIUS.

1 *Error Triboniani notatus.*

EXactis Regibus cœpit populus Rom. incerto magis jure & consuetudine uti quam 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* 2. *de orig. jur.* Liv. *lib.* 3. *c.* 31. *& seqq.* Hæ leges in 12. tabulis postea descriptæ leges decemvirales & 12. tabb. sunt appellatæ, fons omnis publici privatique juris auctore eod. Livio.

1 Ex quibus perspicuum est jus scriptum sive leges Romanorum originem suam habere partim ex legibus partim ex moribus Græcarum civitatum; & insigniter errare Tribonianum qui jus scriptum Romanorum ab Atheniensibus non scriptum à Lacedæmoniis arcessit. Nam primum male confert leges non scriptas Lacedæmoniorum cum jure non scripto Romanorum. Neque enim Lacedæmoniorum leges fuere jus aliquod moribus introductum, quo sensu jus non scriptum hic accipi constat, & scripto hoc est legibus latis opponi; sed leges proprie dictæ & expressim sanctæ, quamvis eas non scribi sed in memoria conservari voluerit legislator eorum Lycurgus. Secundo nec mores Lacedæmoniorum dici possunt originem dedisse juri non scripto Romanorum, non magis quam mores Atheniensium aut aliarum Græciæ civitatum unde legati Romam missi leges petierunt. Nam non minus mores quam leges omnium populorum descripti in illis quas dixi duodecim tabulis, lege decemvi-

virali perlata partem juris scripti Romanorum constituerunt. VINN. Sed vereor ne perperam dica scribatur Triboniano, ac si Romanos jus non scriptum à Lacedæmoniis, scriptum ab Atheniensibus accepisse statuat. Distinctionis potius νόμων in ἐγγράφους & ἀγράφους (*legum in scriptas & non scriptas*) originem ab his civitatibus derivat. Et sane Lacedæmonii jure non scripto usi sunt, teste Plutarcho in *Lyc. p.* 47. quamvis alio sensu ac Romani. *Ejus* ergo in hoc §. usurpatur pro *ejus rei*, nec ad *το jus civile* referendum. HEIN.

TEXTUS.

Divisio juris in immutabile & mutabile.

11. *Sed naturalia quidem jura quæ apud omnes gentes peræque observantur, divina quadam providentia constituta, semper firma atque immutabilia permanent. Ea vero quæ ipsa sibi quæque civitas constituit sæpe mutari solent vel tacito consensu populi, vel alia postea lege lata.*

L. 288. *Stili.*

COMMENTARIUS.

1 *Jus naturale seu jus gentium primævum immutabile esse, non item jus gentium secundarium nisi proportionaliter.*

2 *Immutabilitatem illam præcipue apparere in notionibus divinitus animis hominum impressis, quod exemplis declaratur.*

3 *Leges civiles etiam consuetudine contraria abrogari posse.*

4 *Expediatne leges aliquando mutari?*

EXposito jure tum naturali tum civili, observataque utriusque differentia in causis efficientibus, non incommode 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, cujus Deus est inventor disceptator lator, ut loquitur M. Tullius *lib.* 3. *de republ.* Apud Xenophontem *lib.* 4. *memorab.* hujusmodi jura θεῖοι νόμοι: (*Dei leges*) dicuntur.

1 De jure 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 dumtaxat naturalia sunt: jura multis populis seorsum communia, ab his quæ societatis humanæ vinculum continent. Sic vetera gentium jura circa bella & res bello captas, circa incrementa fluminum, &c. multum mutata hodie videmus. Sed & multa quæ jus naturæ non jubet sed permittit tantum, communi consensu prohiberi possunt, uti factum circa omnia fere ἀδέσποτα (*nullius*) de quo suo loco disseremus uberius. Sane etiam jus gentium secundarium ἀναλόγως (*improprie*) immutabile dici potest, utique multo difficilius tollitur quam jus civile.

2 *Immutabilia*] Jus naturale semper & ubique justum 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 jure prohibetur juberi potest, nec quod jubetur vetari, ut recte Grot. 1. *manud.* 2. & convenienter ei quod scribit Jurisconsult. in *l.* 6. *de just. & jur. jus civile in totum à jure naturæ recedere non debere.* Nec est contrarium quod Jurisconsult. addit *jus civile non per omnia juri naturali servire, sed plerumque ei addere aliquid aut detrahere.* Nam illa additio aut detractio nihil aliud est quam generalium juris naturæ præceptorum ad usum moresque civium & formam reipûblicæ specialis cum delectu accommodatio. Quod quamvis variis in locis diversimode fiat, atque etiam in applicando naturæ jura inflecti quodammodo videantur; immutabile tamen permanet τὸ αὐτοδίκαιον quod per se atque ex sui natura justum est, vimque suam perpetuo retinent in obligandis conscientiis anticipatæ in animis nostris communes illæ quas diximus notiones, in quibus hæc constantia atque immutabilitas præcipue elucet. Covarr. *de matr. p.* 2. *c.* 6. §. 9. *n.* 7. Belle Michael. Ephes. *ad* 5. *Ethic.* Albert. Bologn. *c.* 16. *de lege jure & æquit.* §. 16. Exemplis res fiet illustrior, lex naturæ ita præscribit: *Deum colito, liberi potestate patris subjecti sunto, pacta conventa servato.* Hæc sunt æternæ legis perpetua decreta, & quæ nullo jure civili abrogari possunt: tantum 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 domi-

nis

nis in servos potestas sit, & quodcumque per filium acquiritur id acquiratur patri, vel ut jus tantum pater habeat filium modice & sine acerbitate castigandi, & contumacem expellendi domo; ut pacta etiam nuda efficaciter obligent, aut eam vim tantum habeant vestita ut vulgo loquuntur. Ait Justinianus nihil tam conveniens esse æquitati naturali quam voluntatem domini rem suam in alium transferre volentis ratam haberi, §. *per traditionem* 40. *inf. de rer. div.* At lex civilis occurrens temerariæ hominum liberalitati cujus eos mox pœnitere posset, modum huic rei in donatione præscripsit, eamque donationem quæ quingentos solidos excederet non aliter ratam esse voluit quam si actis sit insinuata, §. 2. *inf. de donat.* Hoc inquam facto non mutatur jus naturale sed adjuvatur, dum propter utilitatem civium (quo legislatores omnes spectant tametsi non idem semper constituant) aliquid ei adjicitur, aut si mavis detrahitur respectu scilicet præcepti generalis. Atque hoc est quod DD. nostri ajunt jus naturale *modificari declarari & provisionibus adjuvari posse*: sic enim loqui amant Jo. Fab. Aug. & alii *ad hunc* §. Sexcenta ajusdem generis exempla afferri possent (occurrunt enim in omnibus fere partibus juris civilis) sed hæc pauca è multis retulisse puto rei declarandæ sufficere. Illud etiam sciendum est esse quosdam quasi gradus principiorum practicorum & præceptorum naturæ, ac nonnumquam usuvenire ut inter se hæc concurrant & invicem obstent, verbi causa: lex naturalis est *non occides*; est & altera ejusdem generis sed momentosior quæ sui defendendi causa permittit agressorem occidere. In hoc concursu lex inferior superiori cedat necesse est, Wesemb. *par. de just. & jur. n.* 15.

3 *Tacito consensu*] Quamobrem non tantum jus novum longo usu introduci potest, sed etiam id quod antè 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 supra diximus, cessante jure suffragii non tantum cessare jus populi in lege palam ferenda, verum etiam in consuetudine contra jus à Superiore constitutum introducenda: quoniam ejus solius est legem tollere cujus est condere. Ita cape *l.* 2. *C. quæ sit long. cons.* aut de consuetudine alicujus municipii, *fac. l.* 3. §. *Divus* 5. *ff. de sepulcr. viol.*

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

Textus.

De objectis juris.

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

Commentarius.

Hoc §. transitus fit à jure constituente ad jus constitutum, & methodica quædam via pro materiæ diversitate circa quam illud versatur ad hujus cognitionem sternitur, præeunte Cajo in *l.* 1. *de stat. hom.*

Vel ad personas &c.] Distributio ex objectis, ut appareat, ad finem juris obtinendum accommodata. Finis juris quod jam sæpe diximus est suum cuique tribuere. Ut autem hunc finem consequamur necesse est primum scire quid sit suum cujusque; deinde qua ratione si id ultro non præstetur ab invito obtineamus. Cognitio ejus quod cujusque est, vel ex persona sumitur vel ex rebus, seu 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 patres familias alii filii familias; patrum familias alii in tutela alii in curatione alii in neutro eorum. Ac pro diversis hujusmodi 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 cujusque est id aut est jus reale, nempe dominium aliudve in rem aliquam jus, aut personale dumtaxat, uno nomine obligatio sive creditum.

tum. Nimirum ergo huc pertinent non tantum modi acquirendi dominii aut juris alicujus in rem dominio proximi, modi acquirendi res singulas aut per universitatem, sed etiam modi contrahendarum & acquirendarum obligationum, & contrà etiam horum omnium admittendorum aut infirmandorum ac distrahendorum rationes; agiturque de hoc jure *lib.* 2. 3. & parte 4. usque ad *tit. de actionib.* Obtinendi utriusque juris ratio est in actionibus hoc est juris nostri persecutionibus, sive id fiat in judicio sive extra judicium auctoritate magistratus, quod argumentum ultimo tractatur loco.

TITULUS III.

DE JURE PERSONARUM.

Tit. 5. *Lib.* 1. *Dig. Tit.* 21. *Part.* 4.

Continuatio. Qui hìc persona quid status & jus personæ.

IN calce præcedentis tit. proposita fuit series & dispositio summarum partium quæ deinceps hoc libro & sequentibus singulatim tractantur. Initium fit á personis, quarum causa cetera constituta sunt. In π̃. (*Pandectis*) titulus ejusdem plane argumenti inscribitur de *statu hominum*. Unde intelligimus personam hìc non qualitatem civis sed hominis designare, aut potius hominem simpliciter; eamque appellationem tam servo competere quam homini libero, sicut & in jure passim etiam servo tribuitur, *l.* 3. *pr. ne quis eum qui in jus voc. l. potestatis* 215. *de verb. signif. l.* 22. *de reg. jur.* Item jus personæ hìc esse quod statum & conditionem personæ sequitur: nam status ipse est personæ conditio aut qualitas, quæ efficit ut hoc vel illo jure utatur, ut esse liberum esse servum, esse ingenuum esse libertinum, esse alieni esse sui juris. Itaque status rationem causæ, jus effecti habet. VINN. Jure veteri discrimen erat inter hominem & personam. *Homo* dicitur cuicumque contingit in corpore humano mens humana; & sic sola monstra negantur esse homines, *l.* 14. *ff. de stat. hom.* ast *persona* est homo statu quodam veluti indutus. *Status* vel *naturalis* est vel *civilis*. Quoad naturalem servus persona dicebatur (uti in legibus ab auctore allegatis & *princ. h. t.*) non quoad civilem. Quia enim nec libertatis nec civitatis nec familiæ particeps erat servus, hinc res *mancipi*, Ulp. *fragm. tit.* 19. §. 1. ἀπρόσωπος (*impersonalis*, ut ita dicamus) Harmenop. *lib.* 7. *tit.* 6. immo *nullus*, *l.* 32. *ff. de R. J. sine capite*, §. 4. *Instit. de cap. dem.* denique *mortuus l.* 209. *ff. de R. J.* habebatur. HEIN.

TEXTUS.

Prima divisio personarum.

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

L. 1. *Tit.* 4. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

1 *Adscriptitii cujus conditionis habendi? & num.* 3.

2 *Servi diverso respectu ad primum & secundum juris objectum pertinent.*

1 *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 respondet Ulp. *l.* 10. *hoc tit.* etiam hic responderi potest, ejus 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 fere adscriptitii dicebantur. Adscriptitii quasi servi erant peculiumque eorum ad dominum pertinebat, coloni liberi ut coloni Palæstini Thracenses Illyricani, de quibus proprii *tit. lib.* 11. *C.* Adscriptitii tributarii erant id est capitis censum sive capitationem præstabant, coloni non erant tributatii reditus tamen certos pro solo domino terræ solvebant. Consule Cujac. *ad tit. C. de agric. & cens.* Gregor. Tholos. 14. *synt.* 10. & omnino Christin. *vol.* 5. *decis.* 86. *& seqq.*

Ser-

2 *Servi*] Videmus igitur & hìc & in *l.* 4. *eod.* unde hæc sumta, non solum liberos sed etiam servos ad primum juris objectum referri, videlicet ad personas. Atqui servi non minus in dominio nostro & in commercio sunt quam reliqua quæ in bonis habemus, adeoque quadrupedibus eos exæquat Cajus 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 juris objectum. 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 heres 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 objectum pertinet. VINN. Recte. Prout servo tamquam homini status vel naturalis tribuitur vel civilis, & potest & non potest persona vocari, & vel ad primum vel secundum juris objectum referri. Vid. supra *not. ad rubr. h. t.* & conf. *l.* 32. *ff. de reg. jur.* HEIN.

Servitus duplex est, mercenaria seu precaria de qua *tit.* 20. *Part.* 4. & obnoxia. In illa servi ad præstandas pro victu & mercede operas dominis obligantur, hæc infinitam tribuit dominis in servos potestatem. Illa etiam politioribus gentibus in usu est, hæc inter Europæas ab usu recessit. Quod inter magna Christianæ Religionis beneficia referendum; cum apud gentes Asiæ & Lybiæ adhuc permaneat. Marius autem majorem Hispaniarum partem occupantibus frequentissima apud majores nostros servitus erat, ut mirum non sit legibus *de servis* nostras Compilationes scatere; quæ leges licet non adeo frequentem habeant usum, non tamen exoleverunt ut falso sibi persuasit Auctor Institutionum Juris Castellæ. Illud Barbarorum moribus inductum fuerat per totam ferme Europam ut essent homines servilis conditionis adscriptis & censitis non admodum absimiles, *solariegos* à majoribus nostris appellati, *l.* 3. *tit* 25. *Part.* 4. In Hispania omnino exoleverunt.

De servitute precaria lege regia cautum est non licere servis domino valedicere nisi dies conventus fuerit transactus, *l.* 8. *tit.* 4. *lib.* 4. *for. legg.* ADDIT.

TEXTUS.

Definitio libertatis.

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

L. 1. *Tit.* 22. *Part.* 4.

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 sumta. Effectus libertatis est facere quod libet; est enim *potestas vivendi ut velis*, teste Cicerone in *Paradox. & l. off. c.* 21. *n.* 3. A Zenone apud Laërt. breviter definitur ἐξουσία αὐτοπραγίας *potestas pro arbitrio suo agendi.* Ceterum 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 nos 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 præclare noster Papinian. *l. filius* 15. *de cond. inst.* Et divine M. Tullius *in Cluentiana cap.* 53. *Legum* inquit *idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus.* Cui simile illud Arist. 1. *pol.* 9. ἡ γὰρ ἐστι δουλεία τὸ ζῆν πρὸς τὴν πολιτείαν (*servitus enim non est ad leges civitatis vitam accommodare*) Nimirum legis imperium non est δεσποτικὸν (*herile*) sed πολιτικὸν (*civile*). Quapropter obedientia quæ legibus ultro 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 bene D. Wesemb. *hìc*, & D. Tulden. *c.* 2. VINN. Est & hæc definitio vere Stoica. Vid. Pers. *sat.* 5. *v.* 88. & quæ ibi notavit Casaubonus. Arrian. *Diss. Epictet. lib.* 11 *c.* 1. Ita vero explicata, non est cur à quibusdam Accursium

sium secutis reprehendatur. Vetus enim & proba est uti ostendit Maran. in *Paratitl. ad tit. ff. de stat. hom.* HEIN.

TEXTUS.

Definitio servitutis.

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

L. 1. *tit.* 21. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

Constitutio juris 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. numquam* 31. §. 1. *de acq. rer. dom.* pro pecunia deposita. Apud Laërtium à Zenone definitur servitus, φθορὰ αὐτοπραγίας· (*privatio potestatis pro arbitrio agendi.*

Contra naturam] Hoc est contra communem illam omnium hominum conditionem quam ab initio habuerunt à natura. Nam servi naturâ, id est citra factum humanum aut primævo naturæ statu nulli sunt, *leg.* 4. *de just. & jur. l. quod attinet* 32. *de reg. jur.* quamquam justitiæ naturali non repugnat ex pactione aut delicto servum fieri. Quod vero Aristoteles *lib.* 1. *pol. cap.* 3. & 4. scribit servos quosdam nasci & naturâ esse, eo nihil aliud significat quam 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 copiose & acute disserit claris. Heinsius in *epist. ad Georg. Richterum.*

TEXTUS.

Servi & mancipii etymologia.

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 capiantur.*

L. 1. *Tit.* 21. *Part.* 4.

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 capti res 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 adeo 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.* Pomp. *l. pupillus* 239. §. 1. *de verb. sign.* August. 19. *de civ. Dei* 15. Notat hinc Alciat. *in d. l.* 239. *de verb. sign.* eumque secuti Myns. & 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 acquir. rer. dom.*

1. Accuratius autem hac de re disputat D. Grot. *lib.* 3. *de jur. bell. c.* 4. ubi multis adductis auctoritatibus ostendit jure belli licere captos occidere, & quovis tempore licere, & eos qui se dedere volunt nec recipiuntur, immo & deditos sine ulla conditione. Cum autem Scriptores dicunt id belli jure licitum esse non intelligunt tale jus quod actum omni culpa liberet sed facti impunitatem; nimirum ut si forte qui supplicem aut se ultro dedentem interfecerit in alio territorio deprehendatur tamquam homicida puniri non possit, nec bellum ipsi ab alio talis facti nomine inferri. Ceterum etsi impune id fiat, laudabile tamen naturâ non esse, actumque hujusmodi carere interna justitia; quoniam excedit modum lædendi naturaliter concessum, ideoque nec in foro animæ excussatum esse. Hinc Augustinum merito laudare Gotthos quod supplicibus & in templa perfugientibus pepercissent, *illicitum sibi esse judicantes quod belli jure fieri licuisset. lib.* 1. *de civit. Dei cap.* 2. De illo inter omnes convenit, eos qui vitam salvam pacti sive in fidem recipiuntur nec exteriori jure trucidari licere. Porro de temperamento circa jus interficiendi in bello captos adi eund Grot. *d. lib.* 3. *cap.* 11. & 14. nonnulla etiam habet D. Tul-

Tulden. *comm. ad instit. tit. de his qui sui vel alien. jur. c.* 3.

2. *Imperatores*] Non intelligit Principes Romanos sed στρατηγὸς *belli duces* τῶν πολέμων ἡγεμόνας, ut recte vertit Theoph. Quod hìc ex Sigonio notat Bachovius Imperatores dictos ab imperio militari hoc est jure belli gerendi, verum quidem est; ceterum 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 proprie & præcipue in curiarum suffragiis inerat retineretur; quod vel ex una *orat. 2. in Rull.* intelligi potest. Vid. Gruch. *lib. 3. de comit. & in refut. post disp. Car. Sigon.* ubi multis testimoniis ex Antiquitate petitis ostendit, consules & prætores potestatem administrandæ rei militaris jure sui magistratus habuisse. VINN. Ita Vinnius noster Gruchium sequitur, secundum quem contra Sigonium à frequente eruditorum Senatu datum est. Legi de hac Sigonii & Gruchii lite meretur V. C. Græv. *præfat. Thesauri Antiq. Rom. tom.* 1. HEIN.

3. *Vendere ac per hoc servare solent.*] Non quod hoc facere quasi ex pactione captores cogerentur, sed quia hoc suadebant commoda quæ captivos servantem gentium item jure sequebantur, nempe διὰ τὴν ἐλπίδα τῆς πράσεως (*propter spem venditionis*) ut est in *Basilic.* quod pertinet illud Horatii *lib. 1. epist. 16.*

Vendere cum possis captivum occidere noli.

Ceterum ut ait Seneca in *Troad. v.* 333.

Lex nulla capto parcit aut pœnam impedit.

Et centurio Cæsarianus Scipionem alloquens apud Hirtium *de bell. Afric. Tibi*, inquit *c.* 45. *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. c.* 41. Plura ejusmodi reperies apud D. Grot. *d. l. b. 1. c.* 4. Vide tamen eumdem *d. lib. 3. c.* 11. & 14. ubi docet quid hìc victori liceat secundum justitiam internam. Non frustra autem jura ista in captivos servatos á 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. cap.* 44.

Manu capiantur] Hæc notatio si vera est dicendum erit hoc nomen ad res ceteras translatum esse. Nam mancipium teste Isidoro 8. *Orig.* 4. veteribus dicebatur quidquid manu capi subdique potest, ut homo equus ovis, adeoque omne quod per æs & libram nostrum fiebat in quo erant res mancipi, teste Varrone *in fin. lib. 6. ling.* Postea receptum ut & prædia inter res mancipi referrentur. Ulp. *tit.* 19. VINN. Mancipari veteri jure rerum mobilium non plus poterat quam manu capi posset. Ulpian. *fragm. tit.* 16. §. 6. Revera ergo & *mancipium* & res *mancipi* & *mancipatio* nomen inde acceperunt, quod dominium adquireretur earum rerum quæ manu capiebantur. HEIN.

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 acervitate & Christianos tractant quos bello capiunt. Ac mos est captos servos permanere etiamsi religionem Mahumetis ejuraverit, eo quod servum esse non adversetur legi divinæ 1. *ad Corit.* 7. *v.* 21. *Deuter. cap.* 5. *v.* 14. *Exod. c.* 21. *v.* 2. *& seqq. Lev. c.* 25. *v.* 6. ubi de formis servitutis apud Hebræos, add. Bodin. 1. *de republ. c.* 5. Connan. 2. *comm.* 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 aliave patienda quæ servorum sunt. Quippe Christianos lex caritatis rectius instituere debuit quam ut à miseris hominibus interficiendis abduci nequirent nisi minoris sævitiæ concessione. Atque hoc à majoribus ad posteros pridem transiisse scripsit Gregoras, nec eorum fuisse proprium qui sub Romano imperio viverent 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 quam deducto ne egeant captos rebus necessariis. Quandoque pactis hoc definitur ut nunc inter milites menstruo stipendio. Jus 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* 21. *de neg. gest.* Boer. *decis.* 178. Grot. *lib.* 2. *de jur. bell. c.* 7. *num.* 9.

5. Porro in hisce regionibus servos plane nullos habemus aut agnoscimus, adeo ut judicatum sit à summo consilio quod est Mechliniæ, etiam eos servos qui in Hispania emti cum dominis suis in has partes veniunt in libertatem proclamari posse liberosque fieri sive libertatem iis quamdiu hic sunt jurisdictione defendi. In Gallia quoque servos, licet peregrinorum, ut primum regni fines penetraverint eodem momento liberos fieri, exempla rerum judicatarum ostendunt. VINN. Saturni temporibus, inquit Plutarchus in vita Numæ, neque dominus erat neque servus. Religio Christiana Saturni tempora revocavit. ADDIT. Itaque in Belgio & Gallia servi ipso jure liberi fiunt eo adventantes. Ast in Germania non solum dominis conceditur ut possint homines proprios vindicare etsi eo profugerint ubi illa servitus non sit recepta; (vid. Dan. Mevii *consil. jurid. de statu & vindicat. hominum propr.*) verum etiam quibusdam locis ipso jure fiunt servi quicumque peregrini eo adveniunt commorandi & habitandi causa, veluti in Algovia ubi ideo sæpe auditur parœmia: *Die Lufft macht eigen*, id est *ipse aer homines proprios facit.* Hert. *de homin. propr. sect.* 3. §. 3. Tale & olim fuit jus Wildfangiatus in Palatinatu Electorali & provinciis vicinis, de quo Londorp. *Act. publ. continuat. lib.* 10. *p.* 126. HEIN.

TEXTUS.

Quibus modis servi constituuntur.

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 venumdari passus est.*

L. 1. *Tit.* 21. *Part.* 4.

NOTA.

4. *Nascuntur ex ancillis*] Ex Martian. *lege* 5. §. 1. *h. t.* Hi vernæ prudentibus dicuntur de quo nomine vid. Fest. & Nonium. Eodem autem jure ex ancillis nati servi sunt quo sata cedunt solo; mater enim solo comparatur, vis patris sato, Cujac. *in Instit. cap.* 3. *glos. n.* 5.

COMMENTARIUS.

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

1 *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 jure gentium servos nostros fieri qui ex ancillis nostris nascuntur *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* Placuit autem ad natos dominium ideo porrigi quia alioqui si summo jure captores uterentur illi ipsi nasciturі non erant. Cui consequens est ut nati ante calamitatem nisi & ipsi capiuntur 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 dicta, quo modo juris naturalis vox abusione quadam interdum sumitur. VINN. Sed proprius servitutem vernarum deduxeris è jure accessionis. Servi ex personis fiebant res mancipi, *vid. supr. ad rubr.* Cujus est res ejus & accessio. Et quidem partus sequebatur ventrem uti in fœtura animalium. HEIN.

2 *Jure civili*] Etsi servitus est ex jure gentium, sunt tamen nonnulli modi servitutis constituendæ ex jure civili. Unus hic exprimitur sed plures fuisse constat; huc enim pertinent qui servi pœnæ efficiebantur attrocitate sententiæ quorum crebra in libris nostris mentio. Item qui liberti ob ingratitudinem damnati patrono in servitutem traduntur, §. 1. *inf. de cap. dem.* haud secus ac ingrati liberi revocantur in potestatem parentum, *l. un. C. de ingrat. lib.* Erat ex Senatusconsulto Claudiano alius libertatis amittendæ modus si libera mulier domino denuntiante se servo alieno junxisset, de quo *inf. lib.* 3. *tit.* 13. VINN. Sed lege regia è converso servus liber fit. *l.* 5. *tit.* 22. *Part.* 4. ADDIT. Ulp. *in fragm. tit.* 11. ubi & alium modum indicat, cum incensus aliqui veniisset, quod explicat Cicero *pro Cæcin.* in extremo orationis. Dionys. Halic. *lib.* 4. Sigon. *lib.* 1. *de antiq. jur. civ. Rom. c.* 14. Denique etiam

in

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. us. c.* 18. & *seq.* Cur igitur servi jure civili dicuntur incogniti? Nimirum quia in iis quæ sunt juris civilis pro nullis habentur, nullam eorum communionem habent.

Liber homo] Ingenuus scilicet & sui juris ut recte monet Cujac. Neque enim patroni aut patris jus hoc pacto libertus aut filius intervertere possunt, quod & Ang. & Fab. hic notant.

Pretii participandi causa] Modo & partem pretii vere acceperit, *l.* 1. *quib. ad lib. procl. non lic.* & gnarus conditionis suæ, *l.* 2. *si ing. esse dic.* venditus sit ignoranti conditionem venditi, *l.* 7. §. 2. *de lib. caus.* Vid. *gloss.* & Accurs.

Venumdari passus sit] Venditorem subornabant hominem improbum & has partes fabulæ lucri alicujus gratia peragentem. Simulabat is se suum servum vendere. VINN. Licet omnes fere hi constituendæ servitutis modi in Partitarum legibus descripti sint, abhorrent tamen à moribus nostris. In debitores obæratos leges 4. & *seqq. lib.* 5. *tit.* 16. *Recop.* creditoribus tribuunt potestatem dominicæ non absimilem; sed nostri sæculi humanitas hisce legibus non utitur. ADDIT.

3. Apud nonnullos usitata fuit voluntaria in servitutem datio, ut apud Germanos qui novissimo aleæ jactu de servitute contendebant, *victus voluntariam servitutem adibat* ait Tacitus de *morib. Germ. c.* 24. Possidonius 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 vero operam vicissim quam possent præstarent. Quæ res si ita accipiatur in terminis naturalibus nihil habet in se eximiæ acerbitatis, quoniam perpetua ista obligatio compensatur perpetua alimentorum certitudine, quam sæpe non habent qui diuturnas operas locant; unde sæpe accidit quod dixit Eubulus:

Ε' θέλει δ' ἀνευ μισθοῦ παρ αυτοῖς καταμένειν
Ε' πὶ σιτίοις·

(*volebat sine mercede apud ipsos remanere pro victu.*)

Quærunt autem hic DD. possit ne quis apud nos perpetuo 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 jud.* Adi de tota re D. Grot. *lib.* 2. *de jur. bell. c.* 5.

TEXTUS.

De libertinorum & servorum divisione.

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

L. 2. *tit.* 21. *Part.* 4. *item Princ. tit.* 23. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

1 *Liberorum nullum amplius discrimen esse.*

NUlla differentia] Servorum una conditio est, *l.* 5. *in pr. hoc tit.* οἱ δοῦλοι ἓν ἰδὸς εἰσιν· (*servorum unum genus est.*) Mich. Attaliata, id est, omnes æque servi sunt nihilque interest utrum quis natus an factus sit servus. Plane opere & ministeriis etiam servi inter se differunt, aliis enim honestior ut atriensibus dispensatoribus amanuensibus, aliis minus honesta provincia mandatur ut mediastinis focariis fornacatoribus, *l.* 15. §. *itaque prætor* 44. *de injur. l.* 1. §. *caupones* 5. *naut cap. stab.* sed hoc cum totum sit arbitrii herilis conditionem eorum non mutat. De variis servorum ministeriis & officiis scripsit Petr. Fabr. *semestr. pag.* 155. VINN. Et ex instituto Laur. Pignorius *de servis eorumque apud veteres ministeriis*, & Tit. Popma *de operis servorum.* HEIN.

In liberis multæ.] Nam primum 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 Junianus aut dedititius: & 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.

1. Prima autem & secunda distinctio vix ullum amplius usum habent; nam cum libertinorum differentia à Justiniano 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

sic temperandum existimo quod scribit D. Bachovius ad hunc locum, hodie de liberis recte dici videri nullam in eorum conditione & statu differentiam esse. VINN. Liberos apud nos dici etiam potest nullatenus conditione differre nisi quod gente aut loco in Nobiles & Plebejos dividuntur. Majores nostri nobiles *Hidalgos* appellabant, quasi dicerent *locupletum* sive eorum quibus amplum patrimonium aut res inerat filios; Hispana enim voce *algo* bona seu res significatur. *l. 2. tit. 21. Part. 2.* Alii *Idalgos* sine adspiratione quasi *Italicos*, seu *Italici juris* homines dictos existimant. De Hispanorum nobilitate adeundi Otaloia & Joannes Garcia qui justis voluminibus hanc Spartam illustrarunt. Sacratissima Religio cum homines à sæculi curis liberos ad Dei cultum destinaret, aliam invexit liberorum hominum divisionem; hi enim quasi in sortem divinam adsciti Clerici dicuntur, ceteri laici sunt. De illis consulendi juris Ecclesiastici scriptores & *Part. 1.* ADDIT.

TITULUS IV.

DE INGENUIS.

Dig. Tit. 14. Cod. Lib. 7. Tit. 23. Part. 4.

SEquitur subdivisionis supra positæ per definitionem partium explicatio, & primo ingenuorum *hoc tit.*

TEXTUS.

De ingenui definitione.

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: & 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.

L. 2. tit. 21. Part. 4.

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 spuriis opponebant & patricios initio appellabant eo quod patrem ciere possent, ut constat ex oratione P. Decii Muris apud Liv. *lib. 10 c. 8.* & confirmat Cincius apud Festum in voce *Patricios*. Ceterum etiam eos qui libere nati essent jam olim ingenuos appellatos fuisse, distinctos ab iis qui facti erant liberi, ostendit locus Plauti in *Milit. act. 4. sc. 1. v. 15.*

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

Et quod respondet Palæstrio:

Vah, egone ut ad te ab libertina esse auderem internuncius,
Qui ingenuis satis respondere nequeas cupidis tui?

Eodemque sensu in *Pœnulo act. 5. sc. 6. v. 8.* 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* Juvenalis *ingenuum tophum* appellat. Verba Juvenalis *satyra 3. v. 18.* sunt.

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

Quo loco tophum nativum diserte *ingenuum* vocat; nec ulla est translatio contra quam existimat Britannicus. Ingenuus igitur proprie est qui nativam habet libertatem. VINN. At neque ex Livii neque ex Festi loco adparet ingenuos olim oppositos fuisse spuriis. Cincius apud Festum tantum observat patricios olim dictos etiam ingenuos, fortassis quia genus suum ab urbis primordiis recensere poterant. Apud Livium autem Decius ait *patricium esse qui*

qui patrem ciere possit, id vero & plebejos ingenuos posse; adeoque & patricios nihil esse nisi ingenuos, nec jure obniti plebeiis Sacerdotia ambientibus. HEIN. Ceterum quia res judicata 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 Justiniani *Nov.* 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* 24. *de stat. hom. l.* 3. *C. sol matr.* Patrem sequi non potest quia nullum habere intelligitur cum is dumtaxat 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.*

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 matrimonii, puta patriam potestatem familiam jura sacrorum, §. *si adversus* 22. *inf. de nupt.* VINN. Immo ex concubina nati patrem sed naturalem quidem habere intelliguntur quia vulgo concepti. Unde litteras S.P. in vetustis monimentis Plutarchus significare putat *sine patre* filium, *Quæst. Rom. p.* 316. HEIN.

Liberum 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. *lib.* 2. *sent.* 24. Potest & in universum hæc ratio dari, quod his qui in utero est quoties de commodo ejus agitur pro jam nato habetur, *ll.* 7. *& 26. d. tit.*

TEXTUS.

De servitute ac manumissione facti.

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

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. §. 1. *de acq. poss.* Servus est qui justam servitutem servit, in servitute esse dicitur qui cum servus non sit pro servo habetur, ut Pamphila *in Adria* Terentii.

Natalibus] Id est, τῇ εὐγενείᾳ ingenuitatis sive nativæ conditioni quam non vitiavit falsa servitutis opinio. Plures extant hac de re constitutiones *sub tit. Cod. de ingen. manum.* Atque huc pertinet quod Ulp. in *l. si quis* 21. §. 1. *de capt. & postl.* scribit bello civili captos & venumdatos posteaque manumissos supervacuo à Principe repetere ingenuitatem, utpote quam captivitate illa non amisserunt. VINN. Quæ ratio etiam valuit in filiis venumdatis, vel noxæ datis & postea manumissis, Cic. *pro Cæcin. c.* 33. *lib.* 1. *de orat. cap.* 40. Paul. *rec. sent.* 1. 1. necnon in obæratis addictis creditori qui libertatem recuperaverant, Quintil. *Inst. lib.* 8. *cap.* 3. & *decl.* 311. Nam & hi non libertini censebantur sed ingenui. HEIN.

TITULUS V.

DE LIBERTINIS.

Tit. 22. *Part.* 4.

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 titulo disputatur.

TEX-

TEXTUS.

Definitio & origo libertinorum & manumissionis.

Libertini sunt qui ex juxta 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 sumsit, utpote cum jure naturali omnes liberi nascerentur nec esset nota manumissio cum servitus esset incognita. Sed postquam jure gentium servitus [ingenuitatem] invasit secutum est beneficium manumissionis, & cum uno communi nomine omnes homines appellarentur jure gentium tria hominum genera esse cœperunt, liberi, & his contrarium servi, & tertium genus libertini qui desierant esse servi.

COMMENTARIUS.

Libertini sunt] Ex Cajo in *l. 6. de stat. hom.* Antiquitus libertinos dictos esse scribit Tranquillus in *Claud. c. 24.* non ipso qui manumiterentur *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 *libertinus* designari conditionem hominis ingenuitati ex adverso oppositam; per *libertus* autem significari privatum quemdam respectum ad patronum cujus *libertus* non *libertinus* dicitur qui manumissus est. Illud leviusculum est quod ibidem Valla notat, *libertinus* esse adjectivum *libertus* substantivum. VINN. Nec tamen id discrimen semper observarunt veteres, veluti in *l. 4. de just. & jur. l. 20. §. 4. de bon. libert. l. 28. eod.* si recte se habet textus. Vide Ducker. *de latin. Jurisc. vet. p. 378. seq.* HEIN.

Ex justa servitute manumissi] Justa id est, quæ revera servitus sit, non opinione & errore tantum. Aliquando & sine manumissione dominorum servi libertatem recipiunt ex senatusconsulto aut constitutione aliqua. Exempla suppeditat *tit. ff. qui sin. man. ad lib. perv. & tit. C. pro quib. cau. serv. pro præm. lib. acci.* Generalius itaque definiri potuisset libertinos esse qui desierunt esse servi, ut in calce hujus text. ex Ulp. *l. 4. de just. & jur.* unde reliqua hujus loci descripta sunt.

De manu datio] Reponendum ex textu Florentino *de manu missio*, id est, *datio libertatis*, *d. l. 4. de just. & jur.* 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 est apud Ulpian. *d. l. 5.* unde hæc sumta, neque eam agnoscunt Hotom. Cujac. Cont. Theopil.

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

TEXTUS.

Quibus modis manumittatur.

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 quam ex nostris constitutionibus introducti sunt.*

L. 1. Tit. 22. Part. 4. & L. 3. eod.

COMMENTARIUS.

Multis autem modis] Olim tres tantum modos manumittendi fuisse censu vindicta testamento, ostendit argumentatio Ciceronis in *Topic. c. 2.* ab enumeratione partium: *Si neque censu*, inquit, *neque vindicta neque testamento liber factus est, non est liber.* Accesserunt quidem postea & alii modi veluti per epistolam, in convivio inter amicos; sed his modis manumissis plena libertas non conferebatur, Ulp. & Cajus *in instit.*

In sacrosanctis Ecclesiis] A Constantino constitutum est ut in Ecclesiis, hoc est in cœtu Christianorum veluti in comitiis Ecclesiasticis teste populo & signatore Episcopo manumissi justam libertatem consequerentur, *tit. C. de his qui in Eccles. man.* Quod genus manumissionis suffectum esse apparet in locum ejus quæ olim per censum fiebat cum servi lustrali censu in campo jussu dominorum inter cives Romanos censum profitebantur. Vide

de Sigon. *lib.* 1. *de ant. jur. civ. Rom. c.* 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. act.* 4. *sc.* 1. *v.* 15. Alii hunc modum sic dictum malunt à Vindicio Vitelliorum servo qui primus dicitur vindicta liberatus, eo quod conjurationem nobilium adolescentium de Tarquiniis reducendis detexisset, auctore Livio *lib.* 2. *c.* 5. Tenebat dominus modo caput modo aliud membrum servi, dicebatque: *Hunc hominem liberum esse volo.* Fest. in verb. *manumitti*, & cum dicto eum circum agebat, significans se ei potestatem facere abeundi quo vellet. Eo pertinent hæc Persii *satyr.* 5. *v.* 75.

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

Et paulo post *v.* 78.

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. jur. civ. Rom. c.* 6. Jac. Gallus Neapol. *in apicib. legg.*

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

Aliam ultimam voluntatem] Puta codicillos. Consulto autem miscere videtur justos manumittendi modos cum ceteris, quia ispe differentiam sustulit.

Aliis multis modis] Quorum plerique enumerantur in *d. l. un.* §. 3. & *seqq. C. de Lat. lib. toll.* Adeant curiosiores *l. nemini* 21. *C. de episc. audi. titt. C. pro quib. ca. servi pro præm. lib. acc. Si manci. ita fuer. alien. Si manc. ita ven. ne prostit.* & *tit. ff. qui sine manum. ad lib. perven.*

TEXTUS.

Ubi & quando manumitti potest.

2. *Servi vero à dominis semper manumitti solent, adeo ut vel in transitu manumittantur, veluti cum prætor aut præses aut proconsul in balneum vel theatrum eunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Semper*] Id est omni die sive festo sive profesto, sive fasto sive nefasto. *In transitu.*] Cum aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodeunt prætor proconsul legatusve Cæsaris, *l.* 7. *de manu. vind.* Neque enim necesse est pro tribunali manumittere cum hic actus sit voluntariæ jurisdictionis, *l.* 2. *de offic. procons.* & præter approbationem & auctoritatem magistratus nihil desideret.

TEXTUS.

De libertinorum divisione sublata.

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

COMMENTARIUS.

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

Antea fuerat] Hoc non est referendum ad tempora liberæ Reip. sed ad sequentia. Nam ut auctor est Sueton. primus Augustus cum servorum manumissione contaminari civitatem

Romanam videret (quod & Dionys.Halicarn. *lib.* 4. conqueritur) eos multis difficultatibus à libertate justa removit, deque numero & conditione & differentia eorum qui manumittebantur curiose cavit. Hinc nata lex Ælia Sentia, hinc Fusia Caninia de quibus postea: hinc Junia Norbana Sillano & L. Norbano Coss.

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

1. *Latini ex lege Norbana*] Qua cautum fuit ut ii servi qui per epistolam aut inter amicos aut convivii adhibitione manumitterentur, non cives Romani sed eodem jure essent quo ante bellum sociale Latini coloni, quod significare voluit Justinianus *l. un. in pr. C. de Lat. lib. toll.* cum ait, *Latinos libertos ad similitudinem antiquæ Latinitatis quæ in colonias deducta est introductos esse.* Discimus autem ex Cicerone *pro Cæcinn. cap.* 34. *& pro domo sua cap.* 30. eos qui in Latinam coloniam nomina dedissent, aut deducti in que eam civitatem recepti essent Romanam civitatem amisisse; & hoc quoque est quod Boët. *in Top. Cic. cap.* 2. scribit, *ista in Latinas colonias profectione mediam capitis deminutionem contingere.* Quæ cum ita sint apparet eos neque connubii neque testamenti neque mancipii aut nexus neque patriæ potestatis neque tutelæ recipiendæ jura habuisse, ac proinde eadem quoque conditio Latinorum libertinorum fuit; quod etiam diserte variis in locis testatur Ulpian. *in fragm.* De Latinis libertis ita scribit Justinianus §. *ultim. inf. de succes. libert. Eos quidem ut liberos vitam peregisse, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amisisse, & quasi servorum ita bona eorum jure quodammodo peculii patronos occupasse.* Congruit *l.* 1. *C. Theod. de petit. hered.* Quemadmodum autem Latini coloni multis rationibus ad civitatem Rom. pervenire poterant quas ex Liv. Appian. Cic. *pro Cæc. pro Balb. pro domo sua* collegit Gruch. *lib.* 2. *de comit.* ita & Latini liberti multis modis jure Quiritium augeri, quos recenset Ulpianus *in fragm. tit.* 3. VINN. Quædam hic non satis accurate traduntur. Nam primo non ante bellum tantum sociale erant coloni Latini, sed & postea cum jam civitas Romana cum Italis esset communicata. Spanh. *Orb. Rom. I.* 9. Deinde omnino Latinis erat jus commercii & mancipationis cum civibus. Ulp. *tit.* 19. §. 4. unde & familiæ emtores & testes & libripendes esse poterant. Id *tit.* 20. §. 8. Denique testari quidem non poterant nec ex testamento capere, Ulp. *tit.* 17. §. 1. licebat tamen eis fideicommissum capere. Id. *tit.* 25. §. 6. HEIN.

2. *Ex lege Ælia Sentia dedititii*] Auctor hujus legis Augustus, latores Sext. Ælius & C. Sentius coss. Scribit etenim Suetonius *in Aug. cap.* 40. Augustum cavisse *ne vinctus unquam tortusve ullo libertatis genere civitatem adipisceretur.* Et existimare licet libertos hosce dedititios eamdem habuisse libertatem quam populus Romanus 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 jus civitatis numquam pervenire possent; ut sint hi quoque Latini liberti sed conditione Latinorum dedititiorum. Add. Ulpian. & Cajum *in instit.* Formulam deditionis descripsit Livius in deditione Collatinorum & Campanorum *lib.* 1. *cap.* 38. & 7. *cap.* 31. VINN. Dedititios etiam Latinos libertos fuisse, legere me non memini. Ejusdem potius erant conditionis ac omnes populi dedititii cujuscumque nationis. Vid. Caj. *lib.* 1. *inst. tit.* 1. §. 4. Jam id moneo non ex lege demum Junia Norbana primum libertinos quosdam Latinæ conditionis fuisse, sed ex lege etiam Ælia Sentia, eos nimirum qui minores 30. annis testamento fuerant manumissi. Ulp. *tit.* 3. §. 3. HEIN.

In meliorem statum reduxit] Non deest quod contradici posset. Certe aliud judicium Augusto fuit, qui magni existimabat sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum; civitatemque tam parce dabat ut Liviæ pro tributario Gallo roganti civitatem negaverit immunitatem obtulerit, affirmans se facilius passurum Fisco detrahi aliquid quam civitatis Romanæ vulgari honorem. Suet. *in August. c.* 30.

Duabus constitutionibus] *l. unic. C. de Lat. lib. toll. & l. unic. C. de dediti. libert. toll.*

Primis cunabulis] Hoc non ita dictum accipiemus quasi jam inde ab urbe condita manumissi jus civium habuerint, sed ex quo manumissis jus civitatis communicatum est (quod factum est infante adhuc populo sub rege Servio Tullio) id diu postea observatum fuisse, mansisseque usque ad tempora Augusti, arg. eorum quæ tradit Dionys. Halic. *lib.* 4. *p.* 126. Et ergo ex illo tempore quamdiu respub. stetit una libertorum omnium conditio fuit, nam omnes pari jure cives Romani erant & plena ac justa libertate fruebantur.

Libertinus sit] Jure novissimo & hoc sustulit,

lit, data ingenuitate, salvo tamen manente jure patronatus. *Nov.* 78.

Ætatis manumissi] Nam lege Ælia Sentia cavebatur ut servus minor triginta annis testamento manumissus non civis fieret sed Latinus esset, vindicta manumissus non aliter civis fieret quam si causa apud Consilium probata fuisset, teste Ulpiano *in fragm. tit.* 1. §. 12. 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 quoquo modo manumissum Latinum fieri. VINN. De censu nihil Ulpianus, quia ejus tempore census lustralis ab usu recesserat. Nec dubium tamen quin & censu manumissus minor 30. annis Latinus manserit; eum enim non nisi 30. annorum civitate Romana potitum esse docet *Fragmentum regularum ex vetere JCto.* quod Pariatori legum Mos. & Rom. subjici solet §. 17. Consule Vir. clar. Schulting. *ad Ulp. tit.* 1. §. 12. HEIN.

Domini manumittentis] A. Augustinus 3. *emend.* legendum censet *dominii*, ut hoc non ad ætatem domini referatur sed ad qualitatem dominii, quod & Grot. h. *in flor. spars.* probat, & Theophilum ita legisse arguunt verba paraphrasis, περὶ τὴν δεσποτείαν τῦ ἐλευθερίτος· (*circa dominium manumittentis.*) Dominorum enim alius in bonis, alius ex jure Quiritium habebat; ille Latinum faciebat, hic civem. Ulpian. *in fragm. tit.* 1. §. 11. Theoph. *hic.* Quæ differentia à Justiniano sublata est *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

3. *Civitate Romana decoravimus*] Atqui jam multo antè omnes qui in orbe Romano essent ex constitutione Antonini cives Romanos effectos Ulp. prodidit. *l. in orbe* 17. *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 planissime intelligatur, jus civitatis Romanæ olim raro & non nisi benemeritis 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 continebatur ut docet Cic. *pro Balb. cap.* 21. 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 differentia manumissionis omnes libertinos; qui novissime & libertinos exæquavit ingenuis salvo jure patronatus, *Nov.* 78. quod positum est in obsequiis, operis, dono, munere & successione libertorum, *tit. ff. de jur. patron. & aliquot seqq. necnon usque ad tit. 6. lib.* 38. *ff.* Sunt & tacitæ quædam manumissionis species, veluti si dominus servum suum tutorem vel heredem scripserit aut adoptaverit, §. 2. *inf. tit. prox.* §. 1. *inf. qui test. tut. dar.* §. *ult. inf. de adopt.* aliæque complures quas operæ pretium non est aut recensere aut explicare; congessit eas Gudelin. *lib.* 1. *de jur. novis. cap.* 4. VINN. Addo (1.) Initio omnibus promiscue civitatem datam qui Romam migrabant etiam de victis gentibus. Liv. *lib.* 1. *cap.* 8. Cic. *pro Balbo cap.* 12. Dionys. Halicarn. *lib.* 4. *p.* 126. (2.) Deinde & civitatibus quibusdam jus civitatis datum, easque vocatas esse municipia. Ez. Spanh. *orb. Rom. Ex.* 1. 8. (3.) Legem Juliam non sub initium sed sub finem belli socialis latam anno U. C. 664. eaque non omnibus Italis civitatem datam, sed iis qui flagrante bello sociali in fide manserant. Appian. *de Bell. civ. lib.* 1. *p.* 379. Cic. *pro Balb. c.* 21. Vellej. Pat. *lib.* 2. *c.* 16. Reliqui enim paulo post lege Plautia jura civitatis accepere. Cic. *pro Archia c.* 4. præter Lucanos & Samnites qui anno 670. civitate donati. Epit. Liv. *lib.* 84 (4.) Reliqua omnia accurate exsequutum esse Spanh. *in orbe Rom.* HEIN.

TITULUS VI.

QUI, ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.

D. lib. 40. *Tit.* 9. *C. lib.* 7. *Tit.* 11.

Argumentum Tituli.

IGitur quod *ex superiore tit.* intelligi potuit, cum varii sint manumittendi modi eadem tamen omnium vis atque effectus est ut omnes manumissi liberi fiant & cives Romani. At enim hac manumissorum omnium exæquatione nihil derogatum est legi Æliæ Sentiæ, quæ

quibusdam ex causis libertatem impediebat; sed quibus ex causis illa eam impediebat ante hanc exæquationem, ex iisdem etiam nunc obstat quominus manumissi liberi fiant. Causæ duæ duobus hujus legis capitibus quæ hìc proponuntur & explicantur comprehensæ; quorum primo cavetur *ne quis in fraudem creditorum manumittat nisi forte servum unicum heredis habendi gratia*; altero *ne minoribus* 20. *annis aliter jus sit manumittere quam justa causa apud Consilium approbata.* Et totidem ergo erunt superioris regulæ exceptiones.

TEXTUS.

Prius caput legis Æliæ Sentiæ de manumittente in fraudem creditorum.

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

L. 24. tit. 3. Part. 6.

NOTA.

Quia lex Ælia Sentia] Legem hanc latam esse Augusti temporibus indicat Dio *lib.* 55. *p.* 557. Consule *indic. leg. Rom.* Hotoma. Conn. *lib.* 2. *comm. c.* 5. VINN. Bonæ frugis plena sunt quæ de historia hujus legis scripsit Henr. Noris. *ad Cenotaph. Pis. diss.* 3. *cap.* 9. Observandum, æque hac lege impeditam esse manumissionem in fraudem patronorum. Caj. *instit. lib.* 1. *tit.* 1. §. 6. Ulpian. *tit.* 1. §. 15. Quod perperam è legibus XII. tabb. derivat Oiselius. HEIN.

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* 27. *qui & à quibus man.* sicut in universum quidquid lege prohibente fit ipso jure nullum est, *l. non dubium* 5. *C. de legib.* Quamobrem cum legimus libertates per legem Æliam Sentiam rescindi aut revocari, ut in *l.* 5. §. 2. *d. tit. l.* 1. *C. qui man. non poss.* hoc minus proprie dictum accipiemus, & respectu actus manumissionis, qui non continuo & ab initio ipso jure nullus est sed suspenditur donec constet fraudati sint creditores necne, & si fraudati sunt utrum jure suo uti velint; nam si non sint fraudati, aut fraudati jure suo non utantur, actus validus est & manumissi retro liberi facti intelliguntur; si fraudati sint & jure suo utantur, perinde habetur atque si nulla manumissio intervenisset. Quamdiu autem hæc incerta sunt, scribit Paulus, manumissos vi ipsa statu liberos esse, *l.* 1. *de statulib.* Ipse autem manumissor & heredes ejus nullo colore libertatem revocare possunt, *l.* 5. *C. de serv. pign. dat. man. facit l.* 3. *qui & à quib. man.* His addi potest & peculiaris ratio, quod libertas quæ semel competit non revocatur, §. *semel 6. 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 longe ratio est edicti *Quæ in fraudem creditorum.*

TEXTUS.

De servo instituto cum libertate.

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

L. 24. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

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

Heresque ei solus] Non quod necesse sit solum eum heredem scriptum esse, sed si plures scripti sunt ceteros deficere, & neminem alium heredem existere ne ex secundo quidem gradu, utique libero homine substituto, *l. si is qui* 57. *de her. inst.* nam si & alter servus secundo loco scriptus sit, solus primo loco scriptus hereditatem capiet, *l. qui solvendo* 60. *d. tit.*

tit. Quid si duo servi eodem gradu instituti? Invicem sibi obstant; ceterum altero ante apertas tabulas mortuo, is qui superest liber & heres erit, *l.* 42. *& seq. eod.*

Necessarius] Ita dicitur non quia hereditatem adire cogitur, sed quia sive velit sive nolit omnino post mortem testatoris protinus liber & heres fit, §. *inf. de her. qual. & diff.* ac proinde ipso jure sicuti sui & necessarii heredes, *arg. l. furiosus* 63. *de acq. her.* Hoc tantum interest quod prætor suis heredibus potestatem facit abstinendi ab hereditate, necessariis non item, *leg. necessariis* 57. *d. tit. de acq. hered.*

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

Injuria] Hoc est ignominia; quamvis enim edicto prætoris de infamibus non notetur, oneratur tamen existimatio ejus, & facti infamiam non effugit is cujus bona auctioni & hastæ publicæ subjiciuntur, cujus rei locupletem testem habemus Ciceronem *pro Quintio c.* 15.

TEXTUS.

De servo instituto sine libertate.

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

L. 24. *tit.* 3. *Part.* 6. *&* *L.* 3. *tit.* 3. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

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

Nova humanitatis ratione] Primus Justinianus generaliter constituit ut servus a domino simpliciter heres institutus & liber & heres fiat, Veterum quidem sed eorum paucorum sententiam secutus quæ idcirco antea non obtinebat, *l. pen. C. de neces. serv. her. inst.* junct. *pr. infr. de her. instit.*

Cum non sit verisimile] Nam qui vult consequens ut DD. hic notant, & in *leg.* 2. *de jurisd.* etiam antecedens velle intelligitur sine quo ad illud consequens perveniri non potest; eademque ratione haud dubie & Paulus & Atilicinus quibus jam ante hæc sententia placuit usi sunt. Verum hæc ratio aliis non satis idonea visa fuit, fortassis ideo quia cum libertas sit aliquid majus & pretiosius ipsa hereditate, absurdum videatur per consequentiam hereditatis datæ libertatem servo defendere, rem longe 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* 10. *ff. de jure codicill.* 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 cap.* §. VINN. Fuere etiam qui & libertatem datam præsumi oportere ajunt, si quis Turcam vel Paganum baptizari jubeat. Sed docte hanc sententiam singulari dissertatione *de manumissione per baptismum* refellit celeb. Thomasius. HEIN.

TEXTUS.

Quid sit in fraudem creditorum manumittere.

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: sæpe enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines. Itaque tunc intelligimus impediri libertatem cum utroque modo fraudantur creditores, id est & consilio manumittentis,*

tis & ipsa re, eo quod bona ejus non sunt suffectura creditoribus.

L. 7. tit. 15. Part. 5.

COMMENTARIUS.

DEsiturus est solvendo esse] Descriptus hic locus est ex *l. in fraudem* 10. *qui & á 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 promtu est, quia solvendo esse nemo intelligitur qui solidum quod debet solvere non potest, *l. solvendo* 114. *ff. 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. *infra de act.* Creditoribus igitur agentibus incumbet probare se & eventu fraudatos esse & manumissorem animum fraudandi habuisse. Atque hic locus erit præsumtionibus quibus fraus aut arguitur aut abfuisse docetur. Qua de re consulantur DD. hic & in *d.* §. 6. Ceterum hæc quæ diximus locum habent in libertate directo testamento data; in fideicommissaria autem solus rei eventus spectatur, *l. ult. C. qui man. non poss.* An quia ubi res adhuc integra est & ab alio servus manumittendus, facilius visum est impediri libertatem? VINN. Probant plerique hanc rationem. Vid. Ulr. Hub. *disp. jur. fundam.* 9. §. 10. HEIN.

De facultatibus suis amplius sperant] Plerumque homo humani ingenii vitio rei modicus spei immodicus est, quod accidit frequenter his qui transmarinas negotiationes, & in aliis regionibus quam 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 dumtaxat, ut male post alios Schneid.

TEXTUS.

Alterum caput legis Æliæ Sentiæ de minore viginti annis.

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

L. 1. tit. 22. Part. 4.

COMMENTARIUS.

ALterum caput legis Æliæ Sentiæ fuit: *Minoribus* 20. *annis non aliter manumittere jus esto, quam causa justa apud Consilium approbata, l.* 1. *de manum. l.* 11. *& seqq. de man. vind.* Providere lex voluit ne temere & sine certo animi judicio servi libertate & civitate donarentur.

Quam si vindicta] Legendum cum D. Hotom. ex auctoritate librorum veterum, *quam si dicta apud Consilium justa causa manumissionis, approbata fuerit manumissio*; & ita Theophil.

Apud Consilium] Adhibebantur in Consilium Romæ 5. senatores & 5. equites; in provinciis 20. recuperatores cives Romani. Ulpian. *tit.* 1. §. 8. Theoph. *hic.* In notis D. C. S. *de Consilii sententia*, Grot. *in spars. Flor.* Exercere Consilium non potest cui mandata est jurisdictio, *l.* 2. *ff. de off. ejus cui mand. est jurisd.* unde apparet non habuisse jus exercendi Consilium vi suæ jurisdictionis, *arg. l.* 1. *pr. d. tit.* VINN. Consilium ergo Romæ constituerunt Decemviri litibus judicandis. Vide clar. Ger. Nood *de jurisd. lib.* 1. *cap.* 12. In provinciis frequens mentio τῆ συμβυλίε, cujus & in sacris mentio fit, *Act.* 25. *v.* 12. HEIN.

TEXTUS.

Quæ sunt justæ causæ manumissionis.

5. *Justæ autem causæ manumissionis sunt, veluti si quis patrem aut matrem, filium filiamve, aut fratres sororesve naturales, aut pædagogum aut nutricem aut educatorem aut alumnum alumnamve, aut collactaneum manumittat, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii 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.*

L.

L. 1. tit. 22. Part. 4.

NOTÆ.

5. Si quis patrem &c. Finge filium cum esset una cum parentibus naturalibus in ejusdem domini potestate heredem à domino institutum esse; hic filius ut ceterarum rerum defuncti ita & parentum suorum dominus efficitur. Justissimam autem eos manumittendi causam habet, & ita porro *l. 13. ff. de man. vind.*

Alumnum] Quod fere in mulieribus usu venit sed tamen in viris etiam receptum, *l. 14. ff. eod.*

Intra sex menses] Et exigitur prius jusjurandum, *d. l. 13.*

Justa causa impediat] Veluti si patronus senator fiat ut in *l. 23. ff. de rit. nupt.*

Decem & septem] In *d. l. 13.* est *decem & octo.* Sed illic qui attigit annum XVIII. non minor XVIII. dicitur, hoc loco non minor XVIII. qui implevit XVII. Cujac.

COMMENTARIUS.

HÆc desumta sunt ex *l. justa 9. l. si minor. 12. & aliquot seqq. de man. vind. l. matrimonii 11. qui & á quib. man.*

Procuratoris] Arbitror in genere hanc manumissionis causam justam fuisse, etiamsi minori 20. annis specialim opus non esset procuratore ad judicium; scilicet ut liber factus servus tanto commodius officium procuratoris exercere tam in judicio quam extra judicium posset. Itaque neque Cujacio assentior qui *lib. 22. obs. 16.* locum hunc accipit de procuratore ad judicium tantum, (neque enim satis justa causa videtur ut quis ob unam forte litem persequendam servum suum manumittat) nec Doctoribus vulgo, qui de procuratore ad negotia dumtaxat; quasi minor 25. annis alienæ litis procurator esse neutiquam possit, quod falsum est, *l. cum mand. 23. de minorib.* Sane ad defendendum minor 25. annis procurator idoneus non est, *l. minor 51. de procur.* VINN. Communis tamen DD. opinio approbata fuit *l. 1. tit. 22. Part. 4.* ibi: *para recabdar sus cosas fuera de juicio.* ADDIT. Sed cum ad id ut quis alterius negotia extra judicium procuret nec libertate nec XVII. annorum ætate opus sit, arg. *l. 7. §. 1. 2. & l. 8. ff. de instit. act.* magis est ut de judiciali tantum procuratore loqui Imperatorem cum clar. Boetio existimemus. HEIN.

Matrimonii habendi] Verbum *habendi* delendum esse nemo qui modo latine sciat negare poterit, nec in aliis reperitur, ut neque in *l. 21. hoc tit.* nec in *leg. 13. de man. vind.* nec Theophil. agnoscit.

TEXTUS.

De causa semel probata.

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

COMMENTARIUS.

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

TEXTUS.

Abrogatio posterioris capitis legis Æliæ Sentiæ.

7. Cum 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 heredem instituere legataque 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 cum 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. Cum enim antiquitas hujusmodi ætatis & pro aliis postulare concesserit: cur non etiam sui judicii stabilitas ita eos adjuvare credatur ut ad libertatem dandam servis suis possint pervenire?

COMMENTARIUS.

NAm cui totorum] Argumentatur à majori ad minus κατασκευαστικῶς (*demonstrative*) cui quod plus est licet, ei non debet quod minus est non licere, *l. 21. de reg. jur.*

Cum

Cum libertas inæstimabilis res sit] Aliam rationem legis Æliæ Sentiæ fuisse existimo, nempe quod servi junioribus dominis facile blandis verbis aut aliis artibus persuadere possunt ut ipsos manumittant, *arg.* §. 4. *sup. eod.* vel pro turpis alicujus obsequii compensatione. Est quidem libertas res inæstimabilis, & ipsi servo οὐδὲν τιμιώτερον ἐλευθερίας (*nihil libertate præstantius*), at servum libertate donare non est inæstimabile domino, cui longe plus est posse aliquem heredem instituere, prædium legare, quam servo vilissimi pretii dare libertatem, licet ipsi servo majus sit libertatem accepisse quam hereditatem aut prædium.

Ideo nos mediam viam eligentes] Hinc inferunt posse quandoque jud cem in ambiguitate juris vel facti rem dividere, Cujac. 17. *obs.* 21. Thessaur. *decis.* 19. Boër. *decis.* 239. Et sane causa anceps per mediocritatem optime dividitur, etiam Paulo teste in *l. filio* 7. *ut legat. nom. cav.* Sic cum de dominio speciei ex aliena materia factæ dissensio inter Sabinum & Proculum esset, Gajus in *l.* 7. §. *cum quis* 7. *de acq. rer. dom.* mediam sententiam secutus est, eamque probavit Justinianus §. *cum ex aliena* 25. *infr. de rer. div.* Et Tiberius Cæsar cum servus ejus Parthenius tamquam ingenuus heres scriptus esset cum substituto Parthenii hereditatem divisit, *l. & hoc* 41. *de her. inst.* §. *ult. inf. de vulg. subst.* Videndum tamen semper est quid suadeat ratio juris.

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

Pro aliis postulare] Veteres ætatem 17. annorum idoneam rati sunt ad prodeundum in publicum & causas agendas; atque hac ætate & paulo majore fertur Nerva filius publice de jure responsitasse, *l.* 1. §. 3. *de postul.* Est autem, si libere philosophandum est, vitiosa hæc collectio: adolescens annum ingressus 18. pro alio postulare potest, ergo & servum suum testamento manumittere. Sunt enim hæc plane diversa. Ne pigeat in transitu discere pueros ingenuos usque ad annum ætatis 16. prætexta puerili toga usos fuisse, ingressosque annum 17. puram quæ & virilis dicitur sumsisse: quo fere anno ad Oratorem aliquem deducebantur quicum in forum descendentes annum unum patronos audiebant, quo assiduis auscultationibus confecto causas ipsi agere tamquam jam informati & non omnino rudes instituebant; funebres autem orationes etiam minore multo ætate habebantur, nam Augustus annum agens 12. pro concione aviam Juliam defunctam laudasse traditur. Sueton. *in Aug. cap.* 8. Adde Car. Sigon. *l.* 3. *de judic. c.* 18. Hotom. *hic.* VINN. Immo anno ætatis XV. expleto togam virilem sumsisse adolescentes, eleganter & cum apparatu demonstravit Henr. Noris *Cenotaph. Pisan. diss.* 2. *c.* 4. HEIN.

TITULUS VII.

DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDA.

Lib. 7. *Cod. tit.* 3.

TEXTUS.

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

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. cap.* 40. intelligimus, ne concessa libera testamento manumittendi potestate libertis & sordidis hominibus civitas Romana contaminaretur. VINN. Conferendus locus Dionysii Halic. *lib.* 4. *p.* 228. *de libertis pileatis patroni defuncti lecticam comitantibus*, ubi vera causa legis ea de re latæ. HEIN.

Testamento] Cur non etiam inter vivos? Nimirum quia & sine eo scopum suum lex assequitur. Nam metuendum non est ut vivi & valentes tam profuse liberales simus ut ea faciamus quæ mox morituri, cum rebus nostris jam non amplius uti nos posse credimus, libera-

ralitatis laudem tum maxime venantes. Pertinet huc insignis locus apud Dionys. Halicarn. *lib.* 4. *p.* 228. ubi scribit : *multos se vidisse qui profusa honoris ambitione omnes servos suos testamento vel flagitiosissimos manumitterent ut pileati funus sequerentur.* Atque hic fere mos est legislatorum ut ea sola prohibeant quæ facile fieri posse existimant, non quæ difficulter, *l.* 4. *in fin. ad Sen. Vell.* ubi eadem ratio redditur cur Senatus intercessionem mulieri prohibuerit, non donationem; & videmus quo facilius quid fieri potest quod lex fieri non vult, eo strictius id vetari; ideo enim lex Julia fundum dotalem alienari vetat invita muliere, obligari etiam ea consentiente, *inf. quib. alien. non lic. in pr.*

Totam familiam] Id est, ut Theophil. 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. Aquil. l. optio* 13. *de opt. leg. l. pronuntiatio* 195. §. *servitutum* 3. *de verb. sign.* atque in urbanam & rusticam dividunt, *l. urbana* 166. *eod.* Alias plerasque hujus vocis significationes habes in *d. l. pronuntiatio* 195.

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 κατασκευαστικὴ (*demonstrativa, seu præparativa*) Quatenus hæc argumentatio procedat & contra, bene docet D. Præses Everard. Claud. Cant. *in Topic.* & Myns. *hic.* Certe non procedit si legis Fusiæ spectemus rationem, quæ hæc est, quod facilius in testamento manumittimus quam inter vivos, *l.* 4. *in fin. ad Senat. Vell.*

TITULUS VIII.

DE HIS QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

Dig. lib. 1. *tit* 6. *L.* 6. *tit.* 1. *Part.* 4.

TEXTUS.

Altera divisio personarum.

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.

NOTA.

In potestate] Varia est hujus vocis significatio, *l.* 215. *ff. de verb. sign.* hic summam significat ἀκρᾶν ἐξουσίαν, ut definit Theoph.

COMMENTARIUS.

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

Simul intelligimus] Ratio ex hoc principio logico petenda : *contrariorum cognito uno cognoscitur & alterum*, Arist. 1. *Top.* 14. & 2. *cap.* 2. Cicer. *in Top.* & 2. *de orat.* Non quod explicata & cognita una specie generis divisi statim accurate cognoscamus naturam speciei oppositæ, sed quod illa cognita intelligimus cetera 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, quo pertinet illud Arist. 2. *Rhet. cap.* 12.

τὰ ἐναντία παράλληλα μάλιστα φαίνεται·

(*contraria invicem opposita maxime apparent.*)

TEXTUS.

De jure gentium in servos.

1. *In potestate itaque dominorum sunt servi, quæ quidem potestas juris gentium est; nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus dominis in servos vitæ necisque potestatem fuisse, & quodcumque per servum adquiritur id domino adquiri.*

L. 7. Tit. 21. Part. 4.

COMMENTARIUS.

1 *Jus vitæ & necis neque omnes gentes usurpasse, neque justitia interna licere servum occidere.*

1 EX quo jure servitus est, ex eodem & dominorum in servos potestatem esse nemo est qui ambigat. Ceterum 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, deque eo quod impune in servos fit ex rigore juris gentium. Nam apud multos populos jus hoc usurpatum non fuisse sed servos humaniter tractatos, ut apud Parthos Germanos Hispanos ipsosque adeo Græcos, testes sunt Justin. *lib.* 4. Tacit. *de morib. Germ. cap.* 26. Athenæus *lib.* 6. Bodin 1. *de repub. c.* 5. Grot. 3. *de jur. bell. & pac.* 14. Et agnoscunt omnes multum distare id quod impune in servum fit ex gentium jure, & id quod naturalis ratio fieri sinit. *Cum in servum*, inquit Seneca 1. *de clem.* 18. *omnia liceant, est aliquid quod in hominem licere commune jus vetet.* Et paulo ante: *In mancipio*, ait, *cogitandum non quantum illud impune pati possit, sed quantum tibi permittat æqui bonique natura quæ parcere etiam captivis & pretio paratis jubet.* Et vero si natura inter omnes homines cognationem quamdam constituit, *l.* 3. *de just. & jur.* 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 quod justum est & æquum servis præstate, scientes quod & vos Dominum habetis in cœlo, ad Coloss.* 4. *v.* 1. VINN. Hæc quidem omnino recte se habent. Sed numquam tamen veteres dominis permisisse puto promiscuam servos occidendi licentiam. Ea dominis ob jus vitæ & necis non magis competebat quam summo imperanti, cui jus vitæ & necis est non tamen occidendi vel sæviendi licentia. Nec plus periculi erat ne dominus servos suos sine ratione occidere vellet, quam ne quis equos occidat. Servi enim erant nobilissima pars patrimonii. HEIN.

Quodcumque per servum adquiritur] 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* 3. *inf. per quas pers. cuiq. adq.*) ita nihil admodum iniquitatis habet, quoniam dominus vicissim ad alimenta servo præstanda obligatus est.

TEXTUS.

De jure civium Romanorum in servos.

L. 6. tit. 1. Part. 4.

2. *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 quam si alienum servum occiderit. Sed & major asperitas dominorum ejusdem Principis constitutione coërcetur. Nam Antoninus consultus á 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; & recte: expedit enim Reipublicæ ne sua re quis male 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 iis qui juste deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum qui ex familia Julii Sabini ad sacram statuam confugerunt, & si vel durius habitos quam æquum est, vel infami injuria affectos esse cognoveris, veniri jube ita ut in potestatem domini non revertantur. Quod si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciat me hoc admissum adversus se severius executurum.

No-

NOTÆ.

Ad ædem sacram] Hæc verba *ad ædem sacram* non sunt apud Ulpian. Rufini *tit.* 3. nec in *l.* 2. *hoc tit.* nec Theophilus habet. VINN. Rufini Ulpianus, quod semel monendum, Vinnio est fragmentum Ulpiani apud Pariatorem legum Mos. & Rom. *tit.* 3. §. 3. Sed Licinium Rufinum hujus collationis auctorem esse nondum constat. HEIN.

Statuam Principum] Statuæ quoque Principum his qui ad ea confugissent asyla fuerunt, *l. un. C. de his qui ad stat. princ.* Judæorum populo sex civitates constitutæ erant quo tuto confugerent, qui ἀκουσίως (*involuntarie*) sanguinem effudissent, *Num.* 35. *v.* 11. *Deut.* 19. *á v.* 1. *usq. ad* 14. *Jos.* 20. *per tot.*

COMMENTARIUS.

1 *Etiam circa minores pœnas in servos oportere adhiberi æquitatem.*

2 *Sicariis adulteris raptoribus & similium criminum reis jus asyli dandum non esse.*

3 *Potestatem quam dominus in re sua habet lege civili posse restringi.*

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

Sine causa] Nam ex causa licet: puta si servum in facinore deprehenderit in quo repertum etiam liberum occidere jus sit. VINN. Veluti si dominus servum sibi insidiantem vel in adulterio deprehenderit *l.* 53. §. 3. *ff. de leg.* 1. *l.* 96. *de verb. oblig.* juncto §. 2. *Inst. de leg. Aquil. & l.* 24. *ff. ad leg. Jul. de adult.* HEIN.

Non minus puniri jubetur] Hoc est publico judicio legis Corneliæ de sicariis non minus obnoxius est & reus homicidii, quam si alienum servum occidisset: nam lex Cornelia non distinguit quis homo occisus sit, *l.* 1. §. 2. *ad leg. Corn. de sic.* Utique privatum Aquiliæ judicium locum habere non potest cum 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 immo & clementia. In constitutionibus quæ Clementi Romano adscribuntur legimus, οὐκ ἐπιτάξεις δούλῳ σου, ἢ παροξυσεῖ ἐν πικρίᾳ ψυχῆς· *Non opprimes servum, non dominaberis ei dure*, ait lex divina de servo Hebræo *Deuter.* 15. *per tot.* quod nunc prolata vi proximitatis ad omnes servos debet extendi. Et Apostolus *ad Ephes.* 6. *v.* 9. ita scribit: *Et vos domini eadem facite illis, remittentes minas, scientes quia & illorum & vester Dominus est in cœlis & personarum acceptio non est apud eum.* Sed & operæ cum modo exigendæ sunt, & valetudinis servorum humane habenda ratio, quod ipsum præter alia spectat lex divina in Sabbati institutione, nimirum ut laboribus aliquod daretur spiramentum. C. Plin. *l.* 5. *epist.* 19. sic ad Paulinum scribit: *Video quam molliter tuos habeas, quo simplicius confitebor tibi qua indulgentia meos tractem. Est mihi semper in animo Homericum illud*, πατὴρ δ' ὡς ἤπιος ἦεν, (*ut pater clemens sis*) *& hoc nostrum, paterfamilias* In qua voce & Seneca veterum humanitatem observat: *Ne illud quidem viditis*, inquit, *quam omnem invidiam majores nostri dominis, omnem contumeliam servis detraxerint: dominum patremfamiliæ appellaverunt, servos familiares, epist.* 47. Plura hujusmodi habet Grot. *lib.* 3. *de jur. bel. & pac. cap.* 14.

Ad ædem sacram] Ad fana seu templa deorum, quo confugientes aras & signa deorum amplecti solebant, Plaut. *Mostel. act.* 5. *scen.* 1. *& Rudent. act.* 2. *scen.* 7. Virgil. 2. *Æneid.* eodemque & obærati adversus creditores, suspectique criminum capitalium receptabantur, Tacit. 3. *annal. cap.* 60. & quia ab his locis neminem eripere fas erat, ideo ἄσυλα (*non spolianda* seu *inspoliata*) dicta sunt.

2. Sublato paganismo Impp. Christiani idem jus etiam templis Christianorum tribuerunt, *tit. C. de his qui ad Eccles. conf.* sed levioris tantum delicti suspectos recipi voluerunt, non sicarios adulteros raptores aut similium criminum reos; neque τοῖς ἀδικοῦσι, ἀλλὰ τοῖς ἀδικημένοις (*non nocentibus sed læsis*, id est *errore lapsis*) jus asyli dari, *Nov.* 17. *cap.* 7. *Nov.* 37. convenienter legi divinæ quæ jubet homicidam ab alteri abstrahi; atque iis solum ἀσυλίαν (*jus asyli*) dari, qui ἀκουσίως (*non sponte*) sanguinem effuderint, *Exod. c.* 21. *v.* 13. *& seq. Num.* 35. *v.* 6. *&* 11. *Jos. c.* 20. *per tot.* Cui etiam convenit quod Thucydides *lib.* 4. scribit, τῶν ἀκουσίων ἁμαρτημάτων καταφυγὴν εἶναι τὸν βωμόν· (*Aras confugium esse sine dolo peccantium*) Jure autem canonico remotis solis nocturnis populatoribus agrorum & publicis latronibus, ceteri cujuscumque facinoris rei immunitate Ecclesiarum gaudent, *cap. inter alia* 7. *& c. fin. de immun. Eccles.* VINN.

Sed hæc ampla benignitas multis PP. consti-

tutionibus coarctata est. Nobis recentissima lex est Bulla P. M. Clementis XIV. data die 12. Septembr. ann. 1772. qua cavetur, ut quemadmodum ab antiquissimis temporibus ex usu & generali consuetudine in ditionibus Regni Valentiæ refugiorum & asylorum numerus diminutus admodum reperitur, ita in omnibus civitatibus ac Locis Regnorum Hispaniarum & Indiarum ad unum vel duo ad summum in unaquaque civitate seu Loco restringatur; ut pro refugio & asylo illa reputentur quæ proposita & assignata fuerint ab Ordinario Ecclesiastico in unaquaque civitate. Multa præterea tum de reformatione Rescriptorum, tum de honore etiam Ecclesiis immunitate jam non amplius gaudentibus servando, præclare in dict. Constitut. stabilita sunt, quæ omnia referre non est hujus loci. ADDIT.

Ad statuam Principum] Statuæ etiam Principum his qui ad eas confugissent asyla fuere, *l.* 1. §. 1. *ff. de offic. præf. urb. l. un. C. de his qui ad stat. Princ. conf.* quæ statuarum veneratio sane antiqua est. Meminit Livius *lib.* 23. *c.* 10. statuæ Ptolemæi Regis apud Cyrenas, ad quam cum 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. VINN. Et hanc immunitatem Regiis Domibus antiquo Hispaniæ jure competiisse dicitur in *l.* 2. *tit.* 17. *Part.* 1. ADDIT.

Cogatur servos suos] Apud Græcos quoque servis durius habitis licebat πρᾶσιν αἰτεῖν, ad venditionem proclamare, teste Plutarcho περὶ δεισιδαιμ. (*de superstitione*) aut certa pecunia se redimere, ut ex Plauti Casina discimus quæ Comœdia Attica est. Simile exemplum extat in *l. ult. si à paren. quis man.* de patre qui filium quem contra pietatem male afficiebat manumittere cogitur.

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

Vendere] Nemo rem suam vendere cogitur, *l. invitum* 11. *C. de contr. emt.* ac ne justo quidem pretio. *l.* 9. *ff. de act. rer. am.* nisi id exigat utilitas publica quæ hujus regulæ generalis est exceptio. Causæ impulsivæ variæ esse possunt, veluti ut tempore famis & annonæ caritatis cogatur divites & maxime negotiatores frumentum atque alia edulia justo pretio vendere, per *l.* 1. §. *cura* 11. *de off. præf. urb. l. annonam* 6. *de extraord. crim.* In servis hic est justa deprecatio auxilii contra sævitiam dominorum, est & favor libertatis, §. *ult. infra de donat.* Sed & favore religionis idem receptum, ut in specie *l.* 12. §. *ult. de religios.*

Pretium dominis daretur] Observandum etiam tunc cum quis ex juxta causa rem suam alienare cogitur pretium rei reddendum esse.

3. *Expedit enim Reipub.*] Est quidem unusquisque rei suæ moderator & arbiter, *l. in re mandata* 21. *C. mand.* in tantum ut etiam abuti possit, *l. sed etsi* 25. §. *consuluit* 11. *ff. de her. pet.* Ceterum interest Reipub. huic arbitrio modum à lege præscribi, ne privati fortunis suis abutendo publico noceant. Accedit hic conditio personæ, quæ licet fortuna servus homo tamen est & jure 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 jur. bell. & pac. cap.* 2. & in *flor. spars. ad leg. Barbarius* 3. *de offic. præt.* appellat dominium eminens, & in hanc sententiam egregie disputat Plato *lib.* 11. *de legibus.* Hinc est, quod Princeps etiam de bonis subditorum disponere potest dirigendo eorum usum ad publicam seu communem utilitatem. Qua de causa etiam persæpe potestas quam quisque dominus in re sua habet lege civili restringitur ac terminatur.

Nec cuiquam hominum jus suum detrahi] Ratio dubitandi in hoc rescripto. Unde intelligimus ne à Principe quidem posse cuiquam jus suum sine causa detrahi, de quo vide Hotom. *illust. quæst. cap.* 1.

Sed & dominorum interest] Alia decidendi ratio præter eam quæ supra posita est ad ipsos dominos pertinens, ne videlicet servi si nullum sibi contra sævitiam auxilium paratum esse sciant, aut aufugiant aut manus sibi inferant aut in perniciem dominorum aliquid machinentur. Ceterum ex iis quæ supra disputavimus abunde liquet opus non esse, ut causa coercendæ dominicæ potestatis summo gentium jure concessæ aliunde petatur, quam ex eo quod ratio naturalis fieri sinit, à qua longe abit absoluta illa & infinita potestas quam pleræque gentes & cum his Romani usurparunt.

Severius executurum] Pro qualitate scil. delicti extra ordinem in ipsum animadversurum, nam certa pœna hic definita non est. Wesem.

TI-

TITULUS IX.

DE PATRIA POTESTATE.

Lib. 8. Cod. tit. 47. Part. 4. tit. 17.

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 hujus potestatis causam continent, ideoque de hoc modo primo loco quæritur, doceturque hoc titulo quid sint nuptiæ, cujus juris sit patria potestas, qui quos in potestate habeant. De effectis hujus potestatis quod Justinianus omisit nonnihil nos dicemus in exegesi §. 2. *hoc tit.*

TEXTUS.

In potestate nostra sunt liberi nostri quos ex justis nuptiis procreavimus.

L. 1. tit. 17. Part. 4.

COMMENTARIUS.

EX justis nuptiis] Nam ut nuper diximus liberi ex injusto matrimonio nati in potestate patris non sunt, *l. 1. 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 *lege lex naturæ 24. de stat. hom.* sed cum feminæ liberos in potestate non habeant, *l. feminæ 10. inf. de adopt.* sequitur eos nec in potestate avi materni esse. Denique in hoc negotio is solus pater habetur quem nuptiæ demonstrant, *l. 5. ff. de in jus voc.* In notis, literæ I. N. Q. *justis nuptiis quæsitus* significant, Grot.

TEXTUS.

Definitio nuptiarum.

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

L. 1. tit. 2. Part. 4.

COMMENTARIUS.

1 *Ad perficiendas nuptias præter legitimum contrahentium consensum nihil desiderari*
2 *Numquam (nisi ex Divina dispensatione) in foro conscientiæ licuisse plures uxores eodem tempore habere*
3 *Quo sensu nuptiæ dicantur individua consuetudo, & quæ gentes ea perpetuo perstiterint.*
4 *Quid vitæ consuetudine significetur.*
5 *De sponsalibus quædam notatu digna.*

NUptiæ sive matrimonium] Promiscue fere vocabula (*nuptiæ & matrimonium*) usurpantur. Sæpe tamen nuptias cum dicimus, intelligimus festivitatem & celebritatem nuptialis diei, ut in *l. pen. de donat. inter vir. & uxor. l. sancimus 24. C. de nupt.* sicut & apud Græcos γάμος accipitur *Joann. cap. 2. v. 1. & 2.* Illud translatitium 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 *v. 702.*

Velata summum flammeo tenui caput.

1. *Conjunctio*] Hoc generis loco ponitur & simul causam efficientem denotat, nempe consensum, qui ut rerum ita & vitæ societatem efficit, etiamsi nihil aliud intervenerit. Est quidem principalis matrimonii finis sobolis procreatio quam sine corporum conjunctione habere non possumus, unde inter eas personas quæ ad eam rem inhabiles sunt nuptiæ non consistunt, *l. si serva 39. §. 1. de jur. dot.* sed ad vinculum matrimonii 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. jur.* VINN. Nuptiæ ex decreto Concilii Tridentini perfectæ intelliguntur simul ac coram Parocho & duobus vel tribus testibus contractæ fuerint, & ex eo demum tempore communio bonorum inter conjuges jure nostro inducitur, *l. 3. tit. 3. lib. 3. For. legg.* ADDIT. Sunt qui ad implendas nuptias

tias 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 donat. ante nupt. l. sancimus 24. C. de nup.* Sed verius est neutrum eorum ut necessarium desiderari, ut intelligere licet ex responso Scævolæ, *l. 22. de don. int. vir. & ux.* & rescripto Theodosii, *l. si donationum 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 tantum deductionis demonstrat. Quod autem Ulpian. in *l. 15. de cond. & demon.* ait, conditionem nuptiarum tunc impletam esse, cum uxor deducta est; & Justinian. *l. sancimus 24. C. de nupt.* conditionem nuptiarum non aliter impleri quam si ipsa nuptiarum accedat festivitas, ex mente extraneorum sumtum est, qui cum nuptias alicujus 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 tantum 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.* VINN. Consensus faciebat nuptias; sed in manum non conveniebat uxor nisi adhibito solemni nuptiarum ritu, veluti confarreatione coëmtione usu. Denique & domum deductione opus erat quoties non de voluntate ipsorum contrahentium sed de explenda voluntate aut legislatoris aut tertii cujusdam quærebatur, quales casus sunt in *l. 5. ff. de rit. nupt. l. 15. de condit. & dem. l. 24. C. de nupt.* apud Paul. *rec. sentent. 11. 15. §. pen.*, necnon in *l. 6. C. Theod. de tiron.* ubi vide Jac. Gothofr. *in comment. tom. 11. p. 377.* HEIN.

Viri & mulieris] Nam duorum ejusdem sexus conjunctio detestanda est, & lege Dei lege naturæ legibus omnium gentium damnata. Ait mulieris, ἑνικῶς (*singulariter*) ad excludendam polygamiam, id est nuptias cum pluribus uxoribus eodem tempore contractas: nam successive 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 6. n. 7.* idque divinæ simul ac naturali legi convenienter, quia etsi non adversetur primis principiis adversatur tamen conclusionibus juris naturalis, quod ego paucis sed firmis rationibus confirmabo.

2. Legi divinæ primæque institutioni matrimonii contrariam esse polygamiam evincitur primum ex loco *Matt. c. 19. v. 8.* Nam argumentum quo ibi Christus utitur adversus divortium *ab initio autem non fuit sic*, nullas vires habet nisi hanc majorem præsupponat: ita in matrimonio se res habere debet quemadmodum in principio fuit; assume jam: atqui initio duo tantum conjuncti fuerunt in carnem unam, *Genes. 2. v. 24.* ergo lege institutionis matrimonii duo tantum, id est mas cum femina unâ conjungi debent. Eadem plena ratione & ex prima conjugii institutione licentiam polygamiæ damnat Malachias *cap. 2. v. 14. & seq.* ut bene ostendit vir doctissimus collega noster D. Joann. Coccejus in δωδεκα Προφ. Præterea *Levit. 18. v. 18.* polygamia expresse prohibetur, quod summi Theologi & Hebrææ linguæ peritissimi Junius & Tremellius firmissimis rationibus demonstrant locum ex phrasi Hebræa ita vertentes: *mulierem unam, ad alteram ne assumito.* Tertio, cum cæremonialia præcepta in novo Testamento abrogata fuerint, quæcumque Apostoli præcepta tradidere moralia esse constat, cum in politia tum in œconomia, & à singulis observanda. Atqui *1. Cor. 7. v. 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. v. 5.* & *1. Cor. 6. v. 16.* nec ante Lamechum Cainici generis hominem quemquam legimus plures simul uxores duxisse; ex quo intelligimus polygamiam sicut & reliquas corruptelas paulatim irrepsisse. Quorsum enim alias hoc in Lamecho expresse notasset Moses? *Genes. 4. v. 19.* Sed & communis ratio polygamiam damnat, primum 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 merito Christus pronuntiat eum mœchari qui vinculo prioris matrimonii non soluto aliam uxorem du-

ducit, *Matth.* 19. *v.* 9. Cui convenit illud Tertull. 4. *advers. Marc. manente matrimonio nubere adulterium est.* Postremo & ratio societatis exigit ut quemadmodum uxor uni viro, ita vicissim vir uni uxori obstringatur & adhæreat, ut disputat Grot. 1. *manud.* 3. quamquam alio abit *lib.* 2. *de jur. bell. cap.* 5. Quamobrem concludendum est non licere plures uxores eodem tempore habere. Patrum autem antiquorum exempla nihil contrarium probant; illi enim vel ex dispensatione divina in polygamiam consenserunt, vel, uti nuper dicebam, cum polygamia pugnet cum conclusionibus non cum principiis juris naturæ, invaluit tunc licita consuetudo plures accipiendi uxores. Non enim ea quæ contraria sunt meditatis conclusionibus ex principiis juris naturæ deductis obligant, nisi aliqua lege vel divina vel humana superveniente, quæ numquam aut revelatione aut alia via dispensata fuerit. Hujus autem dispensationis pro antiquis Patribus perspicuum argumentum adest *Deut.* 21. *v.* 15. *& seqq.* ubi quædam de polygamis statuuntur absque ullo prævaricationis & reprehensionis nævo. Alioquin egregie Apostolus adularetur Abrahæ Jacob & David, qui omnes pluribus uxoribus adhæsere, & tamen illos sanctos evulgat.

3. *Individuum*] Verbum hoc *individuum*, duobus modis accipitur: uno modo pro eo quod commune adhuc est atque indivisum, quo sensu individua hereditas dicitur à Modestino, *l. sine* 32. §. *Lucius* 6. *de adm. tut.* & à Paulo individuum curæ officium, *l. Lucius* 46. §. 1. *eod.* altero modo pro eo quod dividi non potest, ut cum servitutes obligationes stipulationes individuas dicimus. Atque utraque significatio huic loco convenit, prima quidem simpliciter ut ex his quæ mox dicemus patebit, altera secundum quid videlicet respectu aliarum conjunctionum & societatum quæ facile dividi, hoc est separari & pro arbitrio unius dissolvi possunt. Neque enim 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 atque individuum esse, licet ex accidenti aliquando contingat separatio, quod in definitione considerandum non fuit. Quod si hæc res ad primam matrimonii institutionem, & ad eam quam hic Deus sibi partem vindicat exigatur, multo justius hæc conjunctio dicetur individua. Nam ut Christus nos docet, initio conjugium sic à Deo institutum est, ut indissolubile esset. Et Deus interveniens personas conjungit; *quod autem Deus conjungit, homo separare non debet*, *Matth.* 19. *v.* 6. quo etiam loco & *Matth.* 5. *v.* 31. *& seq.* prohibentur omnia divortia, præterquam quæ ex causa aut æqualis atrocitatis aut adulterii fiunt. In illa autem quam dixi perpetua atque individua vitæ consuetudine Germanos perstitisse scribit Tacitus *de morib. Germ. cap.* 18. Apud Romanos quoque à condita urbe usque ad annum 520. nullum inter virum & uxorem divortium intercessisse, testes sunt Dionys. Halic. *lib.* 2. Valer. Max. *lib.* 2. *cap.* 1. Gell. *lib.* 4. *cap.* 3. Primus Sp. Carvilius Ruga Romæ uxorem sterilitatis causa dimisit, ut iidem testantur. Procedente tempore divortia passim & sine ulla causæ redditione permissa, sed viris dumtaxat, ut arguit locus Plauti in *Mercat. act.* 5. *scen.* 6. Tandem etiam uxoribus, ut constat ex *tit. de divor. & repud.* Juvenalis *satyr.* 6. notat mulierem quæ crebro divertendo intra quinquenium octies viros permutaverat. VINN. Sed hæc ipsa divortiorum licentia apud Romanos argumento est, in definitione hac *individuam vitæ consuetudinem* non opponi divortiis sed separatæ œconomiæ conjugum. Eorum enim erat communes habere penates communem thalamum, & hinc uxor domum ducenda. Eodem ergo sensu individua dicitur vitæ consuetudo inter conjuges quo amici dicuntur esse comites individui. Vide Tacit. *Annal. lib.* 6. *cap.* 10. Et sic egregie hæc definitio congruit alteri Modestini in *leg.* 1. *ff. de rit. nupt.* HEIN.

4. *Individuam vitæ consuetudinem continens*] Adjunctum proprium, atque ex parte finis. His autem verbis existimo Justinianum significare non tantum domesticam societatem & conversationem, sed etiam rerum quamdam communionem & indivisum rerum omnium inter conjuges usum; in summa rerum & corporum communicationem, συμβίωσιν & σωσίαν κοίτης. Atque hanc interpretationem adjuvat Modestinus *l.* 1. *de rit. nupt.* cum ait: *nuptiæ sunt conjunctio maris & feminæ, consortium omnis vitæ, divini & humani juris communicatio.* Nulla enim res est sive divini sive humani juris quam conjux cum conjuge non communicet, cujusque inter eos salva honestate conjugii promiscuus usus esse non debeat. Unde Gordianus Imp. uxorem dicit suscipi *sociam divinæ & humanæ domus*, *l.* 4. *C. de crim. expil. her.* Quamquam fortasse Modestinus & Gordianus cum ita loquuntur alio respiciunt, nempe ad sacra paganorum quæ domi sibi quisque

que & familiæ suæ habebat, quorum uxor fiebat socia. Meminit horum sacrorum Cic. 2. *de legib.* Plaut. *in Captiv.* Plin. *in Paneg.* Adde Duar. in *tit. solut. matrim. de nupt.* Male nonnulli hæc definitionis verba referunt ad communionem bonorum, nam vera bonorum societas, qualis nostris moribus, inter virum & uxorem nulla est, neque jure civili neque jure canonico, Peck. *de testam. conj.* 2. *cap.* 1. Covar. *de matrim. p.* 2. *c.* 7. §. 1. Chassan. *ad consuetud. Burgund. rubr.* 4. *n.* 4. & 16. novissime D. Lambert. Goris *advers. jur. tract.* 1. *cap.* 1.

5. 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 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 tantum respectu matrimonii per conjunctionem corporum consummati hæc etiam *sponsalia* ab iis dicuntur. Panor. *d. c. pen. n.* 2. Covar. *de spons. p.* 1. *c.* 1. *n.* 6. & *in c. omnis res* 4. *c. cum initiatur* 5. *c. conjuges* 6. *c. conjux* 9. *c.* 27. *q.* 2. Sponsus & sponsa de præsenti vocantur vir & uxor. VINN. Numquam tamen ex decreto Concilii Tridentini sponsalia in matrimonium abeunt nisi acceserit præsentia Parochi & duorum vel trium testium; tunc enim & sponsalia de præsenti & matrimonium ratum dicuntur, quod sola monasticæ Religionis professione solvi potest. Post commixtionem vero corporum matrimonium dicitur consummatum, ad vinculum quod attinet omnino indissolubile. ADDIT.

TEXTUS.

Qui habent in potestate.

2. *Jus autem potestatis quod in liberos habemus proprium est civium Romanorum; nulli enim alii sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem qualem nos habemus.*

L. 1. *Tit.* 17. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

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

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

1. CErtum est Justinianum hoc loco distinguere voluisse patriam potestatem à dominica, idque à causa efficiente. Nam §. 1. *præced. tit.* dominicam dixit esse juris gentium, hìc patriam dicit esse propriam civium Romanorum sive juris civilis. Videamus quam rectè juris civilis esse dicuntur non solum quæ sunt juris mere positivi, sed etiam ea quæ mixti juris sunt & secundum quid tantum civilis, quatenus scilicet cum alioqui originem ex jure naturæ aut gentium habeant lex civilis certam eis formam dedit novisque qualitatibus induta civium ea propria fecit exclusis ab eorum communione peregrinis, quod pluribus docemus & exemplis declaramus, §. 1. *sup. de jur. nat. gent.* Inter ea quæ mixti juris sunt numeranda est patria potestas, nam origo ejus non ex alio jure quam ex quo matrimonium quæ prima & antiquissima paterni imperii 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 imperii genere omnibus imperet. Nam ut rectè & naturali ratione convenienter docet Aristot. 1. *pol. c.* 1. & 8. *Ethic.* 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 iisque prodesse omnibus modis studet. Itaque patria potestas simpliciter & in genere considerata juris gentium est, adeoque dominica antiquior quanto matrimonium antiquius est bellis & servitutibus. Vis & lex naturæ semper in ditione parentum esse liberos jussit, ait Plinius in *Paneg. Trajan.* At considerata in specie & definite secundum leges & mores Romanorum civilis est; & hoc sensu rectè opponitur potestati dominicæ, quæ meri est juris gentium, §. 1. *sup. præc. tit.*

Ac

Ac tametsi Antoninus modum dominicæ potestati posuit, non ideo tamen ea facta est juris civilis sive civium Romanorum propria, ut falso existimant Myns. Schneid. Wes. *ad §. 2. præc. tit.* quippe cum & peregrini idem semper jus habuerint, sed res tantum revocata est ad rationem juris gentium primævi. Vide quæ notavimus sub *d. §. 1. & 2.* Esse autem hanc etiam mentem Justiniani verba hujus §. non obscure 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 modice 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 alii annis terminabant alii matrimonio nonnulli publica in viros adscriptione, teste Dionys. Halicarn. *lib. 2. p. 69.*

2. At Romanorum in liberos potestas neque finem habuit nec modum. Non finem quia in omne vitæ filii tempus producta fuit, etiamsi summos honores gessisset & laudem singularis erga Remp. studii consecutus esset. Non modum quia immensa fuit & plane δεσποτικὴ. Nam primum ex lege Romuli repetita postea & confirmata à Decemviris filiusfam. in patris sui manu potestate mancipioque erat, habebatque pater jus in eum vitæ & necis terque venumdandi potestatem, in quo majus etiam jus patris quam domini fuit, auctore eodem Dionys. *d. lib. 2.* facit *l. in suis 11. de lib. & post. l. ult. C. de pat. pot.* Quo tamen loco lapsus in eo est Constantinus quod scribit non licuisse patri filio eripere libertatem; nisi sic eum excusari placeat quod jus vendendi citius exoleverit quam vitæ & necis. Equidem plus hac in re tribuendum existimo testimonio accuratissimi antiquitatum Romanarum scriptoris qui Augusti temporibus floruit, quam Principis Byzantini. Quod vero Ulpianus in *l. 8. de his qui sui vel alien. jur.* scribit jus potestatis moribus receptum esse, id tantum ut ego existimo verum est respectu quorumdam effectuum qui moribus vel introducti sunt, ut substitutio pupillaris, *l. 2. de vul. & pup.* aut in imaginarios conversi, ut venumdandi 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 longe recedens, merito postea displicuit, permissumque dumtaxat patri privatim filium castigare & corrigere; si vero quid tale filius admisisset quod graviorem animadversionem desideraret ad magistratum rem deferri leges voluerunt, *l. 3. C. de patr. pot. l. un. C. de emend. propin. l. 2. ad leg. Corn. de sicar.* Ita paulatim asperi & duri Romanorum mores mitigari cœperunt Græcorum condimentis ut videtur, à quibus cum bonarum litterarum disciplinas accepissent ad hanc sunt mansuetudinem morum facilitatemque revocati. Sed & jus adquirendi per filium multis modis imminutum est, de quo dicemus infra *tit. per quas pers. cuiq. adq.* Alia quoque pleraque patriæ potestatis effecta procedente tempore multum imminuta sunt ut suis locis indicabimus. VINN. Non lapsus videtur Constantinus M. *l. ult. C. de patr. pot.* dum negat *licuisse patri filio eripere libertatem.* Libertatem enim pro ingenuitate accipit; sensusque est, quamvis parentes in servitutem vendiderunt liberos non tamen iis ereptam esse ingenuitatem, siquidem manumissi non libertini fuerint facti, sed ingenui. Vide quæ supra notavimus ad §. 1. *Inst. de ingen.* Libertatem autem veteres sæpe pro ingenuitate dixisse, vel ex *l. 4. ff. de just. & jur.* apparet, ubi *tria genera hominum* referunt *LIBERI & his contrarium SERVI, & tertium genus LIBERTI.* HEIN. Apud nos vetera patriæ potestatis jura ut plurimum ab usu recessere. Singula suis notabimus locis. ADDIT.

TEXTUS.

Qui sunt in potestate.

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 æque in tua sunt potestate, & pronepos & proneptis & deinceps ceteri. Qui autem ex filia tua nascuntur in potestate tua non sunt sed in patris eorum.*

L. 2. tit. 17. Part. 4.

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 filii pater; & qui est in potestate alterius alium in sua potestate habere non potest, *l. sic eveniet* 21. *ad l. Jul. de adult. & ita deinceps l.* 5. *ff. de his qui sui vel alien. jur.*

Qui autem ex filia tua] Nati ex filia mea non in mea sed in patris sui potestate & familia sunt, *l. cum legitimæ* 19. *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, cum nuptiis filiæfam. non solvatur jus patriæ potestatis, §. 2. *inf. de senat. Tertyll. l.* 2. §. 1. *l. quoties* 29. *solut. matr. l.* 1. §. *ult. de injur.* cum similibus: cur non etiam is qui ex filia mea nascitur æque est in potestate mea sed in potestate patris sui? Respondeo id fieri & civili ratione, *d. l. cum legitimæ* 19. & naturali sive potius juris gentium, argumento eorum quæ ante diximus de jure ejus qui caput est familiæ. Adeoque pater elocando filiam hactenus juri suo cedere intelligitur, sicut & plerisque aliis in rebus de quibus alibi dicendi dabitur locus. Jure antiquo uxor quæ in manum viri convenerat usu aut coemtione, in familiam & potestatem viri transibat eratque ei filiæ loco & jura suorum heredum in familia nanciscebatur, matremque familias appellabant, cum aliæ uxores tantum essent & matronæ dicerentur. Hoc igitur modo atque ritu si filiafamilias nupta in manum viri convenisset in totum solvebatur jure & potestate patris. Si quis est Antiquitatis studiosior is Hotoman. adeat, qui quidquid ad accuratam hujus rei cognitionem pertinet ex Cic. *in Topic. cap.* 3. & Boet. *ibid.* Dionys. Halicarn. *lib. ant.* 2. *p.* 95. Gell. *lib.* 58. *cap.* 6. Ulpian. in *fragm. tit.* 9. diligenter collegit.

TITULUS X.

DE NUPTIIS.

D. lib. 3. *tit.* 2. *C. lib.* 5. *tit.* 4. *Novell.* 74.

For. legg. lib. 3. *tit.* 1. *Part.* 4. *tit.* 2. *Recop. lib.* 4. *tit.* 1.

Ratio ordinis & argumentum tituli.

ETsi superiore titulo de nuptiis dici cœptum est ut primo & præcipuo modo constituendæ patriæ potestatis, tamen cum ex iis quæ ibi dicta sunt nondum intelligamus quæ sint justæ nuptiæ ex quibus nati demum sunt in potestate patris, ideo ejus rei tractatio hoc loco subjicitur, doceturque ad justas nuptias quæ res exigantur, quæ personæ quibus matrimonio jungi non possint, qua pœna afficiantur qui adversus præcepta legum coeunt. Ad extremum & alius constituendæ patriæ potestatis modus explicatur, quem *legitimationem* nunc vulgo appellamus.

TEXTUS.

Qui possunt nuptias contrahere.

Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes feminæ autem viri potentes, sive patres familiarum sint sive filii familiarum, dum tamen si filii 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. Cumque super filio variabatur, nostra processit decisio qua permissum est ad exemplum filiæ furiosi filium quoque furiosi posse & sine patris interventu matrimonium sibi copulare secundum datum ex nostra constitutione modum.

L. 2. *tit.* 21. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

1 *Quid in hoc argumento vocabulum* justus *significet.*
2 *De ætate coeuntium.*
3 *De eorum consensu.*
4 *De consensu parentum adhibendo.*

5 Et quid de jure canonico.
6 Ratihabitio patris an efficiat ut retro nuptiæ absque consensu ejus contractæ legitimæ fiant.

1. *Justas*] Justi variæ sunt pro adjuncto significationes. Hoc loco justum idem significat quod τὸ νομιμον, *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 dumtaxat & vulgo quæsitorum, *l.* 5. §. *pen. ll.* 11. & 12. *de stat. hom.* justus pater ad differentiam naturalis, *l. lege Julia* 44. §. 3. *de rit. nupt.* juxta 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, Ulpian. *fragm. tit.* 5. §. 4. *l.* 3. *C. de inc. nupt.* Cic. *in Top.* Atque hinc responsum est, si quis rogatus fuerit hereditatem restituere si sine liberis decessisset isque deportatus in insula liberos sustulisset, conditionem non defecisse, *l. ex facto* 17. §. *ex facto* 5. *ad Sen. Treb.*

2. *Masculi quidem puberes*) Romani ea demum ætate civibus suis matrimonia permiserunt quæ naturâ apta esse creditur ad generandum, maribus post annum decimum quartum quo tempore ipsam ætatem necessitate pubescere & vim generationis moveri incipere scribit Macrob. *in somn. Scipion. lib.* 1. *c.* 6. & Arist. 7. *pol.* 16. exsurgere τῆς συνουσιας ὄρεξιν, feminis autem biennio maturius quia post annum duodecimum virum pati posse creduntur, *l.* 4. *de rit. nupt. 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 longe recedit Plato qui 4. & 6. *de legib.* tricesimum annum masculis præscribit, longius etiam Arist. 7. *polit.* 16. qui eos demum conjungi vult circa annum 36. feminas autem anno 18. Juris Pontificii auctores pubertatem metiuntur ex potentia coeundi non ex numero annorum, *cap.* 3. §. *fin. de despons. impub.* qui tamen hodie generali consuetudine sequuntur definitionem juris civilis, quæ etsi non in omnes in plerosque tamen quadrat & Medicorum etiam ac Physicorum auctoritate fulcitur. Raro tamen hac ætate apud nos præsertim masculi matrimonio junguntur. In sponsalibus ætas definita non est, quapropter & à primordio ætatis sponsalia effici possunt, modo utraque persona sit infante major, *l. in sponsal.* 24. *de sponsal.* à quibus tamen facti puberes libere recedere possunt, *c.* 7. & 8. *de spons. impub.* VINN. Solebant & impuberes Romani uxores ducere nondum viri potentes. Exempla exstant apud Gruter. *Inscr. p.* 788. 8. *p.* 815. 3. *p.* 824. 1. Tunc vero nuptiæ hujusmodi non rescindebantur, sed tamen non prius justæ erant quam conjuges justam ætatem attigissent. Hinc nec antea dos peti poterat, *l.* 65. *ff. de jur. dot.* nec repudiatæ dabatur actio rei uxoriæ, *l.* 17. §. 1. *ff. de reb. auct. jud. poss. l.* 74. *ff. de jur. dot.* nec ea poterat legatum sub conditione nuptiarum exigere, *l.* 10. *pr. ff. de cond. & dem.* Sponsæ ergo loco erat immatura domum ducta, modo sponsalia præcessissent, *l.* 32. §. 27. *ff. de don. int. vir. & ux.* junct. *l.* 9. *ff. de sponsal.* Legitima vero uxor tunc fiebat cum apud virum explesset duodecim annos, *l.* 14. *ff. de rit. nupt.* HEIN.

3. *Consensum habeant parentum quorum in potestate*) Jure civili in nuptiis requiritur consensus tum eorum qui coeunt, 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 coeuntium non consistunt sicut nec alius ullus contractus sine consensu intelligi potest, *l.* 1. §. 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 eum qua contrahit cum sit Sempronia, hic error matrimonium vitiat, *arg. l. si per errorem* 15. *de jurisd. l.* 9. *de contr. emt.* Nam quod Jacobus Liam pro Rachele supositam retinuit, in eo non est usus suo jure, *c. quod autem c.* 29. *quæst.* 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 plebeja quæ nobilis credebatur &c. quoniam hæc vel adesse vel abesse possunt salvo matrimonio, & sic in re ipsa justus consensus est, ratum erit matrimonium, *d. c. quod autem in fin.* Covarruv. *de matrim. p.* 2. *c.* 3. §. 6. *n.* 2. Illud autem quod Innocentius III. respondit, *cap. tua nos* 26. *de sponsal.* si quis ut honestam

mulierem ad turpia pelliceret falsum nomen ementitus eam his verbis desponset: *Joannes te sponsat*, & mulier hoc dolo imprudens illecta cum in illum tamquam sponsum consensisset, ei copiam sui fecit; si ille testetur numquam sibi animum fuisse illam ducendi, ista vero petat fidem sibi datam 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 mat. p. 2. c. 2. n. 5.* Sanchez *tract. de matrim. lib. 1. disput. 9. & seqq.*

Consensus in hoc contractu etiam plane liber esse debet, *l. non cogitur 21. de rit. nupt. 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 2, x. de eo qui dux. in matrim. cap. 14. & seq. x. de sponsal.* Covar. *d. part. 2. cap. 3. n. 5.* Alber. Gentil. *3. de nupt.* Christin. *vol. 1. decis. 335.* Plane metus reverentialis sive obsequium reverentiæ paternæ debitum à quo absunt verbera vincula minæ, matrimonium non impedit uti nec consensum, *l. si patre 22. de rit. nupt. l. 7. l. 12. de sponsal.* Covar. *d. cap. 3. §. 6. n. 3.* Alber. Gent. *d. lib. 3. cap. 11.* quod tamen alii examinant.

4. Qui in potestate parentis est etiam illius consensum adhibere debet, *hoc textu & leg. 2. de rit. nupt.* Sed & nepos quamvis in avi tantum potestate sit patris tamen consensum adhibere debet, *l. 16. §. 1. eod.* eadem scilicet ratione qua consensus filii requiritur si pater quasi ex eo nepotem adoptare velit, nempe ne invito filio suus heres agnascatur, *§. sed si quis 7. tit. seq.* quæ ratio cum in nepte nubente cesset cessat etiam decisio, *d. l. 16. §. 1. de rit. nupt.* 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 filiamve nubere aut dotem dare nolit? Hic magistratus aditus partes suas interponet, patremque causa cognita coget in matrimonium consentire & dotem dare, *l. capite 19. de rit. nupt.* Ait diserte *quorum in potestate*; unde intelligimus nec matris consensum in liberorum nuptiis necessarium esse, nec patris in emancipatorum. Et de filio quidem emancipato hoc scriptum est in *l. filius 25. de rit. nupt.* in filia vero emancipata id secus videri potest per *l. viduæ 18. l. in conjunctione 20. C. de nup.* An dicemus excipi filiam emancipatam minorem 25. annis ob sexus & ætatis verecundiam? An, ut plerique, honestatis tantum causa præcipi ut ea patris consensum expectet, sed id non esse necessarium? Sane & matris & propinquorum & curatorum judicium adhibere patre orbata iisdem constitutionibus jubetur, quorum tamen auctoritas in copulandis nuptiis necessaria non est, *l. 8. C. eod.* Sic sentio. Jus antiquitus fuit, ut pater filiam quam in potestate habebat pro arbitrio & cui libêret 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. 12. §. 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 tantum 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 quam pater illius voluntatem explorare debeat, *d. l. 20. C. hoc tit.* ita tamen ut si filia patris sententiæ repugnet, filiæ potius quam patris voluntatem judex sequi teneatur, *d. l. 18. C. eod.* Ex quo loco utique hoc colligitur arbitrium emancipatæ non fuisse plane liberum. VINN. Videantur quæ Pontifex in *cap. tua nos 26. x. de spons.* & Aug. Barbosa *ad idem cap.* & Layman. *Theol. Moral. l. 5. tract. 10. part. 1. c. 1. n. 11.* hanc decisionem plane explodunt. HEIN.

5. *Et civilis & naturalis ratio*] Suadet id ratio naturalis nam proculdubio contra officium filius facit qui sine consensu parentis nuptias contrahit, civilis autem ratio ne patri invito suus heres agnascatur. Synodus tamen Tridentina anathemate damnavit eos qui censent, nuptias à filiisfam. sine consensu parentum contractas irritas esse, aut parentes eas ratas irritasve facere posse, dummodo coram proprio Parocho & tribus aut duobus saltem testibus celebratæ fuerint, ut latius declaratur ibidem, quidquid antiquiores Canones hac de re statuerint, *c. aliter, c. nostrates, c. 30. q. 5. c. non omnis, c. honorantur, c. mulier, c. fin. cap. 32.* Cujac. *ad rubr. de sponsal.* Duar. *c. 2. de nupt. ad tit. solut. matrim.* Coras. *1. misc. 17.*; quamquam aliud visum Covar. *de matrim. p. 2. c. 3. §. 8.* Tulden. *comm. hoc tit. c. 5.* Perez *ad tit. cap. de nupt. n. 16.* qui cum *Gloss. in cap. sufficiat 27. q. 2.* & alii contendunt, non nisi honestatis gratia jure Pon-

Pontificio consensum paternum desiderari, liberosque conscientiæ vinculo dumtaxat obstrictos ad parentum consensum adhibendum, quod hodie certum est ex Trident. *sess.* 24. *cap.* 1. *de reform. matr.*

6. *Ut jussus parentis præcedere debeat*] Jussus, id est consensus aut potius assensus parentis in nuptiis filiorumfam. adeo necessarius est ut etiam præcedere debeat, neque ratihabitione patris retro legitimæ fiant, nimirum cum 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 filii sine consensu patris contractas legitimas retro 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. Jul. 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 Justinianus *in leg. ult. C. ad SC. Mac.* præcipit ut omnis ratihabitio retro operetur? Nempe Imp. illic non tam causas in quibus locum habeat ratihabitio, quam naturam atque effectum ejus designat. Hodie tamen de hoc quidem jure dicendum videtur patris consensum postea accedentem etiam retro operari, cum nunc concubinatus nullam præ alia illa conjunctione prærogativam habeat & æque improbatus sit. Enimvero non præcise 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, *l.* 12. *de sponsal. l. si patre* 22. *hoc tit.* VINN. Quæ Vinnius hic cum Bachovio contra ratihabitionem disputat, non adeo firmo stare videntur talo. Nam primo, quod negat ratihabitioni locum esse in iis quæ ipso jure nulla sunt id falsum videtur. Donatio enim inter virum & uxorem ipso jure nulla, *l.* 3. §. 9. *ff. de don. inter vir. & ux.* ratihabitione tamen convalescit, *l.* 25. *C. eod.* quemadmodum & testamentum in quo filius præteritus est validum judicatur si filius in illa voluntate acquiescat, *l.* 17. *ff. de injust. rupt. irrit. fac. test.* Lex 11. *ff. de stat. hom.* non agit de ratihabitione sed de statu prolis ignaro avo conceptæ. In *l.* 65. *ff. de rit. nupt.* non magis matrimonium ob defectum consensus invalidum est, sed ob prohibitionem legis quæ inter eum qui in provincia officium gerit & mulierem provincialem stare non patitur matrimonium. Ergo nec ratihabitio ibi quidquam operatur, secus ac in matrimonio nondum consentiente patre contracto, ubi ratihabitio consensum retrotrahit, quod etiam de reliquis legibus à Vinnio allegatis observandum. Denique à legitimatione recte eatenus ducitur argumentum, quod quemadmodum liberi ante nuptias nati his subsequentibus ideo legitimi habentur quia defectus prioris supplementum retrotrahitur ac si matrimonium semper fuisset, ita & post ratihabitionem patris liberi antea nati fiant legitimi quia ratihabitio semper ad principium cujusque actus retrotrahitur, *l.* 16. §. 1. *ff. de pign.* Unde & exspirat monstrum illud quod fingit Wesemb. *ad l.* 5. *C. de nupt.* spuriorum ex justis nuptiis procreatorum. Cum apparatu hæc Vinnii argumenta refellit contrariamque sententiam probavit Ulr. Huber. *præl. ad Inst. hoc tit.* §. 10. *& ad ff. eod.* §. 5. HEIN.

Super filio] Cur magis super filio? Nempe filius uxorem ducebat in domum patris, eique liberos gignebat aliquando suos heredes futuros avo paterno. Ratio autem juris civilis non patitur ut alicui invito aut ignoranti, cui similis est furiosus, suus heres obtrudatur, §. *sed si quis tit. seq.* Filia vero extra familiam patris nubit, neque patri suo sed marito liberos parit, vel ei cujus in potestate est maritus.

Ex nostra constitutione modum] Modus hic est ut præsentibus curatore & propinquis de nuptiis statuatur auctoritate magistratus vel Episcopi, *l. tam dementis* 28. *C. de Episcop. aud. l. si furiosi* 25. *C. hoc tit.* VINN.

In re tanti momenti filios voluntatem parentum consulere debere, & Ethnicis non ignotum fuisse, & Hebræos observasse, & in Ecclesia multis temporibus obtinuisse certa res est ex Gratiano, qui multis adductis Patrum testimoniis id probat *caus.* 32. *quæst.* 2. Verumtamen cum matrimonium indissolubilis res sit, Synodus Tridentina *sess.* 24. *cap.* 1. *de reform. matrim.* anathemate damnavit eos qui matrimonia libero contrahentium consensu contracta vera ac rata esse negant, quique falso affirmant matrimonia filiorum familias sine consensu parentum contracta irrita esse, & parentes ea rata aut irrita facere posse. Nihil omi-

ominus ipsa Synodus asserit sanctam Dei Ecclesiam ex justissimis causis illa semper detestatam fuisse atque prohibuisse. Jam vero cum sponsalia indissolubilia non sint; præterea nemo jus alterius lædere, turbare familias, earum dignitatem imminuere, bella & lites perpetuas serere debeat; proculdubio filii sine consensu parentum sponsalia contrahere non debent. Recte igitur ac rationi naturæ convenienter respondit Hermione apud Euripidem in Andromach. *v.* 987.

Νυμφευμάτων μὲν τῶν ἐμῶν πατὴρ ἐμὸς
Μεριμναν ἕξει, κἀκ ἐμοῦ κρίνειν τάδε·
Desponsationis quidem meæ pater meus
Curam habebit, & non est meum statuere hoc.

Quos versus hanc in rem laudat Ambrosius laudatus & ipse á Gratiano *cap.* 13. *caus.* 32. *q.* 2. Hispanorum Reges tantum abest ut ab his discrepent, quin etiam acriora pœnarum vincula adjiciunt. Cum enim Concilio Toletano III. & Wisigothorum legibus cautum fuisset ut filiifamilias in matrimoniis contrahendis consensum parentum adhiberent, legibus fori exheredationis pœna mulctabatur non solum qui patris sed & qui propinquorum non adhiberet consensum, *l.* 2. *tit.* 1. *lib.* 3. *for. legg.* Partitarum legibus severissime sancitum est qui puellam parentibus aut propinquis invitis uxorem duxerit in eorum servitutem detrudi, *l.* 5. *tit.* 3. *Part.* 4. Quæ leges cum velut intermortuæ jacerent eas excitavit Pragmatica Sanctio anni 1776. qua adversus fraudes quæ in hac re frequentissimæ erant abunde provisum est, atque etiam certissimæ constitutæ sunt regulæ quibus & parentum ac familiarum dignitati, & modestæ libertati filiorum justas ambientium nuptias prospectum est. Summa huc redit. Qui legitimam vigintiquinque annorum ætatem adhuc non expleverint consensum parentum adhibere tenentur. Quod si parentes non habuerint, tam avorum paternorum quam maternorum consensus accedere debet, his vero deficientibus propinquorum. Quod si eorum negotium geratur, aut ad consensum præbendum idonei non sunt Curatorum assensus desideratur, qui omnes ex judicis decreto eum dabunt. His vero deficientibus aut impeditis, ad judicem regium ipsius loci patet aditus. Quod si & hujus utilitas vertitur, ad regium loci propinquioris judicem recurrendum est, atque hoc pacto abunde minoribus cavetur. Quod si majores sint parentes tantum consulere debent.

Verum si hi quorum consensus desideratur oblata justa conditione respuant, magistratus aditus suas partes interponet qui octo dierum spatio summarie causam cognoscere & sententiam dicere tenetur, à qua cum ad regios Conventus (Chancillerias) fuerit appellatum intra triginta dies causa finienda est. Si autem adversus ea quæ diximus aliqui contraxerint, matrimonium effectibus civilibus caret, non tamen omnibus sed iis tantum qui in dicta Pragmatica exprimuntur: nempe justa & legitima exheredationis causa est, jus ad hereditatem paternam amittunt liberi, & in familiarum juribus perpetuis veluti in Patronatibus & Majoratibus non nisi deficientibus omnibus substitutis admittuntur; alimenta tamen eis non sunt deneganda.

Quod ad Magnatum & eorum qui dignitates habent matrimonia spectat ipsa Pragmatica consulenda est. Præterea Locorum Ordinariis injungitur ut, sicut in Encyclica Benedicti XIV. præcipitur, non aliter sponsalia admittant quam si de parentum consensu prius eis constiterit, tum etiam ut non nisi ex gravissimis causis matrimonia celebrari permittant ante solemnem trinundini in Ecclesia promulgationem juxta Decreta Concilior. Lateran. & Trident. ADDIT.

TEXTUS.

Quæ uxores duci possunt vel non. De cognatis, ac primum de parentibus & liberis.

1. *Ergo non omnes nobis uxores ducere licet, nam à quarumdam nuptiis abstinendum est; inter eas enim personas quæ parentum liberorumve 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 liberorumve 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.*

L. 4. tit. 6. Part. 4. L. 7. & 8. tit. 7. ead. Part.

No-

NOTA.

Inter patrem & filiam] Intellige parentes & liberos etiam naturales tantum. Nam in contrahendis matrimoniis naturale jus & pudor inspiciendus est, contra pudorem autem est filiam uxorem ducere, *l.* 14. §. 2. *ff. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1 *Genera cognationis exposita, ubi & de spirituali.*

2 *Parentum cum liberis conjugia incestuosa esse in summo gradu.*

3 *Ne dissoluta quidem adoptione filiam adoptivam ducere licere, & quare.*

EX iis 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, ut consentiant, ut si sint filiifamil. consensum adhibeant parentum quorum in potestate sunt, juxta ea quæ dicta sunt supra ex decret. Concil. Trident. in locis ubi receptum est: quibus & quintum addi potest ex jure Pontificio & pia consuetudine, solemnis 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 fere fit ob turpitudinem conjunctionis, quæ turpitudo vel est à cognatione contrahentium, vel ab affinitate.

1. Cognatio triplex est mere naturalis mere civilis & mixta. Naturalis tantum, est quæ illegitimo coitu contrahitur; civilis dumtaxat, 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, *cap. de cognat. spirit.* Covar. *de matr. p.* 2. *c.* 6. §. 4. quam etiam probat Justinianus *l. si quis* 26. *circa fin. C. hoc tit.* Pontifices Romani in sua & Græci in Orientali Ecclesia extenderunt usque ad septimum gradum, quasi major esset cognatio spiritualis necessitudine carnali, juxta dictum Synodi in Trullo. Extant de ea re *lib.* 4. *decretal. tit.* 11. *& lib.* 3. *jur. orient.* idem *caus.* 30. per aliquot quæstiones. In Concilio autem Tridentino cum varie de hac prohibitione esset disceptatum, & multi eam penitus tollendam censerent, placuit impedimentum spiritualis necessitudinis restringi ad eam cognationem quæ est inter susceptorem & susceptam ejusque patrem & matrem, *decret. de reform. cap.* 2. *sess.* 24. VINN. Spiritualis illa cognatio ex mente Canonistarum non modo ex Baptismo nascitur, verum etiam ex Confirmatione, *cap.* 1. *fin. de cogn. spirit. in* 6. immo & ex catechismo, quamvis eam cognationem non tam contractum quam contrahendum matrimonium impedire existiment, *c.* 2. *eod. num.* 6. Porro hanc cognationem spiritualem in *paternitatem* quæ inter baptizantem & baptizatum susceptorem & patrinum est, *compaternitatem* quæ inter parentes baptizati & baptizantem vel susceptorem intercedit, & denique in *fraternitatem* qualem inter baptizatum & liberos baptizantis necnon susceptorum contractam dividere solent. Azpilcuet. *tom.* 3. *c.* 22. *num.* 36. & vir summus Cujac. *ad rubr.* 10. *de consang. & affin.* HEIN.

Parentum liberorumve locum] *l. nemini* 17. *C. hoc tit.* Commodius dixisset *inter parentes & liberos*, nam & patrui & avunculi etiam parentum locum obtinent, *l. sororis* 39. *de rit. nupt.* Theophil. Ἐπὶ τῶν ἀνιόντων καὶ κατιόντων. (*Ex ascendentibus, & descendentibus*)

2. *Nefarias atque incestas*] In summo scilicet gradu: 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. XI. *Odyss.* 270.

Μητέρα τ' Οἰδιπόδαο ἴδον, καλὴν Ἐπικάστην·

Matrem quoque Oedipodis vidi, pulchram Epicasten

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

. . . *Cui fas implere parentem,*
Quid rear esse nefas?

Adde Philonem Jud. in *decal. lib.* 1. Ceterum & aliæ nuptiæ quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur incestæ, hoc est incastæ & pollutæ (si Isidoro *lib.* 5. *cap.* 26. credimus) dicentur, *d. l. sororis* 39. §. 1. *l. etiamsi* 56. *eod. & tit. C. de incest. nupt.* An autem & illæ naturæ legi & honestati similiter repugnent postea disputabimus; earum certe de quibus nunc agimus naturalis prohibitio est. Quippe insita est in ipsis affectibus fuga quædam commixtionis cum parentibus & ex se natis,

tis, à qua etiam quædam animantia muta naturaliter abhorrere à nonnullis proditum est. Seneca *Hippol. act.* 3. *v.* 913.

Feræ quoque ipsæ 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, & necessario consequitur istam sanguinis inter parentes & liberos commixtionem. Horresco ad illud Oedipi apud Senecam *Thebaid. act.* 1. *v.* 134.

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

Item ad illa Thyestis in *Agamem. act.* 1. *v.* 34.

. . . Versa natura est retro,
Avo parentem, (proh nefas), patri virum,
Natis nepotes miscui, nocti diem.

3. *Quamvis per adoptionem*] Respectu quoque cognationis mere civilis inter parentes & liberos 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. *de rit. nupt.* Nec id mirum videri debet quamvis omnia adoptionis jura per emancipationem solvantur, *l. in omni* 13. *de adopt.* nam in nuptiis semper etiam pudoris & reverentiæ ratio habetur, *l. adoptivus* 14. §. 2. *de rit nupt.* Patris autem persona tam sancta & reverenda filiæ esse debet ut ad impediendas nuptias sufficiat aliquando patrem fuisse. Eadem fere ratione nec matrem patris adoptivi uxorem ducere possum; nempe non propter civilem aliquam necessitudinem quæ nulla inter nos, *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 licet adoptivi fieri vitricum. Plane si per emancipationem soluta fuerit adoptio nihil impedimento est quominus eam uxorem ducere liceat, quoniam illa numquam 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 ne quidem post emancipationem, *d. l.* 14. *pr. de rit. nupt.* sed nimirum sufficit eam aliquando novercæ loco fuisse, *d. l.* 14.

TEXTUS.

De fratribus, & sororibus.

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

L. 4. tit. 6. Part. 4.

NOTA.

2. *Sive ab altero eorum*] Convenit *d. cap.* 18. *Lev. v.* 9. & 11. Athenis tamen consanguineam ducere licebat, id est sororem ὁμοπάτριον, (*ex eodem patre*) non autem ὁμομήτριον, (*ex eadem matre*) Fabrot. ex *Philon.* Sed nec vulgo quæsitam sororem ducere licet, *leg.* 54. *ff. de rit. nupt.*

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 cum alter altero à communi parente est remotior, ut patruus avunculus, & fratris & sororis filii & filiæ. In linea directa, ut jam dictum est, prohibitio est infinita, in transversa non item; quo nunc se confert Imperator.

1. *Inter fratrem & sororem*] In linea transversa unus tantum gradus jure civili prohibitionem habet, nimirum fratrum & sororum nuptiæ, *l. nemini* 17. *hoc tit.* quas etiam à Deo in-

interdictas non uno loco reperimus, *Levit.* 18. *v.* 9. & 20. *v.* 17. *Deut.* 27. *v.* 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. *v.* 17. & *Deut.* 27. *v.* 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 quam naturæ habuerunt. Plato quoque *lib.* 8. *de legib.* fratrum & sororum conjugia ait esse μηδαμῶς ὅσια, καὶ θεμιστὰ καὶ αἰσχρῶν αἴσχιστα (*nullatenus justa & inter turpia turpissima*) Hinc esse, quod in tragœdiis Macarei cognito se cum sororibus rem habuisse continuo mortem sibi consciscant, sceleris pœnas á se ipsis repetentes; & Cicero *lib.* 1. *de divin.* commixtionem fratris & sororis, *nefarium stuprum* appellat. Lucianus in *Philop.* ἀσελγεστάτη μίξιν (*impudicissimam commixtionem.*) Quis vero hoc nos docuit? Sola natura, quippe quæ omnes docet sorori suæ misceri nefas esse dum appetitum conjunctionis inter fratrem & sororem cadere non sinit. Quis est enim qui sororis suæ quantumvis formosæ nuptias aut stuprum appetat? Non Platonem modo sed experientiam provoco, *tam à me*, inquit ille apud Plaut. *Curcul. act.* 1. *scen.* 1. *v.* 51. *pudica est quam si soror mea sit.* Neque aliam ob causam Abrahamus credidit se pro marito Saræ habitum non iri quam si eam sororem suam esse diceret, *Genes.* 12. *v.* 12. & 13. & 20. *v.* 12. Denique non tantum Romani sed etiam alii populi & omnis pene Græcia, auctore Alex. ab Alex. 1. *genial. dier.* 24. nefandum putaverunt iisdem parentibus genitos invicem incestis nuptiis detineri. Neque vero ideo minus hoc nefas est quia Ægyptii & nonnulli alii populi id licere voluerunt suorum nimirum Numinum exemplo, cum Saturnus Opin, Jupiter Junonem, Osiris Isin duxerit; & quid ni hoc facerent apud quos non solum philadelphi verum etiam philometores fuerunt? Objici solet dictum Thamaræ ad Amnonem fratrem consanguineum, *quin potius loquere ad Regem & non denegabit me tibi*, 2. *Reg.* c. 13. *v.* 13. Resp. Sive hoc Thamara scius 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 recte facturum si concessisset. Illud alicujus momenti est quod hic nobis objici potest, & verum esse constat ex sacra Historia; oportuisse nimirum à primis illis hominibus sorores duci cum aliæ mulieres non extarent. Respondent Theologi id fuisse necessitatis & tacitæ divinæ dispensationis. Nam cum juberet Dominus propagari genus humanum nec plures simul feminas 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. *quanto est antiquius compellente necessitate* (intellige necessitatem ex illius temporis circumstantia) *tanto postea factum est damnabilius religione* (id est naturali aversatione) *prohibente.* Affert ibidem Augustinus etiam nonnullas alias causas ob quas fratres & sorores conjungi non debeant, ut necessitudo inter plures diffundatur serpatque & propagetur civium inter se caritas, quam sic extendi etiam Cicero docet 5. *de finib.* item ut evitetur illa cognationis & affinitatis confusio quæ fratrum & sororum nuptias necessario sequitur. Sed hæ rationes tanti ponderis non sunt ut quod contra fit natura illicitum censeri debeat. Consentit etiam in hac quæstione Covar. *de matrim. p.* 2. *cap.* 6. §. 10. *n.* 15. D. Tulden. *ad hunc tit. cap.* 6.

Sive ab altero eorum] In nuptiis utrum frater sit germanus an consanguineus vel uterinus dumtaxat nihil interest, *Levit.* 18. *v.* 9. & 11. immo nec vulgo quæsitam sororem ducere licet, *l.* 54. *ff. de rit. nupt.* In successionibus autem inter utrimque conjunctos arctior necessitudo habetur, *auth. itaque C. comm. de suc.* ut & olim in eadem causa consanguineorum major ratio quam uterinorum habebatur, vulgo 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 Hotomannus & Wesemb hic notant, & indicat Triphon. in *l. non solum* 67 §. 3. *hoc* tit. Nam ut dicamus matrimonium manere & adoptionem potius nullam esse, quod D. Bachovius magis probat, nescio an ex ratione juris civilis defendi possit; quod cum nuptias inter sororem & fratrem adoptivum prohibet generum tamen adoptari permittit, ex consequenti genero adoptato nuptias perimi voluisse existimandum est, non adoptionem nullam esse. Vid. *tom.* 1. *juris Græco-Rom. l.* 8 *c. de adopt.* γάμος λύεται ἤτοι τις τὸν ἴδιον γαμβρὸν υἱοθετήσηται (*nuptiæ dissolvuntur, si quis generum proprium adoptaverit*) Theod. Balsam. *ad d. l.* 67. *ff. de rit. nupt.*

TEXTUS.

De fratris & sororis filia vel nepte.

3. *Fratris vero 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 vero mulieris quam pater tuus adoptavit filiam, non videris prohiberi uxorem ducere; quia neque naturali neque civili jure tibi conjungitur.*

COMMENTARIUS.

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

JUre civili nuptiæ in linea transversa inæquali prohibitæ sunt inter eas personas quæ parentum liberorumve numero sunt, *l. per adoptionem* 17. §. 2. *l. sororis* 39. *hoc tit. l. nemini* 17. *C. eod. l. ult. C. de inc. nupt.* §. *item amitam* 5. *inf. eod.* & quidem in infinitum, *l. nuptiæ* 53. *hoc tit.* nam graduum numerus hic non magis consideratur quam in linea recta inter ipsos parentes & liberos. VINN. In linea transversa nihil aliud apud Hispanos inspicitur quam propinquitas graduum. Igitur qui quarto gradu sunt computatione facta secundum Canonum statuta, sive in linea transversa inæquali sint sive æquali conjungi prohibentur, *l.* 4. *tit.* 6. *Part.* 4. ADDIT.

2. Sed an huic prohibitioni per omnia consentanea sit lex divina veteris Testamenti quæritur. Ego equidem sic sentio; quamvis enm singula apud Mosen non sint expressa, tamen quibusdam positis, quæ paria sunt pro expressis habenda, cum hoc flagiter ipsa ratio ut de similibus similiter statuatur, nec in hac prohibitione tam ad numerum graduum respiciatur quam ad venerationem personarum. Cum igitur Dominus expresse vetat amitæ & materteræ nuptias, *Lev.* 18. *v.* 11. *&* 13. intelligitur etiam vetare nuptias amitæ magnæ & materteræ magnæ, & deinceps ascendentium: item ἀναλόγως (*proportione servata*) nuptias fratris & sororis filiæ & deinceps ex his descendentium; cum patruo & avunculo & qui supra hos sunt. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam esse & partem legis moralis, ex iisdem fere 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 cum nulla adhuc lege nuptiæ cum fratris filia prohibitæ essent, moribus tamen incestæ habebantur, *l. sororis* 39. §. 1. *l. etiamsi* 56. *hoc tit.* adeo ut ipse Claudius Imperator ausus non fuerit Agrippinam 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. c.* 26. Tacit. 12. *annal. cap.* 5. *& seq.* ac postea senatusconsultum illud à Nerva sublatum est teste Xiphilino. Sane brevis hæc lex Nervæ fuit ut & imperium ejus, & nuptiæ cum fratris filia ex edicto Claudii pro licitis iterum haberi cœperunt: nam auctore Capitolino Antoninus Pius filiam suam fratri uxorem dedit, quod antea nondum sublato senatusconsulto & Titum fecisse Suetonius memorat, *in Domitian. c.* 22. Ceterum quia senatusconsultum illud sive edictum Claudii cum naturæ honestate pugnare videbatur strictissime acceptum de sola fratris filia, non autem de filia sororis, teste Ulp. *in fragm. tit.* 5. §. 6. aut, quod magis puto, jam tempore mediæ jurisprudentiæ vim amiserat: argumento est quod Cajus scribit, *l. quin etiam* 55. §. 1. *de rit. nupt.* fas non esse ducere neptem patris adoptivi ex filio; quanto igitur minus neptem veri patris & naturalis, seu veri fratris filiam ducere licuit? Utut est, tandem expresse edictum illud abrogatum est, & quidem à Principibus ethnicis Diocletiano & Maximiano, *l. nemini* 17. *C. hoc tit.* adeo alte à natura leges istæ cordibus humanis inscriptæ sunt. Congruit *l. ult. C. de incest. nupt. art.* 7. *ordin. pol.* VINN. Lex 17. *C. de nupt.* desumta est ex Codice Greg. *lib.* 5. *tit.* 1. §. 9. ubi

ea

ea multo integrior extat. Ibi vero nihil de fratris sed de sororis filia, quam distinctionem etiam admittit Ulp. *tit. 5. §. 6.* Ex quibus colligimus (1) *legem 17. C. de nupt.* à Triboniano, locum autem Caji *lib. 1. Instit. tit. 4. §. 3.* ubi & cum fratris filia matrimonium prohibetur ab Aniano esse interpolatum. (2) Nervæ legem non hoc matrimonium cum fratris, sed alterum cum sororis filia, σὺν ἀδελφιδῇ inhibuisse. (3) Primos nuptias cum fratris filia prohibuisse Constantium & Constantem, *l. 1. C. Theodos. de incest. nupt.* HEIN.

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

Cujus filiam &c. neque ejus neptem] Hæc regula ad hypothesin revocanda est: cujus videlicet fratris aut sororis de quibus agitur; neque enim prohibeor uxorem ducere neptem avi mei, cujus tamen filiam amitam aut materteram meam ducere non possum §§. *seqq.* Vera autem ratio est quoniam parentum liberorumque invicem numero sunt; ut hic aliud spectandum sit quam numerus graduum, §. *item amitam 5. inf. l. 53. de rit. nupt.*

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

TEXTUS.

De consobrinis.

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

COMMENTARIUS.

1 *Patruelium & consobrinorum nuptias neque civili neque divino jure prohibitas, quamquam Canones longius progressi.*

2 *Discrimen dinumerationis graduum inter jus civile & canonicum explicatum.*

1. REdit ad lineam transversam æqualem in qua dicit eos qui in quarto gradu sunt facta computatione civili conjungi posse, nimirum fratris & sororis liberos, idemque traditur in *l. 3. ff de rit. nup. l. celebrandis 19. C. hoc tit.* scilicet quia hoc cessat ratio 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, tantum non expresse conceduntur *Num. 36. v. 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 & Honororius sustulerunt revocata prisci juris, ut inquiunt, auctoritate, *d. l. celebrandis 19. C. hoc tit.* Pontifices autem Romani longius progressi sunt, & conjungi vetuerunt non solum consobrinos sed etiam sobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant cum octo inter se distent, *cap. non debet de cons. & affin. Concilium 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.*

2. Monet hic locus ut discrimen dinumerationis graduum quod est inter jus civile & canonicum obiter explicemus, quippe quod ad causas matrimoniales solum 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 gradum adjicit, ut tot eo jure sint gradus quot sunt generationes, §. *hactenus 7. inf. d. tit.* In linea recta aut ascenditur quæ idcirco ascendentium appellatur ordinemque parentum complectitur, aut descenditur quæ dicitur descendentium & ordinem comprehendit liberorum. In linea transversa seu collaterali primum ascenditur deinde descenditur. Exempli gr. ego genitus sum à patre meo, ecce unum gradum. Idem pater meus genuit Titium fratrem meum, ecce alterum; unde sequitur fratres duobus gradibus inter se distare de jure civili. Pari ratione si quæras quot gradus à te distet patruus tuus, ascende primum ad avum vestræ cognationis communem auctorem, deinde iterum descende ad ejus filium qui est patruus tuus, comperies eum tribus gradibus à te distare, & ita deinceps. Latius hæc declarantur *infr. de grad. cogn.* Jus autem Pontificium aliter gradus dinumerat, *cap. ad sedem 35. quæst. 5.* Cujus juris regulæ sunt. 1. In linea ascendentium & descendentium quot sunt personæ una demta tot sunt gradus: quæ computatio in hac linea à computatione juris civi-

vilis in hoc tantum differt quod Canones personas numerant, jus civile generationes. 2. In aliena transversa æquali quot gradibus alter distat à communi stipite totidem utrique inter se distant. Exempli gr. Frater & soror distant inter se hoc jure uno tantum 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. negative reddidit ὐ δύανται συνάπτεσθαι (*conjungi non possunt*), quia sic in Oriente obtinebat. Nam post Justinianum sub Impp. Græcis hæc matrimonia iterum improbata fuere. Harmenop. *lib.* 4. *tit.* 9. Attal. *tit.* 26. Matth. monach *tit. de grad. sept. cons.* VINN. De tota hujus juris historia conferendus est Jacob. Gottofr. *ad l. un. C. Theod. si nupt. ex rescr. pet. lib.* 3. *tit.* 10. *tom.* 1. *p.* 288. HEIN. Apud Hispanos conjungi vetantur. Vide quæ notavimus ad §. præced. ADDIT.

TEXTUS.

De amita, matertera, amita magna, matertera magna.

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

COMMENTARIUS.

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

Licet adoptivam] Hoc consulto hìc additum, in matertera omissum; nam matertera per adoptionem non magis fieri potest quam avunculus, *l.* 11. §. *ult. hoc tit.* Eadem verba quoque repetenda sunt in amita magna, *l. per adoptionem* 17. *in fin. eod.* VINN. Sed turbat Cajus in *l.* 55. §. 1. *ff. de rit. nupt.* ubi ne patris quidem adoptivi materteram duci uxorem posse statuit. Enimvero matertera patris adoptivi huic loco parentis, & hinc filio quoque adoptivo veneranda est; adeoque non magis duci potest quam patris adoptivi vidua *l.* 14. *pr. ff. de rit. nup* qui respectus non est inter sororem patris adoptivi & filium ab eo adoptatum. HEIN.

TEXTUS.

De affinibus, & primum de privigna vel nuru.

6. Affinitatis quoque veneratione á quarumdam nuptiis 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, ideo eam uxorem ducere non poteris quia duas uxores eodem tempore habere non licet.

L. 5. *Tit.* 6. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

1 *Licet affinitatis nulli proprie sint gradus, tamen quasi quosdam gradus affinium numerari posse, & num.* 3.

2 *Genera affinitatis à veteribus canonibus stabilita posteriorum Pontificum decretis moderari.*

4 *In linea recta affinium eamdem 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 *Jure civili antiquo non videri inter affines transversæ lineæ prohibitionem fuisse.*

8 *Polygamiam in Republica Christiana non esse tolerandam.*

HActenus de nuptiis quæ propter cognationem prohibentur. Cognationis simulacrum quoddam est affinitas, cujus 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 pecularia recensentur.

1. Gradus affinitatis proprie 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.

2. 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. 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 ejus qui mihi aliquando filius seu loco filii fuit propter matrem quam in matrimonio habui. Similis quædam prohibitio est in *l.* 14. *pr. eod.*

3. Nascitur affinitas ex unione viri & uxoris, qui cùm matrimonio juncti unum fiant, necesse est vinculo isto etiam utrimque 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 ceteris tum ascendentibus 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 patre suo vel avunculo tribus gradibus dissidet, ego quoque à soceri fratre vel sorore totidem gradibus abero, & sic deinceps. Videamus nunc quinam gradus affinitatis sint 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. ff. de rit. nup. l. nemini* 17. *C. hoc tit.* 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 porro nuptias licitas esse, *d. l.* 14. §. *ult. Levit.* 18. *v.* 8. 15. *&* 17.

5. Atque hanc etiam prohibitionem perpetuam esse & moralem evincit locus Apostoli 1. *ad Cor. c.* 5. *v.* 1. ubi tale stuprum ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat. Et M. Tullius *in orat. pro Cluent. c.* 6. cum socrum genero nupsisse narrasset, subdit: *O mulieris scelus incredibile, & præter hanc unam in omni vita inauditum!* Atque in hoc quoque nobis assentiuntur plerique Canonistarum, Covar. *de matrim. p.* 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 conjungi, quoniam affinitate inter se sunt facti fratres & sorores, *ll.* 5. *pen. & ult. C. de inc. nup.* facit *d. cap. Levit.* 18. *vers.* 16. Quo loco cùm 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, quam quia uxor fratris tui est, ut jam 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. Levit.* 18. *v.* 14. vetat conjungi fratris filium cum uxore defuncti patrui; cui consequens est (1.) nec sororis filium cum uxore defuncti avunculi conjungi posse, (2.) nec patruum aut avunculum cum uxore filii fratris aut sororis, (3.) nec amitam aut materteram cum marito filiæ fratris aut sororis. Sed an æque 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 longe recedere ab honestate & verecundia quam præcedentes illæ. Minus enim, aiunt, verecundum est patruum meum cum ea quæ mihi aliquando uxor fuit consuescere & duos consanguineos cum eadem misceri, quam illum qui amitam meam in matrimonio habuit jungi cum sorore mea, & unum successive 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

pa-

parentum sunt, hanc tamen rationem cessare in filia leviri aut gloris. At enimvero 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. *v.* 6. *ad proximam sanguinis sui nemo accedat*, etiam ad affines qui pro consanguineis sunt, pertinere, & tam late patere, quam late patet prohibitio inter sanguine junctos. Basilius *in epist.* ad Diodorum. VINN. Etiam apud nos prohibitio inter affines eadem est quæ inter cognatos, & usque ad quartum gradum computatione facta jure canonum extenditur, *d. l.* 5. *tit* 6. *Part.* 4. ADDIT.

6. Plane ut non æque 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 etiam gravius delictum est ex recta affinitatis linea quam ex transversa uxorem sumere. Sunt vero etiam hæc interdicta quæ affines transversæ lineæ spectant moralia & perpetui juris. Neque 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 punitas subjicit. At enim, inquies, si lex de non ducenda fratria, *Levit.* 18. *v.* 6. perpetuam & naturalem causam prohibitionis habet, quî fit quod fratria certo casu duci jubetur? *Deut.* 25. *v* 5. Jus enim naturale est immutabile. Respondent doctiores Theologi: Jus naturale duplex esse, unum tale ut absolute in se ac essentia sua æquum & justum sit quidquid eo continetur, ac proinde prorsus immutabile, alterum quod æquitatem & justitiam continet in rerum natura sola Dei voluntate impressam, ut à creatura naturæ ductum 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. *v.* 35. & 36. cùm Israelitis mandaret ut Ægyptiis sua auferrent. Atque ita etiam forte Deus in Sanctis olim quædam matrimonia concessit propter sancti generis paucitatem; eademque ratio est legis de fratria certo casu ducenda excitandoque fratri sine sobole defuncto semine, videlicet ut in nomen primogeniti conservaretur familia, & primogenita Christi numquam intermoritura significaretur, Augustin. *q.* 61. *in Levit.* Quare juris Pontificii Interpretes asserunt impedimenta hujusmodi non ita constringere in lege Evangelica sicut in Mosaica, atque inde monet Sanchez *de matr. lib.* 8. *disp* 6. *num.* 11. & *seqq.* & *lib.* 7. *disput.* 52. *num.* 6. & *seqq.* nullos gradus consanguinitatis & affinitatis, *Levit* 18. hodie esse prohibitos jure divino, nisi qui alias prohibiti sunt jure naturæ primævo; & consequenter Pontificem in omnibus illis dispensare posse.

7. Apud veteres Romanos, ut hoc quoque obiter dicam, non videtur transversa affinitatis linea prohibitionem habuisse. idque exemplo doceri potest, quod afferunt M. Tullius *lib.* 1. *de divin. cap.* 46. & Valer. Maximus *lib.* 1. *cap.* 5. de Metello qui mortua uxore Cæcilia filiam sororis Cæciliæ in matrimonium duxit, quod tamen neuter eorum ut novum refert. Quamvis autem sit qui dubitet an hoc locum habuerit in hac linea in universum, puta si frater viduam fratris, vel patruus aut avunculus uxorem 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 ex conjugibus pro extinctis habita fuisse, utique si liberi ex matrimonio non superessent. Nam apud Plutarchum legimus Marcum illum Crassum cognomento divitem defuncti fratris viduam duxisse, neque hoc tamquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirum ut nuptiis contrahitur affinitas, ita solutis nuptiis eam dissolvi voluerunt, salva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas personas quæ parentum & liberorum loco fuerunt, *arg. hujus & seq.* §. adeoque eadem fere ratio affinitatis fuit quæ adoptionis, qua & ipsa soluta nuptiæ non impediuntur nisi ob solam reverentiam inter eos qui parentes & liberi fuerunt. Neque enim dubito quin patruus adoptivam filiam fratris, aut fratris filius amitam adoptivam soluta per emancipationem adoptione ducere potuerint, cum nuptiæ etiam cum sorore adoptiva dissoluta adoptione consisterent, §. 2. *sup.* Sed profecto magnum discrimen est inter conjunctionem quæ ex adoptione oritur & eam quam parit affinitas. Adoptio merum juris civilis commentum est, affinitas vero etiam causam naturalem habet quæ ex commixtione corporum nata nuptiis solutis adhuc permanet, quo pertinet illud Pontificis in *c.* 1. *cap.* 35. *q.* 1.

uno

uno defuncto, in superstite affinitatem non deleri. VINN. Conjectura Vinnii quod jura affinitatis morte unius conjugis extincta sint nihil est verius. Confirmant illam non solum exempla à Vinnio & postea à vir. clar. Bern. Henr. Reinoldo *var. cap.* 24. *p.* 196. *seq.* adducta, verum etiam edictum Constantini Constantis & Juliani, *l.* 2. *C. Theodos. de incest. nupt.* quo primum id mutatum. Ubi add. Gottofr. *tom.* 1. *pag.* 296. HEIN.

Quia utræque filiæ loco] Regula juris civilis est eos qui in numero parentum aut liberorum sunt conjungi matrimonio non posse, *l. nuptiæ* 53. *de rit. nup.* cui regulæ locus est non tantum in cognatione sed etiam in affinitate, *l.* 14. §. *ult. eod.* Et quamvis jure civili, ut supra diximus, id tantum obtinuisse videatur in recta affinitatis linea ob reverentiæ cujusdam & honestatis respectum, qui cessat in iis qui ex transverso gradu invicem affines sunt; tamen & alias esse hujus prohibitionis causas, & quidem maximi momenti, eosdemque gradus affinitatis jure divino prohiberi qui & cognationis, paulo ante diximus.

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

Eadem duobus nupta] Unam apud plures nuptam esse 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. *advers. Marc. manente matrimonio nubere adulterium est.*

8. *Duas uxores eodem tempore*] Duas aut plures uxores apud unum nuptas esse multi putant non pugnare cum naturali ratione cum 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. *sup. de patr. pot.* Utut est, constat ex iis quæ à Christo dicuntur apud *Matth.* 5. *v.* 32. & 19. *v.* 9. *Marc.* 10. *v.* 4. *Luc.* 16. *v.* 18. & quæ scribit Paulus 1. *Cor. c.* 7. polygamiam in Republica Christiana non esse tolerandam, quæ etiam multis gentibus improbata fuit. Raræ binæ simul in Occidente nuptiæ. Neque enim apud Romanos tantum constitutum fuit ne quis binas eodem tempore uxores haberet, sed etiam apud Græcos, & jam tempore Cecropis Atheniensium Regis. Vide Pet. Fabr. 2. *semestr.* 1. Germanos quoque nostros singulis uxoribus contentos fuisse, scribit Tacitus *de morib. German. cap.* 18. Sed & plures alias gentes virum unicæ mulieri copulasse testatur Dion. Halicarn. *lib.* 2.

TEXTUS.

De socru & noverca.

7. *Socrum quoque & novercam prohibitum est uxorem ducere, quia matris loco sunt. Quod & ipsum dissoluta demum affinitate 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, ideo impediuntur tibi nuptiæ quia duas uxores habere non potes.*

COMMENTARIUS.

HUjus §. & superioris eadem plane est sententia, ut nova explicatione non indigeat.

TEXTUS.

De comprivignis.

8. *Mariti tamen filius ex alia uxore, & uxoris filia ex alio marito vel contra, matrimonium recte contrahunt, licet habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.*

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 quam ipsa cognatio, *l.* 24. §. *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. Quamquam hic recte factu-

cturos arbitror qui magis id quod honestum est quam quod licet inspicient, ne ordo cognationis cujus imago est affinitas nimium perturbetur, quod fit si verbi causa, pater filiam filius matrem uxorem ducat. Putaverunt quidam nuptias comprivignorum vetari *Levit.* 18. *v.* 11. Ant. Matth. *in not. hic*, & D. Cyprian. Regn. *in cens. Belg.* Sed perspicuus error est. Illic enim non comprivignorum ἀλληλοπαιδογόνων, sed fratris & sororis consanguineæ, 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 dumtaxat. Verba Mosis *d. v.* 11. sunt: *Turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quam peperit patri tuo, & est soror tua non revelabis.* In versione LXX. est, ὁμοπάτρια ἀδελφή· VINN. Sed error tamen non adeo perspicuus videtur. Cum enim in fontibus legatur הוֹלֶדֶת participium activum, non passivum הוֹלָדַת, vix potest textus aliter verti quam hoc modo: *Non deteges turpitudinem filiæ uxoris patris tui, quæ peperit patri tuo tamquam sororem tuam.* HEIN.

Licet habeant fratrem sororemve] Communi fratre aut sorore ex novo parentum matrimonio postea susceptis videri poterant arctius privigni conjungi, attamen ne id quidem nuptias eorum impedire Papinian. respondit, *l. generali* 34. §. 2. *de rit. nup.*

TEXTUS.

De quasi privigna, quasi nuru, & quasi noverca.

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

COMMENTARIUS.

1 *Sponsalibus proprie non contrahi affinitatem.*
2 *Ex illegitima etiam conjunctione 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 rite 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 secundo nupsit. Nam, ut Festus scribit, *privignus inde dictus est quod prius genitus sit quam uxor secundo nuberet* (Græcis πρόγονος) aut si rem mavis quam notationem inspicere, nulla tibi affinitate conjuncta umquam fuit, quoniam nondum nata erat cum matrem in matrimonio haberes. Sed ab hujusmodi nuptiis abstinendum esse recte placuit, *l.* 12. §. 3. *hoc tit.* ob consuetudinem quæ mihi cum matre fuit.

1. *Nam constat nec sponsam filii*] Nudis sponsalibus proprie non contrahitur affinitas sed nuptiis dumtaxat. Sponsalia enim nihil aliud sunt quam mutua futurarum nuptiarum repromissio, *l.* 1. *de sponsalib.* quam libere liceat infringere, *l.* 6. *eod. l.* 1. *C. de spons.* ac proinde, verbi causâ, sponsa filii mei nurus mea non est, nec patris sponsa proprie noverca, *l.* 12. *de rit. nupt.* Quid est igitur quod Jurisconsulti respondent nomine affinium etiam futuros conjuges comprehendi? *ll.* 6. & 8. *de grad. & affin. ll.* 3. & 4. *de leg. Pomp. de parr. l.* 13. §. 3. *ad leg. Jul. de adult.* Nempe id minus proprie dici constat, & locum habere cum sponsalia adhuc durant & spes est fore ut matrimonium prope diem sequatur; solutis autem sponsalibus & spe nuptiarum penitus sublata nulla amplius intelligitur affinitas, de qua specie agitur hoc nostro §. & *d. l.* 12. ac solum honestatis causa nuptiæ inter personas enumeratas prohibentur; eoque pertinent, *l. semper* 42. *de rit. nupt. l. semper* 197 *de reg. jur.* Igitur quod non vetat lex hoc vetat fieri pudor. Argumentatur autem Justinianus à comparatione minorum. Et ita profecto est ut mihi multo minor sit cum sponsa filii mei necessitudo quam cum illa quasi privigna; quippe cujus matrem in matrimonio habui, ex qua forte & liberos qui illi fratres sunt suscepi. At sponsam filius meus numquam attigit, ac fortassis ne vidit quidem; ut hic sola honestas causam prohibitioni præbeat, illic etiam corporum commixtio quæ præcipue in hoc negotio respicitur, & à Mose detectionis nomine honeste significatur.

2. De eo ambigitur, an etiam ex illegitima conjunctione contrahatur affinitas? Sed dicendum est contrahi. Nam si ex quovis coitu quamtumvis illegitimo nascitur cognatio, cur non etiam affinitas intelligatur? Sic certe à cognatione quæ ex contubernio servorum

des-

descendit affinitatem servilem Paulus arguit, *l.* 14. §. 3. *hoc tit.* Neque ob aliam causam quam ob affinitatem prohibetur filius patris sui concubinam uxorem ducere, *l.* 14. *C. eod.* aut in concubinatu habere, *l.* 1. §. 3. *de concubin.* Quod autem Modestinus respondit, *l.* 4. §. *sciendum* 8, *de grad. & affin.* affinitatem nonnisi ex justis nuptiis oriri, de plena & perfecta affinitate intelligendum esse, vel ex eo liquet quod eodem loco scribit nec cognationem extra nuptias conjungi contrà quam ipse definit §. 2. *ejusdem 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.

De servili cognatione.

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

L. 1. *tit.* 5. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

SI ex quavis etiam illegitima consuetudine nascitur cognatio quæ nuptiis impedimento sit, *l. nuptiis* 57. *& seq. de rit. nupt.* consequens est etiam ex servorum conjunctione cognationem hujusmodi nasci, *l.* 14. §. 2. *eod.* Semper enim in contrahendis matrimoniis naturale jus & 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 enim ita accipiendum est quasi ante manumissionem patri filiam aut fratri sororem in contubernio habere liceat, sed ideo additum quia de nuptiis hìc quæritur, quas constat inter personas serviles non consistere de hoc jure. Plane quia servi ob conditionis vilitatem digni non habebantur quos lex observaret, ideo 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 qua cives Romani & legum nexu juncti, *l.* 6. *ad leg. Jul. de adult. l. servi* 32. *l. quæ adulterium* 29. *C. eod.* Atque hoc est quod Paulus scribit *l.* 10. §. 5. *de grad. & affin.* serviles cognationes ad leges non pertinere. Jure Pontificio etiam inter servos matrimonium est, *c.* 1. *x. de conjug. serv.*

TEXTUS.

De reliquis prohibitionibus.

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

COMMENTARIUS.

SUnt & aliæ personæ] Quales sunt tutor vel curator liberive eorum, qui cum pupilla vel adulta nuptias contrahere vetantur, ne videlicet eo pacto rationum redditio interverratur, *l. tutor* 36. *& seqq. l. senatusconsulto* 59. *& seq. de rit. nupt. l.* 1. *& passim C. de interd. matr. inter pup. & tut.* Item præses vel qui officium in provincia administrat provincialem uxorem ducere prohibetur, *l. si quis* 38. *l. qui in provincia* 57. *de rit. nupt. l. un. C. si quac. præd. potest.* Lege quoque Julia vetatur senator ducere libertinam, aut quæ ipsa cujusve pater artem ludicram fecerit, *l. lege Julia* 44. *de rit. nupt.* Quæ cum hodie non obtineant non est operæ pretium plenius persequi. Vid. Rittersh. *lib.* 1. *diff.* 10. *num.* 22. Zypæ. *not. jur. Belg. de sponsal. pr.* Groenew. *de ll. abrog. ad tit. C. si quac. præd. potest.*

TEXTUS.

De pœnis injustarum nuptiarum.

12. *Si adversus ea quæ diximus aliqui coierint, nec vir nec uxor nec nuptiæ nec matrimonium nec dos intelligitur. Itaque ii qui ex eo coitu nascuntur in potestate patris non sunt, sed tales sunt (quantum ad patriam potestatem pertinet) quales sunt ii quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur, cum & iis pater incertus sit; unde solent* spurii *appellari παρὰ τὴν σπερμάτων, & ἀπάτορες, quasi sine patre filii. 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.*

LL. 1. *&* 2. *tit.* 15. *Part.* 4.

NOTÆ.

11. *Nec vir nec uxor*] Sunt enim hæc ἔννομα ὀνόματα, justi conjugii nomina. Pœna igitur communis omnium injustarum conjunctionum est quod ipso jure tales nullæ sunt; sicut nec cetera consistunt quæ contra leges fiunt, *l. 5. de legib.* VINN. Sanctionem hanc ex lege Papia Poppæa esse pridem observarunt Merill. *observ. lib. 5. cap.* 11. & Jacob. Gothofr. ad *leg. Pap. Popp. cap.* 4. Attamen hæc lex quamvis injustas pronuntiaret nuptias contra leges contractas, easdem tamen non rescindebat. Hinc nec vir nec uxor quidem intelligebatur, sed tamen non divellabantur. Dos non intelligebatur, sed ea tamen non nisi mortua muliere caduca fiebat. Ulpian. Frag. *tit.* 16. §. *ult.* Primum ergo oratione D. Marci cautum ut inter hujusmodi personas nec nuptiæ essent, *ll.* 16. *in princ.* 42. §. 1. *ff. de rit. nupt. &* 3. §. 1. *de donat. int. vir. & uxor.* Ex eo ergo tempore hujusmodi uxor ne retineri quidem poterat. HEIN.

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

COMMENTARIUS.

NOTA.

Quæ hoc loco circa nuptias filiorumfam. in aliis Editionibus habentur Sanctæ Fidei Tribunalis auctoritate omissa sunt.

1 *Extra nuptias quæsitos omnes quoad patriam potestatem pro vulgo conceptis & spuriis haberi.*

2 *Dotis aut donationis nomine ob injustas nuptias data caduca fieri.*

3 *Prohibitarum nuptiarum pro varietate negotii & circumstantiarum varias esse pœnas.*

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

1. *Cum & iis pater incertus sit*] Hæc verba non obscure innuunt non tantum vulgo quæsitos incertum habere patrem, sed etiam eos qui sunt ex injustis nuptiis procreati. Et vulgo quidem conceptos patrem demonstrare non posse certum est. Unde Diogenes conspicatus meretricis filium lapidem in turbam hominum conjicientem *cave*, inquit, *ne patrem ferias.* At nati ex ea quæ cum uno tantum licet illicite rem habuit non videntur dici posse habere incertum patrem, quod & verum est. Sed tamen quantum ad patriam potestatem attinet (quod ideo etiam nominatim expressit Justinianus hic) non modo vulgivaga Venere concepti patrem habere non intelliguntur, verum etiam omnes qui extra nuptias quæsiti sunt, licet patrem demonstrare possint, ex incerto tamen patre nati dicuntur & pro vulgo quæsitis spuriisque habentur, *l. vulgo* 23. *de stat. hom. l.* 3. *C. solut. matr.*

Παρὰ τὴν σποράδην] Apud Theophilum est quasi σποράδην, id est *sparsim vulgo promiscue* concepti, quod magis probo cum Wesemb. & Hotom. Aliam hujus nominis rationem affert Plutarch. *in quæst. Rom.* 11. Scribit enim hanc appellationem inde natam esse quod Romani iisdem notis & prænomen *Spurius* & vulgo quæsitos designabant, nisi quod illud ita notabant SP. hos S. P. interposito puncto, tamquam *sine patre.* Atque hinc est quod Hotom. & Wesemb. pro eo quod vulgo legitur ἀπάτορες, *quasi sine patre filii*, substituerunt *quasi S. P.* i. e. *sine patre filii*, quomodo & Theophilus legisse videtur. VINN. Nescio an huc referenda sit elegans inscriptio apud Grut. p. CCCCXXXIV. 4. ubi *C. MAMERCIUS JANUARIUS* dicitur SP. F. Non possunt hæ litteræ legi *SPURIUS FILIUS* uti visum est Scaligero in indice, quia non erat vulgo quæsitus sed P. PACCII JANUARII FILIUS NATURALIS ut ex ipsa inscriptione patet. E concubinis vero nati spurii non dicebantur, nec parentes hoc vocabulum adscripsissent filio in dignitate constituto, *Ædili, Prætori, Duumviro, & Quæstori iterum.* Neque hæ litteræ legi possunt *Spurii filius*; pater enim naturalis dicebatur Publius, non Spurius. Consequens ergo est ut veteri more à Plutarcho observato vocetur S. P. FIL. id est sine patre filius. HEIN.

2. *Nec dotis nec donationis*] Quod dotis aut donationis propter nuptias ob injustum conjugium datum est caducum fit, id est fisco vindicatur, *l.* 4. *auth. incestas C. de inc. nupt. l. necesse* 52. *l. dote* 61. *de rit. nupt. 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. l.* 4. *C. de incest. nupt.* In feminis etiam error juris excusatur, sed positivi dumtaxat, eoque referimus *l.* 1.

C.

C. de cond. ob caus. dat. l. 7. C. de donat. inter vir. & uxor. l. 2. §. 2. de his quibus ut indign. add. Sich. *in d. l.* 4. Christin. *volum.* 1. *decis.* 337. *& volum.* 3. *decis.* 129. *n.* 6.

3. *Et alias pœnas*] In magna delicti varietate variæ quoque pœnæ constitui debuerunt. Plurimum enim refert an quis prohibitas juris gentium nuptias contraxerit an jure civili dumtaxat : sciverit an ignoraverit : in facto erraverit an in jure : mas sit an femina : major an minor. Vid. *l. ult. l.* 4. *l.* 6. *cum auth. seq. C. de inc. nupt. Nov.* 12. *l. unic. C. si quae. præd. pot.* quæ mulctam 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. add. Gloss. & DD. *ad hunc locum*, Govar. *de matrim. p.* 2. *c.* 6. §. 8. Christin. *volum.* 3. *decis.* 129. Damhoud. *prax. crimin. cap.* 94.

TEXTUS.

De legitimatione.

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 á muliere libera procreatus cujus matrimonium minime legibus interdictum fuerat sed ad quam pater consuetudinem habuerat postea ex nostra constitutione dotalibus instrumentis compositis in potestate patris efficitur. Quod & aliis liberis qui ex eodem matrimonio fuerint procreati similiter nostra constitutio præbuit.*

LL. 1. *tit.* 13. *&* 5. *tit.* 15. *Part.* 4.

NOTA.

A muliere libera] Id est ingenua, *l.* 10. *C. d. tit.* Idem tamen est si ex libertina vel ancilla, *Nov.* 18. *c. ult. Nov.* 89. *c.* 8. Cujac.

COMMENTARIUS.

1 *Subjectum legitimationis esse liberos naturales, nec tamen omnes qui ita appellantur aut appellari possunt.*

2 *An nepos ex filio naturali per subsequens matrimonium avi, defuncto patre avo fiat legitimus.*

3 *Legitimationem jure civili non procedere nisi intervenientibus instrumentis nuptialibus, secus jure canon. quod mores hodierni sequuntur.*

4 *De legitimatione per rescriptum Principis.*

TRansit hìc Imp. ad alterum modum constituendæ patriæ potestatis, quæ legitimatio dicitur eo quod liberi extra nuptias suscepti 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. *lib.* 1. *de jur. noviss. cap.* 16. Perez *ad tit. Cod. de nat. lib. n.* 16. nominationem filii in testamento aliove instrumento habente subscriptionem trium testium à patre factam, *Nov.* 117. *cap.* 2. unde *auth. si quis C. de nat. lib.* Sed ea probatio potius est matrimonii, & præsumtio pro liberis non quod facti sed quod nati sint legitimi, quam proprius modus legitimandi. VINN. Hanc Vinni sententiam confirmat *l.* 17. *tit.* 5. *Part.* 4. ubi hic modus legitimandi seu potius agnoscendi filios legitimos proponitur. ADDIT.

1. *Qui dum naturalis*] Subjectum legitimationis sunt liberi naturales, non omnes tamen qui ita appellantur aut appellari possunt. Nam primum huc non pertinent liberi ex justo matrimonio nati, qui & ipsi nobis naturales sunt & ita appellari solent quando adoptivis opponuntur, *pr. & §. sed si* 7. *tit. seq.* §. 2. *inf. de her. quæ 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.* Ceterum nonnulla hic inter patrem & matrem differentia est. Matri omnes sunt naturales, etiam exillicitis & incestis nuptiis procreati, etiam vulgo quæsiti qui & matri succedunt ex Senatuc. Orficiano, §. *pen. inf. de sen. Orf.* Patri illi dumtaxat qui ex concubina suscepti, *arg. hujus* §. 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 suscepti sunt aut etiam domi ex famula, usus non observat ; adeoque apud nos meliore conditione non est concubina quam quævis alia quæ corporis sui potestatem alicui facit, teste D. Grotio 1. *manuduct.* 12. Igitur qui ex stupro aut alia conjunctione quam leges improbant nascuntur, patri hi naturales non sunt,

sed similes illis quos mater vulgo concepit, quos constat non esse subjectum legitimationis cum nec patrem demonstrare possint, §. *præc.* 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.* 14. §. 2. *de rit. nupt.* VINN. Interpretum quæstiones circa naturales liberos *l.* 11. *Tauri* diremtæ sunt, qua cautum est, tunc naturales liberos censendos esse cum vel conceptionis vel partus tempore justæ inter parentes nuptiæ contrahi potuerunt, modo parens filium agnoscat, licet mulier nec in domo nec sola fuerit. ADDIT.

De natis ex contubernio servili nihil attinet dicere cum eorum nulla mentio fiat in hac materia. Melior tamen eorum conditio fuisse videtur quam natorum ex concubina, quia etiam jus succedendi iis datum est una cum liberis legitimis, *infr. de serv. cogn. in fin. pr.* Jure Canonico, ut supra dictum est, etiam inter servos matrimonium est. Nobis ut servitus incognita ita & servile consortium. Subjectum igitur legitimationis sunt liberi ex concubina nati; quòd & legibus concubinatus permittitur, & ex eo nati certum patrem habent.

Postea curiæ datus] Primus legitimandi modus est oblatio curiæ. Curia in municipiis & coloniis 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* 5. *de verb. sign.* In Impp. constitutionibus vulgo *curiales* appellantur. Causam hujus legitimationis impulsivam fuisse Hotom. scribit inopiam decurionum, eaque onera quæ hic ordini alioquin honorifico satis gravia incumbebant, quibusque mancipabantur ita ut nec ipsi nec eorum liberi inde eximi potuerint nisi certis modis, vid. *ll.* 3. 4. & 9. *C. de natur. lib.* Naturalis quoque filia si curiali uxor à patre data esset jus filiæfam. adipiscebatur, *d. l.* 3. De hoc legitimandi modo latius agit Justinianus *Nov.* 89. *c.* 2. & *seqq.* nobis incognitus est. VINN. Ita vulgo curiæ dationem interpretantur ac si decuriones facti essent illi liberi naturales quos pater curiæ obtulisset. Sed alii sunt curiales alii decuriones. Hi in dignitate vivebant, illi curiæ erant obnoxii *l.* 55. *C. de decurion.* adeoque curiæ serviebant, *l.* 50. *C. eod.* periculo suarum facultatum, *ll.* 60. & 64. *C. eod.* & hinc nec alienare poterant paternas facultates, *l.* 4. *C.* [illegible] *nat. lib.* nec militiæ adscribi, *l.* 17. *C. de decur.* nec conditionem propriam relinquere. *tot. tit. C. Theodos. de his qui condit. prop. reliq. lib.* 12. *tit.* 18. quæ conditio curialis etiam filios sequitur, *l.* 7. *C. Theodos. de decur. lib.* 12. *tit.* 1. quin & qui curialis filiam duxerat & heres non exstantibus liberis fuerat factus curiæ mancipabatur, *l.* 124. *C. Theodos. eod.* Curiæ itaque obnoxii fiebant illegitimi à patre oblati, non statim decuriones, quos à curialibus ipse Jac. Gothofredus *in paratitlis ad C. Theodos. tit. de decur.* non satis distinxit, vid. Merill. *observ. lib.* 7. *cap.* 26. *p.* 109. HEIN. Patrio Hispanorum jure licet modus legitimandi per oblationem curiæ statutus sit, *l.* 5. *tit.* 5. *Part.* 4. plura tamen è jure Romano in Partitarum corpus migrasse constat quæ numquam obtinuerunt; cumque apud nos curiæ deservire non onus sed honos habeatur: absurdum foret ut ea via legitimitas quereretur. Gregorius Lopez putat Monasticum habitum seu professionem Religiosam, de quibus *l.* 12. *tit.* 6. *Part.* 1. *in oblationes curiæ* locum successisse; sed neque hic modus integram legitimitatem tribuit ut ex eadem lege apparet. ADDIT.

Nec non is qui ex muliere libera] Secundus legitimationis modus est cum 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 ante nati nuptiis subsecutis legitimi fiant, extrinsecus nuptiis accedit & à beneficio legis est, cujus solius potestate legitimi censentur. Vid. de hoc originis paternæ confirmandæ modo, *l.* 10 *C. de natur. liber. Nov.* 89. *c.* 8.

2. *Cujus matrimonium minime interdictum*] Hoc ex eo necessario efficitur quod concubina uxor ducenda est. Satis est autem ut uxor esse possit licet ad tempus impediatur, veluti si Præses provincialem in concubinatu habuerit & finita administratione 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. *n.* 22. & *seqq.* Chassan. *ad consuet. Burgund. tit. de succes. rubr.* 8. §. 5. *n.* 42. & *seq.* Fachin. 3. *contr.* 56. D. Tulden. *comm. hic. c.* 4. & *ad tit. C. de natur. lib. n.* 4. Quod ego non video quomodo procedere possit. Nam aut nepos & ipse naturalis est & legitimus efficit non potest ne patre quidem vivente nisi pater ipse suam concubinam uxorem duxerit; inauditum autem est filium naturalem succedere in locum patris

sui

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 plane persona est, incognitaque jure nostro legitimatio ejus qui jam 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 hujus hanc esse vim ut retrotrahatur tempus nuptiarum ad tempus nativitatis. Nam si hoc verum esset necessario sequeretur filium ex concubina natum in jure primogenituræ præferri filio postea suscepto ex legitima uxore mortua ante nuptias cum concubina contractas, de quo Tiraquel. *de jur. primog. quæst.* 34. Jo. Christen. *diss.* 3. *de matr. quæst.* 23. item liberos etiam non consentientes legitimos fieri, contra *Nov.* 89. *c.* 11. Nihil in contrarium facit quod quis nepotem adoptare possit etiamsi filium non habeat, §. *licet* 5. *tit. seq.* Nam à diversis nulla illatio est; & omnino matrimonium cum concubina non potest legitimare liberos nisi ex ipsa concubina natos, quæ & communior sententia est. Vide Gail. 2. *obs.* 151. *n.* 9. Val. Foster. *tr. de succ. ab int. lib.* 1. *quæst. quib. cas. bi eff. cess.* Bachov. *in Treutl. vol.* 1. *disp.* 2. *thes.* 7. VINN. Sequitur Vinnius Bachovium, sed utriusque argumentis jam satisfactum ab Ulr. Hubero in *Præl. ad ff. lib.* 1. *tit.* 7. §. 10. HEIN.

3. *Dotalibus instrumentis*] Dotalia instrumenta hic accipere debemus instrumenta quævis nuptialia etiamsi de dote danda nihil in eis cautum sit; alioqui sequeretur natos ex paupere concubina quæ dotem dare non possit hoc modo legitimari non posse, quod per quam durum est. Et Justinianus *l.* 10. *C. de natur. lib.* promiscue hisce vocibus utitur, & alibi sæpe hæc instrumenta nuptialia γαμικὰ συμβόλαια vocat dumtaxat, §. 2. *infr. de hered. quæ ab int. Nov.* 74. *pr.* Quod autem in omnibus iis locis in quibus de hac legitimatione agitur horum instrumentorum perpetuo 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, quam de speciali effectu legitimationis, quem matrimonium non ex se sed legis auctoritate habet, quæ solemnitatem instrumentorum ad id desiderat: haud dubie ut liquido & perpetuo constare possit, non tantum an ea quæ concubina fuit maritali postea affectu & pro uxore habita sit, verum etiam an liberi, & quinam legitimati sint, quod instrumento omnino inserendum, cum non alii quam qui volunt legitimentur, *Nov.* 89. *c.* 11. Male igitur argumentatur Ant. Matth. *coll. Inst.* 2. *disp.* 1. *thes.* 25. Jure autem Canonum instrumenta nuptialia intervenire necesse non est, *c. tanta* 6. *x' qui fil. sint legit.* sicuti nec moribus nostris, D. Tulden. *comm. hic c.* 11. Perez *ad tit. C. de natur. lib. n.* 8. Christin. *vol.* 1. *decis.* 310. *n.* 11. *& seq.* Matrimonium etiam in articulo mortis cum concubina contractum liberos ex ea susceptos retro legitimos facit, *d. cap. tanta est vis* 6. *extr. qui lib. sint legit.*

Quod & aliis liberis qui postea] Vitiosa proculdubio hæc lectio est. Quis enim dubitet eos liberos qui ex justis nuptiis procreati sunt legitimos esse? Quamobrem cum Hotom. lego: *Quod etsi nulli alii liberi ex eodem matrimonio nati fuerint*, &c. de quo dubitari poterat propter constitutionem Justiniani in *l.* 10. *C. de nat. lib.* & dubitatum fuisse constat ex *l.* 11. *C. eod.* ubi hæc contraversia deciditur, add. §. 2. *infr. de her. quæ ab intest.* VINN. Nec Cujacii nec Hotomanni conjectura rem extricat. Eam expedivit amplissimus Corn. van Bynkersh. *obs.* 2. 11. rescribi jubens: *quod ut aliis liberis qui ex eodem matrimonio fuerint procreati similiter nostra constitutio præbuit.* Et ita hic §. plane congruit *legi* 10. *C. de natur. lib.* ad quam Justinianus hic respicit. HEIN.

4. 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 ut se subducat, vel non honeste potest ob vitæ scilicet turpitudinem, *auth. præterea C. de natur. lib. Nov.* 74. *cap.* 2. *Nov.* 89. *c.* 9. & 10. vel ad supplicationem filii si pater eum heredem instituit, vel testamento dixerit desiderare se ut naturalibus restituatur, *d. cap.* 10. Potest sane Princeps ex plenitudine potestatis filium naturalem legitimum facere, etiamsi pater legitimos liberos habeat aut matrimonium cum matre inire possit. Ceterum non intelligitur Princeps id velle facere nisi rescripto id nominatim comprehensum fuerit, Myns. 1. *obs.* 31. Gail. 2. *obs.* 142. *n.* 8. Perez *ubi supra n.* 12. Plane non rescinditur legitimatio semel concessa quamvis postea ex justo matrimo-

monio soboles patri agnascatur, D. Tulden. *ubi sup. n.* 5. VINN. Hæc legitimatio tantum in bonis legitimantis tribuit legitimato quantum liberis legitimis jus naturæ. Si tamen filii legitimi post legitimationem nascantur, legitimati à successione excluduntur, præterquam si parentes quintam bonorum partem inter vivos donaverint vel ex testamento legaverint; in ceteris vero rebus veluti in successione cognatorum, honoribus ac dignitatibus pari jure cum legitimis censentur, *l.* 12. *Tauri.* Ad majoratus tamen & feuda hæc legitimatio non extenditur, auctore Molina *de primogeniis lib.* 3. *c.* 3. ubi late de hoc argumento disputat. ADD.

TITULUS XI.

DE ADOPTIONIBUS.

D. lib. 1. *tit* 7. *C. lib.* 8. *tit.* 48. *Et Part.* 4. *tit.* 16.

1 *Continuatio & summa tituli; tum quid sit adoptio & quam antiqua ejus origo. Hodie adoptionem ab usu recessisse.*

1. EXpositi sunt in superiori titulo duo priores modi constituendæ patriæ potestatis, nuptiæ & legitimatio; sequitur nunc tertius, adoptio. Adoptio est actus legitimus quo in jus & locum filiorumfam. adsciscimus qui nobis extranei sunt in solatium eorum qui liberos non habent, (πρὸς τὴν παραμυθίαν ἀπαίδων) inventus. Græcis vocabulo significantiore dicitur υἱοθεσία. Genus est actus legitimus sive legis actio, *ll.* 3. & 4. *hoc tit. l.* 1. *C. eod.* quæ quid sit dicemus inferius §. 1. *hujus tit.* Sequentia differentiam continent 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.* itemque Cicero *orat. pro domo sua.* Tria autem fere sunt quæ *hoc tit.* tractantur. Primum dividitur adoptio in duas species quæ suis definitionibus explicantur, tum docetur qui adoptare adoptarive possint, postremo quæ sit vis utriusque adoptionis ostenditur.

Origo adoptionis antiquissima est. Non enim Romani solum verum etiam Græci in solatium orbitatis filios sibi adsciscere solebant ut ex Æginetico Isocratis & Plutarcho in *Theseo* liquet. Apud Hebræos quoque & Assyrios atque Ægyptios in usu fuisse adoptionem testes sunt Joseph. 1. *antiq.* 15. Diod. Siculus 4. *Biblioth.* Moses à filia Pharaonis adoptatus traditur *Exod. cap.* 2. *v.* 10. Nec Franci olim nec Longobardi usum adoptionis ignorarunt, ut ex Paulo Diacono & Trithemio observavit Gregor. Tholosanus *lib.* 10. *syntagm. cap.* 6.

2. Ceterum 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 ut nostros enutrimus, quos quidem nihil prohibet etiam heredes 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; *l. si quis* 26. *C. de nupt.* quo tamen jure neque filia patri adoptivo neque soror adoptiva fratri qui in ejusdem patris potestate sit nubere potest, §. 1. & 2. *tit. præced.* Et necesse non est eas heredes instituere aut exheredare ut jure Romano liberos adoptivos, §. *adoptivi* 4. *infr. de exhered. lib.* Nec ad successionem ab intestato vocantur vel ut liberi vel ut agnati aut cognati. De moribus harum regionum testantur Grot. 1. *manud.* 6. Gudelin. 1. *de jur. nov.* 15. Christin. *vol. decis.* 185. De consuetudine Galiæ Mansuer. *de probat. n.* 34. Tiraq. *tract. de retract. glos.* 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 ideo contendit quo nihil de iis comprehensum sit legibus Galiorum propriis, constetque inter Pragmaticos, quod jure proprio definitum non est jure communi hoc est Romanorum dirimi, quo etiam constitutiones Principum nos idemtidem remittunt. Etenim non minus de eo inter homnes Pragmaticos convenit, si quando Principes jubent jus Romanum sequi ubi propriæ leges deficiunt, id ita accipiendum esse ut locum dumtaxat habeat si jus Romanum ge-

generali & manifesta desuetudine abrogatum non sit. Nam neque de servis quidquam cautum propriis plerarumque regionum legibus reperimus; an ergo idcirco dicemus servitutem ibi tacite approbatam censeri? Quod ideo monere visum est ne quis in hujusmodi controversiis hoc argumento sibi imponi patiatur. Vinn. Licet ea quæ Justinianus in hoc titulo de adoptionibus tradit transcripta sint in *tit. 16. Part. 4.* adoptiones tamen apud Hispanos non frequentari quotidianus usus demonstrat. Itaque quod de suis regionibus Vinnius docet id ad jus nostrum merito retuleris. Addit.

Textus.

Continuatio.

Non solum autem naturales liberi secundum ea quæ diximus in potestate nostra sunt, verum etiam ii quos adoptamus.

Commentarius.

Filiosfam. non solum natura verum 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 liberorum significatio cum, opponuntur adoptivis, utpote legitimis tantum & diversæ ejusdem generis speciei, §. *sed si 7. infr. eod.* §. *adoptivi 4. infr. de exhered. lib.* §. *2. infr. de inoffic. test. l. non potest 31. hoc tit. l. 2.* §. *liberi 6. ad Senatuscons. Tert.* At cum naturales opponuntur legitimis in genere, qui legitimi non sunt significantur & naturales dumtaxat, §. *ult. tit. superior. tot. tit. C. de natur. lib.* quod & in voce parentis aut patris naturalis similiter observandum.

Textus.

Divisio adoptionis.

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

Commentarius.

1 *Adrogationes olim non nisi auctore populo comitiis curiatis fieri solitas; & ideo mutato statu Reip. Principis auctoritatem in hoc actu necessariam fuisse.*

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

Duæ sunt species adoptionis, quarum altera adrogatio dicitur, altera quia proprio caret, generis nomine adoptio appellatur, quod in jure nostro frequenter usu venit. Nam cum plura sint negotia quam vocabula, *l. 4. de præscr. verb.* sæpe fit ut verba quæ vi sua generalem significationem habent ex instituto loquentis certam speciem indicent, eam nimirum quæ proprio nomine destituitur, & cui fere tum species ejusdem generis quæ proprium nomen habet opponi aut apponi solet, ut observare licet in vocibus cognationis, servitutis, contractus, actionis & sexcentis aliis.

1. 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 vero 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 legeque filius siet quam si ex eo patre matreque familias ejus natus esset; utique ei vitæ necisque in eo potestas siet, 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 dubie inde est quod adrogari non potuit nisi jam 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 feminis nulla comitiorum communio erat, nec mulier adrogari poterat, Gell. *d. loc.* Cic. *pro dom.* Hæc inquam stante adhuc Republica, cujus statu mutato, quod jus populi fuit Principes usurparunt, ex quorum rescriptis & fe-

mi-

minæ & impuberes etiam adrogari cœperunt, *l. nec ei 16. cum seqq. hoc tit.* Ulp. *tit.* 8. §. 4.

2. Adoptio in specie eorum est qui sunt in potestate, fitque 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. procons.* Legis actio est id quod fit ex præscripto & formata legis cum solemnibus ad rem aliquam peragendam constitutis, quibus solemnibus peragendis si lex magistratum designaret penes eum dicebatur esse legis actio. Ceterum etiam apud Principem recte lege agi ostendit, *l. ult. C. de his qui à non dom. man.* Et quemadmodum hujusmodi actus cum sint voluntariæ jurisdictionis quivis alius magistratus apud se expedire potest, *l.* 4. *hoc tit. l.* 2. *de off. præt.* ita & Princeps tamquam summus magistratus. Quo pertinet quod de Augusto refert Suetonius *c.* 64. *Cajum & Lucium*, inquit, *adoptavit domi per assem & libram emtos à patre Agrippa.* De hac specie adoptionis ita scribit Gell. *dict. loc. Adoptantur cum á parente in cujus potestate sunt tertia mancipatione in jure ceduntur, atque ab eo qui adoptat, apud eum apud quem legis actio est vindicantur.* Interveniebant tres mancipationes sed duæ tantum manumissiones, *l. ult. C. 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 isque illum tamquam filium suum assereret, & jure Quiritum ad instar quodammodo servi vindicaret; quod jus patrem ex lege Quiritium habuisse testatur Ulpian. *l.* 1. §. 2. *de rei vind.* Ceterum tres hæ mancipationes & duæ manumissiones in filiorum dumtaxat adoptionibus necessariæ erant; filiæ autem & ceteri liberi una tantum mancipatione è potestate patris sui exibant & potestati patris adoptivi subjiciebantur, *d. l. ult. C. hoc tit.* Quæ omnia procedente tempore per imaginariam mancipationis solemnitatem expediri cœperunt, §. 6. *tit. seq.* quæ & ipsa postea à Justiniano 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.* Rævard. *cap.* 16. *ad leg. XII. tabb.* Brisson. *lib.* 1. *antiq. cap.* 7. *de legis actionibus*, & *lib.* 4. *Antiq. cap.* 20. VINN. Recte quidem Vinnius rationem reddidit cur adrogationes fieri oportuerit auctoritate Principis, quia nimirum antea auctoritate populi opus fuerit; sed cur populus olim jusserit adrogationes, & cur Pontificum quoque adhibita fuerit auctoritas paucis addendum. Homo sui juris erat civis, adeoque caput de civitate non poterat eximi nisi auctore populo. Deinde adrogatus fiebat heres. Leges vero de hereditate intestatorum non poterant nisi alia lege mutari, ut acute docuit ὁ πάνυ Bynkershoek *observ. lib.* 2. *cap.* 2. *p.* 113. Pontifices vero adhibebantur non ob jurisjurandi religionem, uti existimavit Jan. Vinc. Gravina *de legg. XII. tabb.* §. 85. *p.* 453. sed quia adrogatus particeps fiebat sacrorum gentilium, quæ notio Pontificum erat. Cic. *pro dom. cap.* 13. Omnia hæc non erant necessaria postquam Imperatores munia legum & magistratuum immo & Pontificum ad se traxerant nullo adversante. HEIN.

TEXTUS.

Qui possunt adoptare filiumfamilias vel non.

2. *Sed hodie ex nostra constitutione cum filiusfamilias à patre naturali extraneæ personæ in adoptionem datur jura patris naturalis minime dissolvuntur, nec quicquam ad patrem adoptivum transit nec in potestate ejus est, licet ab intestato jura successionis ei á nobis tributa sint. Si vero pater naturalis non extraneo sed avo filii 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.*

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 Justiniano viderentur, propterea quod fieri poterat ut filius & patris naturalis successionem amitteret propter adoptionem & patris quoque adoptivi adoptione per emancipationem solu-

luta, §. 14. *infr. de her. quæ ab intest. l. pen. C. hoc tit.* (ego unum tantum casum invenio, nimirum si filius post mortem patris naturalis emancipatus esset, §. 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 forent.

Licet ab intestato jura successionis] Hoc ei à Justiniano specialiter tribuitur. Ceterum impune à patre hujusmodi adoptivo præteriri potest, alio herede instituto, *d. l. pen.* §. *sed ne* 1. *d.* §. 14. *inf. de her. 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 transumta sunt, quam 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 quam unum. Sed aliud significare voluit Justinianus, nempe concurrente hujusmodi naturali vinculo cum civili adoptionis cessare metum superioris incommodi.

TEXTUS.

De adrogatione impuberis.

3 *Cum autem impubes per Principale rescriptum adrogatur, causa cognita adrogatio fieri permittitur; & exquiritur causa adrogationis an honesta sit, expediatque 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 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. *Causa cognita*] Causæ cognitio olim à collegio Pontificum, Cic. *pro dom. c.* 13. hodie à magistratu exercetur adhibito consilio propinquorum & tutoris auctoritate, *l. 2. C. eod. l. ult. C. de auct. præst.* in adrogatione puberum, etiam curatoris, *l.* 8. *ff. hoc tit.* Quibus in rebus versetur docet Ulp. *l.* 15. §. *pen. & ult. l.* 17. *per tot. eod.*

Et tunc sua bona] Abusive, ut sæpe alibi, pro *bona ejus*; impuberis scilicet adrogati. Pacius.

Relinquere] Recte *relinquere* ut intelligamus non prius eam deberi quam 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 *Utrum quarta, quæ vulgo D. Pii, sit quarta pars totorum bonorum adrogatoris, an portionis ab intestato impuberi debitæ, & si hoc, num etiam illa aucta censeri debeat.*

1. IMpuberes antea adrogari non potuerunt ut supra indicavimus, nunc autem possunt ex constitutione D. Antonini, auctore Ulp. in *fragm. tit.* 8. sed non aliter quam causa apud magistratum cognita, *l.* 15. §. 2. *ff. hoc tit. l.* 2. *C. eod.* Causæ cognitio in multis vertitur. Primum excutiendum quæ sint facultates pupilli, quæ ejus qui eum adoptare volet; deinde cujus vitæ sit & quibus moribus adrogator; tertio cujus ætatis; an non melius sit eum de liberis procreandis cogitare quam ex aliena familia sibi filium accersere; ad hæc num liberos habeat justis nuptiis procreatos quorum spem sine magna causa deminui non oportet; postremo etiam conjunctio spectatur, nec facile cuiquam pupillum adrogare permittitur nisi quem vel naturali cognatione vel alioqui sanctissima affectione duci appareat, *d. l.* 15. §. 2. *l.* 17. *eod.* Pleraque tamen hæc capita communia videntur fuisse cum puberum adrogationibus, ut illa de ætate, liberis, moribus & facultatibus adrogatoris. Certe olim apud Pontifices hæc etiam in adrogationibus excussa fuisse arguit locus Ciceronis in *oration. pro dom. c.* 13. *Quid* inquit, *est jus adoptionis, Pontifices? Nempe ut is adoptet qui nec jam procreare liberos possit, & cum posset, sit expertus; tum ne qua calumnia fraus aut dolus adhibeatur.* Causa autem nunc cognoscitur à magistratu adhibito con-

sensu propinquorum pupilli, *l.* 2. *C. eod.* & tutorum quoque auctoritate, *l. ult. C. de auctor. præst.* In minorum quoque adrogatione post constitutionem Claudii curatoris auctoritas intercedere debet, *l.* 8. *ff. de adopt.*

2 *Ut caveat adrogator personæ publicæ*] Hoc proprie servatur in adrogatione impuberis. Caveat nimirum satisdato, id est fidejussoribus datis, *l.* 18. *cum seqq. eod.* Caveat autem non ipsis ad quos ea res perventura est, sive quod incerti sint, sive quod non omnes sunt ii qui sibi stipulari possint, sed personæ publicæ, hoc est Tabulario sive Scribæ Curiarum aut magistratuum municipalium qui aliis stipulando adquirere potest. Servos olim publicos fuisse constat, *d. l.* 18. *hoc tit. l.* 2. *rem pup. salv. for. l. ult. C. de serv. reip. man.* Primi Arcadius & Honorius caverunt ne servi Tabulario præficiantur, *l.* 3. *C. de tabul.* ubi Cujac. Sed etsi omissa fuerit satisdatio utilem nihilominus actionem in adrogatorem dari responsum est, *l.* 19. §. 1. *hoc tit.* VINN. Addendus hic omnino Franc. Amaya Ictus Hispanus *ad l.* 3. *C. de tabb. scrib. logograph. lib.* 10. ubi quid sit *tabulario satisdare* egregie explicat. HEIN.

Ad successionem ejus venturi essent] 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*: quibus verbis significantur non ii tantum qui ad successionem impuberis venturi sunt, quales sunt heredes impuberis, sive illi ab intestato veniant, sive secundis tabulis à patre pupillo dati; sed etiam legatarii & servi quibus secundis tabulis legata aut libertates datæ sunt: 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.* 20. *de adopt.* adveniente vero pubertate evanesci, perindeque habetur ac si jam pubes adrogatus esset; quo casu cautio non est necessaria, cum quivis pubes sui adhuc juris ipse testamentum facere cognatosque excludere possit, *l.* 5. *qui test. fac. poss.*

Dignus emancipatione] Puta si quid commiserit adversus patrem adoptivum propter quod merito è domo ejici aut exheredari posset. ad 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 facile onerari posset.

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

3. *Quartam partem*] Hæc quarta vulgo D. Pii appellatur; eamque Interpretes arbitrantur non esse quartam omnium bonorum adrogatoris, sed tantum portionis ab intestato impuberi debitæ, nimirum eam ipsam ejusdemque quantitatis quæ debetur aliis liberis, *arg. d. l.* 8. §. *quoniam* 8. *de inoff. test.* Et certe nulla dari ratio potest quamobrem D. Pius meliorem esse conditionem voluerit adoptivorum quam naturalium, aut emancipati exheredative quam ejus qui sine nota in familia mansit, & heredis quem videlicet pater vel instituit vel ab intestato heredem 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. ult. si quid in fraud. patr. l.* 2. *C. hoc tit.* Sed responderi potest etiam quartam portionis ab intestato debitæ ἀναλόγως (*quodammodo*) 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 fere unus tantum adrogari solet, & nemo adrogare nisi qui liberos non habeat, *l.* 15. *in fin. l.* 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 dumtaxat *d. Nov.* auctam dici quibus antea querela inofficiosi testamenti competebat; adrogato autem non competiisse, *d. l.* 8. §. *si quis* 15. In quo fallitur. Nam certe ante D. Pii constitutionem non minus adrogato impuberi quam ceteris querela competiit; 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 in τὸ τρίτον· Mich. Psell. *Synops.* Quod adjicit Mynsig. in correctoriis nullam extensionem admittendam esse quam-

vis

vis par ratio subsit aut etiam major, verum non est præterquam in iis 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 ejus constitutum est. D. Bachov. post Porc. & alios *hic.* VINN. Quamvis non iniqua sit hæc Bachovii quam auctor sequitur sententia, probabilius tamen est D. Pium quartam omnium bonorum intellexisse, partim quod semper in legibus quartæ bonorum fit mentio, partim quod ea non petebatur querelâ inofficiosi sed actione familiæ erciscundæ, vid. vir clar. Schulting. *πρῶτα tit. de adopt. & emancip.* Quæ cunctanter hic conjicit Vinnius, eos quibus liberi essent adoptare non potuisse, refellit Reinold. *var. cap.* 41. *p.* 305. Et sunt sane exempla quæ Vinnio possunt opponi, qualia & ante Reinoldum collegit clar. Perizon. *animadv. hist. cap.* 3. *p.* 125. *seq.* Sed idem tamen recte observat id non nisi difficulter concessum & non caruisse reprehensione. Ego id numquam fere privatis concessum putaverim impuberes adrogaturis; adeoque vix incidere potuisse quæstionem quartane omnium bonorum an portionis legitimæ intelligenda sit in constitutione D. Pii? HEIN.

TEXTUS.

De ætate adoptantis & adoptati.

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

COMMENTARIUS.

ADoptio naturæ imago & similitudo quædam est, *l.* 23. *de lib. & post.* unde cum alia multa tum hoc quoque provenit, quod majorem natu minor adoptare non possit, cum per naturam filius non possit esse major patre. Qua de causa Clodii adoptionem jure exagitat Cic. *pro dom. cap.* 13. *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.* 40. §. 1. *hoc tit.* Cur autem octodecim annis? Nam si nuptiæ post annum decimum quartum contrahi possunt, potest & quis filium habere ante hanc ætatem. Sed nimirum quia rarissime accidit ut masculi ante annum octavum decimum ad plenam pubertatem perveniant & liberos suscipiant, minor ætas in adoptione insuper habita est juxta *ll.* 3. 4. & 5. *de legib.* Mynsingeri ratio nulla est, id ideo placere quia in adoptionibus, in quibus res per electionem agitur, firmitate opus sit judicii, quasi non nisi anniculi aut bimuli adoptarentur. Nimirum etsi pubertatis initium est anno decimoquarto, *inf. quib. mod. tut. fin.* maturitas tamen demum anno decimooctavo, *l.* 40. §. 1. *hoc tit.* Paul. 3. *sentent.* 4. atque hac ætate pubescunt etiam *οἱ βραδέως ἡβῶντες* (*qui tarde*) Theoph. In specie *l.* 14. *pr. de alim. leg.* est favor alimentorum.

TEXTUS.

De adoptione in locum nepotis vel neptis vel deinceps.

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

COMMENTARIUS.

Quamvis filium quis non habeat.] *ll.* 37. & 43. *hoc tit.* 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.* 30. *eod.* Duplex igitur hic fictio est. De duplici fictione circa idem vide Vaud. 2. *quæst.* 4.

TEXTUS.

De adoptione filii alieni in locum nepotis & contra.

6. *Et tam filium alienum quis in locum nepotis adoptare potest, quam nepotem in locum filii.*

COMMENTARIUS.

QUi filius est patri naturali, potest per adoptionem nepos fieri patri adoptivo, & contra. Nam, ut bene Theophilus, necesse non est ut qui adoptatur eumdem ordinem gradumque quem apud patrem naturalem habet, servet apud patrem adoptivum.

TEXTUS.

De adoptione in locum nepotis.

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 heres agnascatur. Sed ex contrario, si avus ex filio nepotem det in adoptionem non est necesse filium consentire.*

COMMENTARIUS.

Filius consentire debet] Nimirum si nepos adoptetur quasi ex Lucio filio, verbi causa, natus. Nam si simpliciter adoptetur, & tamquam ex incerto filio nullius consensus desideratur; quia tunc cessat ratio juris quæ consensum requirit, de qua mox *l.* 43. *& seq. hoc tit.* Quid ergo si nepotem adoptem tanquam ex Lucio filio meo natum, isque filius meus auctor non fuerit? an hæc adoptio plane nulla erit? an perinde habendum ac si simpliciter facta fuisset? quod magis probo cum D. Contio 1. *subcess. lect. in fin. arg. l.* 11. *hoc tit.* Nam cum Jurisconsultus ibi de proposita specie hoc saltem respondeat me mortuo non fore nepotem in potestate filii, satis indicat adoptionem quoad cetera valere.

Ne ei invito] *l.* 6. *eod.* Non videbatur consensus filii exquirendus propter jus potestatis quod summum pater in filium habet. Sed nimirum vis adoptionis seu agnatio sui heredis in id tempus confertur quo patre mortuo filius jam sui juris & paterfamilias 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, alii in adoptionem dare potuerit.

TEXTUS.

Qui dari possunt in adoptionem.

8. *In plurimis autem causis adsimilatur is qui adoptatus vel adrogatus est ei qui ex legitimo matrimonio natus est; & ideo si quis per Imperatorem vel apud prætorem vel præsidem provinciæ non extraneum adoptaverit, potest eundem in adoptionem alii dare.*

COMMENTARIUS.

IN principio hujus tituli dixit non solum naturales liberos in potestate nostra esse sed etiam eos quos adoptavimus; unde sequitur, quemadmodum illi in adoptionem alii dari possunt ita & hos posse. In adrogatione nihil mutatum, ac ne in adoptione quidem in specie sic dicta quando non adoptatur extraneus. At cum extraneus adoptatus est is alii rursus in adoptionem dari non potest, cum ex constitutione Justiniani 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.

Si is qui generare non potest adoptet.

9. *Sed & illud utriusque adoptionis commune est, quod & ii qui generare non possunt, quales sunt spadones, adoptare possunt, castrati autem non possunt.*

COMMENTARIUS.

Qui generare non possunt) Id est, qui propter vitium aliquod quod tamen sanabile sit procreare non possunt, quales hic perhibentur esse spadones: qua quidem appellatione nonnumquam & castrati continentur, id est intestes aliique quibus vis generandi in totum ademta, ut in *l.* 39. §. 1. *de jur. dot. l.* 4. §. 2. *ad leg. Corn. de sic. l.* 128. *de verb. sign.* ubi Alciat. Ceterum non raro & in specie accipitur, atque ad eos coangustatur qui ob impedimentum temporale & quod tolli queat generare non possunt. Ita usurpatur à Pomp. *l.* 6. §. 2. *de ædil. edict.* à Marcian. *l.* 14. §. *ult. de man. vind.* itemque à Cajo *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Glossæ juris: spadones, οἱ φύζιν τῶν γονίμων μορίων ὑποστάντες. (*frigidi*) Imperator Leo etiam castratis

tis adoptare permisit ut injuriam illis illatam hoc solatio compensaret, *Nov. Leon. 26. & seq.*

TEXTUS.

Si femina adoptet.

10. *Feminæ quoque adrogare non possunt quia nec naturales liberos in sua potestate habent; sed ex indulgentia Principis ad solatium liberorum amissorum adoptare possunt.*

COMMENTARIUS.

ADrogatio & adoptio jure veteri in eo discrepabant quod feminæ adrogari non poterant, quia, ut supra diximus, adrogatio auctore populo in comitiis fiebat quorum nulla cum feminis communio; adoptari autem non vetabantur. Nunc vero ex rescripto Principis etiam adrogari possunt, *l. 21. hoc tit.* Adrogare autem vel adoptare nec olim poterant nec nunc possunt. Ratio redditur à Justiniano, quia nec naturales liberos in potestate habent; quasi diceret absurdum esse ut majorem vim habeat fictio quam rei veritas, adoptio quam natura. Claudicare tamen videtur hæc ratio in extraneo adoptante, in cujus potestate licet adoptatus non sit tamen constat adoptio ex constitutione Justiniani, §. 2. *sup. eod.*

Ex indulgentia Principis] *l. 29. §. 3. de inoff. test.* non tamen ut filium habeant in potestate sed ut solatium orbitatis & heredem. Duobus igitur casibus filios tantum facit adoptio, si femina jussu Principis adoptaverit, item si extraneus á patre naturali filium in adoptionem acceperit. Ceteri fiunt filiifamilias.

Ad solatium liberorum amissorum] Transcriptum hoc est ex *l. 5. C. hoc tit.* & de viduis haud dubie intelligendum; neque enim nuptis concedendum existimo ut seorsum sibi liberos adoptent. Imperator Leo & sine hac conditione feminis adoptare permisit etiam virginibus, *Nov. Leon. 27.* quæ in Oriente recepta. Harmenop. *lib. 2. tit. 8. §. 4*

TEXTUS.

De liberis adrogatis.

11. *Illud proprium est adoptionis illius quæ per sacrum Oraculum fit, quod is qui liberos in potestate habet, si se adrogandum dederit, non solum ipse potestati adrogatoris subjicitur, sed etiam liberi ejus fiunt in ejusdem potestate tanquam nepotes. Sic etenim D. Augustus non antè Tiberium adoptavit quam is Germanicum adoptasset, ut protinus adrogatione facta inciperet Germanicus Augusti nepos esse.*

NOTA.

11. *Per sacrum Oraculum*] Per Principem, *l. 2. ff. de adopt.* Per Principis rescriptum, sive ex indulgentia Principali, *ll. 2. & 6. C. eod.* Periphrasis est adrogationis.

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, tamquam nepotes, *l. 40. ff. hoc tit.* In adoptione autem hoc non similiter contingit, in qua is tantum transit qui adoptatur non etiam liberi ejus. Ratio differentiæ in promtu est: nam in adoptionem dantur filiifamilias quorum liberi sunt in potestate alterius nempe ejus qui in adoptionem dat, ideoque etiam in illius potestate remanent, *l. 28. eod.* Adrogantur autem patresfamilias qui cum 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. cap. 57.* & Suetonius *in Tib. cap. 15.* scribit Tiberium prius coactum fuisse Germanicum adoptare quam ipse ab Augusto adoptaretur. Simile exemplum habemus apud Capitolinum *in Antonin.*

TEXTUS.

De servo adoptato vel filio nominato à domino.

12. *Apud Catonem bene 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 filii accipiendum non sufficiat.*

COM-

COMMENTARIUS.

APud Catonem] Parum refert apud Marcumne Catonem principem familiæ Porciæ hoc scriptum fuerit, an apud filium ejus. Ambo sane & Jurisconsulti fuere & libros de jure civili reliquerunt, filius etiam plurimos teste Pomp. *l.* 2. §. 38. *de orig. jur.* VINN. De Catonis filii scriptis ad jus pertinentibus conferendus Gellius *lib.* 13. *cap.* 18. Ejus & alias fit mentio in jure nostro, *l.* 10. §. 1. *ff. de ædil. edict. l.* 43. *ff. sol. matrim.* Grot. *de vit. Ictor. lib.* 1. *c.* 5. HEIN.

Ex hoc ipso liberari] Satis apparet his verbis Justinianum significare velle servos à domino adoptatos non jus filiorum sed libertatem dumtaxat 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.* VINN. Immo servum auctore Prætore adoptatum non solum libertatem verum etiam jura filii consequutum esse, diserte scribit Gell. *lib.* 5. *c.* 19. Unde Justinianus non loqui videtur de adoptione servi, sed de casu si dominus servum adacta sorte filium vocarit. HEIN.

Nostra constitutione] *l. un.* §. 10. *C. de Lat. lib. toll.*

Actis intervenientibus] Id est apud acta, coram magistratu in jure, *l.* 2. *ff. de apell. l.* 3. *C. de fid. instrum.* D. Hotomannus putat necesse esse ut dominus servum ad magistratum deducat, & testato denunciet se velle eum pro filio habere, utque acta super eo conficiantur.

TITULUS XII.

QUIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS SOLVITUR.

Dig. lib. 1. *tit.* 7. *Novell.* 81. *Part.* 4. *tit.* 18.

Ratio ordinis, & summa tituli.

MOs hic est perpetuus Jurisconsultorum ut expositis iis quæ ad constitutionem alicujus rei valent subjiciant contraria sive ea quæ ad ejus rei imminutionem aut dissolutionem pertinent. Itaque cum hactenus visum sit quibus modis jus patriæ potestatis constituitur, recte nunc subjiciuntur modi quibus jus illud solvitur. Ejuscemodi autem septem fere hoc titulo proponuntur, mors patris aut avi, deportatio, servitus pœnæ, dignitas patriciatus, captivitas, emancipatio, adoptio.

TEXTUS.

Scopus & nexus. De morte.

Videamus nunc quibus modis ii qui alieno juri sunt subjecti eo jure liberentur. Et quidem quemadmodum liberentur servi à potestate dominorum ex iis intelligere possumus quæ de servis manumittendis superius exposuimus. Hi vero qui in potestate parentis sunt mortuo eo sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit: nam mortuo patre sane omnimodo filii filiæve sui juris efficiuntur; mortuo vero avo non omnimodo nepotes neptesve 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 vero is quo tempore avus moritur aut jam mortuus est aut per emancipationem exiit de potestate patris, tunc ii qui in potestatem ejus cadere non possunt sui juris fiunt.

L. 1. *tit.* 18. *Part.* 4.

NOTA.

Per emancipationem exiit] Hoc Glossema esse vel ex eo apparet quod & aliis modis exire de potestate patris filius potest. Theophil. non agnoscit, & ex libris vett. notant Cujac. Hotomann. & Fabrot.

COMMENTARIUS.

MOrtuo eo sui juris fiunt] Cum paterfamil. moritur, quotquot capita ei subjecta fuerunt singulas familias incipiunt habere; singuli enim patrumfamil. nomen subeunt, *l.* 195. §. 2. *de verb. sign.*

Mor-

Mortuo patre sane omnimodo] Mortuo nimirum patre in cujus potestate filii 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 heredes, §. 2. *inf. de exh. lib. l.* 13. *de injust. rupt. testam.*

In potestatem patris sui recaturi non sunt.] Nepotes ex filio, mortuo avo recidere solent in potestatem filii, 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 juris 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.* 41. *de adopt.* Hi quos dignitas suæ potestatis facit jura legitima intacta retinent, eorumque filii post mortem avorum in eorum potestatem reverruntur, *Nov.* 81. *cap.* 2.

TEXTUS.

De deportatione.

1. *Cum 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.*

L. 2. *Tit.* 18. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

IN insulam deportati] Etiam deportatione patria potestas solvitur: nam cum hæc potestas propria sit civium Romanorum, §. 2. *sup. de patr. pot.* fieri non potest ut qui civis Romanus 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 solum morte verum etiam maxima & media capitis deminutione, *l.* 63. §. *ult. pro soc. l.* 1. §. 8. *de bon. poss. cont. tab.* quæ ob id vulgo 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.* VINN. Posset etiam una adjecta littera pro *qui* rescribi *quia.* Ita enim & Theophilus legisse videtur. HEIN.

Pari ratione] Nihil hic interest filius deportatus sit an pater, neque enim magis civis Romanus peregrinum in potestate habere potest quam peregrinus civem Romanum, Ulp. *tit.* 10. §. 2. Theophil. *hic.*

Ex indulgentia Principis restituti] Nempe plenissime & in integrum, *l.* 1. *C. de sent. pass.* Nam simplex & generalis restitutio pœnæ tantum gratiam facit reditumque in patriam concedit. Add. *ll.* 2. 6. & 9. *C. d. tit.* & D. Tuld. *C. ibid.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 208.

TEXTUS.

De relegatione.

2. *Relegati autem patres in insulam in potestate liberos retinent, & liberi relegati in potestate parentum remanent.*

L. 3. *tit.* 18. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

1 *Cur deportati cives esse desinant, relegati non item.*

1. RElegati sive in insulam sive simpliciter certis provinciis 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 ademta in perpetuum relegentur, *dict. l.* 4. *dict. l.* 7. §. 4. Quæ autem ratio est quo, deportati hæc omnia cum civitate amittant relegati non item? Diversitas intelligi potest ex verbis sententiæ & forma executionis. Nam deportati perpetuo exilio mulctati jubebantur compedibus vincti & navigio impositi á servis publicis constitutam in solitudinem avehi; quæ condemnatio eos manifeste a peregrinitatem redigit, & ἀπόλιδας (*extorres*) facit, *l.* 17. §. 1. *de pœn.* Relegatis autem dies præstituebatur intra quem excederent. Moris enim erat ita pronuntiari: *Illum provincia illa insulisque relego; excedatque de-*

be-

bebit intra illum diem, *l.* 7. §. 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 exilii commune est, exulesque non deportati solum sed & relegati atque interdicti appellantur, *ll.* 4. & 5. *de interd. & rel. l.* 4. *de pœn. l.* 28. §. 2. & *l.* 29. *de excus.* quippe omnes extra solum missi sive solo patrio expulsi, unde *exulem* dici auctores sunt Festus, Nonius & Quintil. *declam.* 336. Plerumque tamen & quasi proprie exilium de deportatione dicitur, quasi relegatio exilium proprie non sit, cum jus civitatis retineatur, *l.* 2. *de publ. jud.* Hinc & Ovidius se non exulem esse scribit sed relegatum, *de tristib. lib.* 2. *eleg. unic v.* 137. & 5. *eleg.* 2. *v.* 57. & 61. VINN. Proinde quæ de relegatione hoc loco Justinianus addidit alio non pertinent quam ne quis ea, sicuti deportatione, patriam quoque potestatem solvi existimaret. ADDIT.

TEXTUS.

De servitute pœnæ.

3. *Pœnæ servus effectus filios in potestate habere desinit. Servi autem pœnæ efficiuntur qui in metallum damnantur & qui bestiis subjiciuntur.*

L. 2. *tit.* 18. *Part.* 4.

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 maxime mortalitati Veteres comparabant, *ll.* 32. & 209. *de reg. jur.*

Pœnæ servus] Pœnæ servus dicitur qui non alium dominum habet quam 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.* 17. *ff. de pœn.* Ceterum 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 venumdari passus sit; aut si libertus ingratitudinis convictus redigatur in potestatem domini, §. 1. *inf. de cap. dem.* Quominus qui ab hostibus capiuntur huc pertineant, facit jus postliminii & lex Cornelia testamentaria, §. *si ab hostibus* 5. *inf. hoc tit.*

Qui in metallum damnantur] In metallum vel in opus metalli damnari dicuntur qui ad effodiendum metallum, cujus varia sunt genera, damnantur; quamquam 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 dumtaxat amittebant libertate salva, *l.* 17. § 1. *ff. de pœn.* quibus hodie nonnulli comparant qui ad triremes damnantur.

Qui bestiis subjiciuntur] Hi sunt qui passim ad bestias damnati & ad bestias dati dicuntur (Dio *lib.* 58. τὸς τοῖς θηρίοις ἐκ καταδίκης δεδομένους 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 fiunt; quales sunt qui damnantur in ludum sive venatorium sive gladiatorium, *d. l.* 8. §. 11. *de pœn. l. un. C. Theod. ad leg. Fab.* de quo vide Budæ. *in annot. poster.* Cujac. 13. *obs.* 10. Pet. Fab. 2. *semest.* 11. Postremo omnes qui ultimo supplicio damnantur confestim pœnæ servos fieri existimo, hoc nimirum effectu ut statim libertatem & civitatem perdant, *arg. ll.* 12. & 29. *de pœn. l.* 6. §. *sed etsi* 6. *de injust. rupt. test.* Jure novissimo servitus pœnæ sublata est, *Nov.* 22. *c.* 8. *auth sed hodie C. de don. inter vir. & uxor.* Cujus rei effecta ibidem notant DD. VINN. Recte Vinnius existimat omnes ultimo supplicio damnatos factos esse servos pœnæ; cum enim civis extremo supplicio adfici non posset per legem Porciam, Liv. *lib.* 10. *cap.* 9. fingendum erat, eum qui hujusmodi delictum commisserit quod sanguine videretur expiandum non esse civem sed servum pœnæ. Et hæc est observatio viri eximii Ger. Nood *probab. lib.* 3. *cap.* 12. HEIN. Lege 4. Tauri cavetur damnatos ad mortem testamenta facere posse; qua lege servitutem pœnæ sublatam fuisse recte monent Interpp. *ad dict. leg.* ADDIT.

TEXTUS.

De dignitate.

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

ex constitutione nostra summa Patriciatus dignitas illico 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 eximire potestate?

NOTA.

Summa Patriciatus dignitas] Summa non quidem gradu sed duratione, nam Consulatus major est, Cic. *pro Planc. c. 25.* Dio. Halic. 4. 76. Baro & Cont. Extat constitutio in *l. ult. C. de consul.*

COMMENTARIUS.

1 *Patricii sub Impp. Constantinopolitanis quis dicti.*

SI militaverit] Milites multis privilegiis & 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 est militiam speciem quamdam fuisse dignitatis, atque inde factum ut omnia fere officia etiam civilia militiæ postmodum dicta sint.

Vel si Senator vel Consul] Non obstat huic loco quod dicitur in *l. antep. de his qui sui vel alien. jur.* in publicis causis filiumfamilias pro patrefamilias 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 Gel. 2. *noct. Attic.* 2.

Ex nostra constitutione] *l. ult. C. de consul.* Non tamen à Justiniano hoc primum constitutum videri potest, cum & apud Cassiodorum qui ante Justinianum sub Theodorico Gothorum rege vixit, *in form. patriciatus lib. 6. var. cap. 3.* hoc scriptum sit *Leges*, inquit, *tantam Patriciis dignitatem detulerant, ut in sacris positus cum hoc fuerit honore præcinctus paternæ potestatis nexibus exuatur.* Quod autem Justinianus in *d. constit.* 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. cap. 1. & 3.* VINN. Dum negat auctor Justinianum id privilegium patriciis primum tribuisse Bachovium, ut solet, sequitur. Sed ejus argumentum parum stringit. Cassiodorus enim non solum sub Theodorico sed & sub Athalarico immo & Theodahado & Vitige vixit, & negotia publica tractavit; adeoque Justiniani constitutionem anno circiter 530. scriptam videre potuit. Præclare id demonstravit vir clar. Reinoldus *var. c. 19.* HEIN.

1. *Summa Patriciatus dignitas*] Stante Rep. Patricii dicebantur qui eorum Senatorum progenies erant quos Romulus creaverat. Antiquissimæ quoque cujusque senatoriæ familiæ liberi ætate Livii Patricii appellabantur. Verum longe aliter Patricii in constitutionibus recentiorum Impp. accipiendi sunt. Nam translato Constantinopolim Imperio cœpere Principes ex Senatoribus qui curulibus magistratibus functi erant, sibi consiliarios & quasi patres legere, quos Patricios dici placuit, quasi patres communes Reip. auctore Suida. Atque ex eo tempore Patriciatus nomen esse cœpit supremi Consilii.

Codicillis præstitis] Codicilli apud Latinos inter alia significant diplomata sive litteras Principales quibus honores mandantur, ut apud Sueton. in *Claud. cap. 29. & in l. 41. ff. de excus. tut. leg. 22. C. de dign.* uti & hoc loco.

Quem sibi patrem elegit] Patricii Impp. Constantinopolitanis 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 *lib. 2. in Eutrop. v. 49.*

Direptas quid plangis opes quas natus habebit?
Non aliter poteras 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 filii loco fuerit & cujus ipse parens appellatus sit ea pervenerint. Extat constitutio Impp. Arcadii & Honorii in *C. Theod. tit. de pœn.* qua hic Eutropius in insulam Cyprum, quo bonis publicatis & ademta dignitate relegatus erat, deportari jubetur.

TEXTUS.

De captivitate & postliminio.

5. *Si ab hostibus captus fuerit parens, quam.*

vis servus hostium fiat, tamen pendet jus liberorum propter jus postliminii, 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 vero ibi decesserit, exinde ex quo captus est pater filiut sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius nepotve si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminii jus 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 recte dicimus. Nam limina sicut in domo finem quemdam faciunt, sic & Imperii finem esse limen Veteres voluerunt. Hinc & limen dictum est quasi finis quidam & terminus. Ab eo postliminium dictum est quia ad idem limen revertebatur quod amiserat. Sed & qui captus victis hostibus recuperatur postliminio rediisse existimatur.

COMMENTARIUS.

1 *Quando quis postliminio reversus intelligatur, tum quibus in locis postliminium sit.*
2 *Quæ res postliminio recipiantur aut redeant.*
3 *Jus patris ab hostibus capti non extingui sed in suspenso esse.*
4 *De origine vocis postliminii.*

QUamvis servus hostium fiat] Constat eos qui ab hostibus capiuntur jure belli servos hostium fieri, & consequenter desinere liberos habere in potestate. Verum Romani qui ex suis capti essent servorum numero apud se haberi non debere censuerunt, nihilque eorum cum effectu amittere quæ alias per servitutem amitti solent. Cumque fieri posset ut capti ad suos reverterentur; fieri item ut apud hostes decederent, in utrumque eventum captis prospexerunt, in illum fictione juris postliminii, in hunc fictione legis Corneliæ.

1. *Qui si reversi fuerint*] Pomponius reversum postliminio ait qui intra præsidia nostra esse cœpit, *l.* 5. §. 1. *ff. de capt.* Paulus, cum in fines nostros intraverit, *l.* 19. §. 3. *eod.* Sed ex paritate rationis consensus gentium rem eo 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 socii intelligendi sunt non simpliciter quibuscum pacem habemus, sed qui partes in bello easdem sequuntur: ad quos qui venerunt, ut Paulus loquitur, nomine publico tuti esse incipiunt; qua de re pluscula D. Grot. 3. *de jure bell. & pac. 9. n. 2.*

2. *Omnia pristina jura*] Puta civitatem, familiam, bona sive eorum dominium. Recte autem jura, *ll.* 5. §. 1. & 12. §. 6. *de capt. & postl. rev.* nam ea quæ facti sunt postliminio non continentur, qualis est verbi causa possessio, quæ idcirco interrupta captivitate non restituitur, *l.* 19. *ex quib. ca. maj. l.* 23. §. 1. *de acq. poss.* Sicut autem postliminio reversus jura recipit, ita & in ipsum jura restituuntur, *ll.* 6. & 12. §. 6. *de capt.* Neque homines solum, sed etiam agri, *l.* 10. §. 1. *eod.* adeoque quodvis jus solo adhærens postliminium habet per *l.* 6. *de rer. div.* uti & loca sacra ac religiosa, *l.* 36. *de relig.* At rebus movilibus postliminium non est; exceptæ tamen naves longæ atque onerariæ muli clitellari equi & equæ frenum patientes, *l.* 2. *de capt.* Cic. *in Top.* Gall. Æl. apud Fest. Marcell. Quamquam hodie, ut passim tradunt morum periti, nullæ res mobiles postliminio redeant, ne naves quidem. Vide Grot. *d. cap. 9. n.* 13. & *seqq.* D. Tulden. *comment. ad tit. de rer. div. cap.* 30.

3. *In civitate semper fuisse*] Non igitur tam captivitate patria potestas amissa reverso patre restituitur, liberive captivitate patris sui juris facti eo reverso iterum in potestate ejus esse incipiunt, quod velle videtur D. Myns. quam pater fingitur retro in civitate fuisse, liberosque in potestate etiam tempore captivitatis retinuisse, *d. l.* 12. §. 1. *l.* 16. *l.* 22. §. 2. *eod. l.* 6. §. *ult. de tutel.* Nec alioqui recte diceretur statum liberorum pendere aut in incerto esse, ut hic, & *d. ll.* 12. & 22. nec acta à filio esse in pendenti, *l.* 1. §. 1. *de senat. Mac.* sed jus patris & liberorum captivitate patris extinctum postliminio restitui; acta á 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 tamquam sibi quæsita occupare possit jure peculii, 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.

Ulp. respondet non posse ei cujus pater in potestate hostium est tutorem dari, *l. 6. §. ult. de tutel.* qui rectè utique daretur si filii interim pro iis 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. inf. quib. non est perm. fac. test.* eaque in omnibus partibus juris servatur, *l. 18. de capt.*

Ipse quoque filius] Quapropter si verbi gratia in potestate fuit filius eo tempore quo capiebatur, medio tempore patre mortuo, reversus suus heres patri erit, *l. 19. C. de postl. rev.*

4. *A limine & post*] De notatione nominis postliminii controversia olim fuit inter Scævolam & Servium, teste Cic. *in Top.* Scævola junctum dicebat esse verbam à *post* quod reditum notat, & *limine*. Servius in eo nihil spectandum præter propositionem *post*, reliquum productionis esse caudam, *liminium*. 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, contagio & contagies &c. quamquam 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. de jur. bell.* Jos. Scal. *annot.* in Fest.

Ab hostibus recuperatur] Ad jus postliminii nihil interest quomodo captus revertatur, utrum dimissus, an vi vel fallacia, aut victis postea hostibus; sive ut Homerus *Odyss. 14.* Ἢ δόλῳ, ἦε βίῃ, ἢ ἀμφαδόν, ἦέ κρυφηδόν; (*Seu dolo, sive vi, seu palam, sive occulte*) ita tamen si ea mente fuerit ut illo non reverteretur, *l. 26. ff. de capt.* Et ideo Attilium Regulum responsum est, non esse postliminio reversum quia juraverat Carthaginem se reversurum, *l. 5. §. 3. d. tit.* Grot. *d. lib. 3. cap. 9.* VINN. Immo & ad redemtos hoc jus pertinet, dummodo ei qui redemit lytrum fuerit redditum, *l. 12. §. 7. ll. 15. & 20. ff. de captiv.* HEIN. Hodie capti ab hostibus statum non mutant, quod jam de his qui à Turcis & Sarracenis capiuntur quoad juris effectus obtinere tradit Covarruvias in *cap. peccatum part. 2. n. 12.* & Ayala *de jur. belli lib. 1. c. 5. n. 19. in fin.* ADDIT.

TEXTUS.

De emancipatione, item de modis & effectibus ejusdem.

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 reformavit, 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 filii 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 filia vel ceteri, ipse parens ex manumissione tutelam ejus nanciscitur.

L. 18. tit. 18. Part. 4.

NOTA.

6. Emancipatione] Emancipatio hodie definiri potest, actus legitimus quo liberi è manu patris apud competentem judicem dimittuntur, *tot. tit. C. de emancip. liber.*

COMMENTARIUS.

2 *Vetus emancipandi ratio exposita.*
2 *Patroni & parentis emancipatoris comparatio.*

1. 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 & ceteros liberos semel mancipasset, hoc est vendidisset, manumissi postea ab emtore sui juris efficerentur; ille trina manumissione, hi unica. Ad cujus emancipationis imaginem atque usurpationem vetustatis postea institutum est, ut pater simulato & dicis causa, accepto uno nummo, filium ter, ceteros liberos semel apud magistratum venderet, contracta cum emtore fiducia, qui ob id pater fi-

duciarius appellabatur, ut is acceptos manumitteret, filium ter, ceteros semel, atque ita liberi sui juris ac potestatis fierent. Solebat autem pater naturalis sibi cavere de filio post tertiam mancipationem sibi remancipando, itemque de ceteris liberis sibi remancipandis, quo ipse potius eos manumitteret & jura patroni consequeretur quam extraneus manumissor sive emtor ille imaginarius. Atque hac cautione interposita in specie dicitur emancipatio fieri contracta fiducia, §. *ult. inf. de leg. agn. succes.* Hæc ex *l. ult. C. de emanc. lib.* Dionys. Halicarn. *lib.* 2. Boët. *in Top. Cic.* Cajo *lib.* 1. *tit.* 6. Ulpian. *tit.* 10. VINN. Ordinem aliquamtulum turbasse videtur Vinnius. Pater filium primo vendebat & mancipabat per æs & libram. Emtor eumdem manumittebat. Cum vero manumissus ex lege Romuli in patriam potestatem recideret, pater eum iterum vendebat, emtor iterum manumittebat. Cum & ita recideret in potestatem patris, hic eum tertio mancipabat addito contractu fiduciæ ut emtor eum remanciparet patri. Quo facto hic eum manumittebat, adeoque tamquam manumissor jura patronatus retinebat in filio. Vid. *nost. antiq. Rom. h. t.* 12. §. 5. *& seqq.* HEIN.

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.* 5. *C. de emanc. lib.*

Etiam hoc in melius reformavit] 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] Explicative. Nam & magistratus qui tribunali aut jurisdictioni præsunt judices appellantur, *l.* 1. *de judic. tot. 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 qui mandata est jurisdictio legis actionem fuisse Marcian. & Ulp. testantur *l.* 2. §. 1. *l. seq. ff. de offic. procons.* de quo plura ad §. 8. *inf. hoc tit.*

A manu sua dimittant] Manumitti non tantum servi à domino sed etiam filii & filiæfamilias 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, licet postea in imaginariam dumtaxat, *l.* 3. §. 1. *de cap. min.* Hinc emancipatus à parente liberti exitum pati dicitur, & parens patroni personam sustinere, *l.* 1. *si à par. quis man.*

2. *Ex edicto prætoris eadem jura*] Nimirum ut parens exemplo patroni ad contra tabulas bonorum possessionem admittatur si testamento facto ab emancipato præteritus sit, *ll.* 1. *&* 3. *si à patr. 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 manumisisset, §. *ult. inf. de leg. agn. succ.* Et hoc ad similitudinem patroni, quem ad hereditatem liberti intestato sine liberis mortui jam olim lex XII. tabularum vocabat, *inf. de succes. libert.* Non tamen usque adeo exæquatur patrono parens ut etiam liberi ejus ad successionem aut contra tabulas bonorum possessionem veniant, *l.* 1. §. *liberos* 5. *si à par. quis man.* aut ut etiam actio Calvisiana parenti detur, *l.* 4. *eod.* aut denique ut recte stipuletur à filio operas, *l.* 4. *eod.* Jure Authentico plenissime de ratione succedendi cautum est, ex quo parens manumissor jure patroni quoad emolumentum successionis uti desiit, *Nov.* 115. *cap.* 2. *Nov.* 118. *cap.* 4.

Tutelam ejus nanciscitur] Consequens erat eum onus tutelæ subire qui speraret successionem, *l.* 1. *de legit. tut.* Agitur de hac tutela *infr. tit.* 18.

TEXTUS.

Si alii emancipentur, alii retineantur in potestate.

7. *Admonendi autem sumus liberum arbitrium esse ei qui filium & ex eo nepotem vel neptem in potestate habet, filium quidem de potestate dimittere nepotem vero vel neptem retinere; & è converso filium quidem in potestate retinere nepotem vero vel neptem manumittere; vel omnes sui juris efficere. Eadem & de pronepote & pronepte dicta esse intelliguntur.*

COMMENTARIUS.

TOtus hic locus descriptus est ex Cajo *l.* 28. *de adopt.* Illud hic quæritur, an

an ejus quoque qui à parente manumittitur voluntas spectanda sit, an vero etiam invitus emancipari possit? Et puto idem hic dicendum quod de eo dicitur qui à patre in adoptionem datur, §. *seq. l.* 24. *ff. de adopt. l.* 5. *C. eod.* nimirum necesse non esse ut expresse consentiat, ceterum oportere eum non dissentire aut contradicere, *arg. l. pen. in fin. C. de emanc. lib. Nov.* 89. *cap.* 11. Paulus quoque *lib.* 2. *sent.* 25. *in fin.* scribit invitum filium fam. non emancipari. An autem & quando qui tacet consentire intelligatur non est hujus loci disputare. Tractant tamen hanc quæstionem Jo. Fab. Ang. & Myns. ad hunc locum. VINN. Ad consensum filiorum quod attinet bene habent *ll.* 16. & 17. *tit.* 18. *Part.* 4. ADDIT.

TEXTUS.

De adoptione.

8. *Sed & si pater filium quem in potestate habet avo vel proavo naturali secundum 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, nec non eo præsente qui adoptat: solvitur quidem jus potestatis patris naturalis, transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona & adoptionem esse plenissimam antea diximus.*

COMMENTARIUS.

1 *Antiquitus neutiquam alieno nomine lege agi potuisse; eamque naturam actus voluntariæ jurisdictionis retinuisse.*

2 *Actus voluntariæ jurisdictionis 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. eod.* uti 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 §. 6. *hujus tit.*

Et non contradicente] Hoc etiam paulo ante tetigi. Locus autem hic descriptus est ex *l. ult. C. de adopt.* facit *l.* 5. *ff. eod.*

1. *Necnon eo præsente qui adoptat*] Absens adoptare non potest, *l.* 25. §. 1. *de adopt.* quia ut ait ibi Jurisconsultus, nemo per alium ejusmodi solemnitatem peragere potest. Atque eo pertinere arbitror quod regula juris in genere definit, neminem alieno nomine lege agere posse, *l.* 123. *de reg. jur.* 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. Inst. de iis per quos ag. poss.* sed postea prpprium tantum quorumdam esse cœpisse, & maxime eorum actuum qui, quod inter volentes expediuntur, dicuntur esse voluntariæ jurisdictionis; cujusmodi sunt manumissio, adoptio, emancipatio, quæ veterem naturam retinuerunt, *l.* 3. *de vind. lib. l.* 24. & *l. seq.* §. 1. *de adopt.* etiam adoptio nova Justiniani, ut hic, & *d. l. ult. C. de adopt.*

2. Idem quoque probabile est observatum fuisse in persona magistratus. Existimo enim nec hujusmodi actus magistratibus mandari potuisse, neve mandata jurisdictione transisse in eum cui mandata esset; contrà quam LD. vulgo sentiunt, *arg. l.* 1. *C. de adopt. l.* 2. §. 1. *l.* 3. *de offic. 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. vid.* Cujacius 2. *obs.* 1. & 15. *obs* 19. negationem inserit. Alii pro (*apud legatum ejus*) legunt (*Cæsaris*) suspicantes errorem ex notis natum *ejus* & *Cæsaris* VINN. Posterior emendatio non minus violenta, ac prior. Ego hic antinoniam inter *l.* 17. §. 1 *ff. de man. vind.* & *ll.* 2. & 3. *ff. de off. proc.* agnosco, inde forsan ortam quod Tribonianus de legatis Cæsarum pro consule dixerat. Facilis enim lapsus fuit in vocabulis, *legatus pro consulis* & *legatus pro consule.* Ille mandata jurisdictione gaudebat, hic tanquam præses provinciæ propria, adeoque & legis actio apud illum erat, *ll.* 2. & 17. *ff. de off. præs.* HEIN. Sed neque hæc Heineccii conciliatio animum plane sedat. Fueritne autem simplicius Marcianum in *l.* 2. §. 1. *de off. Proc.* & *seq.* intelligere de Legato Proconsulis Urbe quidem egressi sed qui nondum Provinciam attigit; Paulum vero in *l.* 17. §. 1. *de man. vind.* de Legato cui Proconsul Provinciam nactus, absensve, aut Reip. causa ab ea discessurus jurisdictionem suam committit? Vid. Jul. Pac. *Cent.* 1. *n.* 46. ADDIT.

Transit autem in parentem adoptivum] Per adoptionem igitur non efficitur filiusfamilias sui juris, sed vel in alienam familiam transit vel remanet in potestate patris naturalis.

TEX-

TEXTUS.

De nepote nato post filium mancipatum.

9. *Illud scire oportet quod si nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium tuum emancipaveris vel in adoptionem dederis prægnante nuru tua, nihilominus quod ex ea nascitur in potestate tua nascitur. Quod si post emancipationem vel adoptionem conceptus fuerit, patris sui emancipati vel avi adoptivi potestati subjicitur.*

COMMENTARIUS.

NEpos non ex nativitatis sed ex conceptionis tempore familiam sortitur, quia ex eo tempore jam in rerum natura esse creditur, *ll.* 7. & 26. *de stat. hom.* Ulp. *tit.* 5. §. 9. Sic & is qui conceptus est prius quam pater senatu moveretur senatoris filius intelligitur, *l.* 7. §. 1. *de senat.* Et responsum est conditionem *si sine liberis decesserit* defecisse, si ante deportationem patris liberi concepti sint licet postea edantur, *l.* 17. §. 5. *ad sen. Treb.*

TEXTUS.

An parentes cogi possint liberos suos de potestate dimittere.

10. *Et quidem neque naturales liberi neque adoptivi ullo pene modo possunt cogere parentes de potestate sua eos dimittere.*

COMMENTARIUS.

QUemadmodum liberi qui vel ab initio sui juris fuerunt vel postea facti sunt, in. viti in potestatem patris non rediguntur, *l.* 11. *de his qui sui vel al. jur. Nov.* 80. *c.* 11. ita nec vice versa à liberis in potestate constitutis cogi parentes possunt ut eos à potestate sua dimittant, *l.* 31. *ff. de adopt. l.* 4. *C. de emanc. lib.* ex quo loco etiam ratio hujus juris peti potest.

Pene] Ait *pene*, propterea quod aliquando audiuntur qui emancipari desiderant, ut impubes qui adoptatus est, pubes factus, *l.* 32. *de adopt.* Sed & alios, si justa causa sit, audir æquum est; veluti si à patre ad turpitudinem adigantur, *l* 12. *C. de Episc. aud.* aut male contra pietatem afficiantur, *l.* 5. *si à paren. quis man.* Sed & is filium emancipare cogitur qui legatum ea conditione sibi relictum agnovit, *l.* 92. *de cond. & demost.* Et jure novissimo etiam de potestate patris exeunt liberi si pater incestas & nefarias nuptias contraxerit, *Nov.* 12. *cap.* 2. VINN. Quæ de hoc argumento Vinnius, confirmantur *ll.* 16. 17. & 18. *tit.* 18. *Part.* 4. ubi enumerantur causæ ob quas cogi parens potest ad liberos emancipandos.

Apud Hispanos singularis illa Romanorum in liberos potestas incognita est ut jam diximus. Præterea jus quod parentes in liberos habent propriis quibusdam modis solvitur, manente tamen semper naturali reverentiæ & obsequii debito. Primum enim generali Europæ consuetudine inductum est ut filii qui matrimonio copulantur patria potestate liberentur, quod apud nos *l.* 8. *tit.* 1. *lib.* 5. *Recop.* statuitur; inconveniens enim visum est eum qui filios educare debet sibi sufficere non posse. Ad hæc veluti tacite emancipantur liberi cum annuente patre seorsim habitare & mercaturam aut opificium aliquod exercere resque suas sibi habere incipiunt; quod licet lege aliqua Regia speciatim statutum esse non meminerim: hujusmodi tamen patrumfamilias liberos pro *patribusfamilias* haberi passim in nostris legibus licet observare. ADDIT.

TITULUS XIII.

DE TUTELIS.

Dig. tit. 1. *lib.* 26. *& Novell.* 72. *Et Part.* 6. *tit.* 16.

Ratio ordinis.

HUcusque dictum est de iis qui sunt juris alieni, quæ prima pars est divisionis supra positæ *tit.* 8. Superest ut ad eos nos conferamus qui sui juris sunt, quos pars altera dictæ divisionis complectitur.

TEXTUS.

De personis sui juris.

Transeamus nunc ad aliam divisionem per-

so-

sonarum. 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 qui in tutela vel curatione sunt; ita enim intelligemus ceteras personas quæ neutro jure tenentur. Ac prius dispiciamus de his qui in tutela sunt.

COMMENTARIUS.

1 *Summa reliquorum hujus libri capitum.*

NAm ex his personis] Eorum qui sui juris sunt quidam sunt in tutela, alii in curatione, ceteri neutro jure tenentur; quæ posterioris partis illius quam dixi divisionis subdivisio est. In hac autem parte primo exponitur quid sit tutela; deinde species ejus singulæ ordine explicantur; tum de vi atque effectu tutelæ sive auctoritate tutorum porro agitur; ac mox de contrariis, & quibus modis tutela finitur. Inde ad curationem ac curatores progressio fit. Postremo tractatur de satisdationibus excusationibus & suspicionibus quæ utriusque muneris communia sunt.

In potestate non sunt] Patria scilicet vel dominica, in qua qui sunt non sui sed alieni juris sunt; alioqui & tutela species quædam est potestatis (quod verbum & alia plura significat, *l.* 215. *de verb. sign.*) sed quæ ad statum & caput ejus 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 adquirit sed sibi.

TEXTUS.

Tutelæ definitio.

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.*

L. 1. *Tit.* 16. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

VIs ac potestas] Ita & in *l.* 1. *pr. ff. hoc tit.* Generis loco ponitur *vis ac potestas*, quæ duo frequenter conjunguntur, ut in *l.* 17. *de legib.* §. 3. *Inst. inf. de interd.* & significant δύναμιν, ἐξουσίαν, sive facultatem aut jus pro auctoritate quid faciendi statuendive tum in persona pupilli tum in rerum pupillarium administratione. Ὁ μωνυμία (*nominis communio seu affinitas*) in verbo potestatis jam notata est.

In capite libero] Subjectum tutelæ; & est vetus locutio, pro *in caput liberum*, ut in illo XII. tabularum: *Si furiosus existat, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Item in formula adrogationis apud Agell. 5. *cap.* 19. *Utique ei vitæ necisque in eo potestas siet.* Caput autem liberum pro homine libero Veteres dicebant. Cicero 4. *Verrin. Hic de capite libero judicabit.* Liv. *lib.* 31. *cap.* 21. *Libera capita sine pretio dimisit.* Hinc *caput liberum facere* apud Plaut. *Mercat. act.* 7. *scen.* 2. *v.* 41. *seq.* pro *manumittere*; & eos plerumque qui etiam sui juris essent hoc verbo intelligebant; quo modo 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 pupillorum 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; cujusque vis non minus in coërcendo quam 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 licet propter aliam causam quam ætatem, ut sunt furiosi, mente capti & qui perpetuo morbo laborant, §. 3. & 4. *inf. de curat.* In Florent. est, *propter ætatem.* Theoph. διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελές.

Jure civili data ac permissa] Clausula hæc ad definitionem necessaria non est, sed ideo adjecta, ne quis putet hanc potestatem temere & 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 & cetera id genus.

Data ac permissa] Datur legitima, hoc est legitimi tutores immediate sine facto testatoris aut magistratus à lege ad tutelam vocantur, *l.* 5. *in pr.* & *l.* 6 *de leg. tut.* Permittitur, quæ

prius

prius data est aut testamento aut à magistratu; illa, lege XII. tabb. *l.* 1. *de test. tut.* hæc, aliis legibus & constitutionibus, *inf. de Attil. tut.* Atque hinc etiam peti potest alia tutelæ divisio tamquam à causa efficiente, partim proxima partim remota, VINN. Ita quidem vulgo hanc definitionem Servii interpretantur. Sed cum Servius tutelam in genere definiat, quæ tempore illo non modo ad impuberes sed ad feminas etiam omnes quæ in manum non convenerant pertinebat: proculdubio Tribonianus eam aliquantulum mutavit. Puto itaque talem fuisse Servii definitionem: *tutela est vis & potestas* (potestas in femina, vis & potestas simul in pupillo) *in capite libero* (pupillo vel femina) *ad tuendum eum eamve qui quæve per ætatem vel sexus infirmitatem se defendere nequit, jure civili* (vel expresse) *data* (uti tutella pupillaris) *vel permissa* (& tacite moribus invecta, uti tutela feminarum.) Rem alibi demonstrabo. Jam id addo & Constant. Harmenopulum *lib.* 5. *cap.* 11. §. 1. ea quæ omissa à Triboniano suspicamur, restituisse dum ait: ἢ διὰ τὸ τῆς ἡλικίας ἀτελὲς; ἢ διὰ τὸ τῆς ἐνεργείας ἀσθενὲς ἐπιτετραμμένη· *Aut ob ætatis infirmitatem aut rei gerendæ imperitiam permissa.* Quis Harmenopulum ea in re auctores suos sequutum esse dubitet? HEIN.

TEXTUS.

Definitio & etymologia tutoris.

2. *Tutores autem sunt qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen acceperunt. Itaque appellantur tutores quasi tuitores atque defensores, sicut æditui dicuntur qui ædes tuentur.*

COMMENTARIUS.

QUi eam vim ac potestatem] Si tutela est potestas ad tuendum eum qui in tutela est, qui eam potestatem habet recte tutor dicitur, argumento à conjugatis.

Tutores quasi tuitores] Ε' τυμολογία, sive notatio verbi tutoris, *l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Tutela quoque idem 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.* VINN. Conferendus omnino vir. clar. Car. Andr. Dukereus *de Latin. JC. vet. p.* 28. ubi hanc etymologiam contra Lau. Vallæ criticam defensam videmus. HEIN.

TEXTUS.

Quibus testamento tutor datur; & primum de liberis in potestate.

5. *Permissum est itaque parentibus, liberis impuberibus quos in potestate habent testamento tutores dare. Et hoc in filios filiasque procedit omnimodo; nepotibus vero neptibusque 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.*

L. 3. tit. 16. Part. 6.

NOTÆ.

3. *Liberis impuberibus*] Non modo liberis heredibus institutis sed & exheredatis tutor à patre datur, *l.* 4. *ff. de test. tut.* quia non testamentaria successio sed vis patriæ potestatis jus tutorem dandi defert, *l.* 40. *in fin de admin. & per. tut.* Nec obstat quod pater filium in suis heredibus habere debeat cum illi tutorem dat *l.* 73. §. 1. *de reg. jur.* illa enim verba *in suis heredibus* jus successionis potestate legis designant, non testamentariam institutionem; exheredatio autem non extinguit illud jus, neque impuberem facit suæ potestatis. Sed hæc commodius suo loco §. 4. *infr. de pup. subst. n.* 4.

Quos in potestate habent] Tutela jure patriæ potestatis mandatur *d. l.* 40. *de adm. tut.* Itaque nec pater filio emancipato nec mater liberis tutorem jure dare potest, sed opus est confirmatione, *tit. de conf. tut.*

COMMENTARIUS.

SPecies tutelæ tres sunt testamentaria, legitima, & Attiliana sive dativa, quas nunc ordine persequitur Justin. initio facto à testamentaria quæ reliquis duabus potior est *infr. tit.* 15. *in pr. l.* 9. §. 1. *in fin. de tut. & rat. dist.* sicut & in deferenda hereditate potior causa est heredum ex testamento quam ab intestato, *l.* 39. *de adq. her. l.* 89. *de reg. jur.* Ait permissum esse parentibus, liberis impuberibus quos in potestate habent testamento tutores dare, paucis verbis complectens & per-

so-

sonam 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 nimirum ut heredes 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 XII. tabb. generali vocabulo *liberorum* usa est sine discrimine sexus aut gradus. Sive igitur feminæ sint quibus tutor datus est sive masculi, sive filii sive nepotes, quia hi omnes appellatione liberorum continentur, §. *ult. seq. tit.* valet datio. Ceterum in nepotibus non aliter procedit quam 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 heres avo, §. 2. *inf. de her. qual. & dif.* tutor autem dari non potest nisi suo heredi, *l.* 73. §. 1. *de reg. jur.*

TEXTUS.

De postumis.

4. *Cum autem in compluribus aliis causis postumi pro jam natis habeantur, & in hac causa placuit non minus postumis quam jam natis tutores dari posse; si modo in ea causa sint, ut si vivis parentibus nascerentur sui heredes & in potestate eorum fierent.*

L. 3. *tit.* 16. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

QUod de tutore liberis jam natis dando dictum est, id hic etiam ad postumos 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, *ll.* 7. & 26. *de stat. hom.* Poterat & à jure patriæ potestatis ratio peti, *arg.* §. 1. *infr. de exher. lib.* §. 4. *inf. de pup. subst.*

Sui heredes & in potestate] Nempe quemadmodum nemo liberis jam natis tutorem dare potest nisi quos in potestate & in suis heredibus cum moritur habet; ita nec postumis potest, nisi iis qui si vivo parente nascerentur sui heredes & in potestate ejus futuri essent. Utrumque Q. Mucius Scævola paucis complectitur: *nemo*, inquit, *potest tutorem dare cuiquam nisi ei quem in suis heredibus cum moritur habuit, habiturusve esset si vixisset, l.* 73. *de reg. jur.* Est tamen casus ubi tutor utiliter datur nepoti cujus pater superstes in potestate est, *ll.* 1. & 10. §. 2. *ff. de test. tut.*

TEXTUS.

De emancipatis.

5. *Sed & si emancipato filio tutor à patre datus fuerit testamento, confirmandus est ex sententia Præsidis omnimodo, id est sine inquisitione.*

L. 8. *tit.* 16. *Part.* 6.

NOTA.

5. *Omnimodo*] Ita ἐπὶ τὸ πλεῖστον, *ut plurimum*, *l.* 1. §. 2. *de confir. tut.* interdum enim à voluntate patris recedet Prætor, *l.* 8. & *seqq. eod. l.* 4. *de test. tut.*

COMMENTARIUS.

1 *Quibus ex rebus æstimandum an tutor jure datus sit.*
2 *In quibus differat confirmatio tutoris à patre non rite dati, & dati á matre vel extraneo.*
3 *Explicatio l.* 4. *C. de test. tut.*
4 *Confirmatos tutores non pro dativis sed pro testamentariis habendos.*

EMancipato filio] Didicimus *tit. præced.* §. *præterea* 6. liberos per emancipationem potestate patris sui liberari; quamobrem pater non jure neque ex præscripto legis XII. tabb. tutorem dat filio emancipato; sed tamen qui ita non jure datus est confirmatur auctoritate magistratus, & quidem simpliciter sive omnimodo ut hic loquitur Justinianus, id est sine inquisitione sitne idoneus necne. Locus postulat ut de confirmandis tutoribus paulo quam hic factum est disseramus accuratius.

1. An tutor jure datus sit ex hisce tribus potissimum æstimatur; ex persona dantis si parens est; ex persona eorum quibus dantur si sint liberi impuberes & in potestate dantis; ex modo dandi si detur testamento aut codicillis

testamento confirmatis, §. 3. *tup. eod.* Quapropter si quis alius quam parens tutorem dederit; aut parens quidem, sed dederit liberis licet impuberibus qui in ejus potestate non sunt; aut non dederit testamento sive codicillis testamento confirmatis, datio ipso jure non valet. Ceterum cum reverentiæ, tum affectui eorum qui impuberibus non legitime tutores dederunt tributum est, ut quod deficit à magistratu repleatur, datique confirmentur, *l.* 1. §. 1. *de conf. tut.*

2. Confirmatio autem hæc non est unius modi. Interest enim 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 quocumque modo filio emancipato tutorem dederit, scriptus tutor simpliciter confirmandus sit, hoc est sine inquisitione, & satisdatione ei remissa, *hoc text. l.* 1. §. 2. *ll.* 3. *& 6. de confirm. tut.* nisi quod ex causa nonnumquam inquisitio fiat, ut in casibus *l.* 8. *& seqq. eod. l.* 4. *de test. tut. l.* 3. §. 3. *de adm. tut.* & quod in naturalibus liberis distinguitur utrum pater qui tutorem dedit aliquid iis reliquerit, an nihil, *l.* 7. *ff. de confirm. tut. l. ult. C. eod.* Quod si alius quam pater tutorem dederit, sive mater sit sive patronus sive extraneus quis, non aliter hic tutor confirmatur quam si & heres impubes institutus sit, *l.* 4. *de test. tut. l.* 4. *de conf. tut.* quæ etiam ratio est cur datio sustineatur, *d. l.* 4. *de confirm. tut.* & inquisitio præcesserit, *ll.* 2. *& 5. d. tit. l.* 28. §. 2. *de test. tut.* Hoc interest, quod à matre datus satisdatione non oneratur sed ab ipso prætore ex inquisitione confirmatur, *l.* 2. *de conf. tut.* ceteri fere remitti solent ad magistratus municipales confirmandi, præstita satisdatione, *l.* 5. *eod.*

3. Quod autem diximus à matre datum tutorem non aliter confirmari quam si heredem filium instituerit, ei obstat *l.* 4. *C. de test. 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 rescripti sententia, quod tutor à matre liberis institutis testamento datus recte datus intelligatur nec egeat confirmatione, secus si non institutis, id est præteritis aut exheredatis dederit; quod aperte falsum est. Tollenda omnino in *d. l.* 4. negatio cum Cujacio & Fabroto, ex illis verbis: *quando autem eos heredes (non) instituerit*; quomodo, detracta scilicet negatione, & in quibusdam codicibus legi testatur Pacius. Ita omnia & inter se & cum ratione juris optime conveniunt. Ne quis enim ex eo quod simpliciter dixerat Imperator non posse matrem filiis testamento tutorem dare nisi eos heredes instituerit, putaret, cum eos heredes instituerit dationem sustineri ipso jure: mox quomodo hoc quod dixerat intelligendum sit, declarat: nempe etsi ne tunc quidem cum liberis institutis mater tutorem dat ipso jure datio valeat, datum tamen à præsidibus confirmari solere. Et sic bene quoque se habent illa sequentia, *nullo vero ex his intervenientibus, &c.* nempe si aut mater non instituto filio tutorem dederit, aut instituto datus non sit confirmatus. Pater vero etiam filio exheredato jure tutorem dat, *ll.* 4. *& 26.* §. 2. *& 31. de test. tut.* quoniam tam exheredatio jure patriæ potestatis fit, quam delegatur tutela.

4. Porro 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. *& seqq. 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.* 32. *de excus.* Unde apparet etiam, antequam confirmentur pro testamentariis quadantenus haberi, ut legitimis præferantur; & male ratiocinari eos qui ob id quod is qui confirmat aliquando dare censetur, per *l.* 130. *de verb. sign.* tutorem confirmatum pro dativo potius quam testamentario habendum existimant: confundentes confirmationem necessariam cum ea quæ tota pendet ab arbitrio & voluntate confirmantis. Denique testamentarius curator diserte appellatur qui testamento datus confirmatus est, *l.* 7. *rem pup. salv. fore.* Plane non omnes hujus tutelæ species æque prope ad testamentariam accedunt; nec repugno si quis mixtam dici malit.

TI-

TITULUS XIV.

QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

Lib. 26. tit. 2. Cod. lib. 5. tit. 28.

Continuatio & argumentum tituli.

SUperiore titulo dictum est de iis qui testamento tutores dare & quibus possunt: quæ quidem sola spectantur, sed tunc tantum cum 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.

Qui tutores dari possunt.

Dari autem tutor potest testamento non solum paterfamilias sed etiam filiusfamilias.

COMMENTARIUS.

SEd etiam filiusfam.] Idque non testamento solum sed etiam à magistratu, *l. 7. de tutel.* Nec obstat quod filiusfam. in potestate patris est; nam tutela munus est publicum, *infr. tit. Inst. 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.* At enim qui est in aliena potestate alium in potestate habere non potest, *l. 21. ad leg. Jul. de adult.* Verum hoc est, sed de eodem genere potestatis accipiendum.

TEXTUS.

De servo.

1. *Sed & servus proprius testamento cum libertate recte tutor dari potest. Sed sciendum est, & sine libertate tutorem datum tacite libertatem directam accepisse videri, & per hoc recte tutorem esse. Plane si per errorem quasi liber tutor datus sit, aliud dicendum est. Servus autem alienus pure inutiliter testamento datur tutor; sed ita* cum liber erit, *utiliter datur. Proprius autem servus inutiliter eo modo tutor datur.*

COMMENTARIUS.

1 *Veterum sententiæ consentaneum esse quod ait Justinian. servum proprium simpliciter tutorem datum directo liberum fieri.*

NOn solum liberi homines testamento tutores dari possunt sed etiam servi, quia & cum servis testamenti factio est, *l. 25. de test. tut. §. 4. Inst. inf. de her. qual. & dif.* 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 cum liber erit.* De prima specie in servo proprio nulla est controversia; in alieno favor pupilli & publicæ utilitatis libertatem fideicommissam servo defendit, ut nimirum heres eum à domino emat & manumittat, *l. 10. in fin. de test. tut.* De secunda, quod quidem attinet ad servum proprium, Justinianus hunc directam libertatem tacite accepisse scribit ac per hoc recte tutorem esse; quod & Paulus non obscure indicat, *l. 32. in fin. eod.* cum dicit, hoc ipso quod à domino tutor datus est libertatem quoque meruisse videri, eamque sibi vindicare posse, & ab adita hereditate liberum esse. Tertia in alieno servo utilis, in proprio inanis & ludicra judicatur, tamquam si quis diceret, hæc res tibi emta sit si voluero.

1. *Directam*] Directa libertas dicitur quæ rectâ ex testamento ad servum transit sine alterius facto aut opera, §. 2. *Inst. inf. de sing. reb. per fid.* Putat Cujacius, eumque secuti Vultejus & Bachov. hoc à Justiniano primum constitutum esse; sed eos refellit tum locus Pauli modo allegatus, tum quod Justinianus scribit *l. 5. C. de neces. serv. her. inst.* jure civili jam ante inductum fuisse, ut si quis servum suum sine libertate tutorem dedisset, ex ipsa tutelæ datione libertatem ei imposuisse præsumatur. Deinde quod idem mox constituit in servo omissa libertate herede instituto, quod antea non obtinebat, *inf. pr. tit. de her. inst.* nimirum ut hoc ipso quod heres institu-

L. 7. tit. 16. Part. 6.

tus est etiam libertas ei imposita videatur, ad exemplum servi simpliciter tutoris dati. Atqui servum simpliciter heredem institutum, nemo est qui negare possit directo ex testamento liberum fieri ex constitutione Justiniani. Postremo cui datur fideicommissaria libertas is non nisi volens & petens fit liber. Servus proprius tutor datur necessario. Non obstat quod dicitur in *l.* 10. *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.* 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 dictæ legis *per fideicommissum manumisisse* significant. Per fideicommissum enim nihil aliud est quam verbis fideicommissi quibus ut tutor esset petierat, *arg. l.* 28. §. 1. *de test. tut.* Franciscus de Amaya nobilissimus Hispaniæ Jurisconsultus putat Veteres ipsos hìc inter se non convenisse, *lib.* 1. *obs. jur. cap.* 7.

Per errorem] Quod liber putaretur: quo casu servo tutelam mandare voluisse nemo creditur, *l.* 22. *de test. tut. l.* 24. §. 9. *de fideic. lib.*

Pure inutiliter] Hoc est absque conditione *cum liber erit.* Quid igitur est quod Ulpian. ait *d. l.* 10. §. *ult. de test. tut.* in hac datione semper inesse hanc conditionem *cum liber erit*? An dicemus hoc contra rationem juris benigne receptum esse? An potius sententiam testatoris inspiciendam, ut si hæc non refragetur valeat, si manifeste repugnet datio sit inutilis? *d. l.* 10. *in fin.* Quid enim si ita verbis pure datus est ut nec sententiâ eum liberum esse testator voluerit; veluti si liberum eum esse jam ante existimavit? Et hoc verum est. VINN. Sed dicere malim, Veteres hìc dissensisse, & Justinianum quidem eorum probasse sententiam qui expresse addendam hanc conditionem existimabant. Tribonianum autem *l.* 10. §. *ult. ff. de test. tut.* incaute inseruisse Pandectis, quod & alias aliquando factum est. HEIN.

Proprius autem servus inutiliter] Nam perinde est ac si diceret testator: *tutor esto cum à domino tuo libertatem adeptus erit*; quod cum dominus ipse loquitur aperte ludificari & nihil agere intelligitur, veluti si quis dicat hæc res tibi emta esto cum eam tibi vendidero.

TEXTUS.

De furioso & minore 25. annis.

2. *Furiosus vel minor viginti quinque annis tutor testamento datus, tutor tunc erit cum compos mentis aut major viginti quinque annis fuerit factus.*

L. 3. *tit.* 16. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

TUtores testamento dari possunt non solum qui tempore facti testamenti jam idonei sunt ad tutelam administrandam, verum etiam qui eo tempore idonei non sunt, modo tales sint ut naturâ postea idonei fieri possint, quales sunt furiosi & minores 25. annis.

Cum compos mentis] Proculo videbatur, furiosum testamento tutorem pure dari non posse, *l.* 9. §. 3. *de test. tut.* Et videri potest pater non satis serio agere, qui eum tutorem pure dat quem scit tutelam gerere non posse. Sed placuit etiam hoc patri licere, quasi tacite sub hac conditione detur, *ut tutor sit cum sapere cœperit*, *d. l.* 10. §. 3. *de test. tut. l.* 11. *de tut.* Medio autem tempore tutor aut curator à magistratu dabitur, *inf. tit. Inst. de Attil. tut.* §. 1. *& de curat.* §. *ult.*

Major 25. annis] *l.* 32. §. *ult. de test. tut.* Et hìc interim usque ad legitimam dati tutoris ætatem alius à magistratu dabitur, *l.* 10. §. 7. *de excus. tut.* Recte autem hìc monet D. Bachovius ponendos esse terminos habiles, ut minor qui tutor datus est ejus sit ætatis ut ante pubertatem pupilli annum 25. implere possit; alioqui dationem esse lusoriam; ac protinus à magistratu tutorem dandum: quod sic accipe si legitimum tutorem pupillus non habeat.

TEXTUS.

Quibus modis tutores dantur.

3. *Ad certum tempus vel ex certo tempore vel sub conditione vel ante heredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur.*

L. 8. *tit.* 16. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Servum, furiosum, minorem* 25. *annis, à ma-*

magistratu non recte tutorem dari, neque tutorem tempori aut conditioni adstringi.

ETiam in modo testamento tutores dandi placet testatoris voluntatem servari. Itaque non solum pure sed ex die etiam & sub conditione tutorem recte dederit, ut qui datus sit non ante sit tutor quam dies aut conditio 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. *&* 3. *de test. tut. l.* 14. §. 3. *&* *ult. de tutel.* §. 2. *&* §. *pen. Inst. inf. quib. mod. tut. fin.* & deficiente quidem aut finita tutela testamentaria locus erit legitimo tutori, pendente Attiliano, *l.* 11. *de test. tut.* junct. *l.* 9. §. 2. *de tut. & rat. dist.*

Vel ante heredis institutionem] Apparet hoc favore pupilli jam olim receptum fuisse. Poterat autem de eo dubitari propterea quod jure veteri ante heredis institutionem legata inutiliter relinquebantur. Nunc autem nulla amplius dubitandi ratio est, §. 34. *inf. de leg.*

1. Hìc paucis admonendi sumus ea quæ de servis, furiosis, minoribus 25. annis tutoribus datis, itemque de tutore tempori aut conditioni adstringendo dicta sunt, omnia propria esse tutelæ testamentariæ, atque ex interpretatione verborum legis XII. tabb. *Uti quisque legassit* &c. patri permissa. Non eadem libertas magistratibus data. Nam hi sub conditione tutorem dare vetantur, *l.* 6. §. 1. *de tutel.* Quamobrem nec servus nec furiosus nec minor recte ab iis tutor dabitur, sive sub conditione expressa *servus cum liber erit* &c. sive simpliciter & pure; nam & tunc eadem conditio perinde inesse creditur atque si expressa esset, *l.* 10. §. *pen. & ult. de test. tut.* Cur tam varie? Nimirum quia ab officio judicis aut magistratus alienum est actus suos suspendere atque imperfectos relinquere. Ideo enim aditur, ut in præsenti nobis officium atque auctoritatem suam, qua opus est, impertiat; quod & Jo. Fabro suboluit, qui ad hoc utitur *arg. l.* 35. *de judic. l.* 1. §. 5. *quand. app.* Aliam insuper rationem afferunt vulgo DD. quod tutore à patre sub conditione dato, magistratûs 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 test. tutel.* quippe quæ de tutela testamentaria omnino accipienda est, ut & Bart. eam accepit. Plane usque ad conditionem sub qua tutor testamento datus est à magistratu interim alium tutorem tacite dari posse non ambigitur, §. 1. *inf. de Attil. tut. d. l.* 11. *in pr.*

TEXTUS.

Cui dantur.

4. *Certæ autem rei vel causæ tutor dari non potest, quia personæ non causæ vel rei tutor datur.*

L. 1. *tit.* 16. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

CErtæ rei vel causæ] Veluti Mævius, quia mercaturæ peritus est, tabernæ pupilli tutor esto: quia juris & consuetudinis forensis, lites & controversias persequatur.

Quia personæ] Datur enim tutor ad tuendum pupillum, §. 1. *sup. tit.* ideoque si ad certam rem aut causam datus fuerit tota datio non valebit, *l.* 12. *cum seqq. de test. tut.* quoniam tutoris officio non congruit. Non obstat *l.* 12. §. 3. *de adm. tut.* Aliud enim est certæ rei tutorem dare, aliud rebus pupilli omnibus tutorem datum præpositum intelligi. Nam cum personæ pupilli tutor detur, per consequentiam etiam rebus ejus dari intelligitur quæ conditionem personæ sequuntur. Et vero si personæ pupilli consulendum est, necesse est ut non tantum personæ & moribus pupilli sed etiam rebus ejus tutor præponatur, *d. l.* 12. *de test. tut. d. l.* 12. §. 3. *de adm. tut.* Atque in hoc præcipue differt tutor à curatore, qui rebus minoris principaliter datur, *l.* 8. *C. de nupt.* & ad unum certumque negotium recte decernitur, §. 2. *Inst. inf. de curat. l.* 7. *de tut. dat.* Plane si tanto locorum intervallo disjunctum sit patrimonium ut difficulter ab uno administrari queat, pupilli favore receptum est ut rebus ita disjunctis, puta rei Africanæ aut Syriacæ tutor dari possit, *l.* 15. *de test. tut.* quo tamen casu singuli tutores in solidum dati intelliguntur, nec tam tutela dividi quam administratio. Una sane superioris regulæ exceptio videtur, quod impuberi ad hereditatem 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 potius in rem quam in personam tutorem dare videri, *l.* 4. *de test. tut.* quasi nec verus tutor sit qui ab eo datus est qui jus dandi tutorem ex lege non habet. VINN. Has autem juris Romani subtilitates Hispaniæ morum simplicitas respuit. Igitur cum nulla amplius sit apud nos differentia inter tutelam & curam, dubitari nequit tutorem certæ quoque rei & causæ dari posse; leges enim Romanas de hac re generali Europæ consuetudine abrogatas esse tradit Groënewegen de *leg. abrog. ad hunc textum.* ADDIT.

TEXTUS.

De tutore dato filiabus vel filiis vel liberis vel nepotibus.

5. *Si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumæ vel postumo dedisse videtur; quia filii vel filiæ appellatione & postumus & postuma continetur. Quod si nepotes sint, an appellatione filiorum & ipsis tutores dati sint? Dicendum est ut & ipsis quoque dati videantur, si modo* liberos *dixerit. Ceterum si* filios, *non continebuntur. Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Plane si postumis dederit, tam filii postumi quam ceteri liberi continebuntur.*

COMMENTARIUS.

1 *Appellatione liberorum venire omnes qui ex nobis descendunt.*

2 *Filiorum appellatione in hoc argumento contineri & postumos, nepotes non contineri: filias contineri; et quæ horum omnium ratio.*

3 *Appellatione postumorum venire liberos omnes nascituros sive primi sive ulterioris gradus.*

1. VOluntatis quæstio est cum quæritur qui liberi appellatione filiorum, liberorum, postumorum 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 jam nati sive adhuc nasciturі, *l.* 220. *de verb. sign.* Quamobrem si quis liberis tutores dederit, non solum filiis sed etiam nepotibus & qui infra 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.*

2. De filiis duo hic quæruntur, unum est an eorum appellatione etiam postumi contineantur; alterum, an & nepotes. De primo ait: *si quis filiabus suis vel filiis tutores dederit, etiam postumæ vel postumo dedisse videtur; quia filii vel filiæ appellatione & postumus & postuma continentur*; quod & Ulpian. respondet *l.* 5. *d. tit.* Cui tamen loco obstare videtur quod idem Ulp. scribit *l.* 17. *in pr. de legat.* 1. eum qui filiabus legavit, non intelligi postumæ legasse nisi & mentionem aliqua parte testamenti postumæ fecerit. Sed hæc minime pugnant. Tutor enim datur jure potestatis ut filiis & liberis; postumi autem æque filii & liberi sunt ac ceteri. Legata vero liberis non ut liberis relinquuntur, sed ex singulari affectione erga certos; quæ affectio in proposito erga postumum non præsumitur; ita fere Angel. hic post *Glos. in d. l.* 17. 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 item & Ulp. *d. l.* 6. Quid ergo est quod legimus in *ll.* 84. & 220. *de verb. sign.* filiorum appellatione etiam nepotes ceterosque qui ex nobis descendunt contineri? Nimirum ubi justa interpretatio id suadet, *l.* 201. *eod. tit.* Nam nec à proprietate verborum aliter recedendum est, *l.* 69. *de legat.* 3. Exempla suppeditant *l.* 59. *de rit. nupt. l.* 2. §. *filiis* 28. *ad Tertyll. l.* 15. *de sen. Mac.* Et fingamus in proposito testatorem filios non habere sed nepotes tantum, aut finge nepotes solos esse impuberes: dubitandum 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 á proprietate sermonis, dicamusque filiorum appellatione & nepotes eum complecti voluisse. Nam nepotibus fortasse magis expediat peculiarem tutorem habere legitimum vel dativum, quam eum qui à parente datus est, qui filiorum tutela satis sit implicitus atque occupatus; cui adde, quod hic agitur de gravando extraneo, cujus intersit 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 pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum porrigitur, *ll.* 1. & 195. *de verb. sign.*

3. De postumis est in vers. *plane si postumis.* Et ait Imp. si postumis tutor datus

sit

sit, tam filios postumos quam ceteros liberos contineri, id est, ut recte hoc accepit Theoph. contineri non tantum postumos primi gradus, verum etiam secundi & ulteriores; si modo in ea causa sint, ut si vivo testatore nascerentur in potestate ejus futuri sint neque testamentum rupturi, *l.* 1. §. 1. *de test. tut.* Quare necesse non est ut cum Haloandro pro *postumis* substituamus *posteris*, maxime cum apud Ulp. quoque *l.* 6. *eod.* unde hæc descripta sunt *postumis* legatur, & ut Bald. ibi notat, vox *postumi* non distinguat gradus, ut *filii*, sed colligat. Add. Donn. 3. *comm.* 4. D. Tuld. *hic cap.* 4.

TITULUS XV.

DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

Dig. lib. 26. *tit.* 4. *Cod. lib.* 5. *tit.* 30.

Ratio ordinis & argumentum tituli.

TEstamentariam tutelam excipit legitima. Ea est quæ lege defertur iis fere qui ad legitimam hereditatem impuberis vocantur. Species hujus tutelæ quatuor: agnatorum, patronorum, parentum, & fiduciaria; quarum duæ priores proprie sunt legitimæ, *l.* 1. *hoc tit.* sequentes duæ ἀναλόγως. (*improprie*) Singulæ singulis titulis hic explicantur: in π̃. (*Dig.*) & *C.* omnes uno. Hoc autem titulo exponitur species prima quam agnatorum esse diximus, traditurque unde ea descendat, quinam sint agnati, quando iis tutela deferatur: postremo subjicitur specialis quidam hujus tutelæ finiendæ modus.

TEXTUS.

Summa.

Quibus autem testamento tutor datus non est, his ex lege duodecim tabularum agnati sunt tutores qui vocantur legitimi.

L. 9. *tit.* 16. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

1 *Quid intersit inter agnatos & gentiles, gentem & familiam.*

Quibus testamento] Semper enim legitimi tutores, ut supra quoque dictum est, cedunt testamentariis, *l.* 11. *de test tut. l.* 9. §. 1. *de tut. & rat. dist.* sicut & legitimi heredes iis qui ex testamento vocantur, *l.* 39. *de adq. her.* Et vulgo dici solet, provisio hominis facit cessare provisionem legis, *per l. ult. C. de pact.*

Ex lege XII. *tabb. agnati sunt tutores*] Lex XII. tabb. & ad hereditatem legitimam vocavit agnatos, atque iisdem etiam tutelam legitimam detulit. Idque summa providentia à lege constitutum esse Ulp. scribit, ut qui sperarent successionem iidem tuerentur bona ne dilapidarentur, *l.* 1. *hoc tit.* Hæc autem tutelæ species ea est quæ à Servio dicitur jure civili data, *l.* 1. *de tutel.* Etenim legitimos tutores nemo dat sed lex eos tutores facit, *l.* 5. *hoc tit.* Hotomannus putat, etiam gentilium mentionem à lege factam. Et sane in hereditate facta est, auctore Cornificio ad Heren. *lib.* 1. qui verba legis sic refert: *Si paterfam. intestato moritur, familia pecuniaque ejus agnatorum gentiliumque esto.* Ut omnino verisimile sit, eodem modo post agnatos & tutelam gentilibus delatam fuisse.

1. Quid intersit 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 cujusque familiæ quæ gente continetur. Qui ejusdem gentis sunt, gentiles; qui ejusdem familiæ, agnati dicuntur. Verbi causa, in gente Valeria sunt Corvini, Maximi, Messalæ, Flacci: hi omnes unam gentem Valeriorum constituunt, singuli singulas in ea gente familias; omnesque inter se gentiles sunt, singuli inter se etiam agnati. VINN. Recte tamen Cic. *Topic. cap.* 6. addit gentiles esse non omnes *qui ejusdem nominis*, sed *qui ab ingenuis oriundi, & quorum majorum nemo servitutem servierit.* Nam & libertos patro-

tronorum nomina adsumisse nemo ignorat. HEIN.

TEXTUS.

Qui sunt agnati.

1. *Sunt autem agnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi á patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo; item patruus & patrui filius, neposve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, agnati non sunt sed alias naturali jure cognati. Itaque amitæ tuæ filius non est tibi agnatus sed cognatus, & invicem tu illi eodem jure conjungeris; quia qui ex ea nascuntur, patris non matris familiam sequuntur.*

COMMENTARIUS.

PEr virilis sexus] Agnati 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.* modo non sint capite minuti, & sint in familia, §. *ult. inf. eod.* Nihil autem refert an naturâ quæsita sit agnatio an adoptione, *d. l.* 2. §. 3. *de suis & leg.*

Veluti frater ex eode m patre] Masculos tantum ex agnatis hoc loco recenset; quia licet etiam feminæ 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. Atdem nomen oppositum agnationi ad eam speciem cognationis contrahitur quæ per feminas copulatur, *l.* 4. §. 2. *l. ult.* §. 1. & 2. *de grad. & aff.* idemque hìc plane accidit quod in nomine adoptionis notavimus sub §. 1. *sup. de adopt.*

TEXTUS.

Qui dicatur intestatus.

2. *Quod autem lex duodecim tabularum ab intestato vocat ad tutelam agnatos, non hanc habent significationem, si omnino non fecerit testamentum is qui poterat tutores dare: sed si quantum ad tutelam pertinet intestatus decesserit; quod tunc quoque accidere intelligitur cum is qui datus est tutor vivo testatore decesserit.*

L. 9. tit. 16. Part. 4.

COMMENTARIUS.

QUantum ad tutelam] Diserte ait, quantum ad tutelam, ut & Jurisconsult. *l. 6. hoc tit.* nam ad hereditatem quod attinet nemo intestatus decessisse intelligitur qui testamento facto, unde heres postea extitit, decessit, *inf. tit. Inst. de her. quæ ab int. def. in pr.*

Vivo testatore] Exempli causa positum arbitror. Quid enim si post mortem testatoris ante cœptam tutelam decesserit? Sane non minus hoc quam illo casu rectè dicitur paterfam. quoad tutelam intestatus decessisse. Sed et si tutor testamento datus post cœptam tutelam decesserit vel in civitate esse desierit, nihilominus ad legitimum tutela redit, *l. 6. hoc tit. l.* 11. §. 3. & 4. *de test. tut.* Unde vel magis dicendum est si ad certam conditionem vel ad certum tempus datus sit, existente conditione aut finito tempore ad legitimos tutelam reverti; quasi qui dedit pro parte intestatus, quod ad tutelam pertinet, decesserit. Plane 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 hujus juris non alia ratio occurrit, quam quod illis modis ipso jure tutela finitur & plane extinguitur; excusatione autem & remotione non item sed interventu magistratus; quasi ipso jure perinde quodammodo habeatur, ac si excusati ac remoti adhuc tutores essent.

TEXTUS.

Quibus modis agnatio vel cognatio finitur.

4. *Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio juris civilis nomen est; cognationis vero jus non omnibus modis commutatur: quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia vero non utique.*

COMMENTARIUS.

1 *Tutelam legitimam minima capitis deminutione non amplius tolli.*

DIffert agnatio à cognatione etiam in eo quod agnatio quavis capitis deminutione

ne

ne etiam minima tollatur, & consequenter jura agnationi tributa ut tutelæ & hereditates 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 hujus loci explicationem continet. Hanc autem inter agnationem & cognationem differentiam idcirco hoc loco proposuit Justinianus, ut aditum sibi patefaceret ad tractatum de capitis deminutione.

Plerumque] Additum propterea quod jus agnationis certis personis novis legibus datum interveniente minima capitis deminutione non perimitur: quippe quibus hereditates & tutelæ sic deferuntur legibus, ut personæ naturali nomine designentur; ut ecce, defertur hereditas ex Senatusconsultis matri & filio, *d. l.* 7. *de cap. min.* §. 2. *Inst. infr. de sen. Orfic. l.* 1. §. 8. *ad sen. Tert.* Constitutione quoque Anastasii frater emancipatus neglecta capitis deminutione ad legitimam fratris vel sororis hereditatem & tutelam vocatur, *l.* 4. *C. hoc tit.* §. 1. *Inst. inf. de succ. cogn.* Justinianus & fratrum emancipatorum filios vocat, *l. ult.* §. 4. *C. de legit. her.*

1. Novissimo autem jure cum in totum sublata sit agnationis & cognationis hac in parte differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hereditatem tum tutelam vocentur, *Nov.* 118. *cap.* 4 & 5. consequens omnino 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 dumtaxat; argumento est adoptio de qua *sup. tit.* 11. item usucapio de qua *infr. lib.* 2. *Inst. 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 tantum quæ familiæ illius sunt propria è qua capite minutus exit.

Naturali vero non utique] Οὐ πάντως, *non omnino.* Theoph. *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.* VINN.

Sublata agnationis & cognationis differentia, *d. Novell.* 118. *c.* 4. & 5. tutela legitima jure Hispano agnatis pariter ac cognatis interventu magistratus, non ipso jure defertur *l.* 9. *tit.* 16. *Part.* 6. Itaque legitimi tutores datis fidejussoribus cavere tenentur rem pupilli salvam fore *d. l.* 9. Locus postulat ut de tutore legitimo jure Hispanorum inspecto uberius agamus. Cum pupillo, testamento de tutore non fuit provisum, mater superstes interventu magistratus filii tutelam nanciscitur, quæ jurare tenetur quamdiu tutela duraverit alteri non nupturam, & præterea renuntiare Vellejano senatusc. *l.* 4. *tit.* 16. *Part.* 6. Si mater abstinuerit à tutela, ejus partes proprio jure avia suscipiet præstito similiter juramento, ac interveniente Vellejani renunciatione. Ambabus deficientibus proximi cognati suo ordine vocantur, & munus suscipient satisdatione præstita; & si plures idonei ejusdem gradus sint, unà admittentur, *d. l.* 9. Mater autem vidua iterum facta tutelam nequit recuperare, ut tradit Gutierr. *de tut. part.* 1. *c.* 8. & 9. ADDIT.

TITULUS XVI.

DE CAPITIS DEMINUTIONE.

Dig. lib. 4. *tit.* 5. *Et l.* 18. *tit.* 1. *Part.* 6.

Continuatio & summa tituli.

IN π. (*Pandectis*) hic locus inter restitutiones in integrum tractatur *lib.* 4. *tit.* 5. Justinianus autem cum 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 tit.* ubi primum quid sit capitis deminutio definit; deinde diviso genere in suas species, itidem quid sint singulæ & quam vim ha-

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.

Definitio & divisio.

Est autem capitis deminutio prioris status mutatio. Eaque tribus modis accidit. Nam aut maxima est capitis deminutio aut minor (quam quidam mediam vocant) aut minima.

L. 18. *tit.* 1. *Part.* 6.

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 locum cum amittit capite minui dicitur. Putatque Hotomannus ad personam translatum esse quod de ipso ordine proprie loquendo dici debebat; ut ecce, cum quis deportatur aut emancipatur, ordo civium aut agnatorum capite uno minuitur. VINN. Vocabulum hoc è censibus Rom. profluxisse ostendimus in *Antiq. Rom. hoc tit.* §. 1. Et sane semper fere veteres ita loquuntur: *censa sunt capita civium* 260000. Exempla passim apud Livium. Quoties itaque civis statum mutabat, nomen ejus è tabulis censualibus erat expungendum, adeoque civitas capite minuebatur, vel caput eximebatur de civitate, *l.* 2. *ff. de public. judic.* Hinc *caput* pro statu, & *capitis deminutio* pro status mutatione dici cœpit. HEIN.

Status mutatio] *l.* 1. *hoc tit. l.* 2. *de in int. rest.* Græci, καταστάσεως ἐναλλαγὴ κεφαλῆς ἐλάττωσις· Status quoque vocabulum multa significat, sed in hoc tractatu accipitur dumtaxat pro eo jure quod singuli in civitate habemus, nimirum libertatem, civitatem, familiam; quæ tria scite Chremes apud Terentium *in Eunucho act.* 14. *scen.* 7. *v* 35. *seq.* 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 tantum genera faciunt magnam & minorem, appellatione magnæ maximam et mediam, quæ hic etiam minor dicitur, comprehendunt; quod facit Ulpian. *l.* 1. §. 4. *de suis & legit. l.* 1. §. 8. *ad senat. Tertyll.* item Callistratus *l.* 5. §. *ult. de extraord. cognit.* VINN. Frequenter Jureconsulti veteres eas species quæ habent mixtam causam negligunt, quasi confusas cum simplicibus; atque inde ejusdem rei modo tripartita modo bipartita distributio est. Rem omnem confecit vir. clar. Ger. Nood. *probab.* 1. 12. qui & hoc ipsum exemplum refert *obs.* 11. 21. HEIN.

TEXTUS.

De maxima capitis deminutione.

1. *Maxima capitis deminutio est, cum aliquis simul & civitatem & libertatem amittit; quod accidit his qui servi pœnæ efficiuntur atrocitate sententiæ: vel libertis ut ingratia erga patronos condemnatis: vel his qui se ad pretium participandum venumdari passi sunt.*

L. 18. *tit.* 1. *Part.* 6.

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 quoque reliqua duo. Sic Regulus *capitis minor* Horatio, id est servus factus per captivitatem, *lib.* 3. *carm. Ode* 5. *v.* 42. De modis quibus quis in servitutem redigitur plenissime explicatum est §. *pen. sup. de jur. pers.* & nominatim de servitute pœnæ in §. 3. *sup. quib. mod. jus. pat. pot.*

Ingratia] Ita legit Pacius; alii *ingratis.* Hotomannus *ingrati*, ut subaudiatur *crimine* vel *judicio.* Usurpavit hoc jus Imperator Claudius, teste Suetonio in ejus vita *c.* 5. Estque de eo *tit. in C. de libert. & eor. lib.*

TEXTUS.

De media.

2. *Minor sive media capitis deminutio est, cum civitas quidem amittitur libertas vero retinetur, quod accidit ei cui aqua & igni interdictum fuerit, vel ei qui in insulam deportatus est.*

L.

L. 18. *tit.* 1. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

Cur sontibus olim aqua & igni interdici solitum?

Libertas retinetur] *l.* 2. §. 1. *l.* 17. §. 1. *de pœn. l.* 6. *de interd. & releg.* Objici solet locus Callistrati in *l. pen.* §. *ult. de extr. cogn.* Sed locus iste haud dubie 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 Quiritum accipere, quasi jure Quiritium liber non sit qui in numero Quiritum non est, ut disputat Cic. *in fin. orat. pro Cæcinna.* VINN. Nihil est hac Cujacii sententia verius; alia enim erat libertas juris gentium, alia juris Quiritium, quam luculenter explicavimus in *antiq. Rom. adpend. lib.* 1. §. 25. *seq.* illa capitis deminutione maxima, hæc & media eripiebatur. Liv. *lib.* 45. *c.* 5. Præclare rem omnem confecit vir clar. Ger. Nood *obs. lib.* 2. *c.* 21. HEIN.

1. *Cui aqua & igni*] Jure à majoribus tradito non licuisse civem, licet noxium, aut supplicio capitis afficere aut libertatem ei civitatemve adimere multi tradiderunt. Cæsar *orat. sua apud Sallust. de bell. Catil.* Cicero in suis *pro Aul. Cæcin. pro dom. sua, pro Corn. Balb.* Lactant. *lib.* 2. *c.* 10. Ceterum 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 sontibus interdici cœptum est, ut his duobus tamquam vitæ humanæ præsidiis destituti, si exitium sibi paratum vitare vellent in exilium proficisci cogerentur, inque aliam civitatem profugere, in quam cum essent recepti Romanam demum amittebant. Quibus igitur aqua & igni interdicebatur, iis quidem aperte vita non eripiebatur, ac ne civitas quidem (siquidem nulla exilii facta mentione hæc pœna irrogabatur), sed tacite tamen morte quodammodo mulctabantur, vique ipsa expellebantur civitate; cum solo aere vivere aut regi non possent, nec fas esset eos aut recto recipere aut aqua & igni ceterisve quibus vita continetur juvare, ut ex eadem oratione Ciceronis *pro domo sua cap.* 29. & 81. liquet.

In insulam deportatus] Deportatio species exilii fuit atrocissima, cum scilicet quis ita damnabatur ut bonis publicatis nervo aut compedibus vinctus & in navim impositus à servis publicis in certam insulam deportaretur, ibique in perpetuum concluderetur. Qua pœna manifesto caput eximitur de civitate, civesque ad peregrinorum conditionem redigunter, *l.* 17. §. 1. *de pœn. l.* 6. *de int. & releg.* Non uno autem loco in libris nostris traditum est deportationem in insulam in locum aquæ & ignis interdictionis successisse, *l.* 2. §. 1. *de pœn. l.* 3. *ad leg. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extr. cogn.* Itaque umbrâ vetusti juris adhuc retenta, aqua & igni interdictos nostri deportatos interpretantur, *l.* 1. §. 2. *de legat.* 3. *l.* 2. *de publ. jud.* eademque & in aliis locis illorum verborum interpretatio facienda est. Consule Brisson. *lib.* 3. *sel. antiq. cap.* 5. VINN. Proprie dici non potest deportationem successisse in locum interdictionis aquæ & ignis, sed eidem superadditam esse, quamvis priore locutione utantur Veteres locis à Vinnio allegatis. Mansit potius antiqua illa aquæ & ignis interdictio etiam post inventam deportationem, Tacit. *annal* 6. *c.* 30. Adjecere tamen Impp. ut exules isti non ubi libêret sed in certa quadam insula viverent, Ulr. Huber. *digress.* 2. 3. 9. *pag.* 195. Auctor hujus instituti Augustus ut ex Dion. Cass. 55. *p.* 560. constat. Vid. *Antiq. nost. lib.* 1. *tit.* 16. §. 11. HEIN.

TEXTUS.

De minima.

3. *Minima capitis deminutio est, cum civitas retinetur & libertas, sed status hominis commutatur: quod accidit his qui cum sui juris fuerint, cœperunt alieno juri subiecti esse vel contra; veluti si filiusfamilias á patre emancipatus fuerit, est capite deminutus.*

L. 18. *tit.* 1. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo intelligendum quod Ulp. scribit minimam capitis deminutionem salvo statu contingere.*

2 *Non solum adrogatos capite minui sed etiam adoptatos, quamquam cum distinctione.*

3 *Emancipati cur capite minui dicantur, & numnam post, imagine servitutis sublata, capite minui desierint?*

1 *Sed status hominis*] Minima capitis deminutio est per quam salva civitate & libertate status dumtaxat hominis mutatur, Ulp. *in fragm. tit. de tutel.* §. 12. Idem tamen Ulp. *l.* 1. §. 8. *ad sen. Tertyll.* scribit hanc capitis deminutionem contingere salvo statu. Quæ videri possunt contradictoria. Et utique essent si vocabulum *status* utroque loco eodem modo acciperet: nulla autem contradictio est si eo vocabulo quod est ὁμώνυμον (*anceps*, & *ad varia flexile*) non in eadem significatione utrobique utatur. Ergo recte dicit hanc capitis minutionem contingere salvo statu, sed statu publico quem quis ut civis habet; recte item eamdem non contingere salvo statu, sed privato quem quis habet in familia, *l. ult. hoc tit.* In definitione autem. *pr. hujus tit.* tradita, appellatione *status* utrumque continetur.

2. *Qui cum sui juris*] Qui se adrogandum dat manifeste capite minuitur, quia caput suum in familiam & domum alienam transfert, *l. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tabb.* Liberos quoque qui eum sequuntur, de quo dictum §. *pen. sup. de adopt.* capite minui placet, quia & ipsi cum parente familiam mutant, *l* 3. *pr. ff. de cap. min.* Sed etsi filius-fam. à patre in adoptionem detur dicendum est eum capite minui, quia in alienam familiam transit, *l.* 4. §. *pen. de grad. & affin.* quod tamen ex constitutione Justiniani non aliter nunc contingit, quam si à non extraneo adoptatus sit, de quo *sup.* §. 2. *de adopt.* & §. 8. *quib. mod. jus patr. potest.*

3. *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 emancipati capite minui dicantur hanc rationem affert Paulus *d. l.* 3. *de cap. min.* qua in imaginariam servilem causam deducuntur. Unde plerique contendunt hodie, sublata in emancipationibus antiqua servitutis imagine, *l. ult. C. de emanc. lib.* §. 6. *Inst. quib. mod. jus pat. pot.* emancipatos capite non amplius minui; non magis quam 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 imaginarii habeat; certe adæquata non est. Nam primum constat in adrogationibus nullas venditiones aut manumissiones intervenisse, & tamen adrogati liberique 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. her.* Postremo si jura agnationis & familiæ non amitterentur nisi interventu imaginarii illius contractus, necesse non erat Justinianum specialiter cavere, ut ii quos dignitas patria potestate eximit eadem jura integra retinerent, *d. Nov.* 81. *cap.* 2. Quamobrem potius est ut à familiæ mutatione rationem petamus, quod & ipse Paulus facit *l. ult. de cap. min.* Sic igitur sentio: etiam post venditiones illas sublatas recte dici emancipatis contingere capitis deminutionem, propterea quod non minus nova quam veteri emancipatione familiam amitterent & pro extraneis haberentur, ut ex iis quæ jam dicta sunt liquet. Ceterum jure novissimo quo differentia agnationis & cognationis tum in successione tum in tutelis penitus sublata est, *Nov.* 118. *c.* 4. & 5. vix est ut emancipatio inter genera capitis minutionis referri possit. VINN. Pauli ratio solida omnino videtur. Hinc cum Virgines Vestales à Pontifice caperentur, id tamquam singulare privilegium notat Gellius *lib.* 1. *cap.* 12. *quod captæ sine emancipatione & sine capitis minutione è patris potestate exierint.* Rationes Vinnii, quibus Paulum oppugnat, non sunt maximi ponderis. Nam quod ad primam attinet, unius rei plures causæ esse possunt. Duo posteriora ex ipsis Anastasii & Justiniani legibus solvuntur. Nam quamvis ii imaginarias venditiones sustulerint, voluerunt tamen ut emancipationes Anastasiana & Justinianea ejusdem cum vetere effectus essent, perinde ac si venditiones istæ fuerint adhibitæ. HEIN.

TEXTUS.

4. *Servus autem manumissus capite non minuitur, quia nullum caput habuit.*

COMMENTARIUS.

SErvile caput nullum jus habet, & ideo nec minui potest inquit Paulus, *l.* 3. *in fin. eod.* Quod igitur hic ait Justinianus, servum

vum nullum caput habere, idem est ac si diceret servum nullum jus habere aut locum in tribus illis quæ civium propria esse diximus, libertate, civitate, familia; ad quæ tria in hoc tractatu *capitis* & *status* vocabula referuntur, quæ alioquin per se latius patent, & de persona servili etiam prædicantur, *tit. ff. de stat. hom. & Inst. de jur. pers.*

TEXTUS.

De mutatione dignitatis.

5. Quibus autem dignitas magis quam status permutatur, capite non minuuntur; & ideo a senatu motos capite non minui constat.

COMMENTARIUS.

DIgnitas quoque generali appellatione *status* continetur; ideoque qui senatu vel alio ordine movetur, recte dicitur circa statum dignitatis plecti, *l. 5. §. 2. de extr. cogn.* Sed quia ita moti existimatio dumtaxat minuitur, cetera autem quæ civem proprie constituunt salva manent idcirco in hoc argumento dicitur capite non minui sed civis manere integri capitis, *l. 3. ff. de senator.*

TEXTUS.

Interpretatio §. ult. sup. tit. prox.

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.

COMMENTARIUS.

1 *Jus sanguinis seu cognationis quod modis accipiatur.*

2 *Manumissos non recipiere cognationem servitute amissam; at beneficio Principis restitutos recipere.*

REdit Imp. ad id quod §. *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, disserendum putavit; docetque nunc quod de cognatione dixit eam capitis minutione non perinde ut agnationem perimi, de minima accipiendum esse; maximam vero & mediam, utpote quæ mortalitati comparantur, *l. 63. §. 10. pro soc.* etiam intervertere jus cognationis.

1. *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 plane 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 dirimi potest; ut ecce, jus 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 jus civile efficere ut ne filius patri frater fratri certo casu succedat aut ad bonorum possessionem *unde liberi* aut *unde cognati* vocetur. Nam hæc jura licet naturalia recte dicantur propter rem cui tribuuntur quæ est naturalis cognatio; tamen quia inter cives tantum instituta sunt, etiam ad jus 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.

2. *Ne quidem si manumissus*] Is qui servus aliqua ratione factus est cognationem manumissione non recipit, ac proinde ad bonorum possessionem *unde cognati* á prætore non vocatur, *l. 1. §. 2. l. 7. unde cogn. & inf. tit. Inst. de serv. cogn. in pr.* Nam dominus quidem libertatem servo imponere potest & jus suum remittere; jus autem cognationis quod servitute amiserat ei restituere non potest. Plane 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. tabb.* Atque hoc quidem jure veteri obtinebat. Justinianus autem postea etiam libertinos ad similitudinem ingenuorum succedere voluit, §. 2. *inf. de serv. cogn.* & novissime libertinos ingenuis per omnia exæquavit, excepto jure patronatus, *Nov. 78. c. 2.*

Cognationem] Hoc est, jus quod propter cognationem, cum adhuc liber & in civitate esset, habebat. Ceterum ipsa cognatio aut sangui-

guinis conjunctio servitute non extinguitur; quæ idcirco etiam nuptiis post manumissionem impedimento est, §. 10. *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.

Ad quos agnatos tutela pertinet.

7. *Cum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum 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.*

L. 9. tit. 16. Part. 6.

COMMENTARIUS.

Qui proximiore gradu] Æquum enim est ut illi onus tutelæ subeant qui & ad successionem vocantur; vocantur autem soli agnati proximi, *inf. tit. Inst. de leg. agn. succ.*

Ad omnes pertinet] Si plures sint agnati eodem gradu pariter omnibus tutela defertur, *ll.* 8. *&* 9. *de leg. tut.* nempe quia & ad hereditatem omnes simul admittuntur, §. 5. *inf. de leg. agn. succ.* Qui ergo si aliqui ex proximioribus vel etiam omnes mortui sint vel capite minuti? Et quidem quamdiu unus adhuc superest & in familia est, tutela penes eum remanet, per *l.* 3. §. 5. *de leg. tut.* Ceterum si omnes decesserint vel capite minuti sint, sequentes in tutelæ administrationem succedunt, *d. l.* 3. §. *pen.* Qua in re tutela legitima olim differebat à legitima agnatorum hereditate, in qua placebat successionem non esse, hoc est, si proximi defecissent insequentium gradum non admitti, §. 7. *inf. de leg. agn. succ.* Enimvero 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. §. 8. Idem dicendum videtur & si proximus idoneus non sit ad tutelam gerendam, *arg.* §. *pen. infr. de curat. l.* 10. §. 7. *de exc. tut.* tamquam si hic proximus gradus adhuc supersit. Novissima Justiniani constitutione legitima tutela cognatis juxtà 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.* VINN.

Hic titulus nullius hodie usus est; cum enim agnationis & cognationis jura unum idemque valeant, *Nov.* 118. *cap.* 4. *&* 5. & filiusfam. testamentum condere possit, *l.* 4. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* minima illa capitis deminutio Romanorum quod ad nos attinet ad nihilum fuit redacta. Præterea cum damnatis ad mortem testamentum condendi jus sit, *l.* 3. *tit.* 4. *lib.* 4. *Recop.* dubitari nequit, quin etiam in metallum damnati et in carcerem perpetuo detrusi jura civitatis retineant. Hac igitur de causa maxima quoque & media capitis deminutio exolevit. Vid. Olan. *Antinom. jur. civ. & Reg. lit. O, n.* 63. *& seqq.* ADDIT.

TITULUS XVII.

DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Dig. lib. 26. *tit* 4. *Cod. lib.* 5. *tit.* 30.

Continuatio.

EX quatuor generibus in quæ tutelam legitimam distribuimus, primum explicatum est, tutela agnatorum: alterum nunc sequitur, patronorum, qui & ipsi proprie legitimi tutores sunt ex ratione & mente legis XII. tabb. *ll.* 1. *&* 3. *de leg. tut.* junct. *l.* 6. §. 1. *de verb. sign.*

TEXTUS.

Ex ratione lex. XII. tabb. quæ tutelas agnatis idcirco defert quia heredes ab intestato sunt, inductum est, ut patroni libertorum suorum tutelam susciperent, quæ ideo legitima dicitur, l. 3. ff. de legit. tut.

Ex

Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum & libertarum tutela ad patronos liberosque 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 hereditates libertorum libertarumque, si intestati decessissent, jusserat lex ad patronos liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres voluisse legem etiam tutelas ad eos pertinere; cum & agnatos, quos ad hereditatem lex vocat; eosdem & tutores esse jusserit: quia plerumque ubi successionis est emolumentum, ibi & tutelæ onus esse debet. Ideo autem diximus plerumque, *quia si femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur cum alius sit tutor.*

L. 10. *tit.* 16. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

NOn quia nominatim] Lege XII. tabb. patronis tutela defertur non propalam aut nominatim & disertis verbis, quemadmodum agnatos lex vocat, sed per consequentias hereditatum quæ ex ipsa lege patronis datæ sunt, *l.* 3. *pr. de leg. tut.* Ulp. *in frag. tit. de tutel.* §. 2.

Per interpretationem] Prudentum scilicet quibus permissum erat leges publice interpretari & consulentibus de jure respondere, §. 8. *sup. de jur. nat gent. & civ. l.* 2. §. 5. *de orig. jur.*

Perinde accepta est] Verbum *ex legibus*, ait Ulp. sic accipiendum est, *tam ex legum sententia quam ex verbis, l.* 6. §. 1. *de verb. sign.* Et Celsus *scire leges*, inquit, *non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem, l.* 17. *de legib.*

Ubi successionis est emolumentum] Prudentum collectio fuit patronos ideo ad tutelam libertorum à lege vocari quia vocantur ad eorum intestatorum hereditatem, hoc argumento quod non aliam ob causam tutela agnatis delata fuit quam quod & ipsos ad hereditatem lex vocasset, *l.* 1. *de leg. tut.* Recte & naturæ juris convenienter, quo comparatum est ut incommoda cujusque rei eum sequantur quem sequuntur commoda, *l.* 10. *de reg. jur. l. un.* §. 4. *C. de cad. toll.*

A femina manumittantur] Interdum alibi est hereditas alibi tutela; quod fit, cum illi qui ad hereditatem vocantur non sunt idonei ad tutelam administrandam; ut puta si femina manumisserit aut consanguinea sit pupillo, *d. l.* 1. §. 1. quippe tutela virile munus est, *ll.* 16. & 18. *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 renuntient, *auth. matri & aviæ cum auth. seq. C. quand. mul. off. tut. fun. poss.*

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.

L. 10. *tit.* 16. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

TErtia species tutelæ legitimæ, parentum est qui liberos impuberes contracta fiducia emanciparunt; id quod ex constitutione Justiniani semper fieri intelligitur, §. *ult. Inst. inf. de leg. agn. succ. l. ult. C. de emanc. lib.* repete quæ notavimus ad §. 6. *Inst. sup. quib. mod. jus pat. pot.* Hæc autem tutela non eodem modo per interpretationem legis XII. tabb. introducta est, quo præcedens illa patronorum; neque enim ut lex patronos ad successionem libertorum vocat, ita & vocat parentes ad successionem liberorum emancipatorum. Unde Ulpianus hanc tutelam non legitimam sed *fiduciariam* appellat *in fragm. tit. de tutel.* §. 4. Ceterum quia ad similitudinem tutelæ patronorum jure civili introducta est, eo quod parens qui filium manumittit patroni personam induit, atque ob hoc ad legitimam filii, qui liberti patitur exitum, *l.* 1. *si à par. quis man.* hereditatem vocatur,

tur, *l.* 10. *de suis & legit. l.* 2. *C. ad sen. Tert.* §. *ult Inst. inf. de leg. agn. succ.* obtinuit ut etiam hæc tutela legitima potius diceretur quam fiduciaria, quasi & ipsa ad rationem legis XII. 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.

Filiifam. á patre manumissi pater tutor est legitimus; eo vero defuncto, frater tutor fiduciarius existit.

Est & alia tutela quæ fiduciaria appellatur; nam si parens filium vel filiam, nepotem vel neptem vel deinceps impuberes manumisserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto, si liberi ejus virilis sexus existant fiduciarii tutores filiorum suorum vel fratris vel sororis vel ceterorum 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.

L. 10. *tit.* 16. *Part.* 6.

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 & fiduciarii ipso jure tutores fiunt & excludunt Atilianos; unde & permixte iisdem locis quibus de legitimis tutoribus disputatur, etiam de fiduciariis quæritur, ut *hic & in π.* (*Pand.*) *l.* 3. §. 10. *& l.* 4. *de leg. tut.* Ceterum quia hæc tutela nulla interpretatione referri potest ad legem XII. tabb. ideo non legitima sed peculiari nomine fiduciaria appellata est: haud dubie per abusionem vocabuli, quod cum in patre, cui alioqui soli id proprie convenit, non voluisset, ad liberos ejus quasi hereditarium translatum est inopia alterius nominis, ut recte conjicit D. Hotom. VINN. Proprie fiduciaria tutela fuit quam *per similitudinem patroni* suscipiebat pater naturalis qui remancipatum sibi ab emtore filium manumisserat. Ulp. *in frag. tit.* 12. §. 5. Adeoque hoc nomen ei tutelæ competebat quam superiore titulo *legitimam parentum tutelam* vocat Justinianus. Et sane cum contractus fiduciæ inter patrem naturalem & fiduciarium intercederet: vix excogitari potest ratio cur fratrum potius tutela quam parentum vocanda sit fiduciaria. Ceterum hæc tutela non minus ex interpretatione legis XII. tabb. fluit quam illa. Pater enim emancipans veluti patronus est; frater emancipati, patroni filius: ergo ad eundem mortuo patre tutela pertinet. HEIN.

Filiorum suorum vel fratris vel sororis vel ceterorum.] Observandum hic est, tres fiduciarias tutelæ quasi gradus à Justiniano poni, quorum primus est filiorum, alter fratris vel sororis, tertius ceterorum. Non igitur frater tantum fratris emancipati, aut patruus filii fratris, 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; contrà quam Hotom. & Myns. 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. Sed exemplum hoc dissimile est. Nam lex XII. 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 filii sui aut fratris ab avo vel patre emancipati legitimi heredes non sunt; nec igitur legitimi tutores, *l.* 1. *unde legit. l.* 5. *de cogn.* Atque

que hæc ratio generalis est, pertinens ad omnes personas quas enumeravimus. Aliam etiam mox reddit Justinianus.

Quoniam filius quidem] His verbis occurritur propositæ objectioni. Ratio autem diversi juris quam hic Justinianus affert particularis est, & claudicare videtur in nepote ab avo emancipato. Etenim nepos, si emancipatus non fuisset, post mortem avi in potestatem patris sui in avi potestate retenti recidisset; ideoque ex ratione Justiniani 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 hereditario redit, ac proinde & tutela legitima quæ jus illud sequitur; prorsus ut libertus, si servus mansisset, post mortem domini in potestatem liberorum ejus hereditate pervenisset. At liberi non jure successionis sed proprio patris jure in potestatem ejus recidunt, quippe qui & exheredatus eamdem potestatem retineat; neque ad patrem quantumvis heredem jus patronatus quod avus in nepote habuit transit per *l.* 1. §. *pen. ff 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. Recte autem hic notant Interpp. fiduciarios tutores esse desiisse, ex quo fratres emancipati ad legitimam fratrum tutelam ab Anastasio vocati sunt, *l.* 4. *C. de legit. tut.* Maxime vero jure novissimo, quo juris agnatici & cognatici discrimen hac in parte penitus sublatum est, *Nov.* 118. *cap.* 4. & 5. VINN. Nostro Hispanorum jure parentes qui erga filios vehementiori sunt affectione ducti, eorum tutelam gerunt postquam è sacris paternis exiere. Potiori ratione earum rerum curam gerunt quæ pleno jure ad filios in potestate retentos pertinent, & proinde tutorum sortiuntur exitum; unde formula in libellis forensibus usitata hæc est: *como padre y legitimo administrador de mi hijo N.* Cum hæc in Hispania observari innuimus, putandum non est, id ea de causa fieri quod parentes per emancipationem jus patronatus in filios nanciscantur; nihil enim tam longe abest à simplicitate & ratione juris nostri. ADDIT.

Nec in tutelam] Subaudi *legitimam emancipatus recidit.* Alioqui perspicue falsum esset: nam ex fratribus in potestate rententis, patre mortuo, qui eorum ætatis perfectæ est alterius fratris legitimus fit tutor. D. Hotomannus putat totum hoc adventitium esse, atque à glossatore annotatum.

Perfectæ ætatis] *l. ult.* §. 4. *C. de leg. her.* Ætatem autem perfectam appellat qua completur virilis vigor, nempe annorum quinque & viginti, *l.* 1. §. 2. *de min. ll.* 4. & 8. *ff. 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 *infra tit. Inst. de excusat.* §. 13.

TITULUS XX.

DE ATTILIANO TUTORE, ET EO QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

Dig. lib. 26. *tit.* 5. *Cod. lib.* 5. *tit.* 34. & 36. *Et L.* 12. *tit.* 16. *Part.* 6.

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. Postremo nonnihil attexit quod ad tutores omnes & officium eorum in universum pertinet.

TEXTUS.

Jus antiquum, si nullus sit tutor.

Si cui nullus omnino tutor fuerat ei dabatur, in urbe quidem à prætore urbano & majore parte tribunorum plebis tutor ex lege Attilia, in provinciis vero à præsidibus provinciarum ex lege Julia & Titia.

COMMENTARIUS.

NUllus 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 Julia & 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 provinciis præsidibus earum. Unde discimus eos solos jus dandi tutores habere quibus id nominatim lege aliqua concessum est, *l. 6. §. 2. de tut.* VINN. Ut impuberibus à magistratibus tutores darentur cum nullus omnino tutor illis fuerit, factum primum est plebiscito quod legis Attiliae nomine in jure laudatur. Tempus hujus legis latæ non plene constat; sed proculdubio lata fuit anno V.C.443. *L. Attilio Regulo trib. pleb.* cujus meminit Liv. IX. 30. Sed cum ea lex Romæ tantum haberet locum, Ulpian. in *fragm. tit.* 11. §. 18. anno 722. Augusto III. & M. Titio M. F. Rufo coss. lata est lex Julia & Titia quæ una tantum lex fuit, ut Julia & Papia de qua in *comm. nost.* item Licinia & Mucia cujus mentionem facit Cic. pro L. Cornelio *cap.* 21. *& de Offic. lib.* 3. *c.* 11. Vid. Tacit. *ann.* III. 25. *& nost. Antiq. Rom. lib.* 1. *tit.* 13. §. 9. *& seqq.* HEIN.

In Hispania potestas dandi tutores ad Judices ordinarios spectat, ad eos nimirum intra quorum jurisdictionem res pupilli continentur, aut domicilium ejus sive parentis est, vel amborum origo, *l.* 12. *tit.* 16. *Part.* 6. Si pupillis Proceribus (*Grandes* nostrates vocant) tutorem dare oporteat, Rex adeundus est, vel ut ipse det, vel ut ex ejus rescripto magistratus, *l.* 14. *tit.* 5. *lib.* 2. *Recop.* ADDIT.

Majore parte tribunorum] Id est, sex; erant enim decem, *l.* 2. §. 34. *de orig. jur.* Liv. *lib. III. c.* 30. Halicar. *lib.* 6. hoc autem non sic accipiendum est, quasi prætor una cum sex tribunis quem vellet tutorem dederit; sed quod cum omnes tribuni adhiberentur, ex sententia tamen majoris partis tutor creandus esset, sublato in hac causa jure intercedendi collegarum; cum alioqui vel unius è collegis intercessione impediri potuisset quod ceteri decrevissent, ut recte hic monet D. Hotom. & passim testatur Livius.

TEXTUS.

Si spes sit futuri tutoris testamentarii.

1. *Sed et si in testamento tutor sub conditione aut ex die certo datus fuerat, quamdiu conditio aut dies pendebat ex iisdem legibus tutor alius interim dari poterat. Item si pure datus fuerat, quamdiu ex testamento nemo heres existebat, tamdiu ex iisdem legibus tutor petendus erat; qui desinebat esse tutor si conditio extiterat aut dies venerat aut heres extiterat.*

COMMENTARIUS.

1 *Tutor ex certo die testamento datus cur statim non fiat tutor.*

2 *Cur placeat testamentariam tutelam in suspenso esse quamdiu nemo heres ex testamento existit.*

3 *Quibus casibus accidat ut inter mortem testatoris & additionem hereditatis plusculum temporis intercedat.*

4 *Aliquando etiam ad adeundam hereditatem impuberi tutorem à magistratu dandum.*

HIc alter casus proponitur quo tutor à magistratu datur, nempe si is qui testamento datus est impedatur quominus 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 heres institutus additionem hereditatis protrahat, vel denique quod qui testamento datus est ab hostibus captus sit, de quo §. *seq.*

1. *Sub conditione, aut ex certo die*] Ex *d. l.* 11. *de test. tut.* De conditione res certa est: quippe quæ actus omnes suspendit, §. 4. *Inst. inf. de verb. obl.* Diesquoque incertus pro conditione est, *l.* 2. §. 2. *l. dies* 75. *de cond. & dem.* De certo die justa esse poterat dubitandi ratio. Nam sicut obligationi dies certus adjectus non impedit quominus quod promissum est præsenti die debeatur, §. 2. *infr. de verb. oblig.* ita & tutor ex die datus videri poterat statim tutor esse, ut jam alius tutor dari non posset, propter regulam traditam, §.

pen.

pen. inf. tit. de curat. Sed claudicat comparatio. Quippe ratio non patitur ut dicamus eum tutorem esse in quem nihil juris ante diem testator collatum voluit.

2. *Nemo heres existebat*] Hoc enim traditur in *l.* 10. *pr. de test. tut.* & ratio est, quia quamdiu pendet aditio hereditatis, tamdiu quoque in suspenso sunt omnia quæ in testamento scripta sunt; atque ut adita demum hereditate confirmantur, ita ea non adita una cum testamento corruunt, *l.* 9. *d. tit.*

3. Potest autem fieri ut inter mortem testatoris & aditionem hereditatis plusculum temporis intercedat, vel quod heres sub conditione institutus sit, vel quod diebus cretionum aut jure deliberandi utatur. Ceterum hæc ad eum dumtaxat casum referri posse videntur quo confirmatio testamenti pendet ab aditione heredis instituti. Nam si filium impuberem quem in potestate pater habet, tutore dato simul heredem instituit, is ut suus heres & necessarius ipso jure hereditatem capit, §. 2. *Inst. inf. de her. qual.* Atque ut statim post mortem patris & ipso jure heres existit, ita & tutela hoc ipso statim confirmatur; cum, ut Jo. Faber loquitur, suitas pro aditione sit, *l.* 14. *de suis & legit.* quod latius persequitur Ant. Fab. *Jurispr. tit. qui test. tut. pr.* 1. *ill.* 18. At finge patrem filio impubere, cui tutorem dedit, exheredato extraneum heredem instituisse: dum heres de adeunda hereditate deliberat alius interim tutor à magistratu petendus erit. Item dicendum est si pater filio emancipato, sive exheredato sive præterito tutorem dederit: nam & confirmandus pro testamentario est. Necesse est autem prius testamentum confirmari aditione heredis, quam à prætore confirmetur qui tutor datus est.

4. Sed & si pater filio emancipato heredi instituto, aut mater liberis, aut extranei extraneis item heredibus institutis tutorem dederint, adhuc à magistratu tutor dandus est ad adeundam hereditatem; 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 Justinianus 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. tit. quib. modis tut. finitur.* Vinn. Hujus §. sententiam nullius usus apud nos esse, vel ex *ll.* 2. *&* 5. *tit.* 16. *Part.* 6. liquet. Addit.

Textus.

Si tutor ab hostibus sit captus.

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 jure postliminii.*

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 quam curatorem dari placuit, *arg. l.* 17. §. 1 *de appel.*

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. Vinn. Sed neque hæc hodiernis juris Hispanici placitis consentanea esse jam supra notavimus Addit.

Textus.

Quando & cur desierunt ex dictis legibus tutores dari.

3. *Sed ex his legibus tutores pupillis desierunt dari posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare cœperunt, deinde prætores ex constitutionibus. Nam supradictis legibus neque de cautione á tutoribus exigenda, rem pupillis salvam fore; neque de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem quidquam cavebatur.*

Commentarius.

1 *Quæ 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

do etiam usurpasse, cum jam tutorum creatio ad curam prætoris potissime pertineret. Arguit certe id locus Modestini in *l.* 1. §. 1. *de conf. tut.* in verbis, ἐκ τῆς τοῦ ὑπατικοῦ ἐξουσίας. (*è consulari potestate*).

Ex inquisitione] D. Hotom. reponit, *ex jurisdictione*; quomodo etiam legisse videtur Theophilus, qui vertit κατὰ (*secundùm*) *jurisdictionem*. Et sane probabile non est antea temere & sine ulla inquisitione tutores dari potuisse; quamquam necesse non est textum ob id mutare: nam fortassis constitutionibus demum ratio inquirendi certo 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.* 21. §. *ult. de tut. & cur. dat.*

Prætores ex constitutionibus] Jul. Capitolinus *cap.* 10. hoc tribuit M. Antonino Philosopho: *Prætorem*, inquit, *tutelarem primus fecit, cum antè tutores à consulibus poscerentur, ut de tutoribus diligentius tractaretur.* Atque hìc iterum observandum, neque consules neque prætores vi imperii aut magistratus sui jus dandi tutores habuisse; sed tum demum habere cœpisse postquam id iis specialiter datum est constitutionibus Principum.

Nam suprædictis legibus] Duplicem causam affert cur tandem ex legibus Attilia, Julia & 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 maxime ad legitimos pertinet, ut videbimus *inf. tit. de satisd. tut.*

1. Coactio vero omnium tutorum communis est. Coguntur autem extra ordinem remediis prætoriis, videlicet mulctæ dictione aut captis pignoribus, *l.* 1. *ff. de adm. tut. l.* 3. *C. de susp. tut. l.* 9. *de mun. & hon.* §. *pen. Inst. inf. de satisdat. tut.*

TEXTUS.

Jus novum.

4. *Sed hoc jure utimur, ut Romæ quidem præfectus urbi vel prætor secundum suam jurisdictionem, in provinciis autem præsides ex inquisitione tutores crearent, vel magistratus jussu præsidum si non sint magnæ pupilli facultates.*

COMMENTARIUS.

1 *Jure magistratus quæ competere dicantur, & quæ specialiter tributa.*

2 *Ea quæ jure magistratus competunt, mandata jurisdictione transire; specialiter concessa non item.*

3 *Vocabulo jurisdictionis late sumto etiam ea quæ specialiter tribuuntur non absurde eo referri.*

Præfectus urbi) Qua primum lege tutoris dandi potestas præfecto urbis data sit non memini legisse; datam tamen constat, *l.* 45. §. 3. *ff. de excus. l.* 1. *C. de tut. illust.* Olim hic magistratus juri dicundo constituebatur ad tempus, Regibus aut magistratibus urbe profectis. Post cœpit constitui ad paucos dies tantum, quoad solemne sacrum feriarum Latinarum peractum esset. Primus Augustus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teste Tacito 6. *annal. cap.* 10. 11. Auxit deinde potestatem præfecti Divus Severus, datque ei cognitio de omnibus criminibus, non tantum in urbe sed etiam in Italia usque ad centesimum ab urbe lapidem, *l.* 1. *de offic. præf. urb.* Consulatur Gruch. 2. *de comit.* 2. VINN. Immo jam ab Augusti temporibus cognitio aliqua de criminibus penes præfectum prætorio fuisse videtur. Id enim velle puto Tacitum *l. c.* verbis: *qui coërceret servitia, & quod civium audaciâ turbidum, nisi vim metuat.* Mox pleraque crimina à præfecto urbi vindicata fuere. Idem enim Tacitus *lib.* 14. *annal. c.* 41. auctor est, Valerium Ponticum *ignominia relegationis adfectum, quod reos ne apud præfectum urbis arguerentur, ad prætorem detulisset.* Conf. Tacit. *hist. lib.* 2. *c.* 63. *seq.* Dosith. *epist. Hadr. cap.* 7. Unde Severus territorium hujus jurisdictionis ad centesimum ab urbe lapidem tantum protulisse videtur. HEIN.

Secundum 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 plane intelligemus quid his verbis *secundum jurisdictionem suam* Justinianus significet, & simul utrum mandata jurisdictione jus dandi tutores transeat necne.

1. Jure magistratus competere proprie dicun-

cuntur quæ quisque magistratus ex natura officii 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. §. 17. *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.* Cujusmodi est imperium quod dicitur merum, *d. l.* 1. item actiones legis quæ in specie sic appellantur, ut adoptio, emancipatio, manumissio, *arg. ll.* 2. & 3. *de off. procons. 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 tantum ea dici quæ in causis singulis specialiter singulis conceduntur, puta Titio aut Mævio; sed etiam quæ in universum tribuuntur, & sub nomine officii, puta prætori, præsidi &c.

2. Quæ jure magistratus competunt, natura sua insunt jurisdictioni, & ideo mandata jurisdictione transeunt; quæ autem specialiter magistratui concessa sunt, non transeunt; quia ea non ex natura officii sui habet, sed ex nova & adventitia auctoritate quæ ad officium & jurisdictionem magistratus cui tributa sunt necessario non pertinet, *l.* 1. *de off. ejus cui mand. l.* 8. *de tut. & cur. dat. d. ll.* 2. & 3. *de off. procons.*

3. Ceterum si latius verbum jurisdictionis, ut hæc verba *jure magistratus* accipias, etiam ea quæ ita, uti diximus, magistratui specialiter concessa sunt ad officium ejus aut jurisdictionem pertinere haud absurde dixeris, *arg. l.* 1. *de jurisd. l.* 3. *pr. de postul. l.* 3. §. 5. *jud. solv. d. l.* 2. §. 1. *de off. procons.* utique accessione novæ auctoritatis plenius atque auctius officium ejus factum est. In latiori autem hac significatione accipiendum quod hic dicitur, *secundum jurisdictionem*; quamquam hæc verba & aliam interpretationem satis commodam admittunt, nimirum ut intelligamus, prætorem non alio in loco tutorem dare posse quam in quo jurisdictionem habet, neque aliis personis quam quæ jurisdictioni ejus subjectæ sunt, *per l.* 1. *in fin. l.* 3. *de tut. dat. l. ult. de jurisd.* ut *secundum jurisdictionem suam* idem valeat quod *secundum territorium jurisdictionis suæ*, puta Romæ dumtaxat aut in vicinis urbi municipiis, *arg. l.* 5. *de confirm. tut.* D. Tulden. *hic c.* 3. post Myns. & alios.

Præsides] Generali nomine præsidis & proconsul & præfectus Ægypti, omnesque qui provincias regunt appellantur, *l.* 1. *de offic. præs.* quibus item omnibus tutores dare permissum est, *l.* 1. *de tut. & cur. dat.* Specialiter autem præsides dicuntur, qui alias legati Cæsaris, *l. pen. ff. de off. præs.* ministrum qui mittebantur in provincias Principis, id est 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 iis quoque hoc jus specialiter datum est, *l.* 3. *de tut. dat.*); sed ideo dicitur quia non ante hoc jus usurpare poterant quam rem ad præsidem, cujus primæ partes erant, detulissent; isque eam quod forte aliis negotiis avocaretur, nec magnæ essent pupilli facultates, ad eos remisisset, *l.* 1. §. 3. & 5. *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. procon.* 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 tantum sit necessarium antecedens & causa sine qua non. VINN. Mandari non poterat tutoris datio. Diserte enim Ulpianus *l.* 8. *ff. de tut. & cur. dat. Nec mandante præside alius tutorem dare potest.* Unde recte Vinnius ait, suo proprio jure magistratus municipales tutores dedisse, quia id illis concessum oratione D. Marci, *l.* 3. *ff. eod.* at non simpliciter, sed si á præside tutorem dare jussi sint. Rem omnem præclare exposuit vir. clar. Ger. Noodt *de jurisd. lib.* 2. *c.* 8. *p.* 128. HEIN.

TEXTUS.

Jus novissimum.

5. Nos autem per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum resecantes, nec expectata jussione præsidum, disposuimus, si facultates pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, Defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo Antistite, vel

vel alias personas publicas, id est Magistratus, vel Juridicum Alexandrinæ civitatis tutores vel curatores creare: legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda, videlicet eorum periculo qui eam accipiunt.

NOTA.

5. *Defensores civitatum*] De his in C. peculiari titulo nimirum 55. Libri I. item in Novellis VIII. in fin. in Edict. & XV. quibus locis ejus muneris functiones, tempus, auctoritas; necnon qui & á quibus creari debeant, exponitur. In plerisque iis quos *Alcaldes de Barrio* passim appellamus non multum absimiles mihi visi sunt. Græcis ἔκδικοι, item *hyperaspistæ* de quibus late Cl. Ducangius in Glossar. med. Græcitatis.

COMMENTARIUS.

QUod jure veteri obtinebat ut magistratus municipales non aliter recte tutores crearent quam si id facere à præside jussi aut moniti essent: id ex parte à Justiniano mutatum est, constitutumque ut si pupilli facultates non excedant summam 500. solidorum, liceat magistratibus cum civitatis Episcopo tutores creare præsidis jussu non expectato, *l.* 30. *C. de Episc. aud.* Ergo si majores sint pupilli facultates, jussus præsidis ut ante 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. id est *sestertium* millia; nostræ monetæ Caroleos bis mille quingentos. Vide Brisson. & Hotomann. in *comm. de verb. sign.* Ex professo autem hanc rem tractant Budæus *de asse*, & item Hotom. *de re numinaria.*

Vel alias publicas personas] Id est magistratus quos singulæ civitates more suo atque instituto habent. Cujacius scribit, constitutionem Justiniani exigere ut legamus *vel aliis publicis personis, vel magistratus.*

Juridicum Alexandrinæ civitatis] Cui etiam jam ante jus tutores dandi constitutione D. Marci datum fuit, *l.* 2. *de off. jurid.* & generaliter legis actio, *l.* 1. *eod. tit.*

Eorum periculo] Magistratuum nimirum minorum quorum jam facta est mentio. Hi enim ut satisdationem exigebant, ita & pupillis in subsidium tenebantur, *tit. de mag. conv.* §. 2. *& ult. inf. tit. de satisd. tut.* quod nunc fere abiit in desuetudinem, ut illic notamus. VINN. Judicibus minoribus, vulgo pedaneis, auctoritas dandi tutorem demandari vælet, si pupilli patrimonium intra summam quingentorum marapetinorum contentum est; si autem excedit, magistratus qui judices ordinarii appellantur, omnino tutorem assignabunt, *l.* 12. *tit.* 16. *Part.* 6. ADDIT.

TEXTUS.

Ratio tutelæ.

6. Impuberes autem in tutela esse naturali jure conveniens est; ut is qui perfectæ ætatis non sit alterius tutela regatur.

COMMENTARIUS.

TUtela ex eorum numero est quæ in genere & quasi in abstracto considerata sunt juris gentium, in specie & in concreto juris civilis. Nam ut ineuntis ætatis inscitia atque imbecillitas alterius provectioris prudentia atque arbitrio constituatur ac gubernetur juri naturali conveniens est, Cic. 1. *de off. c.* 34. 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 quæque civitas ordinaverit.

Perfectæ ætatis non sit] In calce §. *ult. præc. tit.* notavimus, perfectam ætatem in jure civili etiam plerumque dici quæ est annorum 25. Hic autem pinguius, non esse perfectæ ætatis accipitur pro non esse puberem; quamquam etiam ad puberes minores 25. annis, quod hic dicitur, quadrare potest.

TEXTUS.

De tutelæ ratione reddenda.

7. *Cum ergo pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant, post pubertatem tutelæ judicio rationem reddunt.*

L. 21. *in fin. tit.* 16. *Part.* 6.

COM-

COMMENTARIUS.

HIc locus obiter tutores admonet officii sui atque administrationis; quod in π̃. (*Pand.*) & *Cod.* copiose explicatur *tit. de admin. tut.* add. Grot. 1. *man.* 9. *art.* 21. & *seqq. statut. Rhiinland.*

Post pubertatem] Quippe tutelæ agi non potest nisi tutela finita sit, *l.* 4. *de tut. & rat. distr.* ejusque rei hanc rationem reddit Ulp. *l.* 9. §. 4. *eod.* 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, *ll.* 2. & 14. *C. de adm. tut.* Hoc dissimile est, quod curatores durante adhuc curatione singularum rerum nomine conveniri possunt, *l.* 16. §. 1. *de tut. & rat. distr. l.* 26. *de adm. tut. l.* 1. §. 1. *in fin. de cont. tut. act.*

Tutelæ judicio] In omnibus quæ fecit tutor cum 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. §. 7. *de adm. tut.* quamquam inventarii solemniis confectio prohiberi potest ne secreta patrimonii pandantur, *l. ult.* §. 1. *C. de arbitr. tut.* de quo vide Montan. *de jur. tut. c.* 32. *reg.* 4. *de confect. invent. n.* 98. & *seq.* Moller. 1. *semest.* 39.

TITULUS XXI.

DE AUCTORITATE TUTORUM.

D. lib. 26. *tit.* 8. *Cod. lib.* 5. *tit.* 59. *Et LL.* 15. 16. 17. 18. 19. & 20. *tit.* 16. *Part.* 6.

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 quam probatio ejus quod à pupillo vel cum pupillo geritur, *l.* 3. *hoc tit.* Duo priora hic omissa sunt, & fortasse consulto, quia eorum tractatio prolixior visa est quam ut operi Isagogico inseri debuerit. In π̃. (*Pand.*) 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 π̃. (*Pandectarum*) Duo autem hic docet Justinianus, quibus in negotiis necessaria sit tutoris auctoritas, & quomodo interponenda.

TEXTUS.

In quibus causis sit necessaria.

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 aliis promittant pupilli necessaria est tutoris auctoritas. Namque placuit, meliorem quidem conditionem licere iis facere etiam sine tutoris auctoritate; deteriorem vero non aliter quam cum tutoris auctoritate. Unde in his causis ex quibus obligationes mutuæ nascuntur, ut in emtionibus venditionibus locationibus conductionibus mandatis depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem qui cum his contrahunt obligantur; at invicem pupilli non obligantur.

L. 17. *tit.* 16. *Part.* 6.

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 hereditate agatur, aut constituendo procuratore, §. 1. *inf eod. hoc tit.* §. *ult. inf. de curat.* locus est auctoritati tutoris;

ris; 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 vero non possint nisi cum tutoris auctoritate, *l. 9. hoc tit. l. 28. de pact. l. 11. de acq. rer. dom.* Et recte: nam ubi nullum incommodum metuitur frustra 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 quidquam gerere potest, vid. *inf. §. 9. tit. Inst. de inut. stip. n. 3.*

Si quid dari sibi stipulentur] *Nullum enim periculum est, stipularier*, inquit ille apud Plaut. *in Pseudol. act. 4. scen. 6. v. 14.* Idem est si paciscantur aut stipulentur ut id quod debent iis remittatur aut acceptum feratur, *d. l. 28. de pact. l. 2. de accept.*

Aliis promittant] Aut rem suam alienent, actionem remittant, quod eis debetur repudient, debitam pecuniam solvant, creditam accipiant, *ll. 5. & 9. hoc tit. l. 11. de acq. rer. dom. §. ult. Inst. inf. tit. quib. al. lic.*

Ex quibus obligationes mutuæ] Ex quibusdam contractibus mutuæ obligationes, id est ex utraque parte nascuntur, ut in emtione, locatione, mandato, societate & aliis id genus; tam enim, verbi causa, obligatur emtor ad pretium solvendum, quam venditor ad rem præstandam. Ex quibusdam vero nascitur obligatio ex una parte tantum; ut in mutuo solus obligatur qui accipit; in stipulatione qui promittit, *l. 19. de verb. sign.*

Qui cum his contrahunt obligantur] Qui contractus cum aliis 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. 13. §. 29. de act. emt.* 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. 19. de reg. jur.*

Non obligantur) Nisi in quantum locupletiores facti sunt, *ll. 1. & 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 disputamus *inf. ad tit. Inst. de inut. stip. sub. §. 9. n. 4.*

TEXTUS.

Exceptio.

1. *Neque tamen hereditatem adire neque bonorum possessionem petere neque hereditatem ex fideicommisso suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, (quamvis illis lucrosa sit) ne ullum damnum habeant.*

L. 13. tit. 6. Part. 6.

COMMENTARIUS.

HEreditatem adire] Pupillus hereditatem sibi delatam sine tutoris auctoritate adire non potest, *l. 9. §. 3. hoc tit.* Cujus rei non alia ratio quærenda, quam 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, modo ne ipse obligetur; ideoque à parte pupilli claudicant τὰ συναλλάγματα (*contractus ultro citroque obligatorii*) Fieri autem non potest ut pupillus hereditate quæsita non obligetur ut heres creditoribus hereditariis & testamentariis: illis ut defuncti personam repræsentans, his ipsa aditione hereditatis. Neque enim hic est quod creditoribus aut legatariis imputetur, qui cum pupillo herede non contrahunt sed in eum incidunt, quod & Myns. observavit. Alia vulgo ratio affertur, periculum scilicet æris alieni, quo emergente incipiat damnosa esse hereditas; multaque insuper in heredibus esse metuenda, vexationem, negotiorum multitudinem, offensas, invidiam, *l. 4. ad sen Treb.* Itaque quia judicio animi hic opus sit, necessariam esse tutoris auctoritatem, *l. 189. de reg. jur.* Quæ ut vera esse fateamur, illud tamen adhuc relinquitur, cur non saltem favore pupillorum sustineatur hereditatis adquisitio quatenus illis lucrosa sit? Loquimur autem de pupillis extraneis heredibus: quippe quibus ad adquirendam hereditatem aditione opus sit; nam sui heredes sine facto suo ipso jure heredes fiunt etiam ignorantes, *l. 8. de acq. her. §. 2. Inst. inf. tit. de her. quæ ab int. def.*

Neque bonorum possessionem] Ob eamdem nimirum rationem, quia bonorum possessio vi ipsa

ipsa nihil aliud est quam hereditas, & in omnibus vice heredum bonorum possessores habentur; de quo *inf. lib. 3. Inst. tit. de bon. poss. in pr. n. 5.*

Hereditatem ex fideicommisso] Et hoc eamdem rationem habet. Nam cum restituta hereditate actiones omnes quæ heredi & in heredem competunt, ex Scto. Trebelliano transeant in fideicommissarium, si pupillus ex fideicommisso hereditatem susceperit, eo facto perinde obligabitur ac si quamlibet hereditatem adiisset. De fideicommissariis hereditatibus tractabitur *inf. lib. 2. tit. 23.*

Ne ullum damnum habeant] Melius meo judicio Cujac. Hotom. Wesemb. legunt, *quamvis illis lucrosa sit, nec ullum damnum habeat*, sine parenthesi: quomodo & apud Cajum legitur in π̃. & legisse etiam videtur Theophilus.

TEXTUS.

Quomodo interponi debeat.

2. *Tutor autem statim in ipso negotio præsens debet auctor fieri si hoc pupillo prodesse existimaverit. Post tempus vero vel per epistolam aut per nuntium interposita auctoritas nihil agit.*

L. 17. tit. 16. Part. 6.

COMMENTARIUS.

EXponitur hic modus seu forma interponendæ auctoritatis ex Cajo *d. l. 9. §. 5. 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 certo cognoscat tutor quid negotii, qua fide geratur; ac proinde non sufficit corpore præsentem esse nisi & animo sit & intelligat quale sit quod contrahitur, *l. 14. eod.* junct. *ll. 1. in fin. & 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 sciendum est, auctoritatem semper pure à tutore interponendam esse non conditionaliter, quamvis conditionaliter cum pupillo contrahatur, *l. 8. eod.* VINN. Ratio cur præsens in ipso negotio statim auctoritatem interponere tenetur, hæc reddi potest propior, quod illa interpositio auctoritatis fuerit actus legitimus. Quod & inde patet quod non admittat conditionem, *l. 8. ff. hoc tit.* HEIN.

In ipso negotio præsens debet auctor fieri] Tutoris auctoritas perfecto negotio interponitur, ut diserte scribit Ulp. *l. 25. § 4. 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. VINN. Vulgo huic §. 2. *hoc tit.* opponunt, *l. 25. §. 4 ff. hoc tit.* ubi & perfecto negotio auctoritatem interponi posse ait Ulpianus. Conciliationem tentavit Cujac. *obs. lib. 13. cap. 31.* Gothofredus *in comment. ad reg. jur. 29. p. 169.* ipsum Ulpiani textum sollicitat, & pro *perfecto negotio* rescribi jubet *provecto negotio.* Acuta sed minus necessaria correctio. Præsens tutor interponebat auctoritatem, sed perfecto negotio. Perfectum vero erat negotium quando id peractum à quo substantiam capiebat negotium, ex. grat. in stipulationibus, ubi congrue à pupillo responsum fuerat auctoritatem interponebat tutor tamquam perfecto jam negotio. Hinc elegans illa ac subtilis quæstio in *fragm. regul. ex vetere Jcto. §. 15.* utrum si femina, quæ in tutela olim perpetua quousque in manum convenisset vivebat (vid. *Antiq. nost. Rom. tit. de tut. §. 16. & seqq.*) absens manumittat, tutor auctor fieri debeat dum femina scribat epistolam, an dum servus cognôsset dominæ voluntatem? Dubium enim erat quo momento libertas ἀπαρτίζηται, *peragatur*, id est quo momento perfectum sit negotium? HEIN.

Sed hæc subtilitas hodie insuper habetur; quod etiam confirmari potest arg. *l. 5. tit. 3. lib. 5. Recop.* ubi mariti ratihabitio omnes actus mulieris confirmat, licet ab initio sine ejus consensu contracti nulli fuerint. ADDIT.

TEXTUS.

Quo casu interponi non potest.

3. *Si inter tutorem pupillumque 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.*

COMMENTARIUS.

Judicio agendum sit] Nec plures sunt tutores; alioqui nisi cum omnibus pupillo is sit unus ex iis auctor erit, *l.* 14. *de test. tut.* Intellige autem si judicio agendum sit de aliis rebus quam de administratione tutelæ; nam tutelæ agi non potest nisi finita tutela, *ll.* 1. *in fin.* & 4. *de tut.* & *rat. distr.*

In rem suam auctor esse non potest] Regula est, tutorem in rem suam auctoritatem accommodare non posse, *ll.* 1. & 7. *hoc tit.* quemadmodum nec judex quisquam aut testis in sua causa esse potest, *l.* 10. *de jurisd. l.* 10. *ff. de testib. l.* 10. *C. eod.* 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 Ulpianus, & moribus pupillo dari, qui cum tutore suo legitimo judicio agere vult, *tit. Inst. de tutel.* §. 24. Hæc igitur exceptio fuit regulæ ejus quæ prohibet tutorem ad certam rem vel causam dari §. *pen. sup. qui test. tut.* item alterius qua traditur tutorem habenti tutorem dari non posse, §. 5. *inf. tit. de curat.* 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.* 19. *hoc tit. l.* 17. §. 1. *de appell. l. ult. C. de in lit. tut. dand.*

Curator datur] Postquam judicia extraordinaria esse cœperunt, sublato solemni veterum formularum ritu, *infr. tit. Inst. de succ. sibl.* & *tit. de interd.* §. *ult.* & *Cod. de form.* & *imp. subl.* quæ per quemvis procuratorem expediri potuerunt, ad ea tractanda & curatorem dari sufficere visum est. Unde existimo Tribonianum verbum *curatoris* in locum *tutoris* subjicisse in *ll.* 3. 4. 5. *de tutel.* 24. *de test. tut.* & *simil. loc.* Jure novo hæc disputatio pene supervacua est, quo vetuit Justinianus 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 eximire tutores ex certa scientia testamento datos. Doctores *in auth. minoris C. qui dar. tut.* Schneid. *hic n.* 5. Montan. *de tut. c.* 9. *n.* 67. & *seqq.* atque ita judicatum refert Ant. 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. ad hæc C. quand. mul. off. tut.* & multo igitur magis excipiendus pater & avus, ut curia Frisiæ censuit, teste Sand. *de lib.* & *tit. definit.* 2. VINN. Debitores pupillorum tutores esse non posse etiam *l.* 14. *tit.* 16. *Part.* 6. constitutum est, ubi excipiuntur tutores testamento dati; quo confirmatur communis DD. opinio, de qua hic. ADDIT.

TITULUS XXII.

QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

Cod. lib. 5. *tit.* 60. *Et L. ult. tit.* 16. *Part.* 6.

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 fi-

finiendæ tutelæ varii sunt, tum ex persona pupilli, tum ex persona tutoris, tum ex persona utriusque; item quidam communes sunt omnibus tutelæ speciebus, quidam proprii quarundam sicut ex progressu apparebit. In summa autem duorum horum modorum altero semper finitur, aut ipso jure aut interventu magistratus.

TEXTUS.

De pubertate.

Pupilli pupillæque cum puberes esse cœperint â 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 bene putavit, quod in feminis 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, antiquitatis normam in feminis bene positam in suo ordine relinquentes, ut post duodecim annos completos viripotentes esse credantur.

L. 21. tit. 16. Part. 6. & l. 2. tit. 7. lib. 3. for. legg.

COMMENTARIUS.

1 *Longe ante tempora Justiniani 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 feminis citius incipere quam in maribus.*

4 *Tutelam muliebrem aliam fuisse ab hac pupillari feminarum.*

5 *Moribus harum regionum tutelam pubertate non finiri.*

Cum 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. tit. Inst. de pup. substit. in pr. l. 8. §. 1. ff. de bon. poss. sec. tab.*

Sed etiam ex habitu corporis] Fuere olim qui pubertatem in masculis ex solo habitu corporis æstimabant. Proculejani eum puberem esse dicebant qui quatuordecim annos explevisset, alii eum in quem & habitus corporis & numerus annorum concurreret, teste Ulp. *in fragm. tit. 11. de tutel. in fin.* Eam se controversiam sustulisse, abrogataque inspectione corporis pubertatem ex annis tantum æstimari voluisse scribit Justinianus *hic & in l. ult. C. quand. tut. vel cur.*

1. Sed profecto longe ante Justinianum receptam fuisse Proculi sententiam multis auctoritatibus probari potest. Nam Tertullianus qui aliquot sæculis ante Justinianum vixit *lib. de veland. virg.* aperte testatur, *Romanos pubertatem in annis non in sponsalibus aut nuptiis decernere*, hoc est ex annorum numero non ex habitu corporis puberem judicare. Et Macrobius *lib. 7. Saturn. c. 7.* sic scribit, *secundum jura publica duodecimus annus in femina & quartusdecimus in puero definivit pubertatis ætatem.* Idem *in somn. Scipion. lib. 1. c. 6.* ait, *tutelam pueris post bis septem annos absolvi.* Idque & Ulp. noster expressis verbis confirmat *l. 2. ff. de vulg. & pup. subst.* indeque est quod idem Ulpian. scribit, masculis post annum decimum quartum, feminis post duodecimum permitti testamentum facere, *l. 5. qui test. fac.*

2. *Inspectionem habitudinis corporis*] Numquam mihi persuaderi potuit inhonestam hanc corporis inspectionem apud Romanos usitatam fuisse, neque est veterum quisquam qui tam impudicæ rei meminerit. Quod autem in libris Jurisconsultorum & 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 σχῆμα & formam corporis significat. Cic. *Pro Cæl. c. 24. Quintus Metellus cum floreret integra ætate, optimo habitu, maximis viribus.* Liv. *lib. 4. Fœdior corporis habitus pallore ac macie peremti.* Terent. *in Eunuch. act. 2. scen. 3. v. 11. Qui color, nitor, vestitus, quæ habitudo est corporis?* Sic auctor ad Herenn. bonam corporis habitudinem appellat integram corporis constitutionem. Unde & eos qui obesiore erant corpore habitiores dicebant, Terent. *Eunuch. act. 2. scen. 4. v. 22. Si qua habitior paulo, pugilem esse ajunt.* Plaut. *Epid. act. 1. scen. 1. v. 8. 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 omnino mares nudatasque usque ad pubem feminas inspicientem, Tribonianumque ea quæ de pubertate ex habitu corporis æstimanda apud Jurisconsultos 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, nudari corpora puerorum & ab judicibus inspici. Sed confictum hoc esse non dubito, ut fere fit in scholasticis exercitationibus. VINN. Similia olim mihi in mentem venere *lib.* 1. *Antiquit. Rom. hoc tit.* §. 2. *seq.* Sed vide tu, sis, viri amplissimi Corn. van Bynkersh. *obs. lib.* 3. *cap.* 24. Deinde ante Justinianum adeo certum non fuisse pubertatis terminum, vel inde patet quod ipsi patres annum pubertatis liberis testamento præfinirent, modo decimum quartum ut in *l.* 49. *ff. de legat.* 1. & *l.* 22. *ff. quando dies leg. ced.* modo decimum sextum ut in *l.* 34. §. 2. *ff. de leg.* 3. *l.* 36. §. 1. *l.* 48. *ff. de cond. & demonstr. l.* 46. *ff. ad senat. Trebell.* modo decimum octavum ut in *l.* 101. §. 3. *ff. de cond. & demonstr.* Et hinc est quod Paulus Apostolus heredem pupillum sub tutoribus esse ait ἄχρι τῆς προθεσμίας τοῦ πατρός (*usque ad præfinitionem patris*) *ad Gal. cap.* 4. *v.* 2. Vide Merill. *obs. lib.* 5. *cap.* 16. HEIN.

3. *Post duodecim annos*] Pubertatis anni maxime propter nuptias definiti sunt; ideoque cum vis generationis in feminis citius incipiat quam in maribus, placuit eas etiam citius tutela liberari. Et hoc est quod Macrob. *lib.* 1. *in som. Scipion. c.* 6. scribit: *de tutela*, inquit, *feminæ propter votorum festinationem maturius biennio quam pueri legibus liberantur.* Quod autem generationi citius admoventur, id idem Macrob. 7. *Saturn.* 7. infirmiori earum naturæ adscribit; nam & exilia poma celerius maturescere, robusta serius. Physici aliam etiam rationem afferre solent quæ ad ICtum. non pertinet.

4. In universum autem, ut scribit Arist. 7. *de hist. animal.* θᾶττον τὰ θήλεα τῶν ἀρρένων καὶ νεότητα, καὶ ἀκμὴν λαμβάνει, καὶ γῆρας (*citius feminæ maribus & juventutem & vigorem accipiunt; citius & ad senectutem perveniunt*) Alia ab hac pupillari feminarum tutela fuit mulicbris, de qua Ulpian. *in frag. 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 mulieres perpetua tutela continebat, teste Boëtio *in Top. Cic.* Nam non temere loca illa omnia quibus traditur tutelam in feminis anno duodecimo finiri & curatorem succedere à Triboniano interpolata dixerim, quamvis id affirmet Rævard. 2. *var.* 10. Obstat enim locus Macrobii modo citatus; & Boetius expresse de jure antiquo loquitur.

5. Moribus harum regionum tutela pubertate non finitur, sed qui semel legitime tutores dati sunt etiam puberum rebus præsunt usque ad justam eorum ætatem, hoc est donec 25. annos impleverunt, D. Gudelin. *in fin. lib.* 1. Christin. *volum.* 3. *decis* 48. *n.* 14, & 16. & *vol.* 6. *decis.* 82. *n.* 9. Montan. *de tutel. cap.* 37. *n* 86. Groenevv. *de legibus abrog. hic*: quod & in Germania generali consuetudine receptum esse testatur Gail. 2. *obs.* 96. Paulus Busius ad *l.* 1. *n.* 7. *de tutel.* & in pleraque Gallia, Baro *hic.* VINN. Consulto retinui quæ hic de moribus totius fere Europæ tradit Vinnius noster; hæc enim & ad Hispanos referenda esse videntur, quidquid Partitarum leges de distinctione inter tutores & curatores tam anxie tamque scrupulose caveant; nos enim his nominibus promiscue utimur *Tutores y Curadores.* ADDIT.

TEXTUS.

De capitis deminutione pupilli.

1. *Item finitur tutela si adrogati sint adhuc impuberes vel deportati; item si in servitutem pupillus redigatur vel si ab hostibus captus fuerit.*

L. ult. tit. 16. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

SEcundo 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. hoc tit.*

Adrogati sint] Ratio est quia desinunt esse sui juris & in potestatem adrogatoris transeunt; nemo autem potest simul esse in tu-

tutela & in patria potestate, *sup. tit. Inst. de tut. in pr.* Sed hoc moribus fere hodiernis non obtinet.

Vel deportati] Quod ob delictum iis contingere potest qui sunt pubertati proximi & doli capaces, *l.* 111. *de reg. jur. l.* 14. *ff. ad SCtum. Syllan. §. pen. Inst. inf. de obl. quæ ex del.* Constat autem deportatos peregrinæ conditionis fieri, ideoque pro mortuis in iis quæ juris civilis sunt, qualis est tutela, haberi, §. 1. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv. l.* 17. §. 1. *ff. 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 quam si deportatus sit, quia cum civitate simul & libertatem amittit, §. 1. *sup. de cap. dem.*

Si ab hostibus captus] Ceterum eventus demum ostendet an tutela hic omnimodo finita sit; nam postliminio reversus proculdubio recidit in tutelam.

TEXTUS.

De conditionis eventu.

2. *Sed et si usque ad certam conditionem datus sit tutor testamento, æque evenit ut desinat esse tutor existente conditione.*

Dict. l. ult.

NOTA.

Testamento] Consulto additum, quia magistratus conditione & tempore uti nequit in actibus suis, *l.* 6. §. 1. *de tutel.* Huc repete quæ notantur §. 3. *Inst. sup. tit. qui test. tut. dari poss. n.* 1.

COMMENTARIUS.

USque 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. tit. Inst. 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.* Adde quæ notavimus ad §. 3. *sup. qui test. tut. dar.*

TEXTUS.

De morte.

3. *Simili modo finitur tutela morte pupillorum vel tutorum.*

Dict. l. ult.

COMMENTARIUS.

HIc modus & ad omnem tutelam & ad personam utriusque ex æquo pertinet, eo autem maxime spectat, ut intelligamus pupillo mortuo, ne ratione quidem bonorum quæ post mortem supersunt tutelam perseverare: mortuo tutore heredes ejus in tutelam non succedere, *l.* 16. *de tut. l. ult.* §. 1. *de mun. & hon. l.* 4. *ff. de tut. & rat. distr.*

TEXTUS.

De capitis deminutione.

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 tantum perit, ceteræ non pereunt. Sed pupilli & pupillæ capitis deminutio licet minima sit omnes tutelas tollit.*

Dict. l. ult.

COMMENTARIUS.

PEr quam libertas vel civitas] Hic modus solvendæ tutelæ communis est, ut notavimus *sup. ad* §. 1. *hujus tit.* eamdemque in tutore quam in pupillo rationem habet.

Legitima tantum tutela perit] Nimirum quia & perit agnatio ob quam ea defertur, §. *ult. Inst. sup. de leg. agn. tut.* Legitima autem patronorum tutela huc numquam pertinuit, Ulp. *in fragm tit. de tutel.* §. 8. Porro jure novissimo nullam amplius legitimam tutelam minima capitis deminutione tolli notavimus sub *dict.* §. *ult. de leg. agn. tut.*

Licet minima sit] Is qui in potestate patris est si perfectæ ætatis sit non prohibetur tutor esse, *supr. tit. qui test. tut. dar. in pr. l.*

l. 9. ff. de his qui sui vel al. jur. In tutela autem nemo esse potest nisi qui sit sui juris. Atque hæc ratio est cur pupillo adrogato tutela pereat, tutore non item.

TEXTUS.

De tempore.

5. Præterea qui ad certum tempus testamento dantur tutores finito eo deponunt tutelam.

Dict. l. ult.

COMMENTARIUS.

DIxi ad §. 2. *hujus tit.* Hoc autem modo quamvis tempore, ipso tamen jure tutela finitur. Etenim tutela non in nullo jure proprie quæsito consistit; alioqui tempore ipso jure non finiretur, *l. 44. de oblig. & 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 usufructus, *l. un. §. pen. ff. quand. dies us. leg. ced.*

TEXTUS.

De remotione & excusatione.

6. Desinunt etiam tutores esse qui vel removentur á tutela ob id quod suspecti visi sunt, vel qui ex justa causa se excusant & onus administrandæ tutelæ deponunt, secundum ea quæ inferius proponemus.

Dict. l. ult.

COMMENTARIUS.

PRoponuntur hìc duo modi quibus tutela finitur, non ipso jure ut superioribus, sed interventu magistratus, excusatio scilicet, & justa suspicio. Excusatio volentem liberat, suspicio invitum removet. Est vero major excusationum usus tutela delata, quam suscepta. Sed & quasi suspectus quis postulari & removeri potest antequam incipiat tutelam gerere, de quibus suo iterum loco. De excusationibus est *tit. pen. hujus libri* 1. de suspectis tutoribus *tit. ult.*.

TITULUS XXIII.

DE CURATORIBUS.

Dig. lib. 27. tit. 10. Cod. lib. 5. tit. 70. Et l. 13. tit. 16. Part. 6.

Continuatio & summa tituli; tum genera curatorum distincta.

TRansit nunc Imp. ad alterum membrum divisionis positæ in *pr. tit. sup. de tutel.* quod eos complectitur qui cum sui juris sint curatorum tamen auxilio reguntur; exponitque promiscue, 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, puta vel debitoris latitantis, vel heredis qui in utero est, aut domini qui ab hostibus captus sit, *tit. ff. 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; dantur 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 laboraut. Quamobrem sic rectè definietur curatio: *potestas jure constituta ad curandas rei ejus qui quoquo modo rebus suis superesse ipse non potest.* Ex hac definitione facile intelligere poteris, & quæ communia sunt curæ cum tutela, & quæ discrepantia; maxime si cum ea conferas definitionem tutelæ, eaque quæ ad illam illustrandam scripsimus §. 1. *sup. tit. de tutel.* Ceterum & in processu pleraque iterum notanda erunt.

TEXTUS.

De adultis.

Masculi quidem puberes & feminæ viripotentes usque ad vicesimum quintum anum comple-

pletum curatores accipiunt; quia licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt ut sua negotia tueri non possint.

L. 12. in fin. tit. 16. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Cur tutela in feminis citius quam in maribus finiatur; cura eadem ætate in utrisque.*
2 *Quare feminæ biennio maturius quam masculi ætatis veniam impetrare possint.*
3 *Quando dies cœptus pro completo habeatur, & contra.*
4 *Cur placeat ætatem 25. annorum finem afferre curationi.*
5 *Cur tam curiose de curatore adolescentibus dando caveatur, cum nihilominus si capti fuerint in integrum restituantur.*

1. *USque ad vicesimum quintum annum*] Tutela in maribus tardius finitur quam in feminis, quia feminæ ut superius dictum est citius pubescunt. At cura in utrisque eodem tempore finitur, nimirum post annum vicesimum quintum. Et vero nulla ratio est cur feminæ maturius quam masculi cura liberari debeant; cum potius diuturniore cura continendæ videantur propter sexus fragilitatem, ob quam & in perpetua cura olim fuere. Et jure quidem ordinario ante hanc ætatem curatio non finitur. Ceterum adolescentes honestate morum præditi post annum vicesimum, feminæ quas morum honestas mentisque solertia commendat post annum octavum decimum ætatis veniam à Principe impetrare possunt, ut ex eo tempore res suas sine curatoribus administrent; ac tum quidem in integrum non restituuntur, *ll.* 1. & 2. *C. de his qui ven. ætat.* Sed tamen in eo adhuc simili conditione cum ceteris minoribus sunt; quod immobilia sine decreto alienare aut obligare non possunt, *l.* 3. *C. dict. tit.*

2. Cur autem hoc feminis biennio maturius conceditur? D. Bachovius negat solidam ejus rei rationem dari posse. D. Brederodius *in not. ad Schneid.* hanc affert, quod quamvis judicium muliebre ἐπὶ τὸ πλεῖστον (*ut plurimum*) infirmius sit virili, tamen quæ natura solertiores sunt si ad virtutem pergant celerius maribus prudentes fieri, propterea quod vehementiores multo in feminis affectiones sunt quam in viris. VINN. Patrio Hispanorum jure statutum est ut ætatis venia à Regia Curia quam Cameram vocamus, impetretur, *Auto 92. lib. 2. tit. 4.* cum olim eius concedendi auctoritas ad universum Consilium Regium spectaret, *Aut. 34. lib 2. tit. 19.* Corporalem autem impetrantis præsentiam quæ hoc iure desiderabatur, non amplius necessariam esse in comperto est apud AA. nostros. Illud omnino notandum, etiam hac venia non obtenta tutelam sive curam apud nos finiri simul ac minor uxoratus decimumoctavum annum adimpleverit; ex quo demum tempore libera ei tum suæ, tum uxoris pecuniæ permittitur administratio, *leg. 14. tit. 1. lib. 5. Recop.* quæ lectu dignissima est. ADDIT.

3. *Completum*] Curatio non finitur nisi anno vicesimo quinto exacto & completo. Hoc enim utile minori visum est ut tempus à momento in momentum spectetur; nam si postremo vicesimi quinti anni die cœpto ac nondum completo læsus sit poterit adhuc in integrum restitui, *l.* 3. §. 3. *ff. de minor.* Ad quem locum Glossa notat diem cœptum pro completo haberi quoties id alicui utile est aut alioqui favorabile: ut in usucapionibus, *l.* 6. *de usucap.* in testamenti factione, *l.* 5. *qui testam. fac.* in manumissionibus, *l.* 1. *de manumiss.* quo etiam pertinet *l.* 134. *de verb. sign.* In honoribus quoque favoris gratia constitutum esse, ut annus incohatus 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.*

4. Cur autem placeat ætatem 25. annorum finem afferre curationi docet nos Ulp. *l.* 1. §. 2. *d. tit.* *quia*, inquit, *post hoc tempus completur virilis vigor*, convenienter sententiæ Physicorum qui tradunt anno vicesimo quinto 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 obnoxii. Quamobrem & justa, perfecta, integra, robusta hæc ætas in libris nostris appellatur, Græcis ἀκμὴ (*vigor*) dicitur. Pulchre D. Cujac. *de minor. in pr.* add. Magir. 6. *Physiolog.* 5. Quamquam igitur naturæ lege certa ex annorum numero perfectæ ætatis definitio non est, nisi κατὰ πλάτος (*late sive ge-*

ne-

neraliter), tamen ex his quæ diximus abunde patere arbitror, hanc ætatis justæ definitionem non esse juris mere positivi, ut existimat Bachovius VINN. Immo esse videtur juris mere positivi; nec magis naturalis ratio movit Romanos ut anno ætatis 25. minorennitatem finirent, quam Saxones ut anno 21. Definitus hic annus videtur lege Lætoria, quæ ideo *quinavicenaria* dicitur Plauto in *Pseud. act.* 1. *scen.* 3. *v.* 69. Annum vero potissimum 25. electum arbitror à Lætorio, quia vulgo Romani longissimum humanæ vitæ spatium 100. annis circumscribebant. *l.* 56. *ff. de usufr.* Plin. *lib.* 7. *hist. nat. cap.* 4. Sen. *de brev. vitæ cap.* 3. Ejus ergo primum quadrantem juventuti tribuebat Lætorius, & hinc eamdem anno ætatis 25. finiri existimabat. Observationem hanc collegæ olim conjunctissimo Nic. Hieronymo Gundlingio me debere lubens fateor. HEIN.

Adhuc tamen ejus ætatis sunt] Constat inter omnes, ait Ulp. *l.* 1. *pr. de min.* fragile esse & infirmum hujusmodi ætatum consilium, multorumque captionibus & insidiis 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.

5. Sed quid opus fuit de curatore adolescentibus dando tam curiose cavere, cum si capti fuerint prætor eos in integrum se restituturum polliceatur, nec iis 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, quam ut assiduis imploratione tribunalia personent. Deinde quia id etiam minoribus tutius est & utilius, ne post vulneratam causam remedium quærentibus impedimentum aliquod objiciatur, *l. ult. C. in quib. caus. in int. rest. nec.* Curatoris autem consilio & prudentia efficitur ut non tam facile lædantur, nec necesse sit restitutionem in integrum toties postulare; quamquam si nihilominus læsi proponantur auxilium iis prætor non denegat. Illud obiter monendi sumus, non tantum ætate curationem finiri, sed aliis etiam ex causis, atque ex iisdem fere 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.

A quibus dentur curatores.

1. *Dantur autem curatores ab eisdem magistratibus à quibus & tutores. Sed curator testamento non datur; datus tamen confirmatur decreto prætoris vel præsidis.*

L. 13. *tit.* 16. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

Ab eisdem magistratibus] Igitur Romæ à præfecto urbis vel prætore; in provinciis à præsidibus; in municipiis aut agris municipiorum à magistratibus municipalibus juxta distinctionem traditam §. 5. *Inst. sup. de Attil. tut. l.* 3. *ff. 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 legitime datus, *ll.* 1. *in fin.* 2. §. 1. & 2. *ff. de conf. tut. l.* 2. *C. eod.* ac proinde naturam sapit testamentarii, *l.* 7. *ff. rem pup. salv.* Est autem credibile hanc curatoris testamento dati confirmationem post constitutionem M. Antonini primum introductam fuisse qua cavit ut omnes adulti curatores acciperent, secundum ea quæ mox dicemus.

TEXTUS.

Quibus dentur.

2. *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt præterquam in litem; curator enim & ad certam causam dari potest.*

Dict. l. 13.

COMMENTARIUS.

1 *Adolescentes olim invitos curatorem non accepisse; neque id mutatum constitutione D. Marci.*

2 *Responsio ad loca quæ in contrarium afferuntur.*

HIc locus quamquam in foro nullum usum habet (constat enim adolescentes etiam invitos hodiernis moribus curatores acciperet), ta-

tamen ad juris Romani cognitionem multum conferre potest diligens ejus expositio. Ait, *inviti* : in quo primum secum pugnare Justinianus videtur, qui initio hujus tituli dixit ideo minores 25. annis curatores accipere quia ejus ætatis sunt ut negotia sua tueri non possint. Deinde cum Justiniano Ulp. qui in *l.* 1. §. *ult. de min.* expresse scribit, minoribus 25. annis rei suæ administrationem committi non debere quamvis rem suam bene gerentibus. Accedit quod ne Principes quidem, nisi perraro atque extra ordinem, minoribus rerum suarum administrationem indulgere soleant, auctore eodem Ulp. *l.* 3. *pr. d. tit.* Rævardus 1. *var.* 17. & Cujac. in *l.* 1. *de excus.* socordiam Triboniani accusant, quasi ex veteri jure legis Lætoriæ hìc repetiverit quod jam pridem constitutione D. Marci abrogatum erat.

1. Sed enim & ex responsis recentiorum Jurisconsultorum & ex posteriorum Imperatorum rescriptis manifeste 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.* 3. §. *pen. & ult. qui pet. tut.* non licere aliis curatore minoribus petere, sed ipsos minores dumtaxat 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. *de min. l.* 43. §. 3. *ff. de proc. ll.* 1. & 7. *C. qui pet. tut.*

Vix hæc componi poterunt nisi á capite rem arcessamus. Igitur cum legg. 12. tabb. de curatoribus propter ætatem adolescentibus dandis nihil cautum esset, neque certum ullum remedium adversus captiones & circumscriptiones quibus hæc ætas obnoxia introductum: lata postea est lex Lætoria, qua & circumscriptioni adolescentum abunde provisum est, atque insuper permissum curatores adolescentibus dari; non promiscue tamen, sed lascivioribus & dissolutius viventibus, aut qui ingenio nimis hebeti essent, mentisve suæ non 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. Antoninus Philosophus de curatoribus ita statuit, *ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis*, auctore Capitolino *in Marco cap.* 11. Horum autem verborum 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 Lætoria: non inquam ut inviti acciperent, sed ut sine periculo existimationis si vellent curatorem habere possent. (Meminit legis Lætoriæ etiam Cic. 3. *de offic. cap.* 13. & 3. *de nat. Deor. cap.* 20. Plautus *in Pseud. act.* 1. *scen.* 3. *v.* 69. *quinamvicenariam* appellat ut nonnulli existimant.) Nulla igitur ratio est cur Triboniano incusemus oscitantiam, cum ne quidem post constitutionem Antonini inviti adolescentes curatores acceperint.

2. Quid ergo respondemus ad ea quæ huic sententiæ paulo ante objecimus? Nempe quod Imperator initio hujus tituli ait, puberes usque ad vicesimum quintum annum curatores accipere, de volentibus & petentibus accipiendum esse, *arg. hujus* §. junct. *l.* 1. §. *pen. & ult. qui pet. tut. vel cur.* cui & subjecta ab Imperatore ratio accommodanda est; Ulpianum autem *l.* 1. §. *ult. de min.* de effectu curæ jam constitutæ loqui, cujus ea vis sit ut minores quibus petentibus semel curator datus est hujus curatoris auxilio usque ad annum 25. regi debeant; nec possit magistratus eum quem semel curatorem dedit à munere suo removere, minoribusque ob id quod jam amplius sub cura vivere non lubeat rerum suarum administrationem restituere, *arg. ll.* 2. & 3. *in pr. eod. tit.* ubi hujusmodi magistratuum decreta ut ambitiosa Imperatores interpretantur & improbant; quoniam solius Principis sit ætatis veniam concedere; adi & Franc. de Amaya sapientissimum Hisp. Jctum. *lib.* 1. *obser. jur. cap.* 9. VINN. Cum crucem figat hic paragraphus viris doctissimis, rem exemplo Vinnii nostri à capite arcessemus. Legibus XII. tabb. soli furiosi accipiebant curatores. Nam quamvis vulgo & prodigos addunt ob *l.* 13. *ff. de cur. furios.* §. 3. *Inst. hoc tit.* & Ulpian. in *fragm. tit.* 12. §. 1. vix tamen dubitaverim quid id intelligendum sit eodem modo quo & legitima patronorum tutela è 12. tabb. repetitur, §. *un. Inst. de leg. patr. tut.* Nam in *l.* 1. *ff. de cur. furios.* moribus id initio

introductum esse scribitur, id est, ut ego interpretor, interpretatione prudentum, qui furiosis adsimilabant prodigos quia & ipsi furiosum rerum suarum faciebant exitum, *l.* 12. §. 2. *ff. de tut. dat. l.* 1. *pr. ff. de cur. fur.* Quia ergo curatio quodammodo ignominiosa habebatur, ei non suberant adolescentes nisi ipsi peterent, idque cautum fuerat lege Lætoria. Vulgo equidem existimant, hac lege tantum adolescentibus dementibus & lascivis datos esse curatores; eamque sententiam ipse secutus sum in *Antiq. Rom. lib.* 1. *tit.* 23. §. 6. sed sic vix novi quid sanxisset M. Antoninus, cum jam pridem omnes dementes & prodigi curatores ex lege XII. tabb. earumque interpretamentis acceperint. Fefellit ergo plerosque locus Julii Capitolini *in vit. Marci c.* 10. *De curatoribus vero cum ante non nisi ex lege Lætoria vel propter lasciviam vel propter dementiam darentur, ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis.* Verum non dicit Capitolinus ex lege Lætoria tantum dementibus & lascivis curatores datos esse, sed ante Antoninum fuisse trium generum curatores, alios ex lege Lætoria datos esse adolescentibus, alios ob lasciviam ex moribus, alios ob dementiam ex legibus XII. tabb. Addit deinde quid novi sanxerit Antoninus, nimirum *ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis.* Ergo ex lege Lætoria curatores accipiebant adolescentes non omnes, sed qui peterent, & quidem causa probata. Adolescentes ergo non inviti accipiebant, sed petentes. Petendi vero plures esse causæ poterant, quia nemo temere cum minoribus vellet contrahere, & horum tamen interesset ut contractus iniretur. Cum vero plerumque curatores peterent si quando contrahere vellent æs alienum: sapienter additum fuerat legi Lætoriæ, curatores iis datum iri *redditis causis.* Proculdubio enim inquisivit prætor quod negotium explicaturus esset minor, & an expediret illi curatorem dari. Talis fuit lex Lætoria. At aliter Marcus Antoninus Imp. rationes iniit, qui omnes minores curatores accipere jussit non redditis causis. Recte ergo *l.* 33. §. 1. *ff. de admin. & peric. tut.* dicitur, *officium tutorum curatoribus constitutis finem accipere.* Recte in *l.* 1. §. 5. *ff. de min. omnes adolescentes in ætatem usque* 25. *annorum curatorum auxilio regi* dicuntur. Ita enim omnino seses res habere cœpit post Marci Antonini constitutionem. Quid ergo de verbis Justiniani qui invitos negat curatores accipere? An cum Rævardo *lib.* 1. *var. cap.* 17. inscitiæ arguemus Tribonianum, jus ex lege Lætoria antiquam pro novo & recepto obtrudentem? Quasi vero verisimile sit Tribonianum in re dupondiis nota errare potuisse. An cum Vultejo §. *nostrum* de curatore in litem, vel cum Vinnio *l.* 1. *ff. de min.* de eo qui jam curatorem accepit interpretabimur? An neutram conciliandi rationem verba admittere videntur? Potius dixerim, etiam post Marci constitutionem non nisi petentes accepisse curatores; eumdem tamen Imperatorem voluisse ut omnes acciperent. Prius ex *l.* 13. §. *ult. ff. de tut. & cur. dat. l.* 2. §. *penult. & ult. ff. qui pet. tut.* posterius ex Julio Capitolino patet. Invenienda ergo erat ratio qua adolescentes veluti cogerentur curatores petere; & id eo modo facile fiebat quod non prius tutela finita crederetur quam quis curatorem petiisset; quo pertinet *l.* 31. §. 1. *ff. de adm. & per. tut.* & *l.* 5. §. 5. *ff. eod.* Non ergo obtrudebatur curator invitis, sed dabatur petentibus; petere autem debebant omnes, quia non prius rerum suarum administrationem accipiebant quam petiissent. His ambagibus opus videbatur, quia vulgo curæ minorum ignominiosi quid inesse videbatur, *l.* 3. *C. de in integ. rest.* Atqui multi adolescentes, inquis, olim sine curatoribus res suas administrarunt; idque discimus ex *l.* 7. §. 2. *ff. de min.* & *l.* 3. *C. de in integr. restit.* Respondeo id ad factum non ad jus pertinere. Nam & impuberes aliquando negligentia eorum qui tutores petere tenebantur sine custodibus erant, uti ex toto titulo *qui petant tut. vel curat.* colligimus; nec tamen inde sequitur ut existimemus in arbitrio fuisse impuberum sine tutoribus agere mallent, an custodi subesse. Hæc paulo prolixius quia vulgo parum accurate traduntur. HEIN.

Præterquam in litem) Sive litem minor intendat sive excipiat, *l.* 2. *C. qui leg. pers. stand. in jud.* Quod ideo comparatum est, ne minoribus agentibus aut judicio conventis adversarius elusorio judicio lædatur, cum sententia adversus minores indefensos lata nullius momenti sit, *l.* 54. *de re jud.* Idem & in aliis rebus simili æquitatis ratione receptum, veluti si debitor velit aut cogatur minori, solvere, *l.* 7. §. 2. *de min.* si is qui tutor fuit rationem administrationis suæ reddere desideret, *l.* 7. *C. qui pet. tut.*

Ad certam causam) Duplex igitur hic inter tutelam & curam differentia animadvertitur; una est quod curator non detur invi-

to

to tutor invito detur, *l. 6. de tut. & cur. dat.* altera quod curator ad certam causam dari potest, tutor non potest. §. 4. *Inst. sup. qui test. tut. dar.* Neutrum autem horum moribus hodiernis observatur ut alibi ostendimus. VINN. Bataviæ nimirum suæ. Verum an idem & apud Hispanos obtineat ex superius à nobis conjiciendum; quæ si vera sint nec præcedens textus locum aliquem apud nos habebit. ADDIT.

TEXTUS.

De furiosis & prodigis.

3. *Furiosi quoque & prodigi licet majores viginti quinque annis sint tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Romæ præfectus urbi vel prætores, & in provinciis præsides ex inquisitione eis curatores dare.*

Dict. l. 13.

COMMENTARIUS.

1 *Prodigone ipso jure, sive eo ipso quod prodigus est, bonis interdictum intelligi debeat? an vero 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 nulla ob ætatem lege delata est, quia puberes testamentum facere & præteritis agnatis quem velint sibi heredem instituere possunt. Unde jam intelligitur, cur ob furorem vel prodigalitatem à lege curatores dentur; nimirum quia furiosi & prodigi, qui non magis quam impuberes testamentum facere possunt, certos successores habent agnatos, quos ideo & curatores esse lex voluit.

Licet majores) Et magis igitur si minores sint. Nam lex omnes furiosos & prodigos, solis pupillis exceptis, in curatione agnatorum esse voluit. Ceterum 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. ff. de tutel.* Quem locum non videtur inspexisse D. Bachov. sed principium dumtaxat *d. l.* 3. ex quo contrarium defendere conatur. Ant. Faber 1. *jurispr.* 12. *pr.* 1. *illat.* 6. contendit dictum §. 1. Triboniani esse, & à juris ratione alienum. Nam cum curator minoris non personæ sed rebus detur, furiosi contrà personæ: interesse furiosi quasi furioso potius quam 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 Hispan. Franc. de Amaya *lib.* 1. *obs. jur. cap.* 8.

Ex lege duodecim tabularum] *L.* 1. *l.* 12. *de cur. fur.* Ulpian. *in fragm. tit.* 12. §. 1. Verba legis recitat M. Tullius *lib.* 2. *de invent. cap.* 50. & 3. *Tusc. cap.* 5. *Si furiosus existat, agnatûm gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Unde nonnulli existimant legem de prodigo nihil nominatim cavisse, sed per interpretationem ita acceptam esse propter successionis emolumentum, quod ut furioso, ita & prodigo mortuo ex lege apud agnatos est, *arg. tit. Inst. de leg. patr. tut.*

1. Prodigum definit Ulp. *d. l.* 1. eum qui neque modum neque finem impensarum habet, sed bona sua dilacerando & dissipando profundit. Unde vulgo quæri solet, an prodigus intelligendus sit qui facto talis est, an vero decretum magistratus expectandus; hoc est an ipso jure & lege XII. tabb. dissolute & luxuriose viventi bonorum administratio interdicta intelligatur, an vero tum demum cum talis esse sententia magistratus declaratus est? Dicendum, eum qui moribus talis est qualis in *d. l.* 1. describitur, revera quidem & ethice prodigum esse (nam vitia & virtutes non pendent ex cognitione & sententia judicis sed propriam naturam & formam habent), ceterum quoad rerum suarum administrationem neminem ante politice & effectu juris pro prodigo haberi quam ea administratio causa cognita decreto magistratus ei ademta sit; cujusmodi decreti extat vetus formula apud Paul. 3. *sent.* 4. Nimirum bonorum administrationis ademtio 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, idque auctoritate magistratus, quos prodigos esse causa cognita constabit, eumque cui bonis publice interdictum est vult esse in curatione agnatorum, Ulp. *d. tit.* §. 1. fac. §. 2. *Inst. inf. quibus*

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. her.* propterea quod lex id fieri jubet, & quia à lege curatorem & administratorem bonorum accipit. Bene igitur & rationi juris convenienter Horatius 2. *serm.* 3.

> *. . . . Interdicto huic omne adimat jus*
> *Prætor, & ad sanos abeat tutela propinquos.*

Furiosi alia ratio est; nam cum furor per se emineat, ut furioso bonis à magistratu interdicatur non requiritur; at vero an quis prodigus haberi debeat ex multis & variis circumstantiis æstimandum est, de quibus magistratum cognoscere & pronuntiare oportet; ne quis temere in hominem sui juris & liberalem forte magis quam 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 publice & aperte de eo constet, uti communiter DD. nostri, teste Angelo, statuunt. Atque hoc etiam concedo si quis contraxerit cum manifeste luxurioso, eoque quem sciebat pecuniam illico male consumturum, dici posse esse quod sibi imputet, *arg. l. 8. pro emt.* Vigl. *in §. 2. inf. quib. non est perm. test. fac.* Myns. *hic* Gail. 2. *obs.* 51. Paul. Bus. *ad l. 6. de verb. obl.* Ant. Fab. *C. suo de cur. fur. def.* 7. Decher. 2. *diss.* 8. D. Tuld. *hic c.* 4. *& ad tit. C. de cur. fur.* Christin. *vol.* 1. *dec.* 163. VINN. Nostris moribus semper requiritur sententia *declaratoria*, ejusque publicatio teste Gregorio Lopez in *gloss.* 2. *ad l.* 13. *tit.* 16. *Part.* 6. ADDIT.

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 XII. tabb. recedit; nam aliis administrationem dare non solet, nisi agnati aut nulli sint, aut minus idonei, *l.* 13. *de cur. fur.*

TEXTUS.

De mente captis, surdis, &c.

4. *Sed & mente captis, & surdis, & mutis, & qui perpetuo morbo laborant (quia rebus suis superesse non possunt) curatores dandi sunt.*

Dict. l. 13.

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.* 27. §. 5. *de recept. arb. l.* 2. *ff. de inoff. test. l. ult.* §. 1. *de adm. tut.* uti & furor & dementia, *l.* 8. *de tut. & cur. dat. l.* 6. *de cur. fur.* mente captus ἄφρων, ἀνόητος, furiosus μανιώδης, Cic. in *Pison. cap.* 20. *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 fere 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 offic. præf. l.* 12. §. 2. *de judic. l.* 22. §. 7. *ff. sol. matrim. 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 bene præesse possint.

TEXTUS.

De Pupillis.

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.*

Dict. l. 13.

COM-

COMMENTARIUS.

Habenti tutorem tutor dari non potest] Regula juris civilis passim in hoc argumento tradita, *l.* 27. *ff. de test. tut. l.* 9. *C. qui pet. tut. l.* 9. *C. qui dar. tut.* Cujus vera ratio est quæ à Wesembecio redditur, quod cum tutor personæ pupilli & universo ejus patrimonio datus intelligatur, §. 17. *Inst. inf. de excus.* hoc jus ei invito, quamdiu tutor manet, sine injuria adimi aut minui non possit apposito alio tutore. Curator autem recte adjungitur juvandi & sublevandi tutoris causa; & volenti ac petenti item tutor. Ceterum nullum usum hæc regula hodiernis moribus habet, Grot. *lib.* 1. *introd. cap.* 7 & jure Romano non unam exceptionem. Nam primo habenti tutorem tutor dari potest aliarum rerum, *l.* 21. §. *ult. de excus.* nempe patrimonii pupilli quod in alia provincia habet, *l.* 39. §. 8. *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.* 17. *de tut.* Idem denique traditum est, si tutor Reip. causa abesse cœperit aut ab hostibus receptus sit aut relegatus, *ll.* 12. & 15. *ff. de tut. ll.* 1. & 4. *C. in quib. caus. tut. hab.* Quod tamen & ipsum in plerisque causis non est perpetuum; nam alibi legimus, ob morbum aut insaniam tutoris curatorem interim dare, *l.* 10. §. *ult. de excus.* item propter absentiam eorum omnium qui ad tempus excusantur, *ll.* 15. & 16. *de tut.* & *cur. dat.* Existimo prætorem pro qualitate morbi aut diuturnitate absentiæ modo tutorem modo curatorem dedisse, Veteresque hisce nominibus promiscue sæpe usos. VINN. Sed si vera sunt quæ superius monuimus, frustra exquiritur an alius tutor, an curator dandus sit. ADDIT.

Nec tamen fraudulenter] Nam fraudulenter in re pupilli versanti non curator adjungitur sed tutela interdicitur, *l.* 6. *C. de susp. tut.* §. *ult. Inst. inf. eod.* Hæc autem clausula in legitimo tutore omissa est, cujus existimationi propter necessitudinem parcitur etiam si quid forte peccaverit & curator ei potius adjungi solet quam ut notata fide à tutela removeatur, *l.* 9. *de susp. tut.*

Sed ad tempus] Quod Reip. causa absint, *l.* 15. *de tut. dat.* aut ob aliam necessariam aut justam causam, *l.* 16. *eod.* In ejus autem locum qui in perpetuum excusatur alius tutor sufficitur, *l.* 11. §. 1. *ff. de test. tut. l.* 1. *C. in quib. ca. tut. hab.*

TEXTUS.

De constituendo actore.

6. Quod si tutor vel adversa valetudine vel alia necessitate impediatur quominus negotia pupilli administrare possit, & pupillus vel absit vel infans sit, quem velit actorem, periculo ipsius tutoris, prætor vel qui provinciæ præerit decreto constituet.

L. 96. *tit.* 18. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

NOn semper ex causis quas diximus, tutori curator à magistratu additur; sed solet decreto prætoris actor constitui periculo tutoris, quotiescumque aut diffusa negotia sunt, aut dignitas vel ætas aut valetudo tutoris id postulat, *l.* 24. *de adm. tut.* quem adjutorem tutelæ appellat Pompon. *l.* 13. §. 1. *de tut.* Curator quoque ex iisdem causis similiter actorem dat, *l. unic. 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, cum pupillus ut dominus auctore tutore procuratorem constituere possit, *d. l.* 24. *ff. de adm. tut. l.* 11. *C. de procurat.*

Periculo ipsius tutoris] Quamvis tutor curatoris sibi adjuncti periculum non præstet, actor tamen & adjutor tutelæ periculo tutoris constituitur, licet decretum interveniat, *d. ll.* 13. §. 1. *de tut.* & 24. *de adm. tut.* Hoc ideo, quia is qui nominat idoneum esse promittere videtur, *arg. leg.* 1. *de mag. conv. l.* 4. §. 3. *de fidej.* & *nominat.*

TI-

TITULUS XXIV.

DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM.

Dig. lib. 27. tit. 7. Cod. lib. 5. tit. 57. Et l. 9. tit. 18. Part. 6.

Continuatio, & argumentum tituli, cum summa plerorumque quæ tutelæ & curæ communia.

HActenus dictum est de tutoribus & curatoribus distincte & separatim, expositumque quæ tutelæ quæ etiam curæ sint propria. Quæ nunc sequuntur, satisdatio, excusatio, suspecti accusatio & remotio, promiscua sunt, & utriusque muneris communia. Quamobrem quæ forte de 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 π̃. *rem pup. salv. for.* alterum de magistratibus in subsidium conveniendis, de quo *tit.* π̃. & *C. de magist. conv.* Præter satisdationem, & duæ aliæ res sunt quæ hic omissæ à tutoribus & curatoribus omnibus exiguntur, inventarii rerum pupillarium confectio, *l. 7. ff. de adm. tut. l. ult. C. arb. tut. l. 24. C. de adm. tut.* de quo adi Christin. *vol. 3. dec. 151. n. 6. & seqq. & dec. 163. n. 7. & seqq.* Grot. *1. manud. 9.* deinde ut jurent se rem ex fide atque ad utilitatem curæ suæ commissorum gesturos esse, *Nov. 72. cap. ult.* unde *auth. quod generaliter C. de cur. fur.* Ad hæc pro officio administrationis bona tutoris & curatoris pupillo adolescenti tacite pignori sunt obligata, *l. 20. C. de adm. tut.* & ibi DD. Christin. *d. decis. 151.* VINN. Et hæc sanciuntur sequentibus Hispaniæ legibus, *9. & 15. tit 16. Part. 6. & 23. tit. 13. Part. 5.* ADDIT. Postremo 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. 22. C. de adm. tut.* & ibi DD. Add. Christin. *d. dec. 151. cum seqq.* VINN. Tutor jure Regio omnia bona mobilia vendere potest, præterquam servos antiquos, *l. 18. tit. 16. Part. 6.* consultius tamen faciet si neque hæc sine decreto judicis alienaverit, Olan. *Antinom. jur. civ. & Reg. verb. tutor.* Præterea jure Regio tutor rem pupilli emere non potest, *l. 23. tit. 11. lib. 5. Recop.* quo loco punitur pœna quadrupli, nisi emerit à contutore & cum manifesta pupilli utilitate, *l. 5. tit. 5. Part. 3.* ADDIT.

TEXTUS.

Qui satisdare cogantur.

Ne tamen pupillorum pupillarumve, & eorum qui quæve in curatione sunt negotia á curatoribus tutoribusve 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.

L. 9. tit. 16. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Quando pignora in vicem 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.*

Eo nomine satisdent] Satisdare proprie est fidejussoribus datis cavere, *l. 1. qui satisd. cog.* Atque hoc prætoriæ stipulationes regulariter desiderant *l. 7. de præt. stip.* nimirum quia prætor fere cavere jubet de eo quod interest nec certam æstimationem habet, ideo pignora dari noluit; cum sciri non possit quæ & qualia deponenda sint. Sed & pignora multis casibus sunt obnoxia, multa etiam incommoda, & tædiosam habent custodiam; quod notat Castr. ad *d. l. 1. qui satisd. cog.*

1.

1. Quod si cautio pro re certa aut quantitate præstanda sit etiam pignora admittit, *l.* 1. §. 9. *de collat. l.* 2. §. 3. *quod legat.* Itaque satisdare tutelæ aut curæ nomine est, stipulanti pupillo vel adolescenti sive alii cui de ea re stipulandi jus est promittere se pupillum vel adolescentem indemnem præstaturum, datis in eam rem fidejussoribus, qui quod tutorem ex ea causa præstare oportebit spondeant; unde hæc cautio dicitur satisdatio de indemnitate pupilli vel adolescentis, & passim satisdatio rem pupilli vel adolescentis salvam fore.

2. Si plures fidejussores à tutore dati sunt singuli in solidum tenentur & conveniri possunt, neque beneficium divisionis quod ceteri fidejussores ex epistola D. Hadriani habent ad fidejussores tutoris pertinet, *l. ult. rem pup. salv.* Ceterum ex persona plurium tutorum inter fidejussores dividitur actio, *l.* 6. *de fidej. & nomin. l.* 1. §. 11. *de tut. & rat. distr.* Pertinet vero hæc stipulatio etiam ad curatores furiosorum & prodigorum, *l.* 4. §. *ult. rem pup. salv. for.* & siquidem tutor fuit, finita demum tutela committitur, atque exinde dies fidejussoribus cedere incipit; in curatore statim atque res quæque salva non esse cœperit, *d. l.* 4. §. 4. Porro quidquid in judicium tutelæ venit id etiam hac stipulatione continetur; ac proinde non tantum damna illata sed etiam lucra neglecta, *l.* 9. *d. tit. l.* 1. *de tut. & rat. distr. l.* 15. *de adm. tut.* VINN. Recte Vinnius stipulationem pro tutore committi demum finita tutela scribit. Ita enim diserte Ulp. *l.* 4. §. 4. *ff. rem pup. salv. for.* Sed turbare videtur *l.* 11. *eod.* ubi Neratius ait: *Cum rem salvam fore pupillo cavetur, committitur stipulatio, si quod ex tutela dari fieri oportet non præstetur.* Unde quidam ajunt stipulationem statim committi tutore non præstante quod eum facere oportebat, sed agi demum posse finita tutela. Verum salva res est. Non agit Neratius de tempore quo committatur stipulatio, sed de modo quo committatur; adeoque ea conciliandi ratione non opus videtur. HEIN.

3. *Sed hoc non est perpetuum*) Hoc adeo perpetuum non est ut exceptiones latius patere videantur quam ipsa regula; nullum enim genus tutorum est in quo non aliqui satisdandi lege soluti sint: testamentarii in universum, *l.* 17. *ff. de test. tut. ll.* 3. *& 4. 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. & d. l.* 4. *C. de tut. vel cur. qui sat. non ded.* At cur hos omnes à satisdatione immunes esse placuit contra utilitatem, ut videtur, pupillorum? Respondemus nihil hic fieri contra utilitatem pupillorum: tantum ubi illis satis bene prospectum esse creditur incivile visum est satisdationem exigi, virisque 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 ejus etsi satisdatio remittitur, id tamen non fit nisi causa cognita, *d. l.* 5. §. 1. *de leg. tut.* Parentem autem manumissorem vel maxime hac lege solutum esse convenit.

Tutores testamento dati) Extrà quam 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. ll.* 8. 9. *&* 10. *de conf. tut.* Tutores quoque qui non legitime testamento dati aut omnimodo aut ex inquisitione confirmandi sunt, satisdatione non onerantur; ceteri satisdant, *l.* 1. §. 2. *& aliquot ll. seqq. d. tit.* §. *ult. Inst. sup. de tutel. & ibi notat.*

Ab ipso testatore approbata) Quippe parentes nemini tutelam liberorum suorum committere solent nisi ei cujus benevolentia fides ac diligentia eis satis cognita perspectaque sit, *l.* 36. *de excus.* ut merito paternum testimonium pro satisdatione sufficere debeat, *l.* 27. *C. de Episc. aud. l. ult.* §. 5. *C. de cur. fur.*

Quia idonei electi) Quam ob causam fidem inquisitionis pro vinculo cautionis cedere, Papinian. scribit, *l.* 23. *in fin. de tut. & cur. dat.* VINN. De satisdatione tutorum & curatorum apud nos adesis Gregor. Lopez gloss. 5. ad *dict. l.* 9. & Baëzam *lib. sing. de decima jure Regio tutori præstanda cap.* 3. *n.* 77. ubi asserit, quod sive à majori sive à minori judice datus sit apud nos fidejussores dare teneatur. ADDIT.

TEXTUS.

Quatenus satisdatio in iis qui satisdare non compelluntur locum habere possit.

1. *Sed etsi ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satisdationem de indemnitate pupilli vel adolescentis,*

tis, & 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, utrum 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, ut 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.

L. II. *tit.* 16. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Provocatione unius ex pluribus tutoribus satisdationi non obnoxiis fieri posse ut ceteri satisdationi subjiciantur.*

2 *Tutelam non tam commode à pluribus quam ab uno administrari; ideoque prætori curæ esse ut administratio in unum derivetur; & quis in ea re ordo.*

1. HIc locus exceptionem quamdam continet eorum quæ de tutoribus testamento aut ex inquisitione datis satisdatione non onerandis initio dicta sunt; nam etsi directo ab his satisdatio exigi non potest, si tamen plures sint hujusmodi tutores, provocatione unius fieri potest ut ceteri satisdationi subjiciantur, si huic parato satisdare administrationem committi nolint. Id quod summa ratione à prætore introductum est. Nam cum periculum administratione non divisa commune sit omnium tutorum, & quod culpa unius male 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 metuit 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.

2. Porro quoniam tutela non tam commode à pluribus quam ab uno administrari solet (quippe plures ad administrationem admissi sæpe dissensione aut æmulatione se invicem impediunt, sæpe etiam, ut ait Aristot. 2. *pol.* 2. mutua præsumtione & 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, quam ut ea per multos spargeretur, *l.* 3. §. 6. *de adm. tut.* eleganter D. Tuld. *cap.* 3. & 4. *hic.* Hujus autem rei causa gradus complures prætor fecit, quorum ordinem & numerum hic demonstrat Justinianus. Primus est, ut ei qui ex pluribus satisdationi non obnoxiis satisdationem offert gestus committatur, *l.* 17. *de test. tut.* Proximus, si nemo satis offerat, ut ei committatur quem testator gerere voluit; cui male primum locum defert Hotom. *d. l.* 3. §. 1. *de adm. tut. l.* 14. §. 1. *de solut.* Tertius, si testator neminem designavit, ut is administret quem major pars collegarum elegerit, *d. l.* 3. §. 7. *d. l.* 14. §. 1. Quartus, si collegæ inter se dissentiant, ut tum prætor partes suas interponat & causa cognita ipse statuat quis tutelam gerere debeat, *dd. ll.* Sorte hic rem dirimi non placuit, quia vertitur præjudicium alterius Gloss. *in verbo partes.* Enim vero 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. ll.* 3. & 4. §. *pen. & ult. de adm. tut.* Idemque est si omnes parati sint satisdare, *d. l.* 17. *de test. tut.* ut tamen maxime idoneum prætor eligere possit, *l.* 18. *d. tit.* Porro nec judicio testatoris semper in hac re statur, nec satis offerens semper præfertur ob causas quas affert Ulpian. *d. l.* 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 utrum satis accipere velit, an dare, *l.* 7. *rem pup. salv. for.* scilicet ita; *aut satis da, aut satis accipe.*

In pluribus ex inquisitione] Ex interpretatione videlicet edicti & oratione DD. Fratrum: siquidem verba edicti ad testamentarios tantum pertinent, *l.* 19. §. 1. *de test. tut.* Illud hic prætereundum non est, etiamsi uni administratio decernatur, non idcirco 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

rum munus sit observare actus tutoris gerentis, rationes inspicere, & male versantem suspectum facere, *d. l.* 3. §. 2. *de adm. tut.* D.Tuld. *cap.* 4.

Textus.

Qui ex administratione tutelæ vel curationis tenentur.

2. *Sciendum autem est non solum tutores vel curatores pupillis vel adultis ceterisque personis ex administratione rerum teneri, sed etiam in eos qui satisdationem accipiunt subsidiariam actionem esse, quæ ultimum eis præsidium possit afferre. Subsidiaria autem actio in eos datur qui aut omnino á tutoribus vel curatoribus satisdari non curaverunt, aut non idonee passi sunt caveri. Quæ quidem tam ex prudentum responsis quam ex constitutionibus Imperialibus etiam in heredes eorum extenditur.*

Commentarius.

1 *Qui & quando præter tutores & curatores pupillis & minoribus teneantur, & quo quisque ordine convenicndus.*

PArs hujus tituli altera, in qua agitur de actione subsidiaria quæ pupillis vel adultis ceterisque personis tamquam ultimum præsidium datur adversus magistratus qui satisdationem exigere debent. Unde apparet huic actioni locum non esse ubi testamento vel ex inquisitione dati sint tutores, sed usum ejus esse posse in legitimis tantum aut simpliciter datis, quos solos satisdationi obnoxios esse diximus.

1. *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, & tamquam sacra anchora, *ll.* 4. *&* 5. *C. de mag. conv.* Quo res melius intelligatur sciendum est primo loco conveniendos esse tutores eorumque heredes; & si plures sint tutores cum qui gessit ejusque successores, *l.* 39. §. 11. *ff. de adm. tut. l. ult. C. de div. tut.* quod si is solvendo non sit hoc ceteros onerare. Si omnes gesserunt unum eligi posse & in solidum conveniri, *l.* 2. *C. de div. tut. l.* 6. *C. arb. tut.* sed electo tum triplici beneficio succurri nimirum divisionis & cedendarum actionum exemplo fidejussorum, *l.* 1. §. 11. *ff. 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. §. 13. *de tut. & rat. dist.* Si nemo gesserit & omnes solvendo sint electioni itidem locum esse, eumque qui convenitur excipere posse periculi societatem; ceterum ut actiones sibi præstentur frustra desiderare, *l.* 38. *de adm. tut.* Quod si á magistratu vel testatore in partes seu regiones divisa sit tutelæ administratio pro parte attributa quemque conveniendum esse, nisi cujus dolus aut culpa arguatur quod collegam suspectum non fecerit, aut fecerit quidem sed collusorie aut eversis jam ejus facultatibus, *d. l.* 1. *C. de div. tut. l.* 46. §. *pen. de adm. tut.* Conventione autem tutorum mutuum periculum non finitur; verum qui administravit, si solvendo sit, ejusque successores primo loco conveniendi, *l. ult. C. d. tit.* Porro & bona tutorum tum propter res gestas tum propter non gestas pupillis esse obligata, *l.* 20. *C. de adm. tut.* Myns. Schneid. *hic.* Atque hic pupillo consistendum si à tutoribus satisdatum non est, quia testamento aut ex inquisitione dati. Si vero tales sint ut satisdare debuerint nec exacta sit satisdatio, post tutores statim ad magistratus venitur qui officium suum in exigendo neglexerunt, ut *hoc text.* Exacta autem cautione, proxime post tutores heredesque eorum conveniuntur dati fidejussores, iisque deficientibus heredes eorum, *l.* 3. *de fidej. & nomin. & her. tut.* Atque ad extremum excussis omnibus & administratorum & fidejussorum bonis, si solidum pupillus nondum consecutus est, subsidiaria actio est in magistratus qui satisdationem acceperunt, *l.* 46. §. *pen. ff. de adm. tut. l.* 4. *C. de mag. conv.* Nonnumquam tamen prius ad magistratus venitur quam ad contutores; si nimirum his nihil imputari possit quod vel satis à contutore non exegerint vel suspectum eum non fecerint, vid. *l.* 1. §. 15. *de tut. & rat. dist.* junct. *l.* 14. *de adm. tut. ll.* 2. *&* 3. *de mag. conv.* add. Wesemb. *par. de adm. tut. n.* 5. *& de mag. conv. per tot.* Christin. *vol.* 3. *dec.* 156. *n.* 9.

Non idonee passi sunt caveri] Quoties vitiose 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 omnino cautum non est statim magistratus conveniri possunt; ubi cautum est licet non idonee, fidejussorum bona prius excutienda sunt quam ad magistratus veniatur.

In heredes] Non tamen similiter tenentur he-

heredes magistratuum ut ipsi magistratus. Nam nec heres tutoris negligentiæ nomine tenetur. Nam magistratus quidem in omne periculum succedit; heres ipsius doli tantum & dolo proximæ culpæ succedaneus est, *l.* 4. *ff. 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.

Si tutor vel cura tor cavere nolit.

3. *Quibus constitutionibus & illud exprimitur, ut nisi caveant tutores & curatores, pignoribus captis coerceantur.*

COMMENTARIUS.

Pignoribus captis] Pignora ideo dicuntur quia aliquamdiu & donec aliquid fiat retinentur; eaque pars fuisse videtur mulctæ dictionis. Quod si in contumacia perseverent, removendi à tutela ut suspecti, *l.* 3. *C. de susp. tut.*

TEXTUS.

Qui dicta actione non tenentur.

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.*

COMMENTARIUS.

1 *An ipsi etiam magistratus majores cautionem exigere potuerint.*

Cui tutores dandi jus est] Κατ' ἐξοχὴν, vel jus plenum & liberum, qualе item habent proconsules ceterique quibus provinciæ regendæ commissæ, *l.* 1. *de tut. & cur. dat. l.* 1. §. 1. *ff. de mag. conv.* alioqui & magistratus municipales jus dandi tutores habent, sed circumscriptum aut pendens ab arbitrio & jussu majorum magistratuum, *l.* 3. *d. tit.* junct. §. 4. *Inst. sup. de Attil. tut.* Locus hic descriptus ex *l.* 1. §. 1. *de mag. conv.*

Qui satisdationem exigere solent] Ut magistratus & defensores civitatum οἱ ῥήτορες καὶ ἔκδικοι τῶν πόλεων. Theophil. Item Scriba præsidis vel prætoris, *l. ult. C. eod.*

1. Ait *exigere solent.* Potuitne ergo & ipse prætor cautionem exigere? Et potuisse non dubito, *ll.* 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.

TITULUS XXV.

DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

Dig. lib. 27. *tit.* 1. *Cod. lib.* 5. *tit.* 62. *Et tit.* 17. *Part.* 6.

Ratio ordinis, & quædam προθεωρίαι.

TRactationem de excusationibus & suspectis tutoribus in postremum hunc locum rejecit Justinianus, cum ageret de modis quibus tutela finitur, §. *ult. Inst. sup. quib. mod. tut. fin.* Hoc tit. agit de excusationibus, sequenti & postremo de suspectis. Utrumque autem etiam hoc argumentum promiscuum est, atque ex æquo ad tutores & curatores pertinet. Excusare se nihil aliud est quam justam causam apud magistratum allegare ad obtinendam à tutela sive delata sive suscepta immunitatem. Ajo *sive delata sive suscepta*, nam excusationum usus est & ante & post susceptam administrationem ut ex sequentibus apparebit. Ajo *justam causam*, nam nisi excusatio justa atque ad eam rem constituta causa nitatur non est audienda. Etenim tutela munus publicum est, cujus ea conditio ut id nisi justa causa afferatur neque delatum detrectari neque susceptum deponi possit, *l.* 3. §. 1. & 4. *l.* 6. *de mun. & hon. l.* 1. & passim *de vac. mun. l.*

1.

1. *de adm. tut.* Causæ excusationum variæ sunt: hic octodecim fere enumerantur, plures in π̃. & *Cod. hoc tit.* Atque harum omnium quædam certæ sunt & legibus ita definitæ, ut simpliciter sint recipiendæ; 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.

De numero liberorum.

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 provinciis quinque à tutela vel cura potest excusari, exemplo ceterorum munerum; nam & tutelam & curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt; in adoptionem autem datis naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt ut in locum patris sui succedant; ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelæ vel curæ muneris excusationem prosunt; defuncti autem non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quæsitum est an prosint. Et constat eos solos prodesse qui in acie amittuntur. Hi enim qui pro Republica ceciderunt in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.

L. 2. tit. 17. Part. 6.

NOTA.

Adoptivi liberi non prosunt] Olim proderant; quem morem reprehendit P. Scipio apud Gell. *5. cap. 19.*

COMMENTARIUS.

PROpter *liberos*] Romanis studium fuit ad matrimonia omnibus modis invitare, quod publice interesse credebant justa sobole repleri civitatem. Quam ob causam & pœnis cœlibes, & maritos qui liberos suscepissent præmiis affecerunt; quod effectum maxime legibus Juliis *de maritandis ordinibus*, & lege Papia Poppæa, de quibus Cujac. ad *l. 2. hoc tit.* Lipsius *in comm. ad 2. annal. ad verba Taciti de moderanda Papia Poppæa* Hotom. *in descriptione legg. Rom.* Inter hæc præmia immunitas fuit à muneribus civilibus, *ll. 1. in pr. & 2. §. 1. de vac. mun.* ac proinde etiam à tutela & cura, *l. 2. §. 2. ff. hoc tit. l. 1. C. qui num. lib.*

Sive emancipati] *L. 2. §. 2. hoc tit. l. 2. §. 4. de vac. mun.* quippe hæc immunitas non tam propter onus domesticum educationis liberorum conceditur, ut vulgo existimant, quam ut præmium & remuneratio πολυπαίδων (*parentum prole-divitum*) De jure trium liberorum vid. Duar. 1. *disp.* 40. VINN. Et multo accuratiorem M. Vertran. Maurum *de jure liberorum.* HEIN.

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, ceterosque cives qui urbem incolerent, etiam post constitutionem Antonini in *l. 17. de stat. hom.* quamvis omnes ex ea constitutione effecti sint cives Romani, quod & alibi observare licet, §. 40. *Inst. inf. de rer. div. & pr. tit. de usuc.* itemque *in pr. quib. al. lic.* Quod autem de Roma hic dicitur, Schol. Th. transfert & ad novam Romam τὴν Κωνσταντινουπόλιν, & Thraciam τὴν Θράκην. VINN. Frustra hoc præmium parentum Vinnius refert ad reliquas diversorum jurium Civitatis Latii & provinciarum. Hic enim non ad diversos status hominum respicitur, sed ad locum ubi quisque habitaret. Hinc civem in provincias quinque, provincialem Romæ tres liberi excusabant. Simile privilegium pro diverso loco habitationis diversum est in *l. 2. C. Theod. de in integr. restit.* Hinc nec principium *Inst. quib. al. lic.* huc pertinet. Alia enim est Italia, aliud *solum Italicum.* Illa Alpibus & utroque mari finitur; hoc ubicumque coloniæ Italici juris occurrebant, erat. Vid. vir. cl. Schulting. *jurisprud. ante justin. p. 619.* HEIN.

Exemplo ceterorum munerum] Personalium nimirum; nam à patrimonialibus muneribus, quæ rerum & possessionum proprie 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 XVI. liberorum, *l. 5. §. 2. de jur. imm.* aut minimum XII. *l. 24. C. de decur.* quo tamen loco pro XII. substituendum esse XVI. existimat Gujac.

Publicum munus] Tutela proprie non est munus publicum; neque enim rem publicam sed privatam pupilli tutor tractat; nec Reip. peculiariter interest pupillis tutores dari, *l. 2.*

§. *pen. in fin. ad municip.* sed per consequentias & improprie loquendo, quia ad curam publicam pertinet orbos ac pupillos tueri ac defendere, *l.* 2. §. 2. *qui pet. tut.* Hinc facile intelligitur cur Modestinus neget tutelam esse munus Reipub. *l.* 6. §. 15. *hoc tit.* Aut quid si dicamus, ideo tutelam appellari munus publicum quia cuivis è populo non secus ac cetera munera publice injungi potest.

Adoptivi liberi non prosunt] Quod & generaliter traditum est, *d. l.* 2. §. 2. *de vac. mun.* Et ratio est, quia hæc beneficia patribus data sunt qui numero civium Remp. auxerunt. Meminit Tacitus 15. *annal. cap.* 19. Senatusconsulti facti tempore Neronis, quo cautum erat *ne liberi adoptivi ad præmia patrum prodessent.*

In adoptionem dati prosunt] Ex quo manifeste liquet quod paulo ante diximus, hanc immunitatem magis esse beneficium πολυπαιδίας (*multiplicitas filiorum*) quam levamentum oneris domestici.

Nepotes ex filio] Scilicet demortuo, *l.* 2. §. 7. *hoc tit.* nam ex filio emancipato nati avo ideo non prosunt quia ille ei prodest, & hi patri suo. Quod si plures sint ex uno filio nepotes non singuli singula capita constituunt, sed unum universi, patremque omnes simul repræsentant, *d. loc.* quod & in ceteris muneribus obtinet, *l.* 3. *C. de his qui num. lib.*

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.*

Superstites] *L.* 2. §. 4. *hoc tit. l.* 2. §. 5. *de vac. mun.* quippe hi soli & Reipub. usui & parentibus onori sunt. Defuncti non prosunt præterquam bello amissi, *d. tit.* Quod Ulp. *l.* 8. *hoc tit.* & Justin. *hic* de iis accipi volunt qui in acie seu in prœlio ἐν τῇ συμπλοκῇ amissi sunt, propterea quod hi pro Repub. cecidisse intelligantur & in perpetuum per gloriam vivere. Unde cum ex statuto secundogenitus in jure primogenituræ præferretur filio primogeniti præmortui: responsum est hoc locum non habere si in acie primogenitus occubuisset, Ayala *lib.* 3. *de jur. bell. t.* 7. *n.* 21. Qui vero per causam belli in obsidione, præsidiis, castris abripiuntur, huc non pertinent, *d. l.* 18. *hoc tit.* De iis qui pro patria mortem oppetunt, præclare M. Tullius *pro Planc. c.* 37. & *Philip.* 9. *cap.* 2. Liv. *lib.* 25. *cap.* 38. Diod. Sic. *lib.* 15. ἀντὶ θνητοῦ σώματος ἀθανάτης τὴν παραταλείπουσιν (*pro amisso corpore immortalem* (sui) *memoriam relinquunt*) *in Lesbonact. hortat.*

TEXTUS.

De administratione rei fiscalis.

1. *Item divus Marcus in semestribus rescripsit eum qui res fisci administrat, à tutela & cura, quamdiu administrat, excusari posse.*

L. 2. *tit.* 17. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

IN semestribus] Crebra est semestrium D. Marci in libris nostris mentio. Auctor est Suetonius in *Aug. cap.* 35. Augustum semestria senatorum aliquot consilia sibi instituisse cum quibus de negotiis ad frequentem senatum referendis ante tractaret. Dio. *lib.* 53. scribit, ex reliquo numero senatorum quindecim ad hoc ferte lectos esse ἐς ἑξάμηνον· quod exemplum Marcus secutus videtur. Vid. Pet. Fab. in *præfat. semestr.*

Res fisci] Vel etiam rem privatam Principis, *l.* 41. *hoc tit.* Huc referunt & exactores tributorum, *l.* 10. *C. eod.* colonos patrimoniales, *l. ult. C. qui dar. tut.* ceterosque quibus Princeps curam alicujus rei injunxit, *l.* 22. §. 1. *l.* 30. *eod. tit.* VINN. Quin & vectigalium redemtores. Ripia de *Rentas Reales* §. 9. *n.* 47. ADDIT.

TEXTUS.

De absentia Reipublicæ causa.

2. *Item qui Reipublicæ causa absunt à tutela vel cura excusantur. Sed etsi fuerint tutores vel curatores dati, deinde Reip. causa abesse cœperint, à tutela vel cura excusantur quatenus Reip. causa absunt; & interea curator loco eorum datur, 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.*

L. 2. *tit.* 17. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

REipub. causa absunt] *Dict. l.* 41. §. 2. *hoc tit.* Reip. causa abesse dicuntur qui publi-

blici alicujus muneris vel officicii causa cui præsunt ab urbe profecti sunt, ut ex Modestino, Paulo, & Ulp. discimus, *ll.* 32. 35. & 38. *ff. ex quib. cau. maj.* Horum duo sunt peculiaria. Nam cum ceteri qui propter solum officium aut magistratum excusantur susceptam tutelam deponere non possint, §. *prox. seq.* eamque a qua excusati erant statim finito officio suscipere cogantur, *arg.* §. *præc. l.* 22. §. 1. & *d. l.* 41, *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 habent anni vacationem, *hoc text.* & *l.* 10. *eod.* ubi Modestinus sic scribit: *οἱ χρείας δημοσίας δήμου Ρωμαίων ἕνεκα ἀποδημήσαντες ἐπαυτοῦ ἔχουσιν ἀνάπαυσιν μετὰ τὸ ἐπανελθεῖν.* (*Qui qualitercumque necessitatis publicæ plebis Romanorum gratia absentes fuerunt, anni habent vacationem post reversionem.*) Ergo absentes municipii causa non videntur hanc anni vacationem habuisse, contrà quam sentit Wesemb. Vinn. Hujus tamen opinio probatur *d. Part. leg.* ibi: *fuese allà por servicio, ò por pro comunal de la tierra en que vive.* Addit.

Textus.

De potestate.

3. *Et qui potestatem aliquam habent se excusare possunt, ut divus Marcus rescripsit; sed susceptam tutelam deserere non possunt.*

Dict. l. 2.

Commentarius.

Potestatis vocabulum apud nostros aliquando large accipitur, ut iis etiam attribuatur qui cum 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. Jul. majest.* Sæpe 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.* 215. *de verb. sign.* potestatis vocabulo imperium in persona magistratuum significari; ac proinde in hac significatione verum est etiam minores magistratus imperium potestatemque habuisse. Non numquam etiam κατ' ἐξοχὴν soli magistratus majores imperium & potestatem habère dicuntur; minores sine imperio & potestate esse, *l.* 32. *de injur. l.* 2. *de in jus voc.* Atque in excellentiori hoc significatu verbum potestatis hìc accipiendum esse ex eo perspicuum est quod ædilitas à tutela non excusat, *l.* 17. §. 4. *hoc tit.* Magistratus tamen civitatum, *τὰς ῥεατηγὰς τῶν πολεων*, remissionem à tutela habuisse aperte testatur Modestinus, *l.* 6. §. 16. *eod.* Add. Cujac. *ad l.* 4. *in fin. eod.* Ant. Fab. 1. *jurispr. hoc tit. pr.* 1. *ill.* 3. Vinn. Quamvis magistratus municipales à tutela excusari posse tradat Modestinus *l.* 6. §. 16. *ff. de excus.* obstare tamen videntur *l.* 3. *ff. qui pet. tut.* & *l.* 23. *pr. ff. de excus.* ubi idem negari videmus; nisi Modestinum per *τὰς ῥεατηγὰς* duumviros, Paulum & Ulpianum reliquos minores magistratus municipales intelligere dicas. Sane & Romæ, cujus instituta fere imitabantur municipia, inter magistratus *majores & minores* distinguebatur, quoties de hoc privilegio erat quæstio *l.* 17. §. 4. *ff. hoc tit.* Hein. Atque in hoc sensu Partitar. Compilatores hunc textum accepere; solum enim in *d. l.* 2. excusantur *los que han de juzgar i cumplir la justicia por obra*; id est qui jus habent gladii. Addit.

Susceptam deserere non possunt] Magistratibus qui antè se miscuerunt administrationi, vacatio à tutelis non conceditur, *d. l.* 17. §. 5. *hoc tit.* in quo differunt ab iis qui Reipub. causa abesse coguntur, ut paulo ante dictum.

Textus.

De lite cum pupillo vel adulto.

4. *Item propter litem quam cum pupillo vel adulto tutor vel curator habet excusari non potest; nisi forte de omnibus bonis vel hereditate controversia sit.*

Dict. l. 2.

Commentarius.

Justa causa excusationis non est quod litem aliquam cum pupillo tutor habeat. Sed si judicio agendum sit, qua tutor in rem suam auctor fieri non potest, curator interim ad hoc pupillo datur, qui judicio peracto curator esse desinit, §. *ult. Inst. sup. de auct. tut.* At si de omnibus bonis plurimave eorum parte, aut de hereditate lis sit, æquum est excusationem tutoris recipi, *ll.* 20.

& seqq. hoc tit. Immo utile pupillo etiam nolentem se excusare à tutela removeri, *d. l.* 20. Non tamen in quavis disceptatione hereditatis simpliciter & sine cognitione causæ recepta fuisse videtur tutoris excusatio, *arg. l.* 16. *C. eod.* Hodie tota hæc quæstio inutilis. Nam *Novell. Justiniani constit.* 72. *c.* 1. vetatur quilibet creditor aut debitor pupilli tutor ejus esse. Dixi supra ad *d.* §. *ult. Inst. tit. de auct. tut.*

TEXTUS.

De tribus tutelæ & curæ oneribus.

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.

Dict. l. 2.

COMMENTARIUS.

NEmo ita onerandus est alienis negotiis ut sua ipsius negligere cogatur; adeoque & pupillorum interest tutorem non nimis multis negotiis implicari. Quamobrem placuit tria onera tutelarum, vel tria onera curationum, vel tria onera permixtarum tutelarum & curationum quartæ tutelæ curationisve excusationem præbere, *l.* 2. §. *ult. & l. seq. ff. 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, & quas frater fratri qui in ejusdem patris potestate est ad excusationem prodesse, *l.* 4. §. *ult. eod.* modo tutelæ quas filii administrant spectent ad periculum patris, *l.* 5. *eod.*

Non affectatæ] Tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt, *l.* 15. §. 15. *eod. d. l. un. C. qui num. tut.* Itaque sive quis lucrum captans ultro se tutelæ obtulit, sive tenuem νόμῳ χάριν (*legis intuitu*) suscepit ut numerum trium expleret, à quarta non excusabitur, *d. l.* 5. §. 5. Sic enim verba Modestini: ὁ μετρίαν γενόμενος ἐπιτροπος, interpretor, μετρίαν, scilicet, ὀρφανῇ (*orbi, inopis*) vel ὑσίας (id est *quod ad substantiam seu facultatem attinet*); ut non tutor pauper quemadmodum Haloander vertit, sed pauperis tutor iis verbis significetur; quam interpretationem & Theophilus juvat: nam Curtius verba Theophili, ἐπιτροπὴν εὐτελεστάτην perperam interpretatur est, *tutelam opulentam*, cum *tenuissimam* vertere debuerit, quod mirum est D. Gothofredum non animadvertisse.

Quamdiu administrantur] Id enim maxime 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.* 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.* 15. §. 9. *eod.* ad quem tamen quasi pars quædam administrationis pertinet; tenetur enim actus gerentis sollicite observare, eumque si male versetur suspectum facere, *l.* 3. §. 2. *de adm. tut.* Enimvero tutor qui cessat in administratione tutelæ, eam ratione periculi in numerum trium computat, *l.* 31. *in fin. pr. hoc tit. l.* 60. *de rit. nupt.* nimirum quia qui cessat principaliter tenetur, & suo nomine, perinde ac si gesisset.

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, *ll.* 3. & 31. §. *ult. hoc tit.* Idemque est & in aliis sive cognatis sive extraneis consortibus aut dissortibus, *d. l.* 31. §. *ult.* Sed & contrà aliquando unius pupilli tutela ob eamdem causam ad excusationem sufficere debet, si nimirum tam diffusa, negotiosa & molesta sit ut pro pluribus cedat *d. l.* 31. §. *ult.* cujus rei disquisitio fere est in arbitrio prætoris tutelaris ut ex eodem loco intelligitur, & hic notat Bachov. Add. Cujac. ad *d. l.* 2. *eod.*

TEXTUS.

De paupertate.

6. Sed & propter paupertatem excusationem tribui tam divi Fratres quam per se Divus Marcus rescripsit, si quis imparem se oneri injuncto possit docere.

Dict.

Dict. l. 2.

COMMENTARIUS.

DEsumtus hic locus est ex *ll.* 7. & 40. §. 1. *hoc tit.* Est autem hæc excusatio ex iis quoque quarum receptio aut repudiatio pendet à magistratu cujus 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. Myns. Schneid. Wesemb. *hic.*

TEXTUS.

De adversa valetudine.

7. *Item propter adversam valetudinem propter quam ne suis quidem negotiis interesse potest, excusatio locum habet.*

Dict. l. 2.

COMMENTARIUS.

ET hæc causa ex earum genere est quæ cognitionem magistratus desiderant; neque enim quæcumque valetudo excusat, sed ea quæ impedimento est quominus quis suis rebus superesse possit, *l.* 10. *in fin. l. pen.* §. *ult. ff. hoc tit. l. unic. C. qui morb.*

TEXTUS.

De imperitia litterarum.

8. *Similiter eos qui litteras nesciunt esse excusandos Divus Pius rescripsit; quamvis & imperiti litterarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.*

Dict. l. 2.

COMMENTARIUS.

LItteras pro παιδείᾳ aut humanitate sæpe accipi notum est. Proprie tamen litteræ elementa significant, *l.* 11. §. 3. *de instit. act. l.* 6. §. *ult. de bon. poss. l.* 1. §. 7. *de var. & ext. cogn.* Cic. pro *Sylla cap.* 16. *Litteræ posteritatis causa repertæ sunt.* Hinc nescire litteras dicuntur qui ne elementarii quidem sunt, hoc est qui nec legere nec scribere didicerunt, *l.* 3. §. 2. *ff. de accus. ll.* 21. & 30. *C. de testam.* ut & è contrario scire litteras qui scribere sciunt, *l.* 93. §. 1. *ff. de acq. her. l.* 10. *C. qui test. fac.* Suet. *in Claud. c.* 10. idque ex usu etiam aliorum auctorum ut multis docet Duar. 1. *disp.* 3. & vel unum illud Neronis apohthegma ostendit: *Velim nescire litteras*, 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. *delegib.* μήτε νεῖν μήτε, γράμματα εἰδέναι· (*nec natare*, neque *litteras nôsse*) Nec dubito quin Justinian. *hic* & Paul. *l.* 6. §. *ult. eod.* eodem modo hac locutione utantur, ut nescire litteras iis sit neque legere scire, neque pingere; & imperiti litterarum Justiniano ἀγράμματοι, Modestino in *d.* §. idem quod ἀναλφάβητοι· Nam dicere se studiis litterarum imbutum non esse & ἀπαιδευσίαν (*eruditionis defectum*) hic causari, sane quam ineptum est.

Quamvis & imperiti litterarum] Axioma discretum est: quamvis imperiti litterarum non sint negotiorum expertes tamen à tutela sunt excusandi. Cui per connexum contradicere videtur Paul. *d. l.* 6. §. *ult.* inquiens: si imperiti litterarum non sint negotiorum expertes à tutela non sunt excusandi. Sunt qui patticulam *quamvis* hoc loco notam esse volunt exceptionis, contra perpetuum & certum latini sermonis usum. Alii nescire litteras Paulo esse non didicisse humaniores litteras, in studiis litterarum non esse versatum; quasi litterarum, hoc est politioris humanitatis expertes ad tutelam administrandam minus idonei videri debeant. Fabulæ. Puto etiam litterarum ignorantiam ad classem earum excusationum referendam esse quæ arbitrio magistratus nunc admittuntur, nunc rejiciuntur. Itaque quod Justinian. ait imperitos litterarum esse excusandos, non ita accipi velim quasi simpliciter & semper excusari debeant, sed causa cognita si forte tutela diffusior atque negotiosior ut propter rationum conficiendarum difficultatem ab imperito litterarum commode 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 patrimonii εὐτελὴς, aut alias satis expedita, cui gerendæ sufficiat quivis non hebeti ingenio neque expers negotiorum, nulla ratio est cur quis ob solam imperitiam litterarum ab ea excusetur. Atque ita Paulum tempero

in

in *d. l. 6. §. ult.* VINN. Quæcumque hìc tradit auctor mire confirmantur prædicta Partit. lege, quæ etiam in hoc sensu hunc textum accepit. ADDIT.

TEXTUS.

De inimicitia patris.

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.*

Dict. l. 2.

COMMENTARIUS.

Propter inimicitias] Quo molestiam exhibeat inimico, ἵνα ὑποβληθῇ ἐνοχῇ καὶ πράγμασι, *ut subjiciatur litibus & negotiis, d. l. 6. §.* διδῶσιν 17. Nam si testator bona mente eum tutorem dedit cui inimicus antea infensusque fuit, hoc ipso videtur facta gratiæ reconciliatio. Dicam plura *inf. §. 11. hoc tit.*

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. 15. §. 1. hoc tit. l. 69. de test. tut.* VINN. Sunt qui inde novum fingunt tutelæ *pactitiæ* genus. Sed frustra. Ejusmodi enim tutor vere est testamentarius quamvis promissio occasionem patri dederit hunc tutorem dandi; & ita etiam intelligenda *l. 29. fin. ff. de test. tut.* In Germania tamen & illustria & privata exstant tutelæ pactitiæ exempla, de quibus B. Strykius in *Usu. ff. lib. 26. tit. 1. §. 14.* & collega conjunctissimus olim Petr. à Ludewig. in *dissert. jur. Rom. & Germ. in tutel. differ. 4.* HEIN.

TEXTUS.

De ignorantia testatoris.

10. *Non esse autem admittendam excusationem ejus qui hoc solo utitur quod ignotus patri pupillorum sit Divi Fratres rescripserunt.*

COMMENTARIUS.

Ignotus patri] *L. 15. §. 14. hoc tit.* Excipiunt DD. post Glossam hìc nisi quis dicat se ibi domicilium non habere ubi ad tutelam vocatus est, *l. ult. §. ult. eod.* Sed hoc genus est excusationis omnium commune.

Divi Fratres] Marcus Antoninus Philosophus & Ælius Verus, T. Antonini Pii filii, Hadriani nepotes, qui primi duo Augusti appellati & fastis consularibus sic inscripti sunt; auctore Spartiano in *Ælio Vero c. 1.* Appellantur & fratres Imperatores, *l. 33. de pœn. l. 38. §. 4. ad leg. Jul. de adult.* vid. Ant. Augustin. *lib. sing. de excus. ad §.* ἵτι ἀπολύεται 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 describit Herodian. *lib. 3.* postquam & templa iis constitui, ac sacerdotes & sodales creari, & ludi fieri, omnesque divini honores decerni solebant; ut ex Tacito, Tranquillo, Spartiano, Capitolino aliisque id genus auctoribus discimus.

TEXTUS.

De inimicitiis cum patre pupilli vel adulti.

11. *Inimicitiæ quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt nec reconciliatio intervenerit, à tutela vel cura solent excusare.*

Dict. l. 2.

COMMENTARIUS.

1 *An homini Christiano conveniat ad excusationem tutelæ obtendere inimicitias.*

NUnc de inimicitiis paulo pluribus & distinctius agamus. Ait *inimicitias capitales quas quis cum patre pupillorum exercuit, nisi intervenerit reconciliatio*, solere excusare. Inimicitias capitales intelligo quascumque graviores, quæ vel vitam vel libertatem vel existimationem petunt, *arg. l. 103. de verb. sign.*

1. Sunt qui existimant hujusmodi excusationem minus convenire homini Christiano. Neque enim recte videri tutorem dicturum non debere se cogi benefacere homini inimico & de se male merito, aut liberis ejus; quæ sententia ethnicis fortasis conveniat, aut veteribus illis quorum meminit Christus *Matth. cap. 5. v. 43.* qui legem Domini sic accipiebant: *Diliges proximum tuum, & odio ha-*

bebis inimicum tuum. Christianis & piis non convenit. Et sane ita est, nisi ratio afferatur cur inimicitiæ excusare debeant; qualis hìc 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. §. 12. *de susp. tut.* Ait, *nec reconciliatio intervenerit.* Reconciliatio aut aperte intervenit, ut si post ortas inimicitias in gratiam redierint; aut tacite, si eum cui pater juste 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. §. 17. *hoc tit.* Plane si ispe pater causam inimicitiis dedit, puta quod eum quem tutorem dedit aliquando capitis accusaverit, aut insigni contumelia affecerit, ad excludendam excusationem necessaria est aperta reconciliatio, *arg.* §. *seq.* Nam illius est remittere injuriam, cui illata est. Ait, *solent excusare.* Et merito; nisi enim hujusmodi tutores & curatores ultro se excusent, inviti removentur, *d. l.* 3. §. 12. *de susp. tut.*

Textus.

De sta tus controversia à patre pupilli illata.

12. *Item is qui status controversiam à pupillorum patre passus est excusatur à tutela.*

Dict. l. 2.

Commentarius.

SI tutor status controversiam à patre pupilli passus sit, id est si eum pater in servitutem petierit, hoc par interdum ac si capitis accusasset, *l.* 14. *ff. de bon. libert.* & hic tutor omnimodo excusandus, etiamsi pater eum postea 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. §. 18. *hoc tit.* Vinn. Sed non solum ad statum libertatis restringendus videtur hic §. verum etiam si quis alterum civem vel filiumfamilias negasset, huic tutela liberorum actoris obtrudi haud potuisse videtur. Hein.

Textus.

De ætate.

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.*

Dict. l. 2.

Commentarius.

1 *Duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadversus.*

SEnes æque ac magistratus Veteres reveriti sunt, *l.* 5. *de jur. immun.* quæ reverentia consistebat in assurgendo, in loco dando ac cedendo, domo deducendo ac reducendo. Juvenalis *satyr.* 13. *v.* 54.

Credebant hoc grande nefas & morte piandum,
Si juvenis vetulo non assurrexerat.

Add. Valer. *l.* 2. *c.* 1. Cic. 1. *off. c.* 34. Gell. *lib.* 2. *c.* 15. Fuit etiam venerabilis senectus excusatione honorum & vacatione munerum personalium. Ab honoribus excusabant anni 60. in urbe. Senec. *de brev. vit. c.* 20. *Lex à quinquagessimo anno militem non cogit; à sexagessimo senatorem non citat.* Idem tamen 2. *controv.* annos 65. exigit. A decurionatu excusabant anni 55. *l.* 11. *de decur.* à tutelis ceterisque muneribus personalibus anni 70. *l.* 3. *de jur. immun. l.* 2. *ff. hoc tit. l. un. C. qui ætat. se exc.* In *l. ult. C. qui ætat. vel profess.* pro LV. legendum LXX. ut contextus ostendit, & monet Cujac. Ceterum hæc ita procedebant nisi aliter consuetudo vel lex municipalis definiret, *d. l.* 11. *de decur. 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 egressum esse oportet, *l.* 2. *hoc tit. l.* 3. *de jur. immun.*

Minores olim quidem excusabantur] Hic lo-

cus & constitutio Justiniani in *l. ult. C. de leg. tut.* multis imposuit. Constat minorem 25. annis testamento tutorem recte dari, sed ita datum perinde haberi ac si sub conditione aut ex die datus esset cum major 25. annis factus fuerit; ut interim nec tutelam administret nec ullo effectu pro tutore habeatur, §. 2. *Inst. sup. qui test. tut. l.* 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.* 5. *de leg. tut.* Atque uti quisque proximus est agnatus ita ipso jure ex lege tutor est, quamvis potestas administrandi demum post perfectam ætatem ei deferatur, *l.* 16. §. 1. *de tut. ll.* 4. & 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 ætatem non habet curator interim ad hoc à magistratu dabitur, §. *ult. sup. de curat. d. l.* 10. §. *pen. hoc tit.* 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. l.* 3. §. *pen. de leg. tut.* Revise quæ scripsi ad §. *ult. Inst. 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 *cum major erit*, §. 2. *Inst. sup. qui test tut. l.* 10. §. *pen.* & *ult. de test. tut.* Quapropter si tota datio non consistit, nec ἐν τῇ νεότητι (*in minorennitate*) pro tutore ullo effectu habebitur, ac ne quidem post ἀκμὴν (*ætatis vigorem*) tutor erit; ideoque consulto de testamentario & legitimo dumtaxat Modestinum *d. l.* 10. §. *pen. de excus.* locutum esse existimandum est. Nunc videamus quid hic novi constituerit Justinianus. Ait minores 25. annis olim quidem excusatos fuisse, se autem constitutione sua cavisse ne omnino minor audetur 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.

1. In ea autem constitutione atque hoc loco duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadvertitur. Unus est quod putaverit jure veteri periculo minoris cui legitima tutela delata erat curatorem interim datum tutelam administrasse, ut patet ex ratione quæ affertur in princ. 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 adeo custodem Triboniani Ant. Fabrum hic dormitasse. Quod si quid novi hic constitutum videri possit, erit illud unum quod Bachovius existimat, ut jam non amplius 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 (*minorennitate*) proximi ad administrationem tutelæ admissos jam ostendimus. VINN. Ego vero non ausim Justinianum tam supinæ ignorantiæ arguere. Certissimum est Veteres non solum minores sed & impuberes admisisse non solum ad tutelam testamentariam verum etiam ad legitimam. Clarissime id liquet ex Ulp. *in frag. tit.* 11. §. 20. & 22. quamvis interea dum adolescerent prætor alium tutorem daret, nisi se excusaret. Impubem à magistratu dari non potuisse facile concesserim; at de minore vix dubito, cum sumta toga virili puberes ad officia virilia admitti solerent. Postquam vero hæc mutavit Justinianus, leges antiquiores Tribonianus juri novo more suo accommodavit, veluti *l.* 16. §. 1. *ff. de tut. ll.* 4. & 8. *ff. de legit. tut. l.* 1. *ff. de fidejuss.* & *nominat.* idque & Cujacius ad *tit. Inst. de fiduc. tut.* & vir cl. Ant. Schulting. *Jurispr. Ante Justin. p.* 601. fatentur. Aliis argumentis Tribonianum contra Vinnium defendit Ulr. Huber. *digress.* 103. *cap.* 24. HEIN.

Nec pupillus] Si verum est quod diximus agnatum proximum quamdiu minor est tutelam gerere non posse, inepte atque inutiliter videtur quæri an pupillus ad legitimam tutelam pupilli sit vocandus. Nam etsi fingamus alterum infantem esse alterum pubertati proximum, exiguum tamen tempus superfuturum est administrationi. Et in *l.* 10. §. *pen. hoc tit.* non de impubere quæritur sed de adolescente sive minore 25. annis: nam ἀφήλιξ qui & ἀήλιξ, Græcis non est ἄπηβος, sed

sed νέος, hoc est adolescens, τὴν ἡβὴν μὲν ὑπερβὰς, ἐλάττων δὲ ἐτῶν πέντε ἐναυτῶν (*pubertatem quidem egressus, viginti quinque tamen annorum minor*) ut passim apud Theop. & Harmen.

Quum incivile sit] Hæc ratio nihil aliud efficere videtur quam ut ne minori tutelæ administratio permittatur. Atqui nec jure veteri ea minori permissa fuit. Sed ut dixi, falso credidit Justinianus periculo minoris interim tutelam ab alio administrari solitam; nam ideo se jus vetus mutasse scribit, ut cuique immineat pro sua tantummodo administratione periculum, ne alieno onere alius prægravetur. Itaque tutelam vel curam subire hoc loco dixisse existimari potest, pro, periculum tutelæ ab alio administrandæ sustinere.

Textus.

De militia.

14. *Idem & in milite observandum est, ut nec volens ad tutelæ onus admittatur.*

L. 3. tit. 17. Part. 6.

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 á numeris & signis avocentur. Quam ob causam nec procuratores esse possunt, *l. 8. §. 2. ff. de procur.* nec aliena prædia conducere, *l. 31. C. de loc. & cond.* Quatenus veterani, hoc est qui militia honeste dimissi & sacramento soluti sunt, vacationem tutelarum habeant copiose disputatur *l. 8. & seqq. hoc tit.*

Textus.

De Grammaticis, Rhetoribus, & Medicis.

15. *Item Romæ Grammatici, Rhetores, & Medici, & qui in patria sua has artes exercent & intra numerum sunt, á tutela & cura habent vacationem.*

L. 3. tit. 17. Part. 6.

Commentarius.

Studiorum liberalium professores Grammatici, Sophistæ, Rhetores qui publice juventuti prosunt, item Medici quemadmodum à reliquis muneribus ita & à tutela & cura vacationem habent, *l. 6. §. 1. ff. hoc tit. & tit. C. de profess. & med.* Habent & Philosophi, *d. l. 6. §. 5.* Musicos, quamvis eorum ars ingenua sit & liberalis, non habere tradit Cujac. in *d. l. 6. §. 1.* allegans *l. 5. C. de excus. mun.* quo loco pro *Hydraulæ* videtur legisse *Musici.* Nec Poëtæ habent, *l. 3. C. de profess. & med.* licet divini spiritus mereantur. Legum quoque Doctores non habent, exceptis iis qui Romæ docent, *d. l. 6. §. 12. ff. hoc tit.* Ceterum 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. 33. ad municip.* Quamobrem qui Romæ docent etiamsi Romæ nati non sint immunitatem habent, *l. 9. de vac. mun.* sive salariarii sint sive non sint, *l. 6. §. 11. ff. hoc tit.* Atque hæc ex tribus una est conditio ad obtinendam immunitatem necessaria, *d. l. 6. §. 9. hoc tit.*

Intra numerum sunt] Conditio altera; non aliter enim hac immunitate fruuntur magistri studiorum quam si probati decreto Ordinis, & numero constituto adscripti sint, *d. l. 6. §. 4. ff. hoc tit. ll. 5. 7. & 8. C. de profess.* 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 (*quod rari essent* vel *ob* eorum *raritatem*) *d. l. 6. §. 6.* 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. §. 10.* Vinn. Quæcumque hic auctor, confirmata sunt in *d. l. 3. tit. 17. Part. 6.* præterquam quod, ut Doctores legum excusentur, requiritur quod aut Judicum aut Consiliariorum fungantur officio. Addit.

Est & tertia conditio hic omissa, ut bene & sedulo suo munere fungantur, seque adolescentibus utiles præbeant; alioqui denuo ab Ordine reprobari possunt, *d. l. 6. §. 6. ll. 2. & 8. C. de profess. l. 11. §. 3. de mun. & hon.* Colligunt hinc DD. studiosos qui gnaviter litteris non incumbunt, etiamsi in catalogum relati sint, privilegiis Scholarum gaudere non oportere; cessante scilicet ratione inductiva privilegiorum, secundum Aldobrand. *n. 19.* Schneid. *n. 6. hic*, quamquam

vix est ut hoc obtineat : consule Wames. *cent.* 1. *cons.* 40. Christin. *vol.* 5. *decis.* 36. & 49. *n.* 14. & *seq.* VINN. Inter eos qui ex privilegio à tutela excusantur, renuntiandus est qui duodecim equas ventris causa habuerit, *l.* 3. *tit.* 17. *lib.* 6. *Recop.* Neque abs re hoc loco erit notare rescripta à Rege ut plebeji (*pecheros*) à tutela excusentur, irrita declarari, *l.* 21. *tit.* 14. *lib.* 6. *Recop.* ADDIT.

TEXTUS.

De tempore & modo proponendi excusationes.

16. *Qui autem vult se excusare, si plures habeat excusationes & de quibusdam non probaverit, aliis 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 vero ultra centesimum lapidem habitant, dinumeratione facta viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum; qui tamen, ut Scævola dicebat, sic debent computari ne minus sint quam quinquaginta dies.*

L. 4. tit. 16. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Utrum post constitutionem D. Marci adhuc immediate à delatione tutelæ appellari potuerit.*

2 *Ex quo tempore 50. dies excusationi allegandæ constituti currere incipiant.*

3 *An causa excusationis per procuratorem agi possit.*

4 *Etiam tutores legitimos excusari.*

Aliis uti non prohibetur] Ex Marciano *l.* 21. §. 1. *hoc tit.* Est enim excusatio species quædam exceptionis; nemo autem prohibetur pluribus exceptionibus uti, *l.* 8. *de exc. l.* 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 negotii trahendi causa novas postea excogitet; & est textus in *l.* 13. §. 8. *hoc tit.* Omnibus autem propositis vel unam probare sufficit ad victoriam.

1. *Non appellant*] Hoc enim D. Marcus effecit. Nam cum antea non minus à delatione tutelæ quam alterius muneris appellaretur, Marcus Antoninus tutelam à ceteris muneribus ita secrevit, ut tutor datus non amplius rectâ 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 vero ad alia munera vocarentur, illi non aliter quam olim, hoc est quam appellatione interposita allegare possint causas immunitatis suæ, *l.* 1. §. 1. & 2. *quand. appel.* Igitur si qui sunt loci in quibus tutores dati provocasse proponuntur, ut in *l.* 4. *hoc tit. l.* 39. §. 6. *de adm. tut. ll.* 2. & 28. *de tut. & cur. dat. l.* 17. §. 1. *de appel.* illi non sic accipiendi sunt quasi ab ipsa creatione ἀμέσως (*immediate*) appellassent, sed à rejectione excusationis intra præstitutum tempus allegatæ. Neque obstat quod Modestinus scribit in *l.* 16. *hoc tit.* tutores etiam citra appellationem se excusare posse; aut quod idem Modest. *l.* 13. *ff. eod.* & Impp. *l.* 18. *C. eod.* tutores datos non necesse habere appellationem interponere, quasi si velint adhuc provocare possint. Nam hujusmodi collectiones ut semper necessariæ non sunt, ita hæc minime 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. appel.* qui locus tam clarus est, distinguens hac in parte tutelam ab aliis muneribus publicis ad quæ vocatus contra privilegium illico appellat, ut ex eo alii loci omnes sint declarandi. VINN. Atque hoc jure utimur, *l.* 8. *tit.* 23. *Part.* 3. ADDIT. Est vero hoc argumentum nihil hìc tutorum causa constitutum esse. Convenientius fortasse visum est atque æquius ut qui tutorem dedissent ipsi prius de causa excusationis summatim cognoscerent, eamque vel acciperent vel repudiarent, cum nihil eorum intersit tutorne ille sit an alius, quam ut statim, quasi rejecta causa excusationis quam numquam audiverunt, superior provocaretur. In tutoribus testamentariis & legitimis etiam hoc absurdum videtur. At in delatione alius muneris, puta si ab Ordine aut duumviris aliquis decurio aut scriba nominatus sit, quia eorum

qui

qui nominaverunt interest nominatum munus delatum suscipere, ipsi quodammodo pars sunt, & in sua causa judices constituerentur si excusationes apud eos allegandæ & probandæ forent; quod hic notat Jo. Fab.

Intra quinquaginta dies continuos] Proponendæ & contestandæ excusationi 50. dies continui constituti sunt, *l.* 13. §. 1. *& seq. hoc tit.* peragendo negotio continui quatuor menses, *l.* 38. *eod.* Dicuntur dies continui qui continuo, id est συνεχῶς, continenter & sine interruptione nullisque exemtis currunt; ad discrimen utilium e quibus subducuntur omnes dies quibus experiundi juris sui potestas non est, *l.* 2. *de div. & temp. præscr.* de quo fortassis alibi plura.

2. *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. l.* 13. §. 9. *ff. hoc tit. l.* 6. *C. eod. l.* 3. *de verbor. sign.* Atque ex eo tempore si cessent suo periculo cessant, *l.* 1. §. 7. *de adm. tut.* ut tamen iis ignoscatur qui valetudine aut vi tempestatis aliave simili causa impediti constituto tempore non venerint, *d. l.* 13. §. 7. Porro nec antea quam à die cognitionis cedere existimo quatuor illos menses disceptando & finiendo excusationis negotio constitutos; ne alioqui contingat ut prius finiatur tempus excusationis quam incipiat, quod perquam esset absurdum. Nec est contrarium quod Paulus in *d. l.* 38. *hoc tit.* menses illos ex die nominationis numerat; nam Paulo eo loco idem dies est nominationis & cognitionis: quippe qui solum 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.

Se excusare debent] Non solum venire tutor & adire judicem intra 50. dies debet, sed necesse est ut intra id tempus se excuset, id est causam excusationis speciatim alleget & contestetur: quam etsi forte mox non persequatur, nihilo tamen magis ei obstabit præscriptio 50. dierum, cum ad negotium peragendum ei adhuc supersint 70. dies: nisi ἀφοσιώσεως χάριν, hoc est defunctorie, perfusorie, aut, ut Contius vertit, dicis causa adierit, ut desisteret statim & adversarium traheret, *d. l.* 13. §. 6. Contestanda autem est excusatio vel in jure ad tribunal prætoris, vel apud acta, vel χαμόθεν, id est *de plano* per libellum, *d. l.* 13. §. 10. Nam etsi tutor per libelli oblationem & subscriptionem non excusatur, *l.* 25. *eod.* eo quod excusatio pro tribunali disceptanda & excutienda est, quia opus est decreto, per *leg.* 9. §. 1. *de off. proc. l.* 71. *de reg. juris*: 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.* 70. *de reg. jur.* & Ant. Fab. *d. illat.* 7. itemque Bachov. in *Treutl. volum.* 2. *disp.* 9. *tom.* 1. *litt. B.* Mihi contraria sententia, quæ Cujacii est, verior videtur per textum *l.* 19. *C. de adm. tut.*

3. Neque video quid obstet quominus causa excusationis per procuratorem agatur. Opposita sunt per *libellum & pro tribunali*; non *per libellum & in præsentia*: nam & præsens libellum offerre potest.

4. *Cujuscumque generis sint, id est qualitercumque dati*] Sive igitur testamento dati sint, sive à magistratu, sive a lege ad tutelam vocati; nam & legitimos tutores excusari verius est, *l.* 3. §. 8. *de leg. tut. l.* 20. *ff. hoc tit. l.* 1. *C. de leg. tut. l.* 9. *C. qui dar. tut.* arg. *l.* 2. §. 5. *hoc tit.* Quibus locis eorum sententia manifeste refellitur qui putant legitimos tutores se excusare non posse nisi & removeri possint, aut ad tempus dumtaxat; quo in numero sunt Hotom. & Giphan. *hic.* Cujac. ad *d. l.* 13. VINN. Unde recte Theophilus παραφράσει εἴτε τεταμιευτάριοι εἴτε λεγέτιμοι· Theophilum contra Cujacium & Giphanium accurate defendit Ulr. Huber. *præl. ad Inst. hoc tit.* §. 20. HEIN.

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 quam 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 spatiorum signa inscripta habentibus Tib. Gracchus, auctore Plutarcho in *Graccho p.* 838. 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 mo-

monumentis Veterum tantopere nobilitato. VIN. Adiri ea de re debet Bergerius *de viis militaribus*, ubi hæc & alia plena manu feruntur. HEIN.

TEXTUS.

De excusatione pro parte patrimonii.

17. *Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.*

COMMENTARIUS.

ARbitror cum DD. Hotomanno & Wesemb. §. hunc mutilum esse, & decerptum ex Marciano, *l.* 21. §. 2. *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: cujus regulæ exceptio traditur *d. l.* 21. nisi se excuset ne ultra centesimum lapidem in aliena provincia tutelam gerat.

TEXTUS.

De excusationibus propriis curatorum. De tutelæ gestione.

18. *Qui tutelam alicujus gessit, invitus curator ejusdem fieri non compellitur; in tantum ut licet paterfamilias qui testamento tutorem dedit adjecerit se eumdem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum Divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

L. 3. tit. 17. Part. 6.

COMMENTARIUS.

QUæ præcedunt causæ excusationum 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.* 20. *C. de excus. tut.* quasi nimis durum sit gemino unius personæ onere premi. VINN. Sed vereor an hæc apud nos obtineant per ea quæ superius monuimus. ADDIT.

Adjecerit se eumdem curatorem dare] Licet alias curator testamento datus à prætore confirmari solet, *sup. tit. Inst. de curat.* §. 1. Excipiunt Veteres ob beneficium libertatis acceptæ libertum quem patronus liberis suis tutorem & curatorem dedit, *l.* 5. *C. eod.* nisi de sua pecunia emtus & manumissus sit, aut ex fideicommisso libertatem acceperit; nam in hujusmodi libertos nihil juris patronus consequitur, excepto quod sine venia in jus ab iis vocari non debeat, *l.* 14. §. 3. *l.* 24. *ff. hoc tit.*

TEXTUS.

De marito.

19. *Idem rescripserunt maritum uxori suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat.*

Dict. l. 3.

COMMENTARIUS.

1 *Quarum rerum uxoris maritus curator esse prohibeatur.*

2 *Jurisconsultos verbo excusandi sæpe abuti.*

1. ALtera causa excusationis, propria curationis in marito uxori suæ, puta minori 25. annis aut mente captæ, curatore dato. Ait *curatorem datum.* At quorum bonorum? Nam dotis etiam dominus jure civili maritus est, *inf. tit. Inst. quib. al. lic. l. 9. C. de rei vind.* Si de jure veteri quæritur, non est dubitandum quin omnium quæ extra dotem mulier habet, quæ Græcis παράφερνα (*parápherna*) dicuntur, licet expresse usum earum rerum sibi non receperit ac reservarit. Hoc enim & causæ prohibendi convenit quam mox afferemus, & sententiæ veterum constitutionum in distincte loquentium, *l.* 2. *C. qui dar. tut. ll.* 4. & 17. *C. hoc tit. l.* 3. *C. de interd. matr.* Potuit sane mulier quæ perfectæ ætatis esset marito rerum omnium quas extra dotem haberet administrationem committere, *arg. l.* 8. *C. de pact. conv. l.* 21. *C. de procur. l. pen. ad leg. Falcid.* Sed quæritur de uxore minore 25. annis, aut mente capta, quæ parapherna habeat. Huic, inquam, maritus eorum bonorum curator dari indistincte jure veteri prohibetur, non receptitiorum dumtaxat, ut male Myns. Hotom. Wesemb. nam ex novis demum constitutionibus est, quod marito paraphernorum quæ uxor specialiter non excepit administratio permittitur, *l.* 8. *l. ult. C. de pact. conv.* quod hic adnotare neglexit Tribonianus.

2. *Excusare se posse*] Sæpe nostri verbo excusandi abutuntur, eosque etiam excusari ajunt

ajunt qui tutores aut curatores esse non possunt; ut cum dicunt inimicitias capitales præstare excusationem, seu διδόναι ἄφεσιν ἐπιτροπῆς, §. 11. *Inst. hoc tit. l. 6. §. 17. ff. eod.* item, patrui cum pupillo de hereditate contendentis excusationem recipiendam, *l. 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. §. 12. ff. de susp. tut. l. 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 dar. tut.* item ex *l. 14. de cur. fur.* quæ aperte negant maritum uxori curatorem creari posse. Quæ ideo 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 immisceat, infamiæ labem contrahat; sicut & illi infames fiunt qui contra Senatusconsultum 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, *ll. 4. & 17. C. hoc tit.* junct. *ll. 5. & 7. C. de interd. matr. l. 64. §. 1. ff. de rit. nupt.* Dubito autem cum Bachovio an hæc posterioribus constitutionibus consentanea sint.

Licet se immisceat] Qui excusare se potest, is si neglecta excusatione se miscuerit administrationi, postea se excusare volens non auditur, quasi juri suo tacite renuntiaverit, *l. 17. §. 5. ff. hoc tit. l. 2. C. si tut. fals. alleg.* Sed hoc locum habet in iis qui tutores aut curatores recte dati sunt, quorum etiam propria est excusatio; nam qui tutores aut curatores esse non possunt, etiamsi se immiscuerint, excusantur aut removentur, *l. 20. hoc tit. §. 13. Inst. sup. eod.* Atque hæc quidem Jure Romanorum ita se habent. VINN. Ceterum totius ferme Europæ usu mulier in potestatem & tutelam mariti transit; quod etiam Hispanorum moribus consentaneum esse multis argumentis ostenditur. Sane marito 18. annis majori administratio bonorum mulieris expresse conceditur, *l. 14. tit. 1. lib. 5. Recop.* nec ea nisi consentiente marito contrahere, *l. 2. tit. 3. ejusd. Libri*, aut in judicio stare valet nisi impetrata ab illo venia *d. l. 2.* Præterea maritus uxoris nomine recte convenitur & convenit; unde formula apud nos usitata *como marido i mas conjunta persona*: quæ hujus quam diximus tutelæ argumenta sunt luculentissima, ut jam non addam, frustra tutorem adhiberi cum bonorum societas inter conjuges ineatur, æqua utriusque sit sors, damna lucraque communia, *ll. 1. & 3. lib. 3. fori legg. tit. de las ganancias.* Atque hanc sententiam tenet Antonius Perez ad *tit. Cod. qui hab. legit. person. stan. in jud.* ADDIT.

TEXTUS.

De falsis allegationibus.

20. *Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutelæ meruerit, non est liberatus onere tutelæ.*

L. 8. tit. 23. Part. 3.

COMMENTARIUS.

DEcretum quo tutor falsis allegationibus usus absolutus est ipso jure nullum est, neque eum periculo tutelæ eximit, *ll. 1. & ult. C. si tut. 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. 33. de re judic. & tot. tit. C. si ex fals. instrument.*

TI-

TITULUS XXVI.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

Dig. lib. 26. tit. 10. Cod. lib. 5. tit. 43. Part. 6. tit. 18.

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 promiscue quæ hujus accusationis remotionisque sit vis atque potestas.

TEXTUS.

Unde suspecti crimen descendat.

Sciendum est suspecti crimen ex lege XII. *tabularum descendere.*

COMMENTARIUS.

Suspecti crimen ex lege duodecim tabb.] Ex Ulpian. *l.* 1. §. 2. *hoc tit.* Eoque pertinere creditur quod Cicero scribit 3. *de offic. cap.* 13. *dolum malum etiam legibus fuisse vindicatum, ut tutelam duodecim tabulis.* Crimen autem hoc loco & apud Ulpian. 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 calumn. l.* 21. *de senat. Silan.* & apud Cic. *pro Rosc. Amerin. Tria sunt*, inquit, *quantum existimare possum, quæ obstant hoc tempore Sexto Roscio, crimen adversariorum, & audacia, & potentia.* Quamobrem licet Theophil. recte verterit κατηγορίαν (*accusationem*), causa tamen non erat cur interpretem ejus Curium, novumque utriusque paraphraseos editorem Gothofredum carperet Bachovius quod in Latina versione *crimen* retinuerint.

TEXTUS.

Qui de hoc crimine cognoscunt.

1. *Datum autem est jus removendi tutores suspectos Romæ prætori, & in provinciis præsidibus earum, & legato proconsulis.*

L. 2. in fin. tit. 18. *Part.* 3.

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 eosque removendi speciali aliqua lege aut senatusconsulto prætoribus aut præsidibus datum sit: quemadmodum cum dicimus jus dandi tutores alicui datum esse, hoc sic accipimus datum esse nominatim vel à Principe, vel lege, vel senatu, *ll.* 1. & 3. *de tut. & cur. dat. l.* 6. §. 2. *de tut.* sed hoc jus removendi tutores prætoribus & præsidibus more concedi propter vim imperii, hoc est, iis competere vi & potestate magistratus sui sive jurisdictionis, ut de judicis dandi licentia quam iidem magistratus habent, scriptum est in *l.* 12. §. 1. *de judic.* Etenim longe alia ratio est tutoris dandi, alia removendi. Datio tutoris jurisdictionis non est, qua de causa nec mandari potest, *d. l.* 6. §. 2. *l.* 8. *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. ejus cui mand. l.* 1. §. 5. *hoc tit.* Rursus jus dandi tutoris etiam magistratibus municipalibus certa lege concessum est, *l.* 3. *de tut. & cur. dat.* §. 4. & 5. *Inst. sup. de Attil. tut.* At de suspecto cognoscere soli possunt magistratus majores, *l.* 1. §. 11. *ad senat. Turpil.*

1. *Legato proconsulis*] Legato quoque proconsulis de suspecto cognoscendi jus est, non ut specialiter ei concessum, sicut tutoris datio oratione D. Marci, *l.* 1. §. 1. *de tut. dat.* sed tamquam consequens jurisdictionis à proconsule mandatæ, *l.* 1. §. 4. *hoc tit. ff. de off. ejus cui mand. est jurisd.* in qua lege quod Macer adjicit, *propter utilitatem pupillorum*, non

non sic accipiendum est, quasi utilitas pupillorum contra juris rationem hanc sententiam extorserit, sed quod hic cum ratione illa generali ex qua mandata jurisdictione totum officium juris dicundi 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 omnino dicendum si præses mandaverit. Nec est contrarium quod apud Marcianum *l.* 1. §. 11. *ad senat. Turpil.* legimus, suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantum examinari posse, & nullum alium de hujusmodi quæstione quam præsidem posse pronuntiare. Nam cognoscente & pronuntiante eo cui mandata est jurisdictio, ipse qui mandavit cognoscere & pronuntiare intelligitur, & ille hujus vice non sua fungi, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. *de off. ejus cui mand. l.* 16. *de jurisd. l.* 1. §. 1. *quis à quo app.* Solum excludere voluit Marcianus magistratus inferiores in municipiis & civitatibus, qui pro tribunali, ubi hæc quæstio disceptanda, non cognoscunt, licet jurisdictionem aliquam habeant. Sic in *l.* 105. *de reg. jur.* quæ etiam ad propositam speciem pertinet, cum 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 cujusdam potestatis sunt facere non licet, *l.* 26. *ad mun.* junct. *ll.* 1. & 4. *de damn. inf.* Vinn. Licet in *fin. dict. l.* 2. *tit.* 18. *Part.* 4. dictum sit *delante del Judgador mayor del lugar do ha el mizo sus bienes*; tamen dubium non est judices ordinarios de hac causa cognoscere posse, cum & ipsi plenum imperium habeant, *argum. l.* 15. *tit.* 1. *Part.* 7. Verumtamen & ad regios Conventus cognitio deferri poterit; privilegio enim gaudent pupilli, quod nos *caso de Corte* appellamus, *l.* 9. *tit.* 3. *lib.* 4. *Recop.* Addit.

Textus.

Qui suspecti fieri possunt.

2. *Ostendimus qui possint de suspecto cognoscere; nunc videamus qui suspecti fieri possint. Et possunt quidem omnes tutores fieri suspecti, sive sint testamentarii, 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 ut suspectus remotus fuerit.*

L. 2. *tit.* 18. *Part.* 6.

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, *dict. l.* 3. §. 1. Locus hic descriptus est ex *l.* 1. § 5. *eod.*

Quare etsi legitimus] Indicare videtur facilius tutores testamentarios & dativos ut suspectos accusari & removeri posse quam legitimos, eosve qui vinculo necessitudinis aut affinitatis pupillo conjuncti sunt; quibus potius curator adjungendus est, quam ut notata fide atque existimatione removeantur, *l.* 9. *ff. hoc tit.*

Famæ patroni parcendum] Quod de patrono hic dicitur, idem vel magis ad parentem pertinet; & fortassis ne postulari quidem suspectus parens potuit, sed simpliciter curator ei adjungendus fuit. Illud constat, liberto & filio semper honestam & sanctam personam patris & patroni videri debere, *l.* 9. *de obs. par. & patron.* Atque hinc esse quod nullæ actiones famosæ, ac ne illæ quidem quæ fraudis vel doli ullam mentionem habent, adversus parentes patronosve institui possunt; sed ex quibus causis actio in alios famosa datur, ex iisdem adversus illos in factum detur, omissa doli mentione, *l.* 11. *de dol. l.* 2. *l.* 5. §. 1. *d. tit. l.* 1. §. 43. *de vi & vi arm.* quod in proposito proclive est eo quod hæc actio natura sua famosa non sit. Vid. *l.* 3. §. *ult. cum l. seq. & l.* 9. *hoc tit.*

Textus.

Qui possunt suspectos postulare.

3. *Consequens est ut videamus qui possint suspectos postulare. Et sciendum est quasi publicam esse hanc accusationem, hoc est omnibus patere. Quinimmo 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 intel-*

lexerit sexus verecundiam non egredientem sed pietate productam non sustinere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.

L. 2. tit. 18. Part. 6.

COMMENTARIUS.

DEscripta hæc sunt ex Ulpiano, *l.* 1. §. 6. *hoc tit.* Ait *quasi publicam*, quæ nota est improprietatis. Revera enim hæc accusatio publica non est. Nam sive finem ejus spectes non persequitur injuriam Reipub. illatam sed pupillo; sive formam & exercitionem non extra ordinem à præfecto urbis aut præsidibus de hoc crimine quæritur, ut de criminibus publicis, *l.* 8. *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. de privil. del.* Adhæc 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. §. 11. *ad Turpil.* Cur igitur hæc accusatio dicitur publica? Nimirum quia publicæ similis est in eo quod omnibus patet, quod publicarum proprium est, §. 1. *Inst. inf. de publ. jud.* Cui addi & alterum potest, quia & nullo accusante ipse magistratus ex officio manifeste suspectum repellere potest, *d. l.* 3. §. 4. *hoc tit.* junct. *l.* 13. *ff. de off. præs. l.* 1. *in pr. C. de cust. reor.* Christin. *volum.* 3. *decis.* 157. *num.* 1.

Mulieres admittuntur] Contra morem judiciorum. Et notandum est quod ad hanc accusationem admittantur non eæ tantum mulieres quæ pupillo necessitudinis aliquo vinculo junguntur, verum etiam quævis aliæ quas modo commendet pietas & verecundia; ut intelligamus majorem esse suspecti tutoris accusandi licentiam quam criminis publici judicii intentandi; quippe cum mulieri permissum non sit publico judicio quemquam reum facere, præterquam si suam aut suorum injuriam persequatur, *ll.* 1. & 2. *ff. de accus. l.* 12. *C. qui accus. non poss.* In tantum pupillorum gratia à consuetudine judiciorum deflexum est. Athenis quoque publica erat hæc actio, Jul. Poll. 8. *cap.* 6. quod ex Platonis lege descendit, *l.* 11. *de legib.*

TEXTUS.

An pubes vel impubes.

4. *Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare; puberes autem curatores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere; & ita Divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

L. 2. tit. 18. Part. 6.

COMMENTARIUS.

HÆc eadem traduntur in *l.* 7. *ff. hoc tit. l.* 6. *C. eod.* Ait *impuberes non possunt &c.* In postulandis suspectis tutoribus principaliter perpendendum est an quid segniter aut fraudulenter gerant, *l.* 5. *C. eod.* in quo cum 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 adeo prætorem per se tutorem repellere posse, *l.* 3. §. 1. *in fin.* & §. 4. *eod.*

Puberes autem curatores suos] In rebus quæ privati judicii quæstionem habent, sicut pupillos auctore tutore, ita & adultus curatore consentiente litem & intendere & excipere debet, *l.* 2. *C. qui leg. pers.* Publica accusatio pupillis omnino non patet, *l.* 8. *de accus.* nisi quod eis speciatim concessum est ut de consilio tutorem mortem patris exequantur, *l.* 1. §. 1. *d. tit.* Puberes vero etsi & ipsi regulariter publico judicio accusare non possunt, *l.* 4. *C. de auct. præst.* possunt tamen curatore auctore si suam suorumve injuriam persequantur, *l.* 15. §. 6 *ff. ad leg Jul. de adul. l.* 7. *C. eod. l.* 11. *ff. de accus.* Glos. in *d. l.* 4. *C. de auct. præst.* Quapropter 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.* 23. §. 6. *sol. matr.* & ibi Bar. Cantiuncula & Myns. *hic.*

TEXTUS.

Qui dicatur suspectus.

5. *Suspectus autem est qui non ex fide tute-*

telam gerit, licet solvendo sit, ut Julianus quoque scripsit. Sed & anteaquam incipiat tutelam gerere tutor, posse eum quasi suspectum removeri idem Julianus scripsit; & secundum eum constitutum est.

L. 1. *tit.* 18. *Part.* 6.

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 tantum si fraudulenter & callide in rebus pupilli versetur, suive quæstus aut commodi causa res administret; sed etiam si negligenter aut segniter, neque ea integritate ac sollicitudine qua oportet *l.* 3. §. *ult. ff. hoc tit. l.* 4. *C. eod.* Nec tutori quicquam prodest quod solvendo sit, quod satisdederit, vel nunc offerat; non enim ex patrimonio principaliter sed ex moribus suspectus æstimandus est, *ll.* 5. & 6. *eod. d. l.* 5. *C. eod.* §. *ult. Inst. inf. hoc tit.* & pupillo semper utilius est sic ei prospici ut ab initio nullum damnum sentiat, quam ut postea laboret de consequenda indemnitate, *arg. l. ult. C. in quib. caus. in int. rest. non est nec.* quod Papinianus noster sic expressit: *expedit pupillo rem suam salvam habere, quam tabulas rem salvam fore cautionis, d. l.* 5. *eod.*

Anteaquam tutelam gerere incipiat] Puta si vel satisdare nolit, *ll.* 1. & 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.* 5. §. 12. *eod.* VINN. Inprimis huc pertinet casus in §. 9. & 10. *Inst. hoc tit.* item mores qui suspicionem negligentiæ vel doli injiciunt, §. *ult. hoc tit.* HEIN.

TEXTUS.

De effectu remotionis.

6. *Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum famosus est; si ob culpam non æque.*

L. 4. *tit.* 18. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

2 *Culpæ nomen & generale esse & speciale.*
2 *Genera culpæ obiter distincta atque exposita.*
3 *Ob latam culpam remotus an famosus fiat.*

ACcusationis finis est remotio. Ceterum pro qualitate causæ & admissi, alii simpliciter removentur, alii cum nota infamiæ, alii etiam aliter & nonnumquam gravius puniuntur. Qui salva aut notata existimatione removeantur ostenditur hoc §; propriæ pœnæ adversus quos constitutæ sint, §. 9. & 2. *seqq. Inst. inf. hoc tit.*

Siquidem ob dolum] Ait remotum ob dolum famosum esse, ob culpam non æque. Dolus est quævis calliditas & machinatio ad alium circumveniendum adhibita, *l.* 1. §. 2. *de dol.* Culpa est omne factum quo nocetur alteri injuria, ἀπροαιρέτως, id est sine animo & proposito fraudandi.

1. Etsi enim culpa generali significatione etiam dolum continet teste Cic. *lib.* 1. *de offic. c.* 26. *cavendum, ne major pœna sit quam culpa*; & in lege 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 factum inconsultum á consulto & malitioso.

2. Genera culpæ tria in jure nostro memorantur, lata, levis, levissima. Lata culpa est non providere curare cavere quod omnes qui modo sensu communi prædíti sunt provident & intelligunt se curare debere, *l.* 213. §. *ult. l.* 223. *de verb. sign. l.* 32. *depost. l. pen.* §. 2. *de jur. & fact. ign.* Atque hæc plerumque περιφραστικῶς 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 vulgo homines frugi in suis rebus adhibere solent, *l.* 25. §. 16. *fam. ercisc. l.* 1. *de tut. & rat. distr. l.* 8. §. 4. *de obl. & act.* Levissima est, omissio ejus diligentiæ quam in suis rebus præstare solet diligentissimus paterfamilias; & fere per oppositum indicatur, cum diligentia præstari dicitur simpliciter, *l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur.* quod loco magis opportuno latius explecabitur *lib.* 3. *Inst. tit.* 15. §. 2. *n.* 7. & *seqq.*

3. Culpæ autem nomine non intelligit hic 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, *l.* 226. *de verb. sign. d. l.* 32. *dep. l.* 1. §. 1. *si mens. fals. mod. l.* 8. §. 3. *de prec. l.* 1. §. 5. *de obl. & act.* etiam in fa-

mosis, *l.* 11. §. *ult. de his qui notant. infam. l.* 42. *in fin. de verb. sign.* adeoque etiam in actione pœnali, *l.* 1. §. 2. *si is qui test. lib.* Unde etsi dolus tantum præstari dicitur, tamen ea appellatione etiam culpa lata intelligitur, *l.* 23. *de reg. jur. l.* 5. §. 2. *commod* §. *pen. Inst. infr. quib. mod. re cont. obl.* Nec movere debet quod verbum culpæ hic simpliciter & sine distinctione dolo opponitur; quotiescumque enim hoc fit, aut quoties culpæ verbum absolute ponitur toties in usu juris significatur levis dumtaxat, *d. l.* 5. §. 2. *commod. l.* 23. *de reg. jur. l.* 11. *de neg. gest. l.* 5. §. 3. *de in lit. jur. l.* 1. §. 35. *depos. cum similib.* Frustra igitur objicitur quod in dubiis benigniora præferenda, *l.* 56. *de reg. jur.* quod pœnæ legum interpretatione molliendæ, *l. pen. de pœn.* odia restringenda, *cap. odia de reg. jur. in* 6. Nam cum de sententia auctorum juris quæritur usus præcipue spectandus est, *l.* 7. §. 2. *de sup. leg.* De usu autem verbi hic quæritur, non de eo producendo per interpretationem. Quod vero famæ & existimationis periculum exæquant cum periculo vitæ ineptum esse apparet ex *l.* 28. *de pœn.* Sane causa famosa aliquando confertur cum capitali, ut in *l.* 9. *de man. vind. l.* 8. §. 2. *quod met. cau.* 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 solum si ob fraudem remotus sit quod in tutela grassatus fuerit, aut sordide egerit vel perniciose pupillo, aut aliquid interceperit ex rebus pupillaribus, *l.* 3. §. 5. *hoc tit.* verum etiam si ob latam negligentiam, puta quod in suis diligens in rebus pupillaribus supine & dissolute negligens sit: quia talis negligentia prope fraudem accedit, *l.* 7. §. 1. *eod.* & interpretatione atque effectu juris dolus est, *d. l.* 32. *depos. l.* 226. *de verb. sign.* Eos autem qui ob leviorem culpam, segnitiem, rusticitatem, inertiam, simplicitatem vel ineptiam removentur, in ea causa esse ut integra existimatione tutela abeant, *d. l.* 3. §. *ult. hoc tit.* quod & jam olim docuit Claud. Cantiuncula contra plerosque interpretes qui negant latam culpam infamare, quo in numero etiam sunt Schneid. & Wesem. VINN. Plane mitior hæc sententia *dict. l.* 4. *Part.* confirmata est, ibi: *mas si fuese removido de la guarda no por engaño que hubiesse hecho à sabiendas, mas porque fuesse ome perezoso è de mal recabdo, entonce no seria por ende enfamado.* ADDIT. Illud constat causam remotionis decreto exprimendam esse, ut appareat de existimatione; nam si causam remotionis non significaverit decreto suo prætor, fama remoti non læditur, *l.* 4. §. 1. & 2. *eod.*

TEXTUS.

De effectu accusationis.

7. *Si quis autem suspectus postulatur, quoad cognitio finiatur interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.*

L. 3. *tit.* 18. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

PEndente causa cognitionis interdicitur tutori administratio, atque alius interea in locum ejus in administratione rerum ordinatur, *l.* 7. *C. hoc tit.* ipsaque adeo postulatione suspecti etiam citra decretum id effici videtur, *l.* 14. §. 1. *in fin. de solut.* Et recte: nam ut suspectum non convictum in totum removeri iniquum est, ita eum qui in suspicionem lite instituta vocatus est perseverare in administratione non expedit. Ajo *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. VINN. Et probat *dict. l.* 3. *tit.* 18. *Part.* 6. ADDIT.

TEXTUS.

Quibus modis cognitio finitur.

8. *Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaque tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.*

COMMENTARIUS.

IN hac postulatione nihil petitur quod pupillo ex bonis tutoris adjudicetur, sed hoc tantum ut tutor removeatur à tutela: quo remoto, si quid damni ex mala ejus administratione pupillus senserit, id sarciri potest actione tutelæ; cui ut locus fiat actio suspecti instituitur: quoniam durante tutela tu-

te-

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. Jul. maj. ll.* 1. & 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 heredem, *l.* 26. *de obl. & act. l.* 139. *de reg. jur.* §. 1. *Inst. inf. de perp. & temp. act.*

Textus.

Si tutor copiam sui non faciat.

9. *Si quis tutor copiam sui non faciat ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola Divorum Severi & Antonini ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; & quæ morâ deteriora futura sunt, dato curatore distrahi jubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit qui non præstat alimenta.*

L. 1. *tit.* 18. *Part.* 6.

Commentarius.

QUia alimenta pupillo non temere decernenda sunt, sed causa cognita, quam rem prætor pro modo facultatum pupilli, quas tutor ex vero profiteri jubetur, moderari & expedire debet, *l.* 3. *ubi pup. educ.* ideo 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 bonorum 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 quam aliis creditoribus: quippe quibus in possessionem missis nuda tantum rerum debitoris custodia & observatio interim conceditur, *l.* 12. *quib. ex caus. in poss.* donec ob contumaciam perseverantis sui copiam non facere, prætor de consensu creditorum, curatore constituto, bona distrahi permittat, *tot. tit. ff. de cur. bon. dand.* Pupillo autem in possessionem misso, simul quæ morâ deteriora 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 tantum quasi contumacem sed etiam ut suspectum removeri eum oportet; quod tamen & perraro & diligenti habita inquisitione faciendum esse monet Ulp. *l.* 7. §. *pen. & ult. hoc tit.* Atque hic quoque sensus est hujus loci, & *l.* 3. §. 14. *eod.*

Textus.

Si neget alimenta decerni posse, vel tutelam redemerit.

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.*

Textus.

De liberto fraudulenter administrante.

11 *Libertus quoque si fraudulenter tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur, ad præfectum urbi remittitur puniendus.*

Commentarius.

DIximus non multo ante tutores pro qualitate facti vel simpliciter removeri, vel cum infamia, nonnumquam etiam gravius simul coërceri: quod fit in his delictis, si quis præsens negaverit pupillo quasi inopi alimenta decerni posse, & datis pupillo advocatis mendacii convincatur; si quis tutelam corruptis ministeriis prætoris redemerit; si libertus fraudulenter tutelam filiorum patroni gesserit, quæ tria his §§. proponuntur ex *l.* 2. & *l.* 3. §. 15. *hoc tit.* Sunt autem plura, ut si quis pretio accepto operam dederit ut non idoneus tutor pupillo daretur; si consulto circa patrimonium edendum quantitatem minuerit; si evidenti fraude pupilli bona alienasse probetur, *l.* 1. §. 7. *de off. præf. urb. l.* 9. *de tutel.* Hos omnes traditum est severiore animadversione indigere quam ut sufficiat eis suspectorum infamia; ideoque ad præfect m urbi solitos remitti extra ordinem puniendos, *dd. loc.* & pœna scilicet corporali; nam multæ dicendæ jus etiam prætori ceteris-

risque qui jurisdictionem habent competit, *l.* 2. §. *ult. de judic. l.* 131. §. 1. *de verb. sign.* Graviorem autem omnem animadversionem sive imperium quod dicitur merum præfectura urbis sibi vindicavit, *d. l.* 1. *de off. præf.* VINN. Missiones in possessionem bonorum in desuetudinem abierunt; sed & horum textuum severitas ab usu recessit. Hodie adversus suspectos tutores summarie cognoscitur, nec diutius grassandi in re pupilli facultatem habeant. ADDIT.

TEXTUS.

Si suspectus satis offerat, & quis dicatur suspectus.

12. *Novissime autem sciendum est eos qui fraudulenter tutelam administrant etiamsi satis offerant removendos esse à tutela; quia satisdatio tutoris propositum malevolum non mutat, sed diutius grassandi in re familiari facultatem præstat. Suspectum etiam eum putamus qui moribus talis est ut suspectus sit. Enimvero tutor vel curator quamvis pauper sit, fidelis tamen & diligens removendus non est quasi suspectus.*

L. 1. *tit.* 18. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

ETiamsi satis offerat] De eo dictum sub §. 5. *Inst. sup. hoc tit.* Ut autem neque divitiæ neque satisdatio tutorem à suspicione liberant, ita nec ex adverso eum onerat paupertas. Nam etsi pauperi, qui se imparem oneri imposito docere possit, vacatio tribui solet, §. 6. *tit. præced.* aut qui propter inopiam satisdare non potest removendus est, *l.* 2. *C. de tut. qui sat. non ded.* numquam tamen paupertatis occasione suspectus postulari, eove 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.* 31. §. 1. *de reb. auct. jud. poss.* VINN. Pro coronide de decima jure Hispanico tutori præstanda quædam admonere placuit; multum enim in hac parte tutela Hispanorum ab illa Romanorum differt. Cum enim in *leg.* 4. *tit.* 3. *lib.* 4. *for. jud. & in leg.* 2. *tit.* 7. *lib.* 3. *for. legg.* cautum sit ut tutor ratione curæ ac laboris quem impendit decimam fructuum sibi assumat; neque tutela apud nos onus dici potest, neque excusationes adeo frequentes; & sexcenta hujus generis alia quæ usus comprobavit. De decima jure Hispanico tutori præstanda scripsit Gaspar Baëza librum singularem, bonæ frugis plenum à quo hæc pauca mutuati sumus.

Tutor ratione laborum decimam accipit; igitur etiam curator minoris, furiosi, & reliquorum omnium qui ipsi per se rebus suis superesse non possunt hoc jus habent. Testamentariis etiam decima hac de causa præstanda est, *l.* 4. *tit.* 7. *lib.* 5. *Ord.* quæ est *lex* 5. *tit.* 11. *lib.* 1. *Recop.* Non tamen ad depositarium, mandatarium &c. hoc decimæ jus protrahemus, nulla juris auctoritate suffulti. Tutori cui parens legatum testamento reliquit, decima non debetur, quod de executore testamenti expresse provisum est in *leg.* 30. *tit. final. lib.* 8. *Ord.* itemque ea carebit tutor qui ab administratione se abstinet, cum ratione laboris impendatur. Qui plura de his desideret, adeat eumdem Baëzam in opere nuper laudato. ADDIT.

Finis Libri Primi.

AR-

ARNOLDI VINNI J.C.

IN LIBRUM SECUNDUM INSTITUTIONUM IMPERIALIUM COMMENTARIUS ACADEMICUS ET FORENSIS.

TITULUS I.

DE RERUM DIVISIONE, ET ADQUIRENDO IPSARUM DOMINIO.

Dig. lib. 1. *tit.* 8. *Cod. lib.* 41. *tit.* 1. *Part.* 3. *tit.* 28.

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 huic proximum, res externas; ut, quod lex methodi exigit, eo ordine singula explicet quo ea proposita sunt §. *ult. Inst. sup. de jur. nat. gent.* Habet autem hic titulus duplicem inscriptionem, *De rerum divisione, & de adquirendo ipsarum dominio.* Nimirum quæ duobus distinctis titulis in π. tractata sunt, ea in unum huc retulit Justinianus. Et quia in rebus tantum cujusque est quantum natura earum & conditio patitur: primo varie eas dividit, ut differentia earum cognita jus quod in iis habemus (qua consideratione rerum tractatio propria est Jurisconsulti) melius intelligatur. Deinde proponit & persequitur modos quibus res quæ singulis adquiri possunt singulis adquirantur, initio facto à rebus dominii nostri aut similis in rem juris. Postremo tractat de obligationibus, idque demum *tit.* 14. *lib.* 3.

TEXTUS.

Continuatio & duplex rerum divisio.

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 variis causis cuique adquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.

L. 2. *tit.* 18. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *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 quidquid 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

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] Patrimonii nomine proprie significari videtur ea pecunia quam liberi ex hereditate paterna accipiunt; ceterum consuetudine loquendi obtinuit ut eo verbo intelligantur omnia quæ quisque paterfamilias habet. Igitur in patrimonio esse & in bonis esse idem valent.

1. 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 numquam quidquam audivi futilius. An non erit in bonis nostris ea res quæ bona nostra & patrimonium auget, *l.* 5. §. 9. *de op. nov. nunt.* quæ pro debito pignori mihi obligata est juxta *l.* 12. *de pign.* quæ domino prædii dominantis magni sæpe constitit, & quam prædii servientis dominus magno velit redimere; cujus denique persequendæ & tuendæ causa actio aliaque remedia jure prodita sunt? *l.* 52. *de acq. rer. dom. l.* 49. *de verb. sign.* junct. §. 2. *Inst. inf. de act. l.* 6. §. 1. *& ult. si serv. vind. d. l.* 5. §. 9. *de op. nov. nunt. tit. ff. de itin. act. priv. & aq. quott. & æst.* Cur igitur actione Pauliana revocantur servitutes per fraudem non utendo amissæ, *ll.* 3. *& 4. quæ in frud. cred.* cum id edictum ad eos tantum pertineat qui patrimonium suum in fraudem creditorum deminuunt? *l.* 6. *eod.* Aut cur magis res ceteras incorporales in bonis esse dicimus quam servitutes? Veterum sane nemo est cui 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, addit, 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 (*à proprietate*) 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 adjecit, 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 usuf. pet.* usus autem itineris tamquam juris separati & formalis legatus proponitur: negat IC. legatum esse usum rei quæ erat in bonis testatoris; quippe quæ ne erat quidem eo quo dixi modo, sed causative tantum. Esse autem hanc disputationem de apicibus juris Paulus ipse fatetur, cum legatum aut hujusmodi usus constitutionem admittendam censet beneficio cautionis à legatario præstandæ de restituenda post mortem suam aut capitis deminutionem servitute. VINN. Immo ita nonnumquam loquebantur Veteres de rebus incorporalibus, quas & *esse*, & in *dominio* & in *bonis* esse negabant. Quia tamen animo intelliguntur & utilitatem præstant, hinc nec extra bona sunt. Vid. vir. cl. Ger. Noodt *probab. lib.* 2. *cap.* 3. HEIN.

Quædam enim naturali jure communia] Non est nova hæc divisio, sed prioris illius explicatio: quæ eo pertinet ut intelligamus, ea quæ singulorum sunt in patrimonio haberi; quæ communia, publica, universitatis, & maxime quæ divini juris sunt extra patrimonium esse. Aptior ad docendum nonnullis videtur divisio Caji *l.* 1. *hoc tit.* qui sic distinguit, ut dicat rerum alias esse divini juris, alias humani. Divini juris quæ sunt nullius in bonis esse, veluti res sacras, religiosas, sanctas. Res humani juris, aut publicas esse, quæ & ipsæ nullius in bonis sunt; aut privatas, quæ singulorum: una generali appellatione rerum publicarum complectens quæ hic in communes, publicas, & universitatis distinguuntur. Huic autem divisioni mox aliam subjicit, quod quædam res corporales sint, quædam incorporales; quæ à Justiniano demum traditur atque exponitur *tit. seq.* Apud Marcianum *l.* 2. *hoc tit.* divisio proposita uno membro mutilata traditur, ut liquet ex *ll.* 4. *& 5. eod.* VINN. Marcianus in divisione sua non tam omisit res publicas, quam easdem communium nomine complexus est. Communes enim & publicæ sæpe pro iisdem habentur, *l.* 24. *ff. de damn. inf.* Unde non mutilata videtur *l.* 2. *ff. hoc tit.* sed à Triboniano in hoc §. paulo fusius explicata. Vid. Ger. Noodt *prob. l.* 1. *c.* 7. HEIN.

Quædam nullius] Intelligit res divini juris, quibus hoc per excellentiam tribuitur ut dicam-

cantur nullius esse: quia ne usus quidem earum promiscuus est, §. 7. *Inst. inf. hoc tit.*

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 male nonnulli totius hujus argumenti tractationem ad duo potissimum capita referunt, quorum unum est de dominio, alterum de obligatione; dominii appellatione jus omne quod in rem habemus complectentes,

Textus.

De aëre, aqua profluente, mari, litore, & ædificiis in litore positis.

1. *Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc, aer, aqua profluens, mare & per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen á villis & monumentis & ædificiis abstineat, quia non sunt juris gentium sicut est mare.*

L. 3. *tit.* 18. *Part.* 3.

Commentarius.

1 *Rerum communium usum omnibus competere, barbarumque semper habitum quemquam mortalium eo usu prohibere.*

2 *Multum hæc res differre ab iis 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. Remissive.*

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 á Neratio *l.* 14. *de acq. rer. dom.* Huc pertinent præcipue aër & mare: quæ cum propter immensitatem, tum propter usum quem in commune omnibus debent jure gentium divisa non sunt, sed relicta in suo jure & esse primævo ut ait Jo. Faber, adeoque nec dividi potuerunt. Atque hoc est quod DD. nostri ajunt aërem & mare cum sint incomprehensibilia, nullius populi bonis potuisse applicari, Jo. Fab. §. *litorum* 5. *inf. eod.* Grot. *lib. 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. Postremo propter mare etiam litora maris, *l.* 1. §. 1. *l.* 4. *hoc tit. de div. rer. & qual.*

1. 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.* 2. §. 9. *ne quid in loc. pub. l.* 13. §. *ult. de injur.* Maris naturam litora sequuntur; ac proinde ad litus maris cuivis accedere licet, navem eo appellere ac reficere, ejecta in tempestate naufragiove amissa ibi excipere, retia siccare, & casam in quam tantisper se recipiat ponere, *ll.* 4. *de div. rer. & ff.* 51. *de contr. emt. l.* 1. *C. de naufr.* dum tamen à villis ædificiis & monumentis in litore extructis abstineat, quia non sunt juris gentium, *d. l.* 4. *de div. rer.* Est vero harum rerum usus adeo liber & promiscuus, ut barbarum semper atque immane habitum sit vel exteras gentes ab eo arcere. Quamobrem merito de Pœnorum injuria sic queritur Orator Ilioneus apud Virgilium, *lib.* 1. *divini operis v.* 543. *seqq.*

Quod genus hoc hominum, quæve hæc tam barbara morem
Permittit patria? Hospitio prohibemur arenæ.
Bella cient, primaque vetant consistere terra.

Idemque apud eumdem *lib.* 7. *v.* 229. his vocibus affatur Regem Latinum:

Litusque rogamus
Innocuum, & cunctis undamque auramque patentem.

Denique Latona apud Nasonem 6. *metam.*

v. 349. sic alloquitur pueros Lyceos:

Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est.
Nec solem proprium natura, nec aera fecit,
Nec tenues undas; ad publica munera veni.

Dicit hæc non esse naturâ propria, sicut Ulp. *l.* 13. *comm. præd.* naturâ omnibus patere, quia á natura ad communem usum genita sunt nec in ullius adhuc dominium pervenerunt. Cic. 1. *de offic. cap.* 6. Neratius *l.* 14. *de div. rer.* Hæc igitur sunt illa quæ Veteres vocant communia omnium jure naturali, aut quod idem est publica juris gentium, sicut & usum eorum modo communem modo publicum vocant, *l. pen. dict. tit. l.* 2. §. 1. *l.* 4. *ne quid in loc. pub.* §. 5. *Inst. inf. hoc tit. cum similib.*

2. Quamquam vero etiam ea 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 vero totius humanitatis consensu proprietati in perpetuum excepta sunt propter usum, qui cum sit omnium non magis omnibus ab uno eripi potest quam 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 positive esse communia, alia negative. Thom. 1. 2. *q.* 94. *art.* 5. Cajetan. *tract.* 17. *quæst. cap.* 12. Covar. *in cap. peccatum de reg. jur. in* 6. *part.* 2. §. 8. Intellexit hoc convivator apud Athenæum cum mare commune esse dicit pisces autem capientium fieri. Et in Plautina Rudente *act.* 4. *sc.* 3. *v.* 36. servo dicenti: *Mare quidem commune certo est omnibus*, assentit piscator; addenti vero: *In mari inventum est, commune est*, rectè occurrit: *Meum quod rete atque hami nacti sunt, meum potissimum est.*

3. Ceterum illa hìc addenda interpretatio est, ut si quid harum rerum natura occupari possit, id eatenus occupantis fiat quatenus ea occupatione usus publicus sive communis non impeditur. Quod merito receptum est: nam cum ita se res habet, cessat exceptio per quam fit ut in jus proprium non transeant. Aër occupari non potest nisi simul terra occupetur; sed neque mare, nisi forte exigua sui portione quæ in fundum privatum admittitur, quomodo accipienda *l.* 14. *de injur.* aut ædificando jactis in id pilis aut molibus; quod cum fit, locus & ædificium ejus fiunt qui ædificavit, *l.* 2. §. 8. *l.* 3. §. 1. *ne quid in loc. pub. l.* 30. §. *ult. de div. rer.* In litore vacuum quisque locum occupare per naturam potest, eumque occupando etiam suum facit, ut & id quod in eo extruxerit, *l.* 6. *pr. ff. de div. rer. ll.* 14. & 50. *de acq. rer. dom. l.* 1. §. 18. *de op. nov. nunt.* At enim qui locus ita in mari aut litore occupatur non simpliciter & absolute occupantis fit, sed dumtaxat interea dum occupat, dum ædificium manet: nam ædificio sublato locus in pristinam causam quasi jure postliminii revertitur, *d. l.* 6. & *d. l.* 14. §. 1. *l.* 45. *de usucap.* Sed neque simpliciter hæc occupatio & ædificatio concessa; verum, quod exigebat ipsa ratio juris gentium, cum hac conditione si per eam publicus litoris aut maris usus non fiat deterior, *d. l.* 2. §. 8. *ll.* 3. & 4. *ne quid in loc. pub.* Neque jus gentium violari existimo si hinc arceantur peregrini in litoribus quæ populus aliquis imperio sibi vindicat. Natura enim non ad hoc proprie litora produxit ut cuilibet semper & promiscue jus esset partem eorum occupare, sed ut necessario maris usui inservirent, qui est navigatio; idque significari opinor verbis *& per hoc*, quæ non frustra hìc expressa sunt, & in *l.* 2. §. 1. *de div. rer.* ideoque etsi hic usus jure gentium semper communis manet & indivisus, sicut ipsius maris: jus tamen quod dixi in litore ædificandi divisum jure gentium intelligi debet, quatenus litora imperio divisa, & publica facta sunt alicujus populi, *arg. d. l.* 3. *ne quid in loc. pub.* Ita ferme Baro ad hunc §. & *d. l.* 2. Don. 4. *comm.* 2. & 9. Grot. 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 3. *n.* 9. Idem fuse & eleganter *cap.* 5. *mar. lib.* Add. Ant. Fabr. *in ration. ad l.* 9. *de leg. Rhod.*

4. Hodie Veneti maris Adriatici, Baltici Rex Daniæ, magnæ Britanniæ Rex maris circumflui dominium sibi vendicant. Ceterum hoc late plerique damnant, imperium quidem in maris partem sinusve vicinos usurpari posse concedentes, sed sine jure proprietatis aut dominii; tum quia natura mare commune esse jubet, non permittit tantum; tum quia ne dominii quidem capax est, resistens occupationi & possessioni, unde dominia rerum cœperunt, *l.* 1. §. 1. *de acq. poss.* D. Grot. *d. cap* 5. *mar. lib.* & *d. cap.* 3. *n.* 13. *de jur. bell.* M. Anton. Peregrin. 8. *de jur. fisc. n.* 10. Alb. Gentil. *de acq. mar.* D. Tul. *hìc cap.* 7. Existimat tamen idem Grotius *d. cap.* 3. *n.* 10. non obstare jus naturæ quo-

quominus portio maris inclusa litoribus ejus populi propria fiat cujus sunt litora, dum ea pars maris ad territorium comparati non major sit quam diverticulum maris comparatum ad magnitudinem fundi privati. Nuper vero Joannes Seldenus vir sane non vulgari eruditione præditus tractatum edidit inscriptum *Mare clausum* sive *De dominio maris*, in quo summa ope ostendere conatur mare ex jure 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. cap. 5. mar. lib. & 2. de jur. bell. cap. 2. n. 3.*

5. Illud constat, non facere contra jus naturæ aut gentium qui recepto in se onere tuendæ navigationis adversus piraticas excursiones, juvandæque per ignes nocturnos & brevium signa vectigal æquum imposuerit, quale fuit Romanum vectigal Erythræum de quo Strabo *lib.* 17. & quod in ponto Byzantini exigebant διαγώγιον (*portorium*) quodque jam olim Athenienses exegerant in ponto eodem, memorante utrumque Polybio. Grot. *d. cap. 3. n. 14.* adde Cæpoll, *de serv. præd. rust. cap. 26.*

TEXTUS.

De fluminibus & portubus.

2. *Flumina autem omnia & portus publica sunt; ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.*

L. 6. tit. 28. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1 *Quo sensu dicatur ius piscandi in flumine omnibus commune.*

2 *Non idem esse aquam profluentem quod flumen.*

SEcundum genus rerum quæ privati juris non sunt pnblicæ in specie dicuntur: quæ quamvis & ipsæ in nullius dominium pervenerunt, imperio tamen divisæ sunt, & ditione ac potestate factæ alicujus populi. Ajo *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. *de acq. rer. dom* sed quia usu & jure quo habentur privata sunt, *l.* 2. §. 4. *ne quid in loc. pub.* ad institutam disputationem non pertinent. Hujus generis sunt flumina, portus, alveus fluminis quamdiu à flumine occupatur, & ex parte ripæ.

Flumina omnia] Scilicet perennia: nam torrentia quæ hieme tantum fluunt æstate solibus exsicantur publica non sunt, *l.* 1. §. 3. *de flum.* ac ne flumina quidem proprie, ut recte D. Don. 4. *comm.* 3. contra Hotom. 8. *obs.* 4. Marcianus *l.* 4. §. 1. *ff. de div. rer.* caute addidit voculam *pene*; nempe διὰ τὰς χειμάρρους (*ob torrentes qui hieme fluunt*). Et quidem quæ flumina per eamdem regionem tantum labuntur unde originem ducunt, tota sunt illius regionis; quæ vero diversa imperia alluunt, per partes earum gentium sunt per quarum ditiones profluunt in mare. VINN. Hinc si limites duarum provinciarum constituunt, communia habentur; adeoque & novæ insulæ in hujusmodi flumine natæ, vel communes sunt, vel alterutrius provinciæ propriæ, prout vel in medio flumine natæ vel alterutri ripæ propiores sunt. Ziegl. *de jure Majestat. lib.* 2. *cap.* 15. HEIN.

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 tuto illic stare possint adversus injuriam prædonum ac tempestatum, *l.* 59. *de verb. sign. l.* 1. §. 13. *de flum.* Veteribus proprie portus insulam notat, sive ædificium legitimo spatio atque ambitu à contiguis divisum mercium importandarum & conservandarum causa; & per synecdochen quamvis insulam sive domum quæ proprio ambitu constat, ut in illo XII. tabb. *Cui testimonium defuerit, is tertiis diebus ob portum obvagulatum ito.* Vid. Fest. in vocibus *portus & insula.* Cujac. Brechæ. Goëd. ad *d. l.* 59. *de verb. sign.*

1. *Jus piscandi omnibus commune*] Usus fluminis publicus est jure gentium, §. 4. *Inst. inf. hoc tit. l.* 4. *de div. rer.* ac proinde unicuique licet in flumine publico navigare & piscari, *l.* 1. *ut in flum. pub.* Idem usus est & portuum, ut hoc loco & *d. l.* 4. Ait *omnibus commune est*, nempe omnibus iis qui sunt ex populo cujus 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.

2. Notandum autem est discrimen fluminis

& aquæ fluentis, unde usus utriusque nascitur diversitas. Flumen est totum quid, unumque & idem corpus quod mille abhinc annis fuit, *arg. l. 76. de judic.* denique sub imperio eorum est quorum finibus continetur. At aqua fluminis numero eadem non est sed alia atque alia; & cum in perpetuo cursu sit, non magis loco contineri aut cujusquam potestati subjici potest quam aër & mare quamdiu de medio cursu nihil de ea sumseris. Hinc de usu judicandum. 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 dumtaxat quorum finibus continetur. Aqua vero fluminis utimur ad lavandum, potandum, aquanda pecora: qui usus communis est jure naturali omnibus concessus; add. Jo. Fab. Baron. *ad hunc loc.* Don. 4. *comm.* 3. De jure ædificandi in portu aut flumine nulla hìc mentio. Et in portu quidem vix est ut sine incommodo navigantium ædificari possit; in flumine autem publice cuilibet licet ædificare & destruere, dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat, *l.* 24. *de damn. inf. l.* 1. §. 12. & 19. *de flum.* Quo argumento adducor ut credam etiam ædificatum fieri ædificantis, perinde ut ædificata in litore aut vicino litoribus mari ædificantium fiunt.

TEXTUS.

Definitio litoris.

3. *Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit.*

L. 4. tit. 28. Part. 3.

COMMENTARIUS.

HOc § & 2. *seqq.* quædam diligentius explicat quorum usus vel communis est vel publicus. Atque ut intelligamus quatenus litore uti omnibus liceat, quid sit litus primum definiendum putavit. Ait litus esse *quatenus hibernus fluctus maximus excurrit*, quomodo & Celsus definit *l.* 96. & Javolenus *l.* 112. *de verb. sign.* & jam olim ante eos definiverat Aquilius, teste Cic. *in Topic. cap.* 7. quam definitionem & ipse Cicero post aliquando fortassis arbiter sumtus secutus est; non enim primus hoc constituit, ut plerosque credidisse Celsus refert. Ait *hibernus*, quia hieme maxime mare exæstuat. Igitur litus est, quatenus fluctus maris eludit, atque hoc commune est omnium sicut & mare; siccum vero litus, sive ora terræ quæ æstuum marinorum accessu non occupatur, populi regionis est.

TEXTUS.

De usu & proprietate riparum.

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 prædiis hærent: qua de causa arbores quoque in eisdem natæ eorumdem sunt.*

LL. 6. & 7. tit. 28. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1 *Non ut litora maris, ita ripas conditionem fluminis sequi.*

RIpa est id quod flumen continet naturalem cursus sui rigorem tenens. Ita definitur ab Ulp. *l.* 1. §. 5. *de flum.* Ait *cursum naturalem*, ne quis putet si quando flumen imbribus vel nivibus auctum excreverit ripas idcirco mutare. Paulus ait, ripam esse quæ plenissimum flumen continet, *l.* 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 anguste, ut nonnulli faciunt, accipiendam esse pro crepidine aut labro amnis, sive pro sola extremitate alvei & terræ quæ flumen continet, cujus extremitatis vix est ut ullus sit usus; sed aliquanto laxius pro spatio inter flumen & vicina prædia interjecto, ut ripa incipere intelligatur ex quo à plano ad flumen vergit, *d. l.* 3. §. 1. *de flum.* quod & Pacius observavit in analysi sua.

Usus publicus est jure gentium] Usus riparum ita publicus est, ut fluminis. Quinimmo ripæ usus nihil aliud est quam ipsius fluminis, cum 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, cum nec flumine aliter uti commode possint.

Proprietas illorum est quorum prædiis hærent] Hoc etiam diserte ait Cajus *l. 5. de div. rer.* itemque Pomponius ex sententia Celsi, *l.* 30. §. 1. *de adq. 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 ceteris, & recte 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, (*præter argumenti sive hypotheseos ignorationem*), siquidem ripa pars fluminis non est, non magis quam continens contenti.

1. Neque vero idem est ripa in flumine quod litus in mari. Ripa flumini non subjicitur ut litora 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. §. 7. *de flum. l.* 7. §. 5. *de adq. rer. dom.* At, inquam, ut diversa sit alvei & riparum conditio flumen facit, quod alveum occupat ripas non item. Quid quod nec alveus simpliciter publicus est, ne tunc quidem cum 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 §. 22. & *seq. inf. eod.* Recte igitur Græci, *Basil.* 46. *tit.* 3. τῶν ἰχθύων τῶν ἐν τοῖς ποταμοῖς ἡ λέγω δεσποτεία, ἀλλὰ ἡ χρῆσις (*Riparum fluminum non proprietas, sed usus publicus est.*) publica ἐστὶν &c.

TEXTUS.

De usu & proprietate litorum.

5. Litorum quoque usus publicus est & juris gentium, sicuti & 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 & ma-re, & quæ subjacet mari terra vel arena.

L. 4. tit. 28. Part. 3.

COMMENTARIUS.

DE litorum usu & proprietate jam intellectum est; ceterum unum adhuc notandum quod usum litorum dicit esse publicum & juris gentium, ut intelligas usum litorum publicum esse eo jure quod commune est omnibus gentibus, quo scilicet significatu mare juris gentium esse dicit Marcianus *l. 4. ff. de div. rer. & qual.* & Justinian. §. 1. *Inst. sup. hoc tit.* 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 dumtaxat quibus eo flumine uti jure gentium licet, cujus usus exteros communionem non habere antea demonstratum est. Eadem fere & Eguinarii Baronis, & Julii Pacii sententia est.

Ejusdem juris cujus & mare] Mare litora aliis usibus eripiendo sua fecit. Nam, ut ante quoque dictum est, litora mari subjiciuntur & quotidie ab eo occupantur. Occupatum autem jus & conditionem occupantis sequi necesse est, *l. pen. de div. rer.* VINN. Adeo communia Romanis videbantur litora, ut fere cuivis liceret non solum casas ibi ponere in quas se reciperet, uti est in *hoc* §. 5. sed & palatia voluptatis causa exstruere. Et eo pertinent illa Horatii *lib.* 1. *ode* 11. *Quæ* (hiems) *nunc oppositis debilitat pumicibus mare.* Quæ verba egregie illustrantur *dans l'histoire de l' Academie Royale des Inscriptions & Belles Lettres. Tom.* 2. *p.* 333. HEIN.

TEXTUS.

De rebus universitatis.

6. Universitatis sunt, non singulorum, quæ in civitatibus sunt theatra, stadia, & his similia; & si quæ alia sunt communia civitatum.

L. 9. tit. 28. Part. 3.

COMMENTARIUS.

QUæ hìc & apud Gajum *l. 6.* §. 1. *de div. rer.* dicuntur universitatis, alibi etiam publica generali nomine appellantur, ut in *l. 6. de contr. emt.* §. 2. *Inst. inf. de inut. stip.* §. *ult. inf. de emt. & vend.* nimirum quia in

pu-

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 cujusq. univ. nom. l.* 15. *& seq. de verb. sign.* Universitatis autem appellatio latior est quam civitatis; nam & collegia & societates aliaque hujusmodi corpora continet, quibus permissum est ad exemplum Reipub. habere res communes, arcam communem, &c. *l.* 1. *quod cujusque univ.* VINN. Recte distinguuntur res universitatis & patrimonia civitatis. Horum enim usus non est singulorum, adeoque nec obligationes circa illa tum activæ tum passivæ. Eo pertinet *l.* 7. §. 1. *ff. quod cujusque univ. nom.* HEIN.

Si quæ alia communia civitatum] Ut basilicæ, porticus, balnea, fora, prata & pascua publica, in quæ scilicet pecudes immittere singulis civibus jus est; item si quæ collegii alicujus aut societatis communia sunt, veluti pergulæ, ambulacra, exedræ, peristylia, insulæ, stabula, &c. Communis autem harum rerum usus non latius patet, quam ut publicus sit eorum qui sunt ejusdem civitatis aut corporis. Hoc enim & superioribus omnino consequens est, & cum instituto convenit ejus qui ea publicavit; si alii utantur, id permissu civitatis fit. Nemo sane 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. cap.* 20. *Theatrum commune cum sit, recte tamen dici posse ejus esse eum locum quem quisque occupavit.*

TEXTUS.

De rebus nullius.

7. *Nullius autem sunt res sacræ, & religiosæ & sanctæ; quod enim divini juris est id nullius in bonis est.*

L. 12. *tit.* 28. *Part.* 3.

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 iis quæ singulorum sunt nullius in bonis esse dicuntur, *l.* 1. *de div. rer. l.* 6. *de contr. emt.* 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 iis quæ quisque jam actu habet ac possidet; at ea conditione sunt & natura ut acquiri possint & cedant occupanti, §. 12. *Inst. inf. hoc tit.* quod secus est in rebus divini juris. Etiam inter ea quæ nullius sunt Gajus *d. l.* 1. numerat res hereditarias nondum adita hereditate; quæ tamen effectu juris omni ex parte privatæ sunt, & hereditatis esse finguntur quæ tantisper personæ vicem sustinet, *ll.* 34. *& 61. de acq. rer. dom.* Res igitur divini juris sunt quæ hominum potestati & promiscuo usui exemtæ quodammodo in solius Dei jure ac potestate habentur; quarum tres species hic proponuntur, sacræ, religiosæ, sanctæ: quas singulas singulis §§. deinceps expositurus est.

TEXTUS.

De rebus sacris.

8. *Sacræ res sunt quæ rite per Pontifices Deo consecratæ sunt; veluti ædes sacræ, & donaria quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt: quæ etiam per nostram constitutionem alienari & obligari prohibuimus, excepta causa redemtionis 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 sacer adhuc manet, ut & Papinianus scripsit.*

LL. 12. *&* 13. *tit.* 28. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Personam consecrantis qualem esse oporteat.*
2 *Donaria quæ Latinis dicta.*
3 *Sacra privata á publicis non forma consecrandi, sed fine distincta.*
4 *Profanum Veteribus quid, & unde dictum.*

RErum divini juris diximus esse tria genera; eaque ut re, ita etiam nominibus apud nostros distincta sunt: quæ distinctio etiam

etiam in schedis Festi reperitur. Alia est apud Macrobium 3. *Saturn.* 3. Plerique autem his nominibus indiscrete utuntur. Ait res sacras esse *quæ rite per Pontifices Deo consecratæ sunt.* Quæ definitio duo maxime complectitur, formam consecrandi, & personam consecrantis. Formam indicat particula *rite*, id est solemniter, more & instituto majorum, publice non privatim, *l.* 6. §. 3. *l.* 9. *pr. de div. rer. & qual.* Gall. Ælius apud Fest. in voce *Sacer.* Ovid. 1. *Fastor. v.* 610.

Templa sacerdotum rite 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 á ponte sublicio, quem quod sacer æstimaretur, in aliqua parte labantem solis Pontificibus reficere licebat, cæsa victima & sacrificio perfecto. Reliquorum quoque sacrorum omnium curam atque potestatem penes collegium Pontificum fuisse constat; de quorum officio accurate scribit idem Alex. ab Alex. 2. *genial.* 8. Quid Principes? Etiam eos curam sacrorum & religionum sibi sumsisse, eum apud alios auctores tum apud nostros legimus, ut in *l.* 8. *de rel. & sumt. fun. l. ult. ut in poss. leg.* & nominatim jus dedicandi seu consecrandi *in d. l.* 9. *de div. rer.* An quia & ipsi plerumque Pontifices? Id sane testatur Historia; & Dio *lib.* 53. expresse scribit, Principes inter alios titulos etiam Pontificis Maximi dignitatem assumsisse, ut omnes religiones & sacrificia in sua haberent manu. An vero hoc ideo dicitur quia, ut nonnulli volunt, sicut olim per legem Papiriam non licebat rem ullam injussu plebis consecrare, teste Cic. *pro dom.* ita postea non licuit injussu Principis; ut Pontifex quidem consecraret & solemnia perageret sed jussu & auctoritate Principis præcedente, maxime si locus publicus consecrandus foret, *argum. d. l.* 9. Principes Christiani curam sacrorum Episcopis demandarunt, aliosque ritus atque cæremonias sublatis gentilibus substituerunt, quæ in dedicandis monasteriis, Ecclesiis, domibus orationum observarent. Vid. *Nov.* 67. *& Nov.* 131. *cap.* 7. Luculentum dedicationis templi extat exemplum *lib.* 3. *Reg. à cap.* 5. *ad* 9.

2. *Donaria*] Non solum ædis aut locus consecrari possunt, sed res etiam mobiles, ut ex memorato Galli Ælii apud Festum loco apparet, & hic significat Justinianus verbo *donaria*; quo eum mobilia intelligere, puta vestes ἱερὰ σκευὴ (*vasa sacra*), aliaque utensilia divinis usibus dicata atque consecrata ostendit, *l.* 21. *C. de sacros. Eccles.* Neque hoc contra usum Latinorum Scriptorum. Nam quæ Græci ἀναθήματα appellant, ab ἀναθεῖναι (*suspendere*) quod dicata Diis suspendebantur è tholis, columnis aut parietibus templi: ea Latini *donaria* dixerunt. Apud Macrobium 3. 11. legimus: *Ornamenta sunt clypei, coronæ, & hujusmodi donaria.* Virgilius pro locis accepit in quibus dona oblata reponuntur, *lib.* 3. *Georg. v.* 533.

. . . . . *Et uris*
Imparibus ductos alta ad donaria currus.

Eamque propriam esse hujus verbi significationem notat Servius, cui suffragatur Cornelius Fronto: *Donum*, inquit, *quod Diis datur; inde ubi dona ponuntur donarium appellatur.*

Excepta causa redemtionis captivorum] Item pauperum alendorum tempore famis si ita premantur ut vitæ eorum succurrendum sit, *dict. l.* 21. *C. de sacros. Eccles.* debitorum quoque Ecclesiæ causa, si creditores urgeant nec aliunde debitum exsolvi possit, *auth. præterea C. de sacros. Eccles. Nov.* 120. *cap.* 10. *&* 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* π̃. *de reg. jur. in* 6.

3. *Si quis auctoritate sua*] Id est non publice sed privatim, *l.* 6. §. 3. *de div. rer.* Quæsierit aliquis, cum Romanis nihil sacrum fuerit nisi quod publice consecratum, qui fiat quod nihilominus eos sacra habuisse privata legimus? Cic. 3. *de legib. l.* 1. *de rit. nupt. l.* 9. §. 1. *ad leg. Jul. pec. l.* 4. *C. de crim. exp. her.* Resp. Distinctio illa non à forma dedicandi aut personis dedicantium, sed à fine sumta est: quod privata pro salute familiæ, publica pro populo consecrabantur. Vid. Rosin. 8. *Antiq. tit.* 6. Potuit sane quisque privatim suæ religionis causa aliquid Deo dedicare, quod pro sacro ipse haberet; verum id Pontifices Romani non æstimabant sacrum, ac proinde nulla obstringebat religione successores: quod ex eodem Gallo Ælio apud Festum discere possumus, & ex M. Tullio *lib.* 12. *epist. ad Attic. epist.* 19. 34. *&* 35. VINN. Accurate distinguenda *sacra privata* Larium & Penatium, quæ & gentilia; & *sacra* privata auctoritate constituta. Illa legitima erant, ob legem XII. tabb. *sacra privata perpetuo manen-*

nento. Fest. voce *sacra*; hæc illegitima ob periculum ne sacra peregrina inveherentur. Cl. Bynkersh. *de releg. pereg. diss.* 2. Illa erant juris Pontificum, atque exinde est quod Pontificum auctoritas intercederet in adrogationibus, confarreationibus &c. hæc sacra non æstimabant Pontifices. Si ergo privata auctoritate sibi quis sacrum constituerat, *quasi consecratum* censebatur dum ad religionem patriam pertineret. Et eo referenda loca Ciceronis *lib.* 12. *de Attic. epist.* 19. 34. & 35. Sin religionem peregrinam saperet profanum censebatur. Bynkersh. *ibid.* HEIN.

4. *Profanum*] Varro 5. *de ling.* fana ait nominata esse, *quod Pontifices in sacrando fati sunt finem; inde profanum quod est ante fanum, id est conjunctum fano.* Trebatius profanum id proprie dici existimat *quod ex sacro vel religioso in promiscuum hominum usum conversum est.* Macrobius autem *lib.* 3. *Saturn.* scribit, profanum omnes pene 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] Ideoque venire non potest, *l.* 73. *de contr. emt.* Trajanus ad Plin. *lib.* 10. *epist.* 76. *Si ædis sacra Claudii collapsa sit, religio ejus occupavit locum.* Plane quæ loca ab hostibus capta sunt sacra esse desinunt; at ea calamitate liberata quasi postliminio pristinum statum recipiunt, *l.* 36. *do religios.*

TEXTUS.

De religiosis.

9. *Religiosum locum unusquisque sua voluntate facit dum mortuum infert in locum suum. In communem autem locum purum invito socio inferre non licet; in commune vero sepulcrum etiam invitis ceteris licet inferre. Item si alienus usufructus est, proprietarium placet nisi consentiente usufructuario locum religiosum non facere. In alienum locum consentiente domino licet inferre; & licet postea ratum non habuerit quam illatus est mortuus, tamen locus religiosus fit.*

L. 14. *tit.* 18. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Antiquos privata sepulcra habuisse extra urbem in agris; hodie autem fere in urbe mortuos sepeliri in locis publice ad eam rem destinatis.*

2 *Cenotaphium seu tumulum inanem religiosum non esse.*

3 *Ut locus religiosus fiat necesse esse ut is qui mortuum infert sit pleno jure dominus loci; & quædam consectaria inde deducta.*

4 *Verba hujus §. postrema tam commodum sensum habere quam lectionem Codicis Flor. in π.*

Religiosum] Generali hujus verbi appellatione etiam sacra contineri arguit notatio vocis *religio*; sive à relegendo eam deducas cum Cic. 2. *de natur. Deor.* sive cum Sev. Sulpicio, ut auctor est Macrob. 3. *Satur.* 3. à relinquendo; sive á religando cum Lactantio 4. *Instit.* 28. At hìc & passim in libris nostris strictius accipitur, & locum notat ubi mortuus sepultus aut humatus est: quæ significatio & Festum Pompejum auctorem habet.

Unusquisque sua voluntate] Ad differentiam sacri. Locus sacer non fit nisi publice per Pontificem sacretur; religiosus fit propria cujusque voluntate cadaver aut ossa inferentis in locum suum.

1. Notandum hìc in transcursu antiquos privata sepulcra habuisse extra urbem in agris, nam in urbe mortuos sepelire lege vetitum erat. Cic. 2. *de legib. cap.* 23. *l.* 3. §. 5. *de sepulc. viol.* idque aliis etiam populis in more positum fuit: qua de re consule Petr. Greg. *lib.* 33. *Syntagm. cap.* 33. Quæ quisque sibi & familiæ suæ sepulcra constituebat familiaria dicebantur; quæ sibi & heredibus suis, vel quæ paterfam. jure hereditario acquisierat, hereditaria, *ll.* 5. & 6. *in pr. de rel. & sumt. fun.* VINN. Hodie autem, ut notum est, locis publicis ad sepulturam utimur ab Episcopo sepeliendis mortuis destinatis, *l.* 4. *tit.* 13. *Part.* 1. item cœmeteriis, aut ipsis etiam Ecclesiis in quibus privatum sepulcrum habere jam usu inductum est, quod & heredibus relinqui potest. Antiquitus constitutum fuerat ut sepulcra extra urbes & oppida essent publicæ valetudinis causa. De sepulcrorum apud Hispanos jure adesis *dict. tit.* 13. *Part.* 1. ADDIT.

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. Primo non consecratione aut verbis solemnibus locus religiosus efficitur, sed illatione mortui; unde se-

sepulcrum ab Alp. definitur, ubi corpus ossave hominis condita sunt, *l.* 2. §. 5. *de relig.* Ac ne totus quidem locus qui sepulturæ destinatus est corpore condito religiosus fit, sed quatenus conditum aut humatum est, *d.* §. 5.

2. Ex quo efficitur quod Divi Fratres rescriserunt, mausoleum inane, sive monumentum purum memoriæ tantum causa factum, quod Græci κενὸν μνῆμα, & uno verbo κενοτάφιον appellant, Suetonius autem *cap.* 1. *in Claud.* *tumulum honorarium*, religiosum non esse, *l.* 7. *de div. rer. l.* 6. *in fin. l.* 24. *de relig.* licet contrà senserit Marcianus motus auctoritate Virgilii, ut ipse ait *l.* 6. *in fin. de div. rer.* nec dubium quin iis Poëtæ versibus, quos ex *lib.* 3. *Æneid. v.* 303. citat D. Gothofr. ubi de Andromache hæc ait Æneas:

. . . . . *Manesque vocabat*
Hectoreum ad tumulum, viridi quem cespite inanem,
Et geminas, causam lacrymis sacraverat aras.

Similis locus est ejusdem Poëtæ *lib.* 6. *v.* 150. ubi sic ad Deiphobum idem heros:

Tunc egomet tumulum Rhœteo in litore inanem
Constitui, & magna Manes ter voce vocavi.

Denique si ossa hominis aut corpus conditum dumtaxat loco religionem afferunt, consequens est ossibus aut reliquiis effosis & translatis locum religione solvi, *l.* 44. §. 1. *de relig.* quamquam effodere vel eruere non licet sine decreto Pontificum aut jussu Principis, *l.* 8. *eod.*

3. Alterum quod ad 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. §. 4. *de div. rer. & qual.* II. Non licere inferre in locum communem purum invito socio, hoc item *text. & l.* 6. §. 6. *comm div. l.* 2. §. 1. *in fin. de relig.* quod tamen sic temperat Callistratus, ut aliquis ex sociis in communi loco etiam sine consensu ceterorum sepeliri possit, si non sit alius locus ubi commode sepeliatur, *l.* 41. *de tit.* De loco puro Jurisconsultos loqui apparet, nam in communi sepulcro quin unus ex sociis etiam obnitentibus ceteris sepeliri possit nulla dubitatio est: quippe cum ad hunc ipsum usum is locus comparatus sit, *d. l.* 6. §. *pen. de div. rer. l.* 6. §. 6. *comm. div. & hoc text.* III. Non posse proprietarium invito fructuario inferre, aut locum religiosum facere, ut hoc item §. *& l.* 2. §. 7. *de relig. l.* 17. *de usufr.* Quorum omnium hæc ratio est, ne domini, socii, fructuarii conditio sine facto eorum deterior fiat re commercio exemta. Plane si proprietatis dominus testatorem intulerit qui usumfructum legavit, cum in alium locum inferri tam opportune non posset, placet locum religiosum fieri, *d. l.* 17. *de usufr. d. l.* 2. §. 7. *de relig.* IV. Postremo quod proprietario non licet invito eo qui usumfructum habet, id multo minus hic licere debere non concedente proprietario, *d. l.* 2. §. 1. *& 7.* VINN. Paucis noto non semper verum esse quod *n.* 1. *ad hunc* §. notat Vinnius, locum factum religiosum non nisi quatenus corpus conditum aut humatum est. Plerumque enim religio occupabat certum spatium in frontem & in agrum porrectum. Unde sæpe in marmoribus legimus: IN. FR. P. X. IN. AGR. P. XX. Conf. Horat. *Serm. lib.* 1. *Satyr.* 8 *v.* 12. Unde & illud spatium maceriis includi consueverat, Barn. Brisson. *Antiq. lib.* 3. *cap* 15. *& 16.* Sensus ergo *l.* 2. §. 5. *ff. de religios.* est, non totum agrum ubi conditum cadaver religiosum fieri, sed locum tantum qui sepulcro destinatus & certo spatio finitus sit. Interpretationem hanc ipsa necessitas defendit. Alias enim apud Romanos, qui fere corpora cremabant, urna vix minimam agri partem religiosam reddidisset. HEIN.

Locum purum] Id est, qui humani juris est, βέβηλον, profanum, *d. l.* 2. §. 4. *pariter eod. tit. de relig.* Aliquando opponitur ædificato, ut in *l. ult. in pr. de pign. act.* Varro quoque *lib.* 5. *de ling.* scribit, pura loca appellari areas in urbe.

4. *Licet postea ratum non habuerit*] Ita vulgo hic legitur & apud Marcianum *d. l.* 6. §. 4. *de div. rer.* unde hæc transcripta sunt. Neque incommodum sensum habet hæc lectio; sufficit enim ab initio consensisse, cum quod semel placuit postea displicere non possit, *cap. quod semel de reg. jur. in* 6. *l.* 75. *ff. eod. l.* 5. *C. de obl. & act.* In π^. autem Florentinis affirmative hic locus legitur, *licet postea ratum habuerit*; nec minus recte, 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 ra-

tihabitionis ut mandato comparetur, *l.* 60. *de reg. jur. cap. ratihabitionem* π. *eod. in* 6. Ceterum 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. VINN Lectione Florentina nihil sanius esse potest. Qui enim dici possit dominum factum non ratum habere in quod initio consensit? Unde & in hoc §. legendum *licet postea ratum habuerit.* Nam ita & Theophilus legit, dum scripsit: *Sed & si quis inscio vel invito domino intulerit, & id ille cum rescisset ratum habuerit, fiet & ita locus religiosus.* HEIN.

TEXTUS.

De rebus sanctis.

10. *Sanctæ quoque res, veluti muri & portæ civitatis, quodammodo divini juris sunt; & ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constitura est in eos qui aliquid in muros deliquerint. Ideo & legum eas partes quibus pœnas constituimus adversus eos qui contra leges fecerint sanctiones vocamus.*

LL. 15. *&* 16. *tit.* 28. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Sancti appellatio quam late pateat.*
2 *Rectene nostri etiam portas inter sancta numerent.*
3 *An capite plectendi & qui muros municipiorum violant.*

1. CErtum est longe latius patere appellationem sancti quam hic accipitur; idque vel ex Trebatio discere possumus, qui apud Macrobium 3. *Saturn. sanctum*, ait, *interdum idem esse quod sacrum, idemque quod religiosum; interdum aliud, nimirum quod venerabile, incorruptum, inviolatum est*; quod & Macrobius confirmat adductis aliquot locis Virgilii. Proprie autem sanctum dicitur, quod vel ab injuria hominum defensum atque munitum est, *l.* 8. *de div. rer.* atque hinc Legati jure gentium sancti habentur, *l. ult. de legation.* item Reges, teste Cic. *pro reg. Dejot.* & Jure Romanorum tribuni plebis *sacrosancti.* Liv. *lib.* 2. *c.* 33. Fest. *in verb. sacrosanctum*; ut quod sanctione quadam confirmatum atque subnixum est. Hinc leges & rogationes dicuntur sanctæ, quod eas impune transgredi non licet. Hinc denique muri quoque sancti, quia speciali sanctione contra violantium audaciam muniti atque confirmati sunt.

2. *Veluti muri & portæ civitatis*] *L.* 1. *de div. rer. l.* 2. *ne quid in loc. sacr.* Et muros quidem consentiunt omnes esse sanctos. Ceterum de portis dissentire videtur Plutarchus, qui ἐν τοῖς Ῥωμαϊκοῖς (*in his quæ de Romanorum rebus scripsit*) muros ἱερούς, id est *sanctos* esse scribit, portas non item, eo quod per eas cadavera efferantur, aliaque immunda per eas importentur atque exportentur. Sed hoc ille longe alio sensu quam nostri, nimirum jus Pontificium ex libris ritualibus secutus. Quippe Romani in designanda urbe, adhibitis more Etrusco certis sacris, muros aratro circumducebant atque ambiebant; ubi vero portæ futuræ erant, id loci non sulcabant, ne quid religionis contraheret, sed aratrum suspendentes portarum spatia relinquebant intacta. Consulatur Varro 4. *de ling. Lat. cap.* 32. Alex. ab Alex. 6. *gen.* 14. Alciat. *l.* 239. §. 5. *de verb. sign.* Cœl. Rhodig. *lib.* 14. *cap.* 5. Hinc mœnia jure Pontificio sancta habebantur, portu non item. At nostri portas ideo inter sancta numerant, quia eas non magis quam muros violare fas est, aut aliquid in eas delinquere.

Quodammodo] Recte *quodammodo*; neque enim proprie hæ res divini juris sunt, ut res sacræ & religiosæ, sed propter similitudinem quam cum rebus sacris & religiosis habent, divini juris esse dicuntur; quia scilicet nec ipsæ cujusquam sunt aut proprietate aut usu promiscuo. Fortassis tamen muri quod auspicato & solemni sacrificio signabantur, etiam proprie in rebus divini juris habiti sunt. Vid. Alciat. *d. loc.* Riccium *vindicar. jur. præmess. cap.* 7. qui ob id hunc locum ita distinguendum putat: *veluti muri & portæ civitatis, quodammodo divini juris sunt.*

Ideo autem muros sanctos] Notatio verbi *sanctus.* Marcianus *l.* 8. §. 1. *de div. rer.* 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. Hotommanus.

Quia pœna capitis] Violare muros capitale est; sicuti si quis scalis admotis, aut qualibet alia ratione transcenderit. Nam cives Romanos alia quam per portas egredi non licet, cum illud hostile & abominandum sit. Nam & Romuli frater occisus traditur, quod murum transcendere voluerit. Hoc Pompon. *l. ult. de div. rer.* Marcus autem Tullius 3. *de offic. cap.* 10. scribit, speciem utilitatis eo animum impulisse Romuli, cui visum erat utilius solum se quam cum altero regnare: *Omisit hic*, inquit, *& pietatem & humanitatem; & tamen muri causam opposuit, speciem honestatis neque probabilem neque idoneam.*

3. De muris municipiorum dubitatum est, an & qui eos violant pœna capitis puniendi sint. Vulgo placet non esse; sed hujusmodi homines pro qualitate delicti arbitrio judicis extra ordinem plectendos, Bart. in *d. l. ult.* Ang. Myns. Schneid. & alii *hic*. Quæ sententia sane benignior est. Nec obstat quod etiam muri municipiorum sancti sunt, *l.* 8. §. 2. *de div. rer.* Neque enim quidquid sanctum est ejus violatio continuo capite plectitur, aut quòd capite non plectitur sanctum non est. Satis enim est ad hoc ut sanctum sit, ut ab injuriis hominum defensum, aut sanctione aliqua subnixum sit, *d. l.* 8. *in pr. l.* 9. §. 3. *eod.* Sane in bello si quis vallum transcendat, aut per muros castra ingrediatur capite punitur, *l.* 3. §. 17. *de re milit.* vid. Gothofr. Bus. ad *d. l. ult.* & Autumn. *ibid. in confer. jur. Franc.* Vinn. Hodie in eos qui muros transgrediuntur non capite sed extraordinaria pœna animadvertitur, nisi belli tempus aut alia justa causa duriorem sententiam extorqueat. Gregor. Lopez *in gloss.* 2. *ad l.* 15. *tit.* 28. *Part.* 3. Addit.

Ideo & legum &c. sanctiones vocantur] *L.* 14. *de pœn.* Cic. *in Verr.* 6. *nisi legis sanctionem pœnamque recitassem.* Inconcinna autem est illatio. Fortassis ab effectu ea pars legis qua pœna constituitur ποινλασία τοῦ νόμε speciatim sanctio dicitur, quia efficit ut legi sua auctoritas & sanctitas constet, *arg. d. l.* 9. §. 3. *de div. rer.* nam generaliter leges ipsas sanctiones vocari satis notum est. Scholiastes ad illud Horatii: *Sanctarum inscitia legum. Aut participium est á* sancio, *id est firmatarum; aut sanctarum id est sacrarum ut fœdus sanctum dicitur & sacrum.*

Textus.

De rebus singulorum.

11. *Singulorum autem hominum multis modis res fiunt; quarundam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod sicut diximus appellatur jus gentium; quarumdam vero jure civili. Commodius est itaque á vetustiore jure incipere. Palam est autem vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Civilia autem jura tunc esse cœperunt cum & civitates condi, & magistratus creari, & leges scribi cœperunt.*

Commentarius.

1 *Quæ in hac secunda parte hujus tituli potissimum spectanda.*

2 *Perperam in ac disputatione dominio opponi commercium.*

3 *Quid sit dominium, & quam large nonnumquam ea vox usurpetur.*

4 *Modos adquirendi jure gentium dominii ad duos commode revocari.*

Secunda pars hujus tituli, cui respondet titulus π̃. *de adquiriendo rerum dominio.* Hucusque 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 propriæ. Hæ res varie item distingui possunt. Nam primo quædam sunt universales, quæ vel rationem totius habent ut hereditas 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.* 93. *de verb. sign. l.* 15. §. 2. *de re jud.*

1. Duo vero præcipue hìc nobis spectanda, id quod in hisce rebus singulorum est, ejusque adquisitio. 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.

2. Doctissimus Diod. Tuldenus dominio non obligationem sed commercium opponit. Non recte, ut mihi videtur, in disputatione proposita. Nam commercium non est res externa quæ in bonis nostris computatur, quamque adquirere alienare legare heredibus nostris relinquere possumus, qualis est obligatio; sed jus personæ, quod non omnes qui in civitate sunt habent. Est enim jus emendi vendendique, aut potius jus contrahendi cum aliquo, *l. 5. de just. & jur. l. 24. §. 1. de minorib.* Ulp. *in frag. tit. 19. §. 4.* Unde quæ res vendi, in stipulationem aut conventionem deduci non possunt commercio dicuntur exemtæ. Denique obligatio quæ ex maleficio oritur etiam hoc pertinet; at eam nolim dicere esse ex commercio. Nam commercii significatio apud Latinos tam late non patet quam apud Græcos συναλλάγματος, ut tam συναλλάγματα ἀκούσια, (*involuntaria*) quam ἑκούσια (*voluntaria*) complectatur. Quod ad adquisitionem attinet, ea quoque non est unius modi; aliter enim dominium & jura illa in re à dominio separata adquiruntur, aliter obligatio sive creditum, sicut ex progressu apparebit; in quo si forte methodi leges non satis accurate Compositores observarint, id non tam in iis reprehendendum quam sæculo condonandum est. De modis adquirendi dominii, ut præcipui & summi in rebus juris, initium faciunt.

3. Dominium est, plena in rem potestas, *§. ult. Inst. inf. de usuf.* sive jus de re pro arbitratu statuendi, *l. 21. C. mand.* Hoc item jus à re quæsita proprietas dicitur, *l. 7. §. 12. l. 13. de adq rer. dom. l. 12. §. 1. de adq. poss.* quamquam proprietatis vocabulo sæpe in jure nostro nuda proprietas significatur, à qua scilicet ususfructus separatus est, ut passim in *tit. de usuf.* quod & in voce dominii contingit, *l. 6. §. ult. C. de bon. quæ lib.* Et videntur Veteres dominium proprie de re corporali dixisse, *arg. tit. π̃. de adq. rer. dom. & tit. π̃. & 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. us. am. l. 10. §. 3. de adq. rer. dom. l. 3. si usuf. pet.* quo loco & possessio de re incorporali simpliciter prædicatur, quam tamen propriam esse constat rerum corporalium. VINN. Quæ hic de speciebus juris in re disputat auctor doctissimus altioris sunt indaginis. Non erat quod seorsum inter jura in rem recenseret usum, usumfructum, jura prædiorum; cum sufficiat nominasse *servitutem.* Deinde nescio quî omitti potuerit jus hereditarium, quod jus in re esse patet ex *ll. 9. & 19. ff. de hered. petit. l. 1. §. fin. ff. si quadr. paup. l. 6. ff. de religios.* Denique jus possessionis non esse jus in re, vel inde patet quod amissa possessione locum non habet actio realis adversus quemcumque possessorem, sed remedium personale *unde vi, l. 7. ff. de vi.* Vid Ulr. Huber. *præl. ad Instit. lib. 4. tit. 15. §. 2.* Zach. Hub. *lib. III. diss. 5. cap. 11. §. 17. seq.* HEIN.

Multis modis] Privata nulla sunt naturâ, ait M. Tull. Cicero *lib. 1. de offic. c. 6.* sed aut veteri occupatione ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria ut qui bello potiti sunt,

Nam propriæ telluris herum natura nec illum,
Nec me, nec quemquam statuit.

ut Horatius *lib. 2. sat. 2. v. 129. seq.*

4. Modi adquirendi multi sunt & varii, tum jure gentium tum jure civili, qui tamen ad paucos memoriæ causa commode revocari possunt; & mea quidem sententia qui ex jure gentium sunt commodissime ad duos. Quidquid enim jure gentium nobis adquiritur, id vel facto nostro seu occupatione adquirimus, vel vi & potestate rei nostræ. Occupationis autem species sunt non tantum venatio aucupium piscatio, sed etiam specificatio inventio & apprehensio rerum quæ nullius sunt, quæve dominum habere desierunt, quæ ex hostibus capiuntur, postremo etiam quæ transferuntur voluntate domini: quæ omnia suis locis demonstrabimus. Vis ac potestas rei nostræ duplex est: ut quidquid ex re nostra nascitur nostrum sit, ut quæcumque rei nostræ accedunt rem nostram ejusque conditionem sequantur: quorum alterum generali nomine fœtura appellari potest, alterum accessio. VINN. Sed parum concinna hæc partitio est. Rectius dixeris modos adquirendi vel *originarios esse* vel *derivativos. Originarie* adquiri res quæ in nullius sunt dominio; & quidem *simpliciter*, substantiam rei adquiri per *OCCUPATIONEM*, *secundum quid* quæ rei nostræ accedunt per *ACCESSIONEM. Derivativa* cum dominium ab uno ad alium transfertur, idque unice per *TRADITIONEM.* Ad hos modos reliqui omnes commode referuntur. HEIN.

Quod appellatur jus gentium] Hoc ideo additum, ne quis putet hic intelligi jus naturale quod omnium animantium inter se commune est; sed quod proprium est generis humani, sive ut Gajus *l. 1. de adq. rer. dom.* id

ex-

explicat quod ratione naturali inter omnes homines peræque observatur. Et perpetuum hoc esse scribit Castrens. in *l.* 1. *de pact.* ut jus naturale, cum ad actus refertur qui hominum propii sunt, pro jure gentium seu humano accipiatur. Proprium autem hominis est habere in dominio. Quod autem ait Justinianus hoc jus cum ipso genere humano proditum esse, id de jure gentium primævo recte dicitur, de secundario non item: ex quo tamen sunt nonnulli adquirendi modi de quibus hoc titulo agitur. Respexit fortassis Imperator formas rerum adquirendarum præcipuas, quæ ex illo jure antiquo originem habent. Ceterum & de jure gentium secundario, eoque quod pro certo rerum statu naturale est hæc *late* accipienda seu παρατατικῶς.

TEXTUS.

De occupatione ferarum.

12. *Feræ igitur bestiæ, & volucres & pisces & omnia animalia quæ mari cœlo & 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 utrum in suo fundo quis capiat an in alieno. Plane qui alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia potest à domino, si is præviderit, prohiberi ne ingrediatur. Quidquid autem eorum ceperis eo usque tuum esse intelligitur donec tua custodia coercetur. Cum vero tuam evaserit custodiam & in libertatem naturalem sese receperit tuum esse desinit & rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo ut difficilis sit ejus persequutio.*

LL. 17. & 19. *tit.* 28. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Unde æstimandum utrum 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 quam quamdiu in potestate nostra sunt.*

EX modis rerum jure gentium adquirendarum primus & præcipuus est occupatio, quæ quam late pateat ex iis quæ paulo ante dicta sunt intelligi potest. Hoc loco & quatuor §§. *seqq.* descriptis ex *ll.* 3. & 5. *ff. de adq. rer. dom.* 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 alicujus redactæ sunt, jure gentium statim illius esse incipiunt. Estque hoc genus adquisitionis longe antiquissimum, ipsaque adeo lege creationis concessum, *cap.* 1. *Genes.* & *Psal.* 8. quæ & Stoicorum sententia est, teste Cicerone 1. *offic. cap.* 6. Aristotele 1. *pol.* 4. cum ajunt, omnia quæ in terris gignuntur ad usum hominum naturam creasse.

Feræ] Ferum est quidquid à cicure discretum est; nam feras generali nomine appellamus omnia animalia quibus à natura vis insita est libere 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.

1. Neque excludimus quæ hominum commercio mansuefacta sunt. Nam utrum ferum sit animal an mansuetum ex natura æstimandum est non ex aussuefactione, §. 15. *inf. hoc tit.* Ceterum quæ hoc §. traduntur ad occupationem earum ferarum pertinent dumtaxat quæ vel à nullo adhuc occupatæ sunt vel occupatæ naturalis suæ libertatis iterum factæ sunt compotes.

Cœlo] Cœlum pro aëre, ὑφαιρεῖ εἴρηκε, κατὰ τὸ τῶν ἰδιωτῶν ἔθος, τὸν ὑπὲρ ἡμᾶς ἀέρα μέχρι τῆς χώρας νεφελῶν· (*Cœlum dixit, ex vulgi consuetudine, aërem qui supra nos est usque ad regionem nubium.*) Galen. *comm.* 2. *in* 2. Hipp. *de morb.* atque ita etiam sacri scriptores accipiunt, *Matth. cap.* 6. *v.* 26. ἐμβλέψατε εἰς τὰ πετεινὰ τοῦ οὐρανοῦ (*aspicite volatilia Cœli.*)

Quod ante nullius est] Modò ita affectum sit ut alicujus esse possit; nam res quæ commercio hominum exemtæ sunt ut res divini juris & publicæ, satis constat ad hanc regulam non pertinere, quamvis & ipsæ nullius sint; nec item res hereditarias, quas quamdiu hereditas adita non est inter res nullius numerat Gajus *l.* 1 *de div. rer.* nam hereditas interim pro domino est, *l.* 31. §. 1. *de hered. inst.* 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.*

2. *Nec interest utrum in suo fundo*] Ampli-

plificatio regulæ positæ; nimirum etiam in fundo alieno capta capientium fieri. Cujus amplificationis ratio 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. §. 14. *de adq. poss.* Scio hoc displicere Hotomanno & Wesembecio. Sed profecto si pisces isti aut feræ à nobis non possidentur, quod diserte scribit Paul. *d. loc.* consequens est nec eorum nos dominos esse; cum hæc sit natura omnium ferarum ut dominium earum nec adquiri sine possessione possit nec retineri; quod vel unicus hic §. eos docere debuerat. Concedo tamen spectandam hic esse locorum consuetudinem, ut & in aliis plerisque quæ hujus argumenti sunt. Et nostro sæculo contraria opinio prævaluit, ut & feræ sylvis privatis & pisces stagnis inclusi, ut possideri ita & in dominio esse credantur. Grot. 1. *de jur. bell. & pac.* D. Tulden. *hic cap.* 17. quod Veteres tum demum admittebant si feræ vivariis, pisces piscinis inclusi forent, *d. l.* 3. §. 14.

3. *Potest à domino prohiberi*] Quid si nihilominus ingressus sit & feram ceperit? Vulgo placet adhuc eam occupantis fieri; & recte. Nam id regulæ superiori omnino 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. Christ. *vol.* 5. *dec.* 84. *n.* 17. *& seqq.* Excipit Angel. & post eum Cantiuncula, nisi fructus fundi in venatione, aucupio, & piscatione consistat, *arg. l.* 26. *de usur. l.* 9. §. 5. *de usufr.* Sed enim si illa vere in fructu sunt, ne inscio quidem domino aut ingressum non prohibente capta capientis fient. A communi sententia recedunt Cujac. 4. *obs.* 2. Wesemb. ad Schneid. D. Tuld. *hic cap.* 16. VINN. Quorum opinio *l.* 17. *tit.* 28. *Part.* 3. confirmata est, qua cavetur feras prohibente fundi domino captas, non capienti sed domino adquiri. ADDIT.

4. *Eousque tuum esse intelligitur &c.*] Alia superioris propositionis amplificatio, videlicet eam etiam procedere etsi fera jam ante capta sit ab aliquo, se ea in naturalem libertatem postea se receperit. Nam quod venando per occupationem adquisitum est, id non diutius nostrum manere quam quamdiu in potestate nostra & custodia sit; ubi vero evaserit custodiam nostram & in laxitatem naturalem se receperit desinere nostrum esse, & rursum fieri occupantis, *l.* 3. §. 2. *de adq. rer. dom.* Christin. *d. dec.* 83. *n.* 20. Quod ut singulare notandum est in dominio ferarum; nam aliarum rerum dominium etiam amissa possessione retinetur. Ceterum nequis hic judicii æquitatem desideret, placuit ita demum custodiam prioris domini animal semel captum effugisse & libertatem naturalem recepisse videri, si sic evaserit ut vel oculos domini effugerit; vel sit quidem adhuc in conspectu ejus, sed ita ut sine summa difficultate id persequi non posse videatur, *d. l.* 5. *in pr. l.* 44. *de adq. rer. dom.* Qua in re quod bonus judex arbitrabitur sequendum erit. Glos. Porc. Cantiuncula *hic.*

TEXTUS.

De vulneratione.

13. *Illud quæsitum est, an si fera bestia ita vulnerata sit ut capi possit statim tua esse intelligatur. Et quibusdam placuit statim esse tuam, & eousque tuam videri donec eam persequaris; quod si desieris persequi desinere tuam esse & rursus fieri occupantis. Alii vero putaverunt non aliter tuam esse quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quod multa accidere soleant ut eam non capias.*

L. 22. *tit.* 28. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Non vulneranti sed capienti feram concedit.*
2 *Cur cum fera statim ut capta est nostra fiat, non statim quoque ut elapsa est nostra esse desinat.*

1. 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. Verum hæc sententia ideo displicuit, quia ex superiore regula non vulneranti & persequenti sed occupanti & capienti fera conceditur. Non potest autem dici feram cepisse qui spem tantum capiendi habet, cum multa accidere possint quæ spem istam frustrentur, & ut fera evadat, *l.* 5. §. 1. *de adq. rer. dom.* Πολλὰ μεταξὺ κόλει κύλικος καὶ χείλεος ἄκρου,

(*Mul-*

(*Multa intunt inter Calicem supremaque labra*) ut est 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 Saltuarii mulctari posse. Vinn. Patrio Hisp. Jure fera ab altero excitata, interea dum is eam persequitur capi ab alio prohibetur; quod si illam persequi desierit jam primo occupanti credit, *l.* 16. *tit.* 4. *lib.* 3. *for. legg.* Addit.

2. Cur vero, inquis, cum 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 quam adquiritur. Ad adquisitionem non sufficit rem esse in conspectu nostro, ejusque apprehendendi animum & spem aliquam habete; sed manu occupanda & corporaliter apprehendenda est, *l.* 1. §. 1. *l.* 3. §. 1. *de adq. vel amitt. poss.* At retinendam autem possessionem semel quæsitam solus animus sufficit, *d. l.* 3. §. 11. *l.* 1. §. 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. *de adq. rer. dom. l.* 6. §. *ult. de adq. poss.* Vinn. Jure Hispan. venatio atque piscatio omnibus promiscue permissa est; modus tamen præscriptus, ut certis anni temporibus piscari ac venari non liceat; quædam præterea instrumenta venatoria prohibita sunt, ut ex *tit.* 8. *lib.* 7. *Recopil.* et ex recentoiri Pragmat. lata die 13. Mart. ann. 1769. apparet Addit. Jure Canonico venatione interdictum Clericis, ne hac voluptate capti cultum Divinum deserant, *cap.* 1. & 2. *de Cler. venat.* Sunt qui existimant non posse citra injuriam lege civili aliquos impediri ne feras capiant captasque suas faciant, quoniam jure naturæ quod immutabile est hoc omnibus licet, Tiraq. *de Nobil. cap.* 37. *n.* 144. Menoch. *cons.* 298. *n.* 18. *lib.* 3. & alii relati apud Fachin. *lib.* 1. *contr. c.* 4. Sed verius est posse. Est enim hoc jus ex jure naturæ permittente, non præcipiente ut semper liceat. Jam vero 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 adquirendum vi sua antevertere, D. Grot. 2. *de jur. bell. c.* 2. *n.* 5. & *c.* 3. *n.* 5. Quæ etiam est sententia Covarr. *in relect. cap. peccatum de reg. jur. in* 6. *p.* 2. §. 8, cum ait, feras, volucres, & cetera animalia jure naturæ non esse communia positive & affirmative quia omnium propria sunt, sed negative quia nullius sunt, & jure naturali nulli sunt applicata; ac proinde posse lege humana uni potius quam alteri ex juxta causa concedi. Non obstat igitur quod sæpe 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. Cum 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 qui jus venandi in compensationem curarum & gubernationis Principibus ultro reliquerunt; partim ex ipsorum Principum potestate, quibus visum sit publice expedire ut communi licentiæ frænum injiceretur, tum ne tota tandem species multitudine venatorum vastaretur, tum ne rustici & plebeii homines studio venationis ab agricultura aut opificiis avocarentur, & fortassis ob alias etiam causas quas videre est apud Wesemb. *parat. de adq. rer. dom.* Covarr. *præd. loc.* Fachin. 1. *contr.* 1. Gard. Tusc. *pract. concl. jur. vol.* 8, *litt. V. concl.* 41. Christin. *vol.* 5. *decis.* 84. *n.* 37. & *seqq.* Illud scire operæ pretium est, non adquisitioni animalis capti sed juri venandi derogatum esse. Unde si homo plebejus aut quis alius cui jus venandi non est feram venando ceperit, licet incidat in pœnam legibus constitutam, fera tamen nihilominus illius fit; & quamvis capta jubeatur capienti auferri, id non tam ideo fit quia capientis facta non est, sed quasi ab indigno & pœnæ causa: eadem plane ratione qua laquei, jacula, aliaque id genus instrumenta venatoria hujusmodi hominibus adimuntur. Quod si vero 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 facit. *l.* 131. *de verb. sign.* Huic non absimile est quod de fera in alieno fundo capta diximus eam capientis fieri-

quam-

quamvis in alieno venari invito domino non liceat. Ita Covarr. *d.* §. 8. *n.* 5. *& seq.* Christin. *ubi sup. n.* 17. Gudelin. 2. *de jur. nov. cap.* 2. Zypæ. *notab. jur. Belg. de jur. fisc. & tit. de venat. ferar.*

TEXTUS.

De apibus.

14. *Apum quoque fera natura est. Itaque apes quæ in arbore tua consederint antequam à te alveo includantur non magis tuæ intelliguntur esse quam volucres quæ in arbore tua nidum fecerint; ideoque si alius eas incluserit is earum dominus erit. Favos quoque si quos effecerint eximire quilibet potest. Plane 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.*

L. 22. *tit.* 28. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Omnes apes naturâ feras esse, non eas solas quas rei rusticæ scriptores silvestres appellant.*

QUia de quibusdam animantibus dubitari poterat sitne naturâ fera an mansueta, & maxime de apibus, pavonibus, columbis, gallinis & anseribus: non abs re est quod hoc loco nos Imp. docet, quo numero hæc animantia habenda sint. Ambigi primo 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. cap.* 18. in rusticas sive silvestres, & urbanas. Ulpianus noster *l.* 8. §. 1. *fam. erc.* videri potest hæc animalcula in genere mansuetorum habuisse, cum ex sententia Pomponii respondet apes venire in judicium familiæ erciscundæ, quia in patrimonio nostro sunt; eumque qui eas amovet furtum committere. Paulus vero in eadem re feras à cicuribus manifeste separat *l.* 26. *de furt.*

1. Sed dubitandum non est quin, ut diversa sint apum genera, una tamen omnium sit natura, eaque fera & sylvestris ut hic ex Cajo *l.* 5. §. 2. *de adq. rer. dom.* refert Justinianus. Libere enim omnes feruntur & vagantur, nec raro locum & alveatia mutant etiam quæ aliquamdiu inclusæ fuerunt. Quamobrem licet Plinio videantur mixti esse generis, fortasse quod in iis quid observarit quod naturam animalis mansueti sapiat; tamen in hoc quod tractamus argumento pro feris omnino habendæ sunt. Nec obstat distinctio illa Varronis; nam cum feras à cicuribus non naturâ sed loco separet, feras appellans quæ pascitant in silvestribus cicures quæ in locis cultis habentur, satis apparet cicures eum vocare non quæ natura tales sunt sed cura hominum, cicuresque dixisse pro cicuratis, vel potius pro iis quæ minus feræ sunt & occupatæ facilius mansuefiunt quam silvestres. Ulpianus autem *d. l.* 8. §. 1. *fam. erc.* aperte loquitur de apibus quæ alveariis jam inclusæ ita ussuefactæ sunt ut ubi evolaverint eumdem locum sponte repetant; neque aliis apibus feras opponit Paul. *d. l.* 26. *de furt.* Constat autem animalia quæ ex feris mansuefacta atque ita condocefacta sunt ut ex consuetudine abeant & redeant, cum de occupatione eorum quæritur, quamdiu illam consuetudinem retinent eodem jure quo mansueta haberi. Unde recte argumentatur Quintilianus *declam.* 12. apes quæ ex alveariis nostris mane evolant & vesperi domum sua sponte revolant finemque laboris sui sole metiuntur nostras esse. VINN. Recte dicuntur apes feræ naturæ esse, si bipartita est divisio in bestias *feras* & *mansuetas*. At si easdem dividis in *feras*, *mansuetas*, & *mansuefactas* (uti sæpe unius ejusdemque rei modo bipartita modo tripartita divisio est, de quo vid. cl. Noodt *probab. lib.* 1. *cap.* 12.) tum apes non sunt feræ naturæ quæ alveariis inclusæ evolant & revolant. Et ita intelligendus videtur Ulpianus in *l.* 8. §. 1. *fam. ercisc.* Manifestum autem inter animalia *fera* & *mansuefacta* discrimen est. Illa sunt nullius & hinc fiunt occupantis; hæc sunt in dominio & intercepta furtiva fiunt, quamdiu animum redeundi non deposuerunt, *l.* 5. §. 6. *& l.* 45. *ff. de adq. rer. dom.* Hinc facile patet cur §. 16. *infr. hoc. tit.* negetur anserum & gallinarum feram naturam esse cum tamen dentur & anseres gallinæque feræ naturæ. HEIN.

Antequam á te alveo includantur] Nam 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.* 5. §. 16. *de adq. poss.* Alveus autem est χειροποίητος (*manufactus*), puta ex-

ex vimine aut inani cortice; favum 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 apum in arbore tua concessio facit ut aut ipsæ aut nova earum soboles tua efficiatur; sed ex regula superiore primo occupanti aut includenti cedunt. Quæ apum, eadem & favorum ratio est, si quos forte in arbore tua fecerint antequam à te alveis includerentur, *d. l.* 26. *de 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 injuriarum, ut non multo ante didicimus ex *l.* 13. §. *ult. de injur.*

Examen] Non solum vetus, sed & novum apum recens natarum quæ ex alveariis ad novas sedes quærendas à parentibus extrusæ sunt; nam si parentum fera natura est necesse est & feram naturam esse prolis.

Textus.

De pavonibus & columbis & ceteris animalibus mansuefactis.

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 quidam ita mansuetos habent ut in silvam ire & redire soleant, quorum & ipsorum feram esse naturam nemo negat. In iis 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 cum revertendi consuetudinem deseruerint.*

L. 23. *tit.* 28. *Part.* 3.

Commentarius.

1 *Pavones & columbas pro feris haberi, etsi non omnes æque feram naturam habeant.*

SEcundo eadem dubitandi ratio esse poterat de pavonibus & columbis saltem quoad quædam genera. Nam pavones quod attinet, distinguunt rei rusticæ Scriptores pavones agrestes qui insulas & nemorosa loca captant ab iis qui in prædiis gregatim pascuntur. Varro *lib.* 3. de *re rust.* & Columel. *lib.* 8. *c.* 11. Idem Varro *d. lib. cap.* 7. duo item esse genera columbarum tradit, unum agreste quod habetur in turribus & columinibus villæ unde & columbæ appellatæ sint, alterum clementius quod cibo domestico contentum intra limina januæ pasci solet. Porro ex domesticarum & agrestium conjunctione nasci & miscellum tertium genus.

1. Sed idem hic responderi potest quod de apibus, esse quædam genera pavonum itemque columbarum quæ natura minus feræ sunt minusque ab hominum consuetudine abhorrent; pro feris tamen omnes haberi, quia facile avolant & cum agrestibus esse conjungunt. Certe Gajus *l.* 4. §. 5. *de adq. rer. dom.* & Justinianus hic simpliciter hasce aves earum numero adscribunt quæ sunt generis feri; quod & D. Grot. facit *lib.* 2. *man. cap.* 4. Meminit quidem & pavonis mansueti Pompon. *l.* 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 aliquando abeant & sponte sua redeant domum. Exemplum cervi ita instituti à Tyrrhei liberis & præsertim Silvia filia habemus apud Virgilium *lib.* 7. *Æneid.* & alterum cervæ Sertorianæ apud Plutarch. *in Sertor.* Fatendum tamen est pavonibus & columbis hoc propemodum naturale esse, & placidis in eo similiores quam feris.

In iis autem animalibus] Natura videlicet feris, sed ἡμεροθεῖσι, καὶ εἰς τὸ πρᾶον ἐκ τοῦ θηριώδους μεταβαλλομένοις (*mansuefactis*, & *ex feritate in lenitatem traductis*) de quibus hic sermo est; nam in placidis quæ hominum consuetudine naturâ gaudent obtinet quod ex Gajo traditur §. *seq.*

Cum revertendi consuetudinem deseruerint] Quod ex circumstantiis judex æstimabit. Neque enim placet eorum sententia qui desuetudinem revertendi ex una & altera intermissione metiuntur, quamvis id plerique faciant teste D. Wesemb. *hic.* Enimvero si quis verb. gr. columbas quæ ex columbariis nostris avolant & revolant vetitis rationibus averterit ita ut animum revertendi abjiciant, dubium non est quin in factum actione te-

neatur, & captarum nomine etiam furti, *l.* 8. §. 1. *fam. erc.*

TEXTUS.

De gallinis & anseribus.

16. *Gallinarum autem & anserum non est fera natura, idque ex eo possumus intelligere quod aliæ sunt gallinæ quas feras vocamus, item alii sunt anseres quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui aut gallinæ tuæ aliquo modo turbati turbatæve evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint tui tuæve esse intelliguntur; & qui lucrandi animo ea animalia detinet furtum committere intelligitur.*

L. 24. *tit.* 28. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Etiam ob gallinam vel anserem surreptum dari actionem furti.*

POstremo dubitatum de gallinis & anseribus; & harum avium naturam initio feram esse negat Justinianus, quod & Gajus facit *l.* 4. §. 6. *de adq. rer. dom.* mox tamen & ille & hic earum duo genera faciunt, quorum alterum naturâ sit ferum & agreste, alterum mansuetum & placidum; eamque naturarum differentiam in omni fere genere animalium animadverti posse testatur Plinius *lib.* 8. *cap.* 53. De generibus anserum & gallinarum & natura cujusque scripsere idem Plin. *lib.* 10. *cap.* 21. Varr. *lib.* 3. *de re rust. cap.* 9. Columel. *l.* 8. *cap.* 2. Pallad. *lib.* 1. *cap.* 30.

Quocumque loco sint, 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 quocumque modo hoc acciderit; neque enim in his occupationi locus est. Quapropter etsi lupus ovem meam exempli causa rapuerit, ea mea esse non desinit quamdiu recipi potest; & si forte eam alius lupum canibus suis persecutus eripuerit suam non faciet, sed reposcenti mihi restituenda est, *l.* 44. *de adq. rer. dom.* Tres igitur regulæ pro triplici animalium differentia ex his quæ hactenus diximus observentur. I. Feras quarum libertas vel numquam ademta est, vel quæ captæ in eam se receperunt occupantis fieri. II. Animalia mansueta quocumque loco sint nostra manere, neque occupatione cuiquam adquiri posse. III. Mansuefacta ita ut abire & redire soleant, quamdiu eam consuetudinem retinent jure mansuetorum censeri; deposito revertendi animo, ut ceteras feras secundum regulam concedi occupanti.

1. *Furtum committere intelligitur*] *L.* 5. §. 6. *d. l.* 24. *de adq. rer. dom.* quod & in mansuefactis obtinet si quis ea animalia cum ex consuetudine abire & redire solitæ essent interceperit, *l.* 8. §. 1. *fam. erc. l.* 37. *de furt.* Atque his omnibus locis traditum est etiam actionem furti eo 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. cum* 2. *ll. seqq. de dol.* Siquidem actio de dolo, præterquam quod æque ac furti famosa est, remedium est extraordinarium, atque in subsidium dumtaxat si alia actio non sit & res alicujus momenti esse videatur comparatum, *l.* 1. §. 4. *de dol.* VINN. Conferri tamen hic merentur quæ de furto rei minimæ eleganter disserit illustr. Bynkersh. *observat. lib.* 1. *cap.* 3. HEIN.

TEXTUS.

De occupatione in bello.

17. *Item ea quæ ex hostibus capimus jure gentium statim nostra fiunt, adeo quidem ut & liberi homines in servitutem nostram dedacantur; qui tamen si evaserint nostram potestatem & ad suos reversi fuerint pristinum statum recipiunt.*

L. 20. *tit.* 28. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Res hostium Veteribus eodem loco fuisse quo res nullius; & ideo 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 *Se moventia & mobilia quæ in ministerio publico capiuntur & ipsa fieri populi; alias eorum qui manu capiunt; & quid hodie.*

QUod hìc & apud Gajum *l.* 5. §. *ult. eod.* traditur ea quæ ex hostibus capimus jure gentium statim nostra fieri, difficultate non caret. Nam alibi legimus agrum ex hostibus captum publicari, *l.* 20. §. 1. *de capt.*

capt. & postlim. bona captivorum in fiscum cogenda, *l.* 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. Jul. pec.* in corpore canonum, distribui prædam publico arbitrio, *c. dicat aliquis c.* XXIII. *q.* 5. Apud alios, manubias, id est pecuniam ex venditione prædæ redactam, per quæstores inferri in ærarium. Gell. *lib.* 13. *c.* 23. Vellej. *lib.* 2. Cic. 3. *epist.* 7. Quæ omnia arguunt ipsi populo, non singulis qui capiunt res hostium adquiri. Et de agro ex hostibus capto omnes consentiunt eum fieri publicum sive populi. Sed quod atti net ad res mobiles & se moventes plerique pu tant has primò ac jure ipso fieri singulorum qui manu capiunt, ceterum Duci assignandas qui inter milites distribuat, Bart. *in l.* 28. *de capt.* Alex. & Jas. *in l.* 1. *de adq. poss.* Covar. *in cap. peccatum p.* 1. §. 2. *n.* 6. *de reg. jur. in* 6. Alii censent hæc simpliciter adquiri singulis capientibus. Vacon. à Vacun. *lib.* 22. *cap.* 25. Cujac. 19. *obs.* 7. Merenda, simpliciter populo aut Principi cui bellum geritur, *lib.* 2. *contr.* 22. Sed nulla harum sententiarum probanda. Potuit sane consensu gentium utrumvis constitui, ut aut capta populo bellum gerenti, aut cuivis qui manu caperet in dominium cederent; sed quid voluerint quærimus.

1. Id vero nos docet Paulus ex Nerva filio, *l.* 1. §. 1. *de adq. poss.* nimirum jure gentium res hostium hostibus esse non alio loco quam quo 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 sint sive mobilia, semper fiunt capientium; & tam eorum qui per alios quam qui per se capiunt. Neque enim servi tantum aut filiifam. sed & liberi homines qui venando aucupando piscando margaritas legendo operam suam addixerunt statim ejus quod ceperunt possessionem & dominium aliis adquirunt, iis scilicet quibus operam navant: quippe quæ naturaliter adquiruntur non modo per nosmetipsos sed etiam per quemlibet alium cujus ministerio utimur adquirere possumus; locumque hic habet quod dicitur nihil interesse utrum per se quis faciat an per alium, *l.* 53. de *adq. rer. dom. l.* 1. §. 20. *l.* 3. §. 1. *de adq. poss.* Sic apud Græcos qui in Olympiis certabant præmia adquirebant iis à quibus mittebantur. Igitur res expedienda est cum D. Grotio 3. *de jur. bell.* 6. *n.* 10. & D. Tuld. *in comm. hic cap.* 29. distinctione facta inter actus vere publicos belli, & inter actus privatos qui fiunt occasione belli publici; ut dicamus per illos actus res adquiri populo, per hos primo ac directe privatis.

2. Res soli nisi publico actu, inducto exercitu, impositis præsidiis capi non solent; & ideo, ut Pomponius respondit, publicatur, sive publicus fit populi ager qui ex hostibus captus sit, *l.* 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 porro Brisson. 4. *select. ant.* 1. Pet. Fabr. 2. *sem.* 3. & 4. Connan. 3. *com.* 5.

3. Mobilia vero & se moventia aut in ministerio publico 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 late Grot. *ubi sup. n.* 15. Posteriore autem casu fiunt singulorum capientium: quia quod extra actum publicum capiunt non intelliguntur capere ut ministri. Atque huc referendum est illud Celsi *l.* 51. §. 1. *de adq. rer. dom. Quæ res hostiles apud nos sunt, non publicæ sed occupantium fiunt.* Quæ apud nos sunt, hoc est bello exacto apud nos deprehenduntur. Nam idem & in hominibus observabatur. Quam in rem insignis est locus Triphonini *l.* 12. *pr. de capt. Verum in pace*, inquit, *qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito 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 servitutem deveniunt; nam fato hujusmodi adscribere translatitium est. Tale illud Nævii: *Fato fiunt Romæ Metelli consules* Hinc etiam est, quod si quid milites capiunt non in procinctu aut in eo quod facere jubentur, sed in eo quod promiscuo jure aut solo permissu faciunt, id sibi statim adquirunt; capiunt enim non ut ministri. Talia sunt spolia quæ detrahuntur hosti in dimicatione singulari,

Talia quoque quæ procul ab exercitu in liberis & injussis excursibus capiunt. Nunc vero passim usurpatur ut in direptionibus oppidorum & prœliis suum quisque facit quod cepit; in excursibus vero capta omnia fiant eorum qui in comitatu sunt, inter ipsos pro dignitatis ratione partienda. VINN. Magnum hìc discrimen inter militiam lectam & mercenariam, itemque eam quæ stipendia meretur & quæ suo sumtu militat spe prædæ. Sed de his alii. Id quæritur, an occupatio bellica vere sit modus adquirendi? Sane enim quod meum fit ab alio non potest sine injuria eripi; cum tamen hosti semper jus sit rem suam à me occupatam recuperandi. Dicendum itaque videtur occupationem bellicam modum adquirendi esse ratione tertii, non ratione ipsius hostis nisi accesserit hujus renuntiatio in conditionibus pacis. HEIN.

Ut liberi homines in servitutem] Hoc etiamnum in Lusitania aliisque locis Turcarum imperio vicinis observatur. Ceterum Christianarum pene omnium gentium velut mutuo consensu comparatum est ut capti etiam in bello justissimo libertatem retineant, eosque tamdiu dumtaxat retinere liceat donec pretium redemtionis exsolverint: quod *lib. 1. hujus Commentarii sub tit. 3. §. 3. n. 4.* memini me fusius explicasse.

Pristinum statum recipiunt] Igitur & ingenuitatem, quamvis apud hostes manumissi sint; nam ratio postliminii efficit ut hìc quoque locum habeat quod sæpissime constitutum est, natalibus non officere manumissionem, §. *ult. Inst. sup. de ingen.*

TEXTUS.

De occupatione eorum quæ in litore inveniuntur.

18. *Item lapilli & gemmæ & cetera quæ in litore maris inveniuntur jure naturali statim inventoris fiunt.*

L. 5. tit. 28. Part. 3.

COMMENTARIUS.

ADquisitionis naturalis & quidem occupationis species est & inventio. Ea pro duplici objecto distingui potest in duo genera. Nam aut earum rerum est quæ numquam ullius fuerunt, aut earum quæ desierunt habere dominium quales sunt thesaurus & res pro derelicto habitæ. De priore genere hìc agitur, de altero in §. 39. & §. *pen. Inst. inf. hoc tit.*

Lapilli & gemmæ] Margaritæ conchylia corallia ceteraque quæ in mari aut litore maris nata nec ab alio ante occupata inveniuntur, *l. 3. de div. rer. l. 1. §. 1. de adq. poss.* Quod autem à mari productum non est sed à navigantibus in tempestate ejectum, vel quod naufragio fluctibus in litus expulsum est, eorum permanet qui ejecerunt vel naufragium fecerunt, §. *ult. Inst. inf. eod.* Inter lapillos & gemmas hoc interesse ex Servio Ulpianus refert *l. 19. §. 17. de aur. arg. leg.* quod gemmæ proprie dicantur lapides pretiosi qui natura perlucidi sunt, lapilli qui sunt contrariæ naturæ: quod discrimen etsi non usquequaque ab aliis Scriptoribus observetur, nulla tamen ratio est cur ob id Jurisconsultos reprehendat Valla. Vid. Alciat. *lib. 4. de verb. sign.* VINN. Nimirum gemmas lapillosque varie discernunt Veteres. Modo *gemmæ* ipsis sunt uniones, *lapilli* alii lapides pretiosi. Broukhus. ad Tibull. *lib. 1. eleg. 9.* modo gemmæ vocantur lapides pretiosi, lapilli minus pretiosi. Apul. *in Florid. p. 346.* modo gemmæ & lapilli accipiuntur promiscue. Brod. Miscell. *lib. 10. cap. 17.* Sed hìc non quæritur quid alias significent hæc vocabula, sed quomodo interpretanda sint in materia de legatis. Hìc JCtis aliquid permittendum fuit. Vid. omnino vir. cl. Carol. And. Dukerus de *Latin. JCt. p. 299. seq.* HEIN.

Statim inventoris fiunt] Inventio species est, ut diximus, occupationis. Non igitur ut quisque hæc videre cœperit & notare oculis, ita statim ejus fiunt, 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. de adq. poss.* Connan. 3. *comm. cap. 3.* Grot. *mar. lib. cap. 2.* Ceterum si quis non in totum præoccupaverit sed inventorem jam apprehensioni operam dantem adjuverit, judicatum fuit inventorem esse præferendum, Horat. Rovat. *decis. Lucens. 23.* D. Tulden. *hic cap. 13.* Harum autem rerum dominium semel inventori quæsitum etiam amissa possessione retinetur, ut juris est in rebus omnibus quæ dominio nostro subjectæ sunt, exceptis feris bestiis, quæ ubi custodiam nostram evaserint unà cum possessione dominium nobis auferunt, quasi jure quodam postliminii in pristinam libertatem reversæ.

TEX-

Textus.

De fœtu animalium.

19. *Item ea quæ ex animalibus dominio tuo subjectis nata sunt eodem jure tibi adquiruntur.*

L.25. tit.28. Part.3.

Commentarius.

QUæcumque jure gentium adquiruntur, ea diximus in summa nobis adquiri duabus rationibus: facto & occupatione nostra: rei nostræ potestate ac beneficio. Rei nostræ hæc vis est ut duo nobis tribuat: fœturam, hoc est, quidquid ex ea nascitur aut provenit; & accessionem, sive quidquid ei accedit ita ut unitum ab ea trahatur: quæ distinctio docendi causa à nobis retinebitur. DD. vulgo utramque illam rei nostræ vim uno accessionis nomine comprehendunt, cujus deinde duo genera faciunt: discretam, puta fœtus animantium; & continuam, veluti alluvionem. Nonnulli, inter quos Cantiuncula & Bachovius, etiam ea quæ rebus nostris accedunt aut ex iis nascuntur genere quoddam occupationis nobis quari volunt, non equidem veræ sed fictæ & commentitiæ, quasi illa quodammodo á re nostra & per eam à nobis occupentur. Sed nihil opus est commentis ubi sine illis res æque intelligi potest. Mitto quod hæ res etiam ignorantibus nobis adquiruntur, atque adeo invitis. Præsens hic §. ad fœturam pertinet, sequentes aliquot ad accessionem.

Ex animalibus nostris] *L. 2. l. 6. de adq. rer. dom.* item partus editi ab ancillis nostris, §. *pen. Inst. sup. de jur. pers.* In summa quidquid res nostra ex se edit, sive ea mobilis sit sive soli, id nobis hoc jure adquiritur; quamvis de solo fœtu animalium hic sermo. Et placet hæc statim ipso ortu nobis adquiri etiam ignorantibus, & tantum non invitis: nimirum vi & potestate rei nostræ sicut diximus. Plane autem eadem ratione fœtus animalium nostrorum nostri fiunt, qua nostra fiunt quæ in solo nostro nata sunt: nimirum ut solum ipsum hæc nostra facit, non satio ulla aut plantatio undecumque profecta, *l. 25. ff. 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 sato, *l. 5. §. 2. ff. de rei vind. l. 7. C. eod.* Atque ut fructus à solo nostro separati ideo nostri sunt & manent quia cum 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 quod femina in alendo fœtu omnia confert de suo, quæ & ipsa interim à domino alenda sit. Etsi igitur doctiss. Grot. *2. de jur. bell. cap. 8. n. 18.* juri naturæ magis convenire putat ut fœtus communicetur cum domino maris si is non ignoretur: ego tamen in Veterum sententiam concedo ob rationes quas jam memoravi. Vinn. Genuina hujus juris ratio fuit quod JCti. secuti Stoicos fœtum dicerent non animal sed partem viscerum. Merill. *observ. lib. 1. cap. 16.* Quod principium, quamvis hodie deseramus, vel ideo tamen non sequimur sententiam Grotii quod fœtus nullo modo concipi potest tamquam pars patris. Cons. Pufendorff. *lib. 4. de J. N. cap. 7. §. 4.* Hein.

Textus.

De alluvione.

20. *Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit jure gentium tibi adquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici quod ita paulatim adjicitur ut intelligi non possit quantum quoque temporis momento adjiciatur.*

L. 26. tit. 28. Part. 3.

Commentarius.

1 *Juri alluvionis locum esse in agris arcifiniis, non in agris limitatis aut certa mensura comprehensis.*

POtestate rei nostræ etiam ea jure gentium adquirimus quæ rebus nostris ita accedunt ut iis cohæreant atque ab iis trahantur; unde hoc genus adquisitionis accessio appellatur. Accessio hæc contingit vel facto & opera hominis, de quo genere *inf. §. 26. hoc tit.* & multis *seqq.* vel citra eam naturali operatione & beneficio fluminis. Atque hoc modo quatuor rerum genera nobis adquiruntur: quæ 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 relic-

lictus ; quæ & totidem §§. ordine explicantur ex Gajo *l.* 7. §. 1. *& seqq. ff. de adq. rer. dom.* & primum quidem genus in textu proposito. In Cod. etiam tit. est *de alluvionib.*

1. *Agro tuo*] Arcifinio scilicet, qui non alium finem ea parte habet quam naturalem, id est ipsum flumen ; nam agros limitatos alluvionem non habere diserte traditum est *l.* 16. *de adq. rer. dom. & fac. l.* 1. § 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, quod extra hosce fines esset id publicum manere ; sive quod accrevisset postea, id populo accrescere. Vid. Don. 4. *comment.* 27. Giphan. ad *d. l.* 16. Connan. 3. *comm.* 5. qui hunc locum præ ceteris 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, cum possessores eorum ultra assignatum modum nihil possidere possint. Connan. *d. loc.* Grot. 2. *de jur. bell. cap.* 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 sæpe mutent, ita & sola alluvionem admittunt. Lacus autem & stagna licet interdum crescant & decrescant, tamen quia terminos suos retinent alluvionem naturâ non recipiunt, *l.* 12. *de adq. rer. dom.*

Incrementum latens] Alluvionem dicit esse incrementum latens, cum quid ita paulatim & obscure prædio nostro adjicitur, ut sensu percipi non possit quantum quoque temporis momento alterius prædio detrahatur & adjiciatur nostro, αὐξησιν ἀισθητον (*augmentum sensu non perceptibile*). Ex quo crescit hujus adquisitionis æquitas; nimirum quod quæ alluvione accedunt ita lente & obscure detrahantur, ut intelligi non possit, si forte de his restituendis quæratur, quorum prius fuerint aut quibus detracta. De alluvionibus ex professo scripserunt Bart. *part.* 1. *tractat. Tyberiad.* & Baptista Aymus tribus libris.

TEXTUS.

De vi fluminis.

21. *Quod si vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit & vicini prædio attulerit palam est eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo vicini tui hæserit, arboresque quas secum traxit in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitæ esse.*

L. 26. tit. 28. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1 *In calce hujus* §. *pro* videntur adquisitæ *&c. omnino legendum esse numero singulari*, videtur adquisita *&c.*

2 *An postquam pars detracta coaluit adhuc priori domino supersit actio ad pretium consequendum.*

PRoponitur hic altera accessionis species quæ á 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 adquiritur, ut adquiruntur quæ latenter flumen adjicit per alluvionem ; sed quamdiu nondum coaluit & unitatem cum terra mea fecit, manet ejus cujus ante fuit: quia manet eadem species seu idem individuum ut loquuntur ; aut, ut clarius loquar & nostro more, quia cum nondum coaluit partem prædii mei non facit ut ei cedere debeat. Ubi vero coaluit & tamquam trabali clavo agro meo affixa est, jam ut pars fundo meo cedat necesse est, & mihi jure accessionis adquiritur. Hujus igitur adquisitionis flumen ex parte tantum causa est, & remotior ; proxima & potissima coalitio.

1. *Videntur vicini fundo adquisitæ*] Locus mendosus est & restituendus ex π^. Florentinis, in quibus legitur numero singulari, *videtur vicini fundo adquisita*, *l.* 7. §. 2. *de adq. rer. dom.* quam lectionem flagitat ipse contextus; cum si numero plurativo legas mutetur subjectum quæstionis. Non enim de arboribus cum parte fundi avulsis & translatis quæsitum fuit, sed de parte avulsa dumtaxat & prædio alieno adjecta ; cumque hac avulsione Justinianus & Gajus initio negent partem illam statim amitti aut adquiri, quis non videt quod mox subjiciunt de adquisitione ubi pars detracta cum prædio cui adjecta est coaluit, de partis ipsius, non de arborum, si quæ forte simul avulsæ & translatæ fuerint (quam-

quam-

quam & ipsæ jus partis adjectæ sequuntur) adquisitione 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 vero coalitionem hanc non mutare causam dominii? quorum alterum manifeste falsum est, alterum falsum esse ex Alfeno nos docet Ulp. *l. 9. §. 2. de damn. inf.* Quæ mirum est Cujacium, Hotomannum, Pacium aliosque qui hunc locum πληθυντικῶς, (*in plurali numero*) ut vulgo legitur, legendum etiam contendunt, non considerasse. Igitur ut rem in pauca conferam, portio fundi ita uti diximus detracta & nostro fundo adjecta, si tamdiu fundo nostro adhæserit ut coaluerit cum eo, &, quod argumentum est coalitionis evidentissimum, si arbores quas forte secum traxit in fundum nostrum radices egerint: ex eo tempore nobis quæsita intelligitur.

2. Alia quæstio est, an post coalitionem adhuc aliqua actio supersit priori domino saltem pretii consequendi gratia; cum iniquum videatur quemquam locupletari cum alterius damno, quod sine culpa ejus 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 contrarium tamen dici potest partem abreptam non statim ut abrepta est & in fundum meum, licet munere quodam fortunæ, appulsa meam fieri; sed post longum demum tempus, postquam tamdiu hæserit ut jam cum terra mea unita sit; ac proinde ut prior possessor causetur violentiam amnis, objici tamen ei posse quod partem avulsam, cum 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. 28. de verb. sign.* Ita ferme & D. Tulden. *hic cap. 24.* Plane qui facto alieno rem suam hoc jure inviti amiserunt, iis succurri solet vel utili actione in rem, *l. 5. §. 3. de rei vind. l. 9. §. 2. de adq. rer. dom.* vel, quæ actioni in rem subsidiaria est, actione in factum, *l. 23. §. 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.

De insula.

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 partem fluminis tenet, communis est eorum qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædii quæ prope ripam sit. Quod si alteri proximior sit parti, eorum est tantum qui ab ea parte prope ripam prædia possident. Quod si qua parte divisum sit flumen, deinde infrà unitum agrum alicujus in formam insulæ redegerit, ejusdem permanet is ager cujus & fuerat.*

LL. 27. 28. & 29. tit. 28. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1 *Cur raro 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 tantum proprietate, sed etiam usu.*
5 *Pro qua parte cuique vicinorum adquiratur.*
6 *Non occupationis sed accessionis jure adquisitionem defendi.*

TErtium rerum genus quod jure accessionis adquirimus est insula in flumine nata vado cohæiens: de qua specie adquisitionis ex professo tractatur hoc §. Adspergitur initio aliquid de adquisitione insulæ in mari natæ, uti & apud Gajum *l. 7. §. 3. de adq. rer. dom.* unde hic locus sumtus est, sed per occasionem dumtaxat; nec huc pertinet, sed ad primum genus adquisitionis juris gentium, occupationem.

1. *Quod raro accidit*] Partim, ut credibile est, propter nimiam maris altitudinem, partim propter perpetuam æstuum reciprocationem; unde fit ut nec locus alvei marini facile siccus relinquatur, nec pars alvei extra mare attolli possit. Nam si quid accessu attollatur, id recessu iterum dejicitur & complanatur; efficitque jugis ista reciprocatio ut eamdem faciem fundus maris semper retineat. Terræ tamen motu interdum insulas in mari repente emergere testatur Plinius, veluti paria secum faciente natura, quæque hauserit hiatus

tus alio loco reddente ; interdum eodem motu recedente mari novas terras in continente nasci , cum idem ille spiritus attollendo potens solo non valet erumpere , *lib.* 2. *nat. hist. cap.* 85. *& seqq.* Grot. *flor. spar. &c.* Fabrot. *ad Theoph.*

2. *Quod frequenter accidit*] Plinius *d. cap.* 85. scribit fluminum invectu id fieri : nimirum quia flumina fere limosa sunt & multis plerumque locis vadosa , sæpe accidit ut limus quem secum trahunt & alia limo illita vado hærescant & adglutinentur ; quibus paulatim auctis locus ille alvei tandem supra flumen eminere incipiat. Livius *lib.* 2. *cap.* 5. refert, cum Romani mediis caloribus campi Martii segetem messi maturam & 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.* 30. §. 2. *de adq. rer. dom.* cum scribit insulam in flumine fieri tribus modis : uno , cum agrum qui alvei non fuit amnis circumfluit : altero , cum locum aliquem qui alvei esset siccum relinquit & circumfluere cœpit : tertio , cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit eumque alluendo auxit. Adhæc aliquando evenit quod Paulus notat *l. pen.* §. 2. *d. tit.* ut ex virgultis aliave qualibet levi materia in superficie fluminis concrescente insula existat , quæ ita sustineatur in flumine ut solum ejus non tangat.

Si quidem mediam partem &c.] Tria fere sunt quæ de adquisitione insulæ in flumine nascentis quæri possunt : cui , quatenus , & quo jure seu qua juris ratione adquiratur. Ceterum sciendum est non de omni insula quæ in flumine nata aut à flumine facta sit hæc quæri , sed de ea dumtaxat quæ nata aut facta sit in alveo aut ex alveo fluminis. Nam primo causam proprietatis non mutat is ager qui cum alvei non esset , ab amne circumfluo, ποταμῷ κύκλῳ περιῤῥέοντος (*circumdante ipsum flumine*) in formam insulæ redactus est , *l.* 7. §. 4. *d. l.* 30. §. 2. *de adq. rer. dom. & hoc* §. *in fin.* Deinde quæ in flumine nata est forte ex virgultis aliave materia quam temere flumina ferunt ita ut alveo non cohæreat, ea publica est , & ejusdem fere juris cujus est ipsum flumen , *d. l. pen.* §. 2. *d. tit.* In Artesia non procul à fano S. Audomari lacus est in quo insulæ aliquot fluitantes funiculo arboribus alligato aut contis , quo libeat impelluntur , attrahunturque , in quibus etiam boves aliæque pecudes pasci possunt. Quales & in Lydia , quas Calaminas vocabant , fuisse Plin. *lib.* 1. *cap.* 95. *nat. hist.* memorat.

3. De sola igitur ea insula quæ alveo fluminis cohæret , sive lenta colluvione in eo enata sit , sive circumluvione partis quæ alvei esset facta , quæritur primum cui ea jure gentium adquiratur. Et ait Justinianus hic post Gajum *d. l.* 7. §. 3. *eod.* eam fieri privatam eorum qui prope flumen in quo nata est prædia possident ; quod & Pompon. affirmat *d. l.* 20. §. 2. *de adq. rer. dom.* & Ulp. *l.* 1. §. 6. *de flum.* satisque intelligitur ex iis quæ disputantur à Paulo *l.* 29. & Proculo , *l.* 56. *eod.* 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 , puta arbores plantæ segetes, aut ædificatur publicum fiat (de ædificio in publico posito id testatur Ulp. *l.* 2. §. 17. *ne quid in loc. publ.* nam ideo solarium 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 ferme modo legi & in veteribus nonnullis exemplaribus ; atque ut hac auctoritate destituamur , non aliam lectionem admittit ratio juris , à qua toto cœlo aberrat Cujac. *d. loc.* eumque secutus Pac. *cent.* 6. *quæst.* 93. quamquam 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 Tiberi , eo alvei loco quo Romam interfluit. Sed argumentatio Labeonis hujusmodi restrictionem non videtur pati. Plane in agris limitatis huic adquisitioni locus non est , quia nec alluvioni ; sed occupantis insula fit , *l.* 1. §. 6. *de flum.* Videamus nunc insula in flumine nata quatenus vicinis possessoribus adquiratur. Et de eo duplex quæstio est : una , utrum proprietate dumtaxat an vero etiam usu : altera , pro

qua

qua parte cuique vicinorum adquiratur quæ pluribus communiter adquiritur.

4. Ad primam quod attinet sic omnino habendum, insulam in flumine publico natam, si vicina prædia alluvionis jus habent, non proprietate tantum verum usu etiam dominis vicinorum prædiorum adquiri; 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. l.* 1. §. 6. *de flum.* Et vero si usum insularum publicum esse volumus inutilis prorsus futura est earum proprietas, *d. l. pen.* §. 1. *de adq. rer. dom.* Neque quisquam est Veterum cui aliud in mentem venerit. Nam quod Paulus Labeonem reprehendit quod scripserit in insula fluminis quæ propria nostra est nihil esse publici, id non videtur satis bona fide facere; ut & alibi nonnumquam, *l. ult. de leg. Rhod. l. ult. de usuc. l. pen. de furt.* Pet. Fab. *ad. l.* 145. *de reg. jur.* Neque enim Labeo ignoravit partes insulæ extremas quæ vicem riparum circumcirca obtinent usu publicas esse, ut juris est in continente; sed de insula respondit non considerata insulæ ora extrema. Quid quod Paulus hac ipsa reprehensione tacite fatetur verum esse quod Labeo dixerat, cum crepidinem dumtaxat excipit, cujus usum ut riparum publicum esse dicit: videlicet ut naves eo appellere, retia ibi sicare, funes arboribus ibi natis religare, aliaque id genus facere sicut in ora continentis cuique liceat, quod Labeo non negaverat.

5. Alterum quod hic quæritur est, pro qua parte insula vicinorum fiat. Et siquidem in medio fluminis alveo enata sit communis fit eorum qui prope utramque ripam possident; sin cis aut ultra medium amnem, siquidem contra frontem unius prædii cui propior est, tota adquiritur hujus prædii domino; sin ita ut fronti plurium agrorum sit opposita, communis fit omnium qui secundum eam ripam in quantum insula porrigitur habent, *hoc* §. & *d. l.* 7. §. 3. *de adq. rer. dom.* Communem autem fieri insulam cum dicimus, non intelligimus eam communem fieri pro indiviso, uti solemus cum proprie 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 appa-

rebit, *l.* 29. *de adq. rer. dom.* Et quia frontem, non interiorem latitudinem hic spectari placet, recte respondit Pompon. *d. l.* 30. *pr. eod.* si interiorem partem fundi ad cujus frontem insula quæ accrevit non respicit vendidero, nihil ex ea insula pertinere ad emtorem: nimirum quia nec ab initio quidquam ejus futurum fuerat, si jam tum cum insula nasceretur partis venditæ dominus fuisset. Enim vero quod insulæ meæ postea accedit, id incrementum etiam si faciem insulæ mutet meum tamen est, quia rei meæ accedit; ut ecce: insula contra frontem agri mei enata est cujus latitudo non excedit regionem prædii mei: postea alluvione paulatim aucta processit contra frontem superioris & inferioris vicini, vel etiam propior esse cœpit adversæ ripæ: quod alluvione postea accessit id meum est, & ita Proculus respondit, *l.* 56. *de tit.* Similem rationem habent quæ Paulus disputat, *l. pen.* §. *pen. eod.* & idem Proculus *d. l.* 56. §. 1.

6. Hoc igitur constituto insulam in flumine natam dominis vicinorum prædiorum adquiri, restat ut videamus qua juris ratione iis adquiratur. 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 litus prædia possident; & in flumine natam etiam eorum fore qui ad ripam possident agros limitatos, quod utrumque falsum esse constat. Ego non aliam hujus adquisitionis rationem esse arbitror quam quod insula alvei pars sit, alveus pars censeatur vicinorum prædiorum; ac proinde ut alveus totus, nudatus vicinis adquiritur, ita & partem ejus nudatam, id est insulam in eo natam iisdem adquiri, jure scilicet accessionis. Et insulam quidem partem alvei esse constat. At absonum videri potest quod alveum partem esse dicimus vicinorum prædiorum, cum alveus publicus sit eodem jure quo ipsum flumen, *l.* 2. §. 7. *de flum.* §. *seq. inf. hoc tit.* ut contra potius dicendum videatur insulam quoque quæ alvei pars est publicam fieri oportere. Sed sciendum 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 re-

licto, an de insula in alveo nata: quippe sufficere ea parte qua insula extitit alveum à flumine non teneri, *d. l.* 30. §. 1. & 2. Neque vero flumen interfluens impedit quominus insula vicinis ripæ agris per alveum jungatur atque accedat, non magis quam via publica inter alveum & vicina prædia interjecta impedit quominus alveus siccatus adquiratur his qui secundum viam possident, *l.* 38. *de adq. rer. dom.* Etenim ut via publica pars prædii vicini existimatur, *d. l.* 38. *in fin.* ita & alveus intermedius flumini subjectus. Atque hoc manifestissimum argumentum est alveum etiam tum cum adhuc à flumine occupatur partem quadantenus censeri vicinorum prædiorum. Æquitatem porro hujus adquisitionis augent incommoda vicinorum: nam quantum loci insula occupat tantum de locis finitimis flumen decerpit, iisque solis detrimento est in quorum agros cursus ejus depellitur. De insula extat tractatus Bartoli, cujus in dimetiendo errores notarunt Mathematici. Buteo in *lib. de fluv. insul.* & Magius 4. *miscel.* 2. add. Cœpoll. *de serv. rust. præd. cap.* 33. VINN. Rationem juris Romani rectissime explicavit Vinnius. Si enim totus alveus derelictus privatorum sit, ut est in §. 23 *seq.* non poterant non inferre JCti. & partem alvei flumine nudatam, id est insulam, vicinorum fieri. At si de jure naturali quæstio est aliter videtur statuendum. Partes enim ex vicinis agris avulsæ ex quibus insula facta est, sunt nullius, non amplius vicinorum. Cum itaque accedant rei publicæ, id est flumini, insula quoque erit publica. Et ita pronuntiari solet in Germania. Si flumen duo territoria separat, servatur definitio juris Romani. Cons. Schilt. *exerc.* 4. §. 19. HEIN

TEXTUS.

De alveo.

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 quæ prope ripam sit; novus autem alveus ejus juris esse incipit cujus & ipsum flumen est, id est publicus. Quod si post aliquod tempus ad primum alveum reversum fuerit flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit qui prope ripam ejus prædia possident.*

L. 31. *tit.* 28. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Alveum fluminis extra usum publicum existimari partem vicinorum prædiorum; & ideo siccatum prædiis cedere.*

2 *Si vicini agri limitati sint, primi occupantis alveum desertum fieri.*

3 *An aliquando priori domino alveus flumine iterum recedente restituendus.*

QUarto & postremo eodem jure & ratione proximis possessoribus pro modo latitudinis cujusque prædii quæ prope ripam sit adjicitur alveus à flumine relictus, nempe vi & potestate prædiorum, quibus ipsis hæc adquisitio tributa propter vicinitatem, & propter prædia prædiorum dominis.

1. Atque ut hìc quoque paucis rationem hujus juris & adquisitionis explicem, dixi paulo ante alveum fluminis extra usum publicum à Veteribus existimatum fuisse partem prædiorum vicinorum, quasi olim iis detractum: argumento esse, quod placet insulam manente adhuc alveo in flumine natam vicinorum esse, quod profecto non fieret nisi alveus cui insula cohæret & ipse vicinorum prædiorum pars intelligeretur, nam prior est alvei ratio quam insulæ quæ conditionem alvei ut pars ejus sequitur. Ad hanc sententiam confirmandam Don. 4. *comm.* 28. & Bachov. *hìc* afferunt locum Pomponii *l.* 30. §. 1. *de adq. rer. dom.* Et sane 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 Pomponii sententia ripæ solum privatum esse eorum scilicet qui prope ripam habent proprium, usum autem ejus publicum intelligi; & ideo cum 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. Cæterum ratio hujus consolidationis non magis ad ripam quam ad alveum pertinet. Nam ut usus ripæ, licet ea privata & vicini prædii pars sit, publicus est, propterea quod populus flumine uti sine ripa commode non potest: ita & usus alvei, licet solum ejus privatum intelligatur & pars prædiorum quæ ad ripam jacent, publicus est, quia sine alveo populus flumine uti non potest. Rursus uti ripæ usus exsiccato alveo ad proprietatem redit, quia jam populus ripa amplius non 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 quamdiu à flumine tenetur plane nulla : quæ causa est quod alveus non secus ac flumen ipsum publicus dicatur, *l.* 7. §. 5. *de adq. rer. dom. l.* 1. §. 7. *de flum. & hoc text.* Juvant jus de hac adquisitione constitutum incommoda fluminum, quæ multa & magna accolæ pati coguntur, inundationes, avulsiones arborum &c. quæ si vicare volent, ripas suas magno sumtu muniant necesse est. Ferant igitur & commoda fluminum si quæ sint, juxta regulam naturalis æquitatis, *l.* 10. *de reg. jur.*

2. Ceterum quod in præcedentibus diximus agros limitatos jus alluvionis non habere, ac proinde nec insulam prope ripam eorum natam possessoribus jure vicinitatis adquiri sed fieri occupantis: idem etiam obtinet in alveo relicto si vicini agri limitati sunt, *l.* 1. §. 7. *de flum.*

Novus alveus ejus juris esse incipit cujus est ipsum flumen] Sicut alveus à flumine destitutus privatus fit, ita novus quem sibi flumen fecit fit publicus. Nam impossibile est ut alveus fluminis publici non sit publicus, ait Ulpian. *l.* 1. §. 7. *de flum.* Pertinet huc illud Pomponii in *d. l.* 30. §. 3. *de adq. rer. dom. Flumina*, inquit, *censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum addicant, & ex publico in privatum.* Cui simile est quod apud Cassiodorum legimus *lib.* 3. *variar. Agrimensor*, inquit, *more vastissimi fluminis aliis spatia tollit aliis rura concedit.* Ita plerumque evenit ut alios flumen ditet 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 ; & cum prædiis non personis hæc adquisitio tribuatur, non potest is qui vicinum prædium nullum habet ratione vicinitatis quidquam in eo alveo sibi vindicare, *d. l.* 7. §. 5. *de adq. rer. dom.* Atque hoc quidem usque efficit stricta juris gentium ratio ; sed vix est ut id obtineat, inquit Gajus *d. loc.*

3. Et utique non semper obtinere debet. Sæpe enim æqui & boni ratio suadet ut priori potius domino alveus restituatur quam adjudicetur vicinis possessoribus. Scholiastes Theoph. κατὰ ἀκρίβειαν ἀπόλλει τὸν τόπον, κατὰ δὲ φιλάνθρωπον λογισμὸν ὁ δεσπότης ἀναλαμβάνει (*summo quidem jure dominus locum amittit, sed humanitatis ratione denuo eum recipit*). De quo haud facile quid certi definiri potest, sed ex circumstantiis judicandum est. Finge flumen relicto naturali alveo agrum alicujus occupasse (sive paulatim sive non paulatim nihil interest) ita ut novum hic sibi alveum quæsisse 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. §. 5. *in fin. d. l.* 30. §. 3. *de adq. rer. dom. l.* 23. *quibus mod. usufruct. amitt.* quia hujusmodi occupatio non longe abest ab inundatione. At si flumen non eodem impetu quo venit discedat, sed lente & 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, *l.* 38. *ff. de adq. rer. dom. fac. l.* 1. *C. de alluv.* Atque ob hanc causam arbitror Pomponium in *d. l.* 30. §. 3. *eod. & d. l.* 23. *quib. mod. usufr. amitt.* consulto expressisse hæc verba, *eodem impetu.* Bart. *tract. de alv.* Bald. *in rubr. de rer. div. col.* 9. Peregrin. *de jur. fisc. n.* 59. D. Tuld. *hic cap.* 25.

Textus.

De inundatione.

24. *Alia sane 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.*

L. 32. *tit.* 28. *Part.* 3.

Commentarius.

1 *Inundatio quid proprie sit, & quæ ejus vis.*

1. INundatio proprie 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. §. 5. *de flum.* Hoc cum fit, ait Justinianus post Cajum *l.* 7. §. 6. *de adq. rer. dom.* fundi proprietatem non amitti ; & ideo recedente aqua fundum qui occupatus fuerat non adjici vicinis possessoribus, sed ejus 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 ejus facies amplius non appareat; inundatione autem uno subitaneo impetu prædia invadi atque aqua cooperiri dumtaxat, non comminui dissolvi aut excavari ut formam amisisse dici possint, *d. ll. §. 9. de flum.* Atque ut maxime summa pars agri in arenam dissolvatur, manet tamen solida pars fundi interior; & ut de qualitate aliquid mutet, substantiam non mutat; non magis quam pars agri quæ à lacu hauritur, cujus jus non mutari certum est. Igitur ad inundationes præsertim temporales & anniversarias non pertinet quod vulgo dici solet: *Occupatum sequitur conditionem occupantis.* Gloss. *l. pen. de rer. divis.* Non obstat *l. 23. quib. mod. us. amitt.* quia non loquitur de simplici inundatione cum flumen retento alveo extra ripas se effundit, sed cum deserto alveo toto impetu in agrum alicujus 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 dominii non mutet possessionem tamen nobis auferre, *l. 3. §. 17. l. 30. §. 1. de adq. poss.* itemque ea jura quæ in facto personæ posita sunt ut usum & usumfructum, *l. 24. quib. mod. us. amit.* sed recedente aqua hæc omnia nobis restitui, *d. l. 24. §. 6. de itin. act. priv.*

TEXTUS.

De specificatione.

25. *Cum 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 & Proculejanorum 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; cum non solum operam suam dederit, sed & partem ejusdem materiæ præstiterit.*

L. 33. tit. 28. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1 *Etiam hunc adquirendi modum ad occupationem referendum.*

2 *Speciem novam non adquiri facienti, niti eam fecerit suo nomine & bona fide.*

3 *Quibus rationibus moti Proculus & Sabinus diversum senserint.*

4 *Mediæ sententiæ 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 hìc alius modus adquirendi jure gentium dominii, speciei novae ex aliena materia formatio, quæ nunc vulgo uno nomine *specificatio* dicitur. Sunt qui hunc adquirendi modum ad accessionem referunt, sed perperam. Non enim nova illa species vi & potestate rei nostræ nobis adquiritur, cum 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.

1. Quapropter hic modus potius occupationis quædam species videri debet: cum id quod factum est ideo facienti concedatur quia ante nullius erat, & tamquam occupanti, qui

suo

suo id nomine fecit. Utique quatenus obtinet sententia Nervæ & Proculi, *l.* 7. §. 7. *in pr. de adq. rer. dom. l.* 3. §. 21. *de adq poss.* Nam quatenus Sabini sententia approbata est, aut ad accessionem res referri potest, aut potius dicendum nullam tunc fieri novam adquisitionem cum D. Ant. Contio 1. *disp.* 12. VINN. Omnino specificatio pertinere Romanis videbatur ad accessiones quia forma nova accederet ad materiam, vel contra materia ad formam; saltem quærebatur forma an materia habenda sit pro principali? Proculus id affirmabat de forma quæ, ut philosophi ajunt, dat esse rei; Sabinus materiæ plus deferebat ex qua formam educi existimabat. Proculejani itaque Stoicos sequebantur, uti ex Sen. *epist.* 88. acute probat Merill. *obs. lib.* 1. *cap.* 12. HEIN.

Species aliqua facta sit] Nimirum nova & diversa à priore, ex qua ut ex materia facta sit posterior; nam verbi causa, lana aliena purpurâ tincta non est nova species, *l.* 26. §. *ult. de adq. rer. dom.* neque etiam nova species existit ex duarum ejusdem generis materiarum confusione, §. 27. *Inst. inf. hoc tit.*

2. Duo autem hìc à Justiniano omissa sunt, quæ quo quæstio proposita melius intelligatur addenda duximus. Unum est, si qui speciem fecit eam fecerit suo nomine; alterum, si eam fecerit bona fide. Primum diserte expressit Gajus *d. l.* 7. §. 7. & rationem manifestam hanc habet, quod possessio non adquiratur nisi volentibus, eorum autem quæ facto & opera nostra adquiruntur, nihil jure gentium adquiri possit cujus adquisitio non cœperit à naturali possessione, *l.* 1. §. 1. *de adq. poss.* Proinde si alieno nomine species facta proponatur, si ejus non erit qui materiæ dominus fuerat, ejus erit cujus nomine facta est, *ll.* 25. & 27. §. 1. *de adq. rer. dom.* De bona fide, quod item hìc omissum dixi, nihil quidem diserte Gajus, sed id ex eo non obscure colligitur quod addit hæc verba *suo nomine.* Nam qui scit materiam alienam esse, in eadem causa haberi debet ac si nomine domini materiæ speciem fecisset, *l.* 12. §. 3. *ad exhib.* cui etiam operam suam donasse intelligendus est, exemplo ejus qui sciens in alieno solo ædificavit, §. 30. *Inst. inf. hoc tit.* fac. *l.* 4. §. 20. *de usucap. l.* 14. §. *ult. de cond. furt.* Atque hæc est communis quoque DD. sententia, à qua cur D. Wesemb. & Bachovius recesserint causam non video.

Mulsum] Οἰνόμελι, sive μελίκρατον, fit ex vino vetere addito pauco melle. Hoc genere potionis usum se Pollio olim jactitabat annum centesimum excessisse. Nam cum à D. Augusto hospite interrogaretur quanam maxime ratione vigorem illum animi corporisque custodisset, respondisse fertur: *Intus multo, foris oleo.* Plin. *lib.* 22. *nat. hist. cap.* 24.

Emplastrum] Medicamentum est in massam coactum, quod igni præmollitum vulneri imponitur: ab ἐμπλάττω, subigo, versando mollio, in massam formo. Vid. Corn. Celsum *lib.* 5. *cap.* 17. vulgo nunc unguentum vocant.

Collyrium] Genus medicamenti, potissimum oculorum, παρὰ τὸ κωλύειν τὸ ῥέον, quod fluxum impediat, & sistat. *Apocalyps. cap.* 3. *v.* 18. Κολλύριον ἔγχρισον τοῖς ὀφθαλμοῖς, ἵνα βλέπῃς· *Collyria illine oculis ut videas.* Horat. 1. *serm. sat.* 5.

Hic oculis ego nigra meis collyria lippus
Illinere.

Sabinianorum & Proculejanorum] Fuere etiam olim diversæ & dissidentes Jurisconsultorum familiæ. Auctores Attejus Capito & Antistius Labeo, qui primi cum velut diversas sectas fecissent, ille in iis quæ à majoribus acceperat perseverando, hic ingenii & doctrinæ fiducia plurima innovando, dissensionem successores eorum auxerunt, dum sui quisque magistri sententiæ tamquam oraculo religiose adhæret. Capitoni successit Massurius Sabinus, Sabino Cassius; Labeoni successit Nerva, Nervæ Proculus. Atque inde appellari postea Sabiniani vel Cassiani, & Proculejani, *l.* 2. §. 47. *de orig. jur.* VINN. Adde: Proculi successor Pegasus vir consularis, unde *Pegasiani.* Opponuntur itaque *Proculejani & Sabiniani*: *Pegasiani & Cassiani.* Conf. Gothofred. *manual. jur. cap.* 6. *p.* 27. qui tamen Sabinianos non à Massurio Sabino sed à Cœlio Sabino, qui sub Vespasianis vixit, nomen accepisse statuit, adeoque sibi invicem opponit *Cassianos & Proculejanos*; *Sabinianos & Pegasianos.* HEIN.

3. *Ambuiguitatem*] Quædam, ut recte hìc notat Baro, leviter tracta sunt à natura, quorum ratio non cuivis perspicua est. Nerva & Proculus existimabant speciem ex aliena materia factam naturali ratione ejus esse qui eam suo nomine fecisset. Nam materiæ quæ extincta sit nullam porro rationem haberi posse, sed causæ efficientis dumtaxat, & potissimum formæ cujus susceptione materia in aliam speciem transisset; quæ species cum antea nullius esset ac ne esset quidem, rationem naturalem efficere ut concedenda sit ei qui ut ea in rerum natura sit fecit, eamque occu-

occupavit, *d. l.* 7. §. 7. *de adq. rer. dom. l.* 3. §. 21. *de adq. poss.* Diversæ autem scholæ auctores Sabinus & Cassius contrà naturali rationi convenientius esse putabant ut qui materiæ dominus fuisset idem ejus quoque quod ex materia factum esset dominus fieret; quippe sine materia speciem nullam effici posse; nostrum autem esse id quod ex re nostra factum est. Postremo nihil tam ab æquitate naturali alienum videri quam ut id quod nostrum est sine facto nostro ad alium transferatur, *d. l.* 7. §. 7. junct. *l.* 12. §. 3. *ad exhib. l.* 11. *de reg. jur.*

4. *Media sententia*] Inter duas extremas Proculi & Sabini. Nam Sabini sententiam veriorem esse putabant si species facta ad priorem materiam reduci posset; si non posset, Proculi, *d. l.* 7. §. 7. Et perquam elegans est hujus distinctionis ratio, quam & iidem mediæ sententiæ auctores afferunt: nempe cum 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 vires & conditionem materiæ quæ potenter manet, *l.* 24. *de adq. rer. dom. l.* 78. §. 4. *de legat.* 3. At ubi materia consumitur atque extinguitur, quod nostri semper fieri intelligunt cum species facta ad pristinam materiam reverti non potest, nullam materiæ quæ esse desiit aut prioris domini cujus in hac specie nihil est, *l.* 27. §. 1. *de adq. rer. dom.* cum Sabino rationem haberi posse; sed novæ dumtaxat speciei, ejusque cujus facto ea in rerum natura esse cœpit, *d. l.* 3. §. 21. *de adq. poss.* Scio equidem D. Connanum *lib.* 3. *comm.* 6. auctores hujus sententiæ reprehendere, atque hoc solum hic spectari velle plusne pretii sit in opere an in materia; Dominum quoque Grotium censere speciem communicandam, sicut confusis materiis communio inducitur pro rata ejus quod quisque habuit, *lib.* 2. *de jur. bell. cap.* 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, quam ut vel ex pretio rei operisve de jure dominii statuatur, aut citra necessitatem inducatur discordiosa communio; eoque etiam nunc utimur. VINN. Ast non ubique utimur. Quin cum materia plerumque sit res fungibilis, in quam non cadit pretium affectionis: vix potest ratio excogitari cur dominus materiæ dominii quæstionem movere velit specificanti, & non potius agere ad id quod interest, nisi ponas materiam esse admodum raram. Vid. Thomas. *de pret. affect. in res fungibil. non caden. cap.* 3. §. 41. *& seq.* HEIN.

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. §. 7. sed ille, quod hic omissum est, mox subjicit se eorum sententiam probare qui frumentum alienis spicis excussum ejus esse non dubitabant cujus spicæ essent; propterea quod cum grana quæ spicis continentur perfectam habeant suam speciem, qui excutit spicas non novam speciem faciat sed eam quæ est detegat. Quod idem eadem ratione dicendum est de leguminibus, lupino, lente, cicere, fabis, spicis, aliisque id genus frugibus quæ siliqua continentur.

5. Exemplo frumenti idem de vino ex uvis & oleo ex olivis alienis expresso statuit D. Bachovius, quod non probo. 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 ante fuit; unde sicut eamdem speciem ita & idem retinet nomen. Vinum autem & oleum fiunt ex uvis & olivis; atque ut in aliud nomen, ita & in aliam speciem uvis & oleis peremtis transeunt. Theodoret. 1. *Dial.* 4. Καὶ τῆς ἀμπέλου τὸν καρπὸν σταφυλὴν ὀνομάζοντες, ὅταν ἀποθλίψωμεν, οὐ σταφυλὴν, ἀλλὰ οἶνον προσαγορεύομεν· (*Et cum vitis fructum uvam appellemus, ubi compresserimus non jam uvam sed vinum dicimus*). 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 alioquin 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 temere adducit in *l.* 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.* 26. *de adq. rer. dom.* Et igitur ratio quam in dicto responso subjicit ad hypothesin revocanda est, ut quæstioni & responso serviat. De navi ex alienis tabulis facta non satis con-

convenit propter obscurum veteris, ut videtur, dissensionis vestigium, quod extat in *l.* 71. *de rei vind.* Etenim cum 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.* 26. *de adq. rer. dom.* Putat etiam D. Connan. 3. *comm.* 6. partem alteram responsi Miniciani reprehendi à Juliano, rationemque reprehensionis esse in postremis verbis: *nam proprietas totius navis carinæ causam sequitur*, id est *eum*, ait Connanus, *qui navem carinando formavit*: nam carinam non semper infimum 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.* 76. *de judic.*

6. *Dubitandum non est hoc casu &c.*] A comparatione 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 tamen & 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 numquam effugere, *l.* 24. *de adq. rer. dom. l.* 78. §. 4. *de leg.* 3. Atque hanc quoque esse mentem Justiniani exempla proposita declarant. Cujus igitur erit hujusmodi species si reduci possit? Nimirum suum quisque retinebit, & pro parte sua materiam vindicare poterit, *arg. l.* 5. §. 1. *de rei vind. l.* 12. §. 1. *l.* 27. §. *ult. de adq. rer. dom.* quæ & communis interpretum sententia est, à qua sine causa recedere mihi videntur Bachov. Borcholt & D. Tulden. *hic c.* 41. Hoc autem jure 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 operam bona fide impensam, uterque contra naturam esse ut quis ex re aliena locupletetur cum alterius detrimento: utrique consultum est, illi 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.* 23. §. 4. *& seq. de rei vind.*

Textus.

De accessione.

26. *Si tamen alienam purpuram vestimento suo quis 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.*

L. 35. *tit.* 28. *Part.* 3.

Commentarius.

1 *Accessionis quæ facto hominis contigit quot sint genera, & quo proposita pertineat.*
2 *Explicatur definitionibus aliquot quid cui & quando accessionis vice cedat.*
3 *Quibus rebus differat hoc genus adquisitionis 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 dumtaxat tractatum esse; dignus tamen est qui propius consideretur & otiose. Et quia ad accessiones pertinet, repetenda animo est memoria eorum quæ nuper diximus, videlicet quædam rebus nostris accedere beneficio fluminum veluti à natura, quædam facto & opera humana. De iis quæ à fluminibus accedunt copiose jam tum disputavimus.

1. Accessionis quæ ab hominibus est, docendi gratia quo res tota perfectius cognoscatur, duo genera nunc facimus, confusionem, & conjunctionem. Confusio est, cum duæ materiæ liquidæ inter se & in unum corpus permiscentur, veluti cum vinum cum vino miscetur, argentum cum argento conflatur, de quo §. *seq.* Conjunctio est, cum 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 tamquam

quam additamenta aut ornamenta rei nostræ; ut si pes aut manus jungatur statuæ, ansa scypho, gemma includatur auro, emblemata phialis injungantur, *l.* 23. §. 2. & 5. *de rei vind. l.* 26. §. 1. *de adq. rer. dom. l.* 7. §. 2. *ad exhib. l.* 19. §. 13. *de aur. arg. leg.* eodemque etiam pertinet quod hic traditur de purpura vestimento intexta, *d. l.* 7. §. 2. *ad exhib.*

Si tamen] Quo conjunctio illa segregativa respiciat non video; nisi eo 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] Cum enim quærimus quid cui cedat non pretium spectamus, sed quid cujus rei ornandæ causa adhibeatur, ut accessio cedat principali, *l.* 19. §. 13. *de aur. arg. leg.*

2. In universum autem sic de hac quæstione habeto. Quando duæ res quarum unaquæque 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.* 26. §. 1. *de adq. rer. dom. l.* 7. §. 2. *ad exhib. l.* 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, *dict. l.* 19. §. 13. *de aur. arg. leg.* purpura vestimento intexta, ut hic & *d. l.* 1. §. 2. *ad exhib.* Si eadem magnitudo est, ex pretio; si pretium quoque idem, placet neutrum alteri cedere sed suam cujusque rem manere, *l.* 27. § 2. *de adq. rer. dom.*

3. *Accessionis vice*] Ut pars minor & inferior majori & præstantiori, sicut jam dictum est. Etenim jure speciei totum hoc corpus suum esse dicere non potess dominus majoris partis sive vestimenti; cum is neutram partem nunc primum fecerit sed factas univerit dumtaxat. Ex quo apparet errare D. Gœd. in *l.* 14. *de verb. sign.* qui putat hæc etiam jure specificationis adquiri; & si, quod Gœddeo placet, nova hic species facta intelligi debeat, ea non adquireretur facienti: quoniam partes junctæ separari & ad id quod prius fuerant reverti possunt.

Adversus eum qui surripuit] In hoc quoque ab adquisitione speciei factæ differt hæc adquisitio, quod species facta tantum volenti adquiratur, eique qui eam suo nomine & bona fide fecit; at jure accessionis pars juncta etiam ignoranti, etiam ei qui alieno nomine aut mala fide junxit. Nulla enim in hac adquisitione ratio habetur personæ facientis aut jungentis, sed rerum junctarum dumtaxat; quod notandum est contra Wesembecium & Bachov. qui utriusque adquisitionis eamdem 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 quem purpura surrepta postea pervenit. Et ait, dominum purpuræ adversus eum qui surripuit habere actionem furti & condictionem: ubi condictionem proculdubio intelligit furtivam, ut recte Glossa notat; nam quod hæc condictio soli dicitur domino dari, *l.* 1. *de cond. furt. l.* 14. §. 16. *de furt.* §. *ult. Inst. infr. de oblig. quæ ex del. nasc.* hoc non eo pertinet ut is cui semel quæsita est eam re peremta sine facto suo omittat, sed ut hinc excludantur ii quorum periculo res alienæ sunt; quibus etsi furti actio, condictio tamen non competit, *d. l.* 14. §. 16.

4. Ut autem in universum intelligas quomodo domino purpuræ & generaliter partis quæ cessit consulatur, sic mecum distinguito. Aut alienam purpuram 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 exhibendum ut purpura separetur & tunc vindicetur, *l.* 7. §. 2. *ad exhib. l.* 23. § 5. *de rei vind.* Videndum tamen an non audiri debeat bonæ fidei possessor pretium purpuræ offerens, maxime si ea sine manifesto ejus damno separari non possit. Illud quæsitum est, an etiam bonæ fidei possessori purpura con-

condici possit. Et puto posse, cum Barone & Wesembecio, arg. ejus quod in fine hujus §. dicitur, res extinctas à quibusvis possessoribus condici posse, & §. 2. *Inst. 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 textu*; datur & ad exhibendum actio & vindicatio tamquam adversus eum qui dolo malo possidere desiit, *arg. l.* 1. *in fin. l.* 2. *de tign. junct. l.* 27. §. 3. *l.* 36. *in pr. de rei vind. l.* 131. *de reg. jur.* Si quis autem suam purpuram intexuit vestimento alieno, siquidem bona fide, potest & possidens vestimentum retinere donec de purpura & sumtibus ei satisfiat, & amissa possessione ad exhibendum agere ut purpura separetur & vindicetur, *d. l.* 23. §. 4. *& seq. de rei vind.* Si mala fide, videndum num dici possit voluntate sua proprietatem rei amisisse, *arg.* §. 30. *inf. hoc tit.* Quæ de purpura diximus, eadem fere & in ceteris quæ rebus nostris explendis aut ornandis similiter junguntur locum habent, *ll. 6. & 7. §. 2. ad exhib.* exceptis quæ juncta sunt ferruminatione, quæ ne separata quidem vindicari possunt; ideoque eo casu in factum actio domino partis quæ cessit, necessaria, *d. l.* 23. §. 5. *de rei vind.* VINN. Subtiliter distinguit Paulus in *d. l.* 23. *de rei vind.* inter adferruminationem & adplumbaturam. Sed hanc distinctionem admisisse haud videtur Ulpianus *l.* 7. §. 2. *ff. ad exhib.* Quin Pomponius in *l.* 27. *pr. ff. de adq. rer. dom.* nec in adplumbatura nec in adferruminatione concedere videtur vindicationem materiæ. Sic diversa principia secuti videntur Veteres pro sua quisque secta cui hærebant. Quodnam momentum hujus quæstionis sit in praxi diximus jam ad §. antecedentem, verb. *media sententia.* HEIN.

Nam extinctæ 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, *dict. l.* 6. *ad exhib. d. l.* 23. §. 2. & 5. *de rei vind.* Unde Theophil. Δοκεῖ, inquit, ἡ πορφύρα τρόπον τινὰ ἀποσβέσθαι, τῷ μὴ ἴδιαν αὐτὴν καθ' ἑαυτὴν, ἀλλ' ἑτέρᾳ ἐσθῆτι συνεφθάναι· (*videtur purpura quodammodo extingui, quod per sese non subsistat, sed alienæ vesti attexta.*)

Licet vindicari non possint] Directo; 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. § 3. *de rei vind.* Tentari etiam potest quod modo diximus, adversus eum qui mala fide junxit utilem quoque in rem actionem esse, non tamquam adversus eum qui possideat, sed qui dolo malo possidere desierit.

Et quibusque aliis possessoribus] A furibus etiam conditione furtiva; ab aliis condictione sine causa aut generali illa triticiaria, *l.* 1. *de condict. tritic.* Semper enim, ut diximus, bonum & æquum est pretium mihi restitui ejus rei quæ hoc jure ad alium sine facto meo pervenit; & est arg. in *l.* 11. §. *ult. l.* 32. *de reb. cred.*

5. Ant. Contius ex manuscriptis restituit: *Et quibusdam aliis possessoribus*; ut sit sensus: non tantum furibus res consumtas condici posse, sed aliis etiam possessoribus qui furibus sunt similes, nimirum iis etiam qui rem mala fide possidebant cum eam consumerent. At hi revera etiam fures sunt, §. 2. *Inst. 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 consumserunt non dari. Obiter & Theophili error notandus, qui scribit condictionem furti etiam in eos dari qui fures non sunt, quod est ἄδοξον (*absurdum*), & miror à Fabrot. non animadversum.

TEXTUS.

De confusione.

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, forte ex vino & melle mulsum aut ex auro & argento electrum, idem juris est. Nam & hoc casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito & non voluntate dominorum confusæ fuerint vel ejusdem generis materiæ vel diversæ, idem juris esse placuit.*

L. 34. tit. 28. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1 *Inter confundere & miscere quæ sit differentia cum signate loquimur.*
2 *De effectu confusionis, & quarum rerum quomodo facta confusio communionem pariat.*
3 *Confusionem factam voluntate dominorum proprie huc non pertinere.*
4 *In confusione fortuita materias confusas communicari, sive ejusdem generis sint sive diversi, extrà quam si deduci possint. Et n. 6.*
5 *Quid juris si unus è dominis confuderit altero ignorante, aut tertius aliquis.*

DUobus modis hominum facto per accessionem rei alienæ ad res nostras nobis adquiritur, conjunctione & confusione. Conjunctionis species est purpura vestimento attexta, ut diximus §. *præc.* De confusione disputatur hoc loco: quæ quid sit primo videndum, deinde quam vim ad adquirendum & unde habeat.

1. Verba hæc 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. §. 8. *de adq. rer. dom. l.* 3. §. *ult. l.* 5. *pr. de rei vind.* Ceterum cum signate & distincte loqui volumus confusionem appellamus μίξιν ὑγρῶν, cum corpora liquida aut liquefacta invicem miscentur; commixtionem μίξιν ξηρῶν, cum sicca & solida quæ & discreta maneant: quam nominum distinctionem peperit diversi juris quod in his obtinet ratio. Confundi igitur proprie res dicuntur quæ ita permiscentur ut una ingrediatur alteram & vicissim alterius partem in se recipiat, veluti cum vinum cum vino miscetur aurum cum auro conflatur.

2. Effectus confusionis hic est ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua adquiratur, idque vi & potestate rei cujusque, cogente natura rem unam mutuo trahere alteram, unde existit totius corporis quod ex confusione fit communio. Ceterum neque quarumvis 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 scilicet qui res in propinquo posuerunt), aut voluntate unius tantum, sive etiam tertii alicujus, puta Titii. Res quæ confunduntur 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 quam si res diduci non possint. Facta unius voluntate tantum aut à Titio, si materiæ unius generis confusæ sint; quoniam nec diduci possunt nec novam speciem constituunt. Jam videamus quid Imperator dicat, & singula consideremus accuratius.

3. *Voluntate dominorum*] Hæc species proprie huc non pertinet. Neque enim communionem hìc inducit rerum confusio, sed mutua dominorum voluntas res suas confundendo tacite communicantium; argumento est quod etsi duo frumenta sua miscuissent, idem tamen juris, licet in dissimili genere mixtionis, foret, §. *seq.*

Utriusque commune est] Pro rata scilicet ejus materiæ quæ cujusque ante confusionem fuit, *l.* 3. §. *ult. de rei vind.* Res autem communis proprie dicitur quæ duorum aut plurium est, non quasi tota singulorum, (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 conjunctim, ut jam intellectu magis quam corpore partes habeant, *d. l.* 5. *de stip. serv.* nec possit amplius unus quod suum fuit ante confusionem separatim vindicare, sed partem dumtaxat pro indiviso, puta 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 rationem judex habebit si unius pars pretiosior fuit, *d. l.* 3. §. *ult. ll.* 4. & 5. *de rei vind.* et si forte res dividi commode non possit uni totam adjudicabit, eumque vicissim alteri condemnabit in certam summam pecuniæ, §. 5. *Inst. infr. de offic. judic.*

Sed & si diversæ materiæ sint &c.] Nihil refert ejusdem generis materiæ voluntate dominorum confusæ sint an diversi. Nam & nova species qnæ 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 ma-

materiæ confusæ sunt, & vice mutua quod inde existit communicatum. Ex quo etiam efficitur ut nihil intersit, materiæ separari & species facta in sua initia reduci possit, an non possit: quæ differentia spectatur cum jure specificationis aliquid alicui adquiri volumus.

Electrum] Plinio est aurum cujus quinta portio argentum est. Secundas post aurum ei tribuit Homerus 4. *Odyss.* ubi regiam Menelai laudantem introducit Telemachum à splendore primum auri, deinde electri, *vers.* 73.

Χρυσοῦ τ' ἠλέκτρου τε, καὶ ἀργύρου, ἠδ' ἐλέφαντος.

(*Aurique, electrique, & argenti, atque eboris*)

Vid. Plin. *lib.* 33. *nat. hist. cap.* 4. *Strabon. lib.* 3.

4. *Quod si fortuito*] Hæc confusionis species propria est hujus 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 ejusdem 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. §. 9. *de adq. rer. dom.* Observandum antem 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 eo 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 & necessario 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 mutuo ad se trahat; sed cum 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 vind. & arg. l.* 12. §. 1. *de adq. rer. dom.*

5. Sed quid si non casu nec tamen voluntate dominorum confusio facta sit, puta si à Titio vel ab uno ex dominis altero ignorante? quæ species hic omissa. Et siquidem, verbi causa, Titius vinum Mævii cum suo confuderit aut cum vino Sempronii aliasve ejusdem 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 cujusque manebit, *d. l.* 5. §. 1. *de rei vind. d. l.* 11. §. 1. *de adq. rer. dom.* Vid. *sup.* §. 25. *Inst. hoc tit.*

6. *Idem juris esse placuit*] Paraphrastes vertit negative; οὐ τὸ αὐτὸ γενήσεται (*non idem erit*, subaudi *juris*). Et sane non est idem juris per omnia. Nam si materiæ casu confusæ separari possunt nulla earum communio est, sicut jam diximus. Arbitror tamen contra Hotomannum, eodem modo hic legendum quo legitur apud Gajum *d. l.* 7. §. 9. *de adq. rer. dom.* unde hæc descripta sunt, nimirum affirmative; & utrumque locum ex aliis cum Accursio sic temperandum, si tales materiæ fortuito confusæ sint quæ diduci non possint, cujus etiam generis exempla nec alia à Justiniano & Gajo proposita sunt. Sed & Harmenopulus *lib.* 2. *tit.* 1. περὶ τῶν ἐξ ἀλλοτρίας ὕλης γινομένων εἰδῶν (*de speciebus ex aliena materia natis*) affirmative legit, τὸ αὐτὸ γενήσεται· (*idem juris erit*). VINN. Sed tamen si facta confusione species emerserit nullius usus v. gr. si vinum & cervisia confusa sint, vix dubitandum quin in foro confundens solus damnum sentire, alterique non partem novi istius liquoris sed pretium rei suæ reddere teneatur. HEIN.

TEXTUS.

De commixtione.

28. *Quod si frumentum Titii frumento tuo mixtum fuerit, si quidem voluntate vestra commune est, quia singula corpora id est singula grana quæ cujusque propria fuerunt consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mixtum 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, quam grex intelligitur esse communis si pecora Titii tuis pecoribus mixta 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.

COMMENTARIUS.

1 *Commixtionem proprie dictam ad disputationem propositam non pertinere.*

2 *Responsum Javoleni in l. 78. de solut. cum hoc textu conciliatum.*

3 *Comparatio mixtionis pecorum & frumentorum explicata.*

1. NIhil est in hoc §. quod ad institutam de accessione disputationem pertineat. Agitur de commixtione. Commixtio proprie est cum 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 numquam ea vis est ut per eam potestate rei nostræ aliena nobis adquirantur, sive difficilis sit corporum mixtorum separatio sive non sit; cum 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 adquiratur; ceterum hoc non efficit commixtio aut accessio sed tacita voluntas dominorum mutua traditione species suas communicantium, *hoc text. d. l. 7. §. 8. de adq. rer. dom. l. 5. de rei vind. l. 4. pro soc.*

Quia singula corpora in sua substantia durant] Hoc est naturâ & essentiâ sua separata & discreta manent: ut proinde dici non possit esse quidquam in hoc acervo Titii quod tuum ad se trahere debeat, aut in totum aut pro parte; aut quidquam esse tuum quod debeat ad se trahere quod Titii est. At sine horum alterutro nihil vestrum commune fieri potest in acervo frumenti casu aut sine voluntate unius vestrum commixti.

2. Objici huic loco solet quod Javolenus ex Gajo refert, nummos alienos in solutum datos creditoris accipientis fieri si is eos ita miscuerit suis ut discerni non possint, *l. 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 mixti & pecorum. Plerique putant inter nummos & frumentum hoc interesse, quod nummi ita commixti ut discerni non possint pro consumtis habendi sint; frumentum non ante quam farina ex eo confecta sit: quippe rerum quæ usu consumuntur consumtionem æstimari ex consumtione ipsorum corporum; pecuniam autem numeratam intelligi consumi plerumque salvis nummorum corporibus, §. 2. *Inst. inf. de usuf.* Notum vero esse consumtione nummorum in creditum vel in solutum datorum causam dominii mutari, *ll. 13. & 19. §. 1. in fin. de reb. cred.* Ita propemodum Accurs. quem sequitur communis DD. schola. Add. D. Cujac. 13. *observ.* 28.

3. *Quam grex intelligitur esse communis*] Exemplo pecorum alienorum gregi meo mixtorum docet frumenta quoque sine voluntate dominorum mixta sua cujusque manere, neque in acervo facto quidquam esse commune: quippe eamdem rationem esse singulorum granorum in acervo quæ est singulorum pecorum in grege: utrumque esse corpus, non ἡνωμένον, aut συνέμμενον, id est, *non unitum* neque *ex diversis conflatum*, sed διῃρῶς, *dividuum, discretum*, cujus partes non cohæreant aut uno spiritu contineantur, sed quæ singulæ essentiâ sua maneant distinctæ, propriamque suam speciem retineant; ac proinde rationem juris non pati ut hic magis quam illic dominia confundantur, *arg. l. 30. de usuc.* junct. *l. 23. §. 5. vers. at in his de rei vind.* Ceterum comparatio hæc illud habet dissimile, quod pecora aliena meis pecoribus mixta facile dicerni possunt & ob id singula vindicari, *d. vers. at in his*; grana autem commixta non item. Qua ratione putarem ne voluntaria quidem pecorum mixtione gregem communem fieri, nisi id expresse actum proponatur.

In rem actio pro modo frumenti] Ubi res communis non est cessat communi dividundo judicium, *l. 1. comm. div.* sicut in proposito. Ceterum nec grana ipsa quæ cujusque ante commixtionem fuerunt vindicari poterunt, quia 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 vind.* Nec refragatur actionis in rem natura quæ exigit ut res quæ petitur designetur, *l. 6. d. tit.* Satis enim designari videntur grana petita hoc ipso quod designantur certo loco atque acervo contenta & circumscripta. Tantum laborabitur in exitu judicii & 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, *arg. l. 4. de rei vind. §. 5. Inst. inf. de off. jud.* In summa, vi & effectu hic non alia judicis sententia est & restitutio quam si acervus vere communis esset, *l. 3. §. ult. de rei vind.* Vinn. Nostro jure inter commixtionem & confusionem quod ad effectus attinet nulla est differentia; sed sicut confusione ita & commixtione res evadunt communes, *l. 34. tit. 28. Part. 3.* Addit.

Textus.

De his quæ solo cedunt. De ædificatione in suo solo ex aliena materia.

29. *Cum in suo solo aliquis ex aliena materia ædificaverit ipse intelligitur dominus ædificii, quia omne quod solo inædificatur solo cedit. Nec tamen ideo is qui materiæ 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 consecutus, tunc eam vindicare & ad exhibendum de ea re agere.*

L. 38. tit. 28. Part. 3.

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 exemtione & restitutione.*

Diximus non ita pridem duobus modis contingere ut res alienæ rebus nostris facto hominum accedentes nobis adjiciantur, confusione, de qua proxime loquuti sumus, & conjunctione. Conjunctionem appellamus cum duæ res ita junguntur ut cohæreant & unum corpus constituant integra manente rerum substantia. Duo quoque genera hujus conjunctionis fecimus; unum earum rerum quæ junctæ nihil amplius habent quam additamentum & expletionem ejusdem corporis, de quo genere dictum sub §. 26. *hujus tit.* alterum earum quæ sic aliis junguntur ut in his tamquam in subjecto consistant ac sine his esse non possint: cujusmodi sunt hæc quinque quæ nunc porro 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 fit ut hæc ab illa per prævalentiam trahatur, illique ut præstantiori cedat; ac proinde utriusque dominus efficiatur qui dominus fuerat præstantioris, *l. 23. §. 3. & 4. de rei vind.* Hæc ratio generalis est ad omnes species hujus conjunctionis pertinens. Ait *omne quod solo inædificatur.* Hæc prima species est hujus accessionis; atque de ea ita jus est. Omne ædificium, quamvis ex aliena materia, solo impositum solo cedit, *d. l. 7. §. 10. de adq. rer. dom. d. l. 23. §. pen. & ult. de rei vind. l. 2. de superf. l. 50. ff. ad leg. Aquil. l. 2. C. de rei vind.* idque sive dominus soli ex aliena materia ædificaverit in suo, sive è converso dominus materiæ ædificaverit in solo alieno, *d. l. 7. §. 12. de adq. rer. dom. & §. seq. hoc tit.* Solo autem impositum accipi oportet etiam id quod verbi causa supra parietem meum ædificatum est, *l. 28. de adq. rer. dom.* Ceterum ut rationi hujus juris 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 Seji posuerit, id non Seji erit sed Titii qui posuit, *l. 60. eod.*

1. *Nec tamen is qui materiæ 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 ejus esse desinere, cum duo ejusdem rei in solidum domini esse non possunt. Contra tamen & hic & apud Gajum scriptum 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

enim si tigna ve cæmenta consideremus ut juncta & connexa ædificio, hac consideratione quamdiu juncta manent ipsius ædificii sunt & domini totius; unde & demta dicuntur in pristinam causam reverti, *l. 59. de rei vind.* facit *l. 26. §. 1. de adq. rer. dom.* At si animum á conjunctione avertas, & ædificio quasi insuper habito tigna consideres in se & ut seorsum substantiam suam habentia, non potest videri materiæ dominus jus suum amisisse; & ideo ea tigna, licet juncta, adhuc aliena ubique appellantur. Adeoque recte nunc dicemus aliud esse materiam aliud ædificium: ædium quamdam universitatem intelligi; materiam, cæmenta, tigna, lapides res esse singulas quæ ob id jure universi non utique censeantur. Hinc enim est quod placet eum qui universas ædes possidet non videri singula cæmenta possidere, eoque nec usucapere, *l. 23. §. ult. de rei vind. l. 23. de usuc.* & quod Ulpianus respondet, eum qui insulam petiit, si victus postea cæmenta vel tigna petat, non videri idem petere, *l. 7. §. 2. de excep. rei jud.* nimirum quod necesse non sit eum qui ædium dominus est materiæ quoque dominum esse; quam rationem & ipse mox subjicit. Ceterum dubitandum non est quin verum sit quod D. Hotomannus hìc notat, si ex aliena materia nova primum species facta fuerit, deinde novum id corpus ædificio inclusum, ejus id manere cui jure specificationis quæsitum erat: verbi causa, tigna aut tabulas ex aliena arbore fabricatas & mox injunctas ædificio ejus esse & manere qui tabulas fecit, *arg. l. 26. in pr. de adq. rer. dom.*

Neque ad exhibendum] Tignum alienum ædibus junctum lex XII. tabb. non tantum vindicari prohibet sed etiam solvi, ut proinde nec ad exhibendum de eo agi possit, *l. 23. §. pen. de rei vind. l. 6. ad exhib. l. 1. de tign. junct.* in quo diversum jus est tigni injuncti &, verbi causa, gemmæ injunctæ annullo alieno; ea enim licet quamdiu cohæret vindicari nequeat ad exhibendum tamen eo nomine agi potest ut eximatur & tunc vindicetur, *d. l. 23. §. 5. de rei vind. d. l. 6. ad exhib.* Vide sìs quæ notavimus supra §. 26. *hoc tit.*

Ne quis tignum eximere cogatur] Duplicem ego causam reperio cur lege XII. tabb. vetita sit tigni alieni ædibus juncti vindicatio. Una est ne ob id ædificia rescindi necesse sit, *l. 1. de tign. junct. l. 7. §. 10. de adq. rer. dom. & hoc text.* altera ne per hoc ruinis urbs deformetur, *l. 2. §. 17. l. ult. ff. ne quid in loc. publ. l. 2. C. de ædif. priv.* quarum illa principalis esse videtur & rationem finis unicique legis propositi habere, hæc συναίτιος (*simul causa*) & illius adminiculum, de quo mox plura. Eadem lege & solutio tigni alieni vineis juncti prohibetur, ne scilicet turbetur vinearum cultura, *l. 1. de tign. junct.*

2. *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. junct. l. 23. §. pen. de rei vind. l. 6. ad exhib.* Nec dubito quin ea actio in duplum etiam adversus eum danda sit qui bona fide junxit; id enim textus fere omnes arguunt qui de hac actione loquuntur. Nam primo, ut bene observavit D. Tuldenus *cap. 42.* in eum hæc actio dari dicitur & hoc loco & apud Gajum, *d. l. 7. §. 10. de adq. rer. dom.* adversus quem nec in rem nec ad exhibendum agi potest, quorum utrumque contrà est in eo qui sciens rem alienam junxit, *dict. l. 23. §. pen. de rei vind.* non quod sic conveniatur quasi possidens ut tignum restituat, sed ita quasi dolo malo fecerit quominus possideat aut restituere possit, ut pretium æstimetur jurejurando in litem, *l. 1. in fin. de tign. junct.* eoque pertinet locus Pauli in *l. 98. in fin. de solut.* ubi ait legem XII. tabb. sciscere tignum ædibus junctum vindicari posse, sed solvi id prohibuisse, pretiumque ejus voluisse dari. Deinde nec hoc ad eum pertinet qui mala fide junxit, quod denegatur domino materiæ vindicatio non solum stante sed etiam diruto ædificio si jam ante per actionem de tigno juncto duplum sit consecutus: nam adversus eum qui sciens junxit, ut furem, præter actionem dupli extrinsecus adhuc est rei vindicatio, *l. ult. de tign. junct. §. ult. Inst. inf. de oblig. quæ ex del.* Huc item facit *l. 63. de don. int. vir. & ux.* nam cum ibi solus ille casus excipiatur quo tignum volente & sciente domino junctum est, satis significatur in ceteris actioni de tigno juncto in duplum esse locum. Denique cur actionem de tigno juncto etiam adversus eum qui bona fide junxit lex XII. tabb. dedisset, si dominus tigni nihil amplius per eam consequeretur quam consecuturus esset actione in factum, quæ sublata vindicatione adhuc supererat? *d. l. 23. §. 5. de rei vind.* Huic autem sententiæ duo obstare videntur. Primum est, quod lex de tigno furtivo locuta est, *d. l. 63. de don. int. vir. & ux. d. l. 1. de tign. junct.* alterum, quod iniquum videtur eum qui bona fide junxit

xit 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 XII. tabb. furtivi non ideo mentionem fecisse, quòd nomine non furtivi agi in duplum noluerit; sed quia raro accidit ut res alienæ mobiles quæ insciis dominis ad alios perveniunt in furti vitium non cadant, §. 2. *Inst. inf. de usuc.* unde nec Gajus nec Justinianus nec Paulus in *d. l.* 23. §. *pen. de rei vind.* furtivi mentionem faciunt sed alieni dumtaxat, cum tamen id omnes proponant ex eadem lege. Postremo, nullam hic esse iniquitatem: nam & injuria quæ domino materiæ fit quod re sua carere cogitur commodo aliquo pecuniario compensanda fuit, & pro duplo quod ille accipit majus vicissim commodum consequitur qui junxit, ne videlicet cogatur tignum eximere cum metu ruinæ ædium suarum.

3. Sed & potest dupli præstationem effugere si tignum eximere malit & domino restituere; neque enim id facere prohibetur lege XII. tabb. quippe qua cautum est non ut ne domino tignum eximere liceat, sed ne quis eximere cogatur, ne ædificia rescindere aut demoliri cum summo damno ædificantis necesse sit, *hoc text.* & apud Gajum *d. l.* 7. §. 10. *de adq. rer. dom. l.* 2. §. 17. *l. ult. ne quid in loc. pub.* unde alii loci explicandi sunt quibus traditur legem prohibere, vetare, non permittere tignum solvi, *l.* 6. *ad exhib. l.* 1. *de tign. junct. l.* 98. *in fin. de solut.* nimirum non tantum vindicationem verum etiam actionem ad exhibendum his verbis legem tollere voluisse, arg. hujus §. & *d. l.* 23. §. *pen. de rei vind. l.* 1. *de tign. junct.* Equidem fateor etiam publici decoris & ornamenti rationem hac in re habitam fuisse, ne scilicet ædium demolitione & ruinis adspectus deformaretur; ceterum ut hæc consideratio extrinsecus legem moverit non fuisse tamen τὸ τοῦ ἕνεκα sive causam cujus gratia tignum eximi vetuerit, non obscure ex eo colligitur quod alioqui dicendum esset numquam licere civibus ædificia sua demoliri aut tignum inde eximere, quod falsum est, *l.* 27. §. *ult. l.* 37. *ff. de rei vind. l.* 5. *in fin. C. eod. l.* 9. *ff. de imp. in res dot.* Sed nec quævis tigni exemtio secum trahit ruinam ædificii. Unde fort ssis non improbabiliter defendi possit eumdem fuisse scopum legis XII. tabb. qui fuit senatusconsulti quo cautum est, ne ea quæ ædibus juncta sunt legare liceat, neve negotiandi causa ædificia demoliri, aut marmora, columnas aliave tigna detrahere, *l.* 41. §. 1. *l.* 43. *de legat.* 1. *l.* 52. *de contr. emt. l. ult. de damn. inf.* non alia de causa quam ut ne integris ædificiis depositis publicus deformetur aspectus, *l.* 2. *C. de ædif. priv.* ac proinde quemadmodum in senatusconsultum non incidit qui aliquid detrahit citra metum ruinæ, ita nec offendere legem antiquam qui ut condemnationem dupli evitet tignum eximere malit, modo id faciat sine periculo ruinæ. Ad hunc ferme modum disputat Bachovius hic. Mihi, ut verum fatear, frustra videtur lege prohiberi quod sponte sua nemo nisi insanus facturus sit. VINN. Multæ hic nascuntur quæstiones non parum dubiæ; nos binas videbimus. Quæritur an actio de tigno juncto detur adversus bonæ fidei possessorem? Quamvis enim id adfirmet Justinianus, obstare tamen videtur, (1) quod lex XII. tabb. tantum egerit de tigno furtivo, *l.* 1. §. 2. *de tign. junct. l.* 63. *ff. de don. int. vir. & ux.* (2) quia hæc actio de tigno juncto sit pœnalis, adeoque locum non habeat adversus eum qui nihil deliquit. (3) Quod Paulus *l.* 98. §. *ult. ff. de solut.* diserte dicit adversus bona fide jungentem actionem dari in simplum. Sed resp. (1) XII. tabb. non abscisse meminisse tigni furtivi. Verba enim hæc servavit Festus: *Tignum junctum ædibus vineæque concapes ne solvito.* Addidit Gothofredus: *Ast qui junxit duplione damnator. Tigna quandoque sarpta, donec demta erunt, vindicato.* Unde exempli tantum causa JCti. meminerunt tigni furtivi. (2) Quod hæc actio quamvis pœnalis etiam adversus bona fide jungentem detur, ratio est culpa, quæ & in bona fide jungentem cadere potest. Ita rectè B. Pagenstecher. in *Inner. inj. vapul. coit.* 34. §. 7. (3) In *lege* 98. *de solut.* non negatur duplum peti posse, sed pretium refundendum esse censetur. Queritur 2. an jungens exemto tigno liberetur? Adfirmat noster: adfirmant alii. Sed legem XII. tabb. prohibitivam fuisse patet ex *l.* 6. *ad exhib. l.* 1. *de tign. junct. & l.* 98. *in fin. de solut.* Et ratio ne urbs ruinis deformetur, vel ne ædificia dissolvantur non admittit ut dicamus in arbitrio esse jungentis tignum eximere an duplum solvere malit; *l.* 63. *de don. int. vir. & ux.* loquitur de eo qui sciente & patiente domino junxit. HEIN. Opinio Vinnii *leg.* 16. *tit.* 2. *Part.* 3. confirmata est, atque in eum dupli actio statuta qui bona fide junxit; adversus eum vero qui mala fide, decernitur *dict. leg.* actio in quantum do-

dominus jurejurando in litem sua interesse firmaverit. ADDIT.

Omnis materia ex qua ædificia fiunt] Traditur hoc idem & in *l. 7. ad exhib. l. 62. de verb. sign.* unde quidam ajunt tegulam quoque & lapidem & testam, hoc amplius & calcem & arenam tignorum appellatione contineri; in vineis perticas & pedamenta ceteraque 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. *hujus* §. *l.* 23. §. *ult. de rei vind. l.* 33. *de adq. poss. l.* 23. *de usuc.*

TEXTUS.

De ædificatione ex sua materia in solo alieno.

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. Certe 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 alienum esse potest objici culpa quod ædificaverit temere in eo solo quod intelligebat alienum esse.*

LL. 42. *&* 44. *tit.* 28. *Part.* 3. *& l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 3. *for. legg.*

COMMENTARIUS.

1 *Quantum ad materiam attinet jus variare pro conditione personarum ex sua materia in alieno ædificantium.*

2 *Non semper eum qui in alieno sciens ædificat donandi animo adificare intelligi.*

3 *Ædificatorem in possessione constitutum pretium materiæ & impensas servare posse opposita doli mali exceptione.*

4 *Non possidenti nullam eo nomine actionem jure proditam.*

5 *An malæ fidei possessor pretium materiæ & impensas eadem ratione servare possit.*

EXplicatur hìc 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 varie constituitur quantum quidem attinet ad materiam & impensas in ædificando factas; nam ad ædificii adquisitionem quod attinet, inter personas ædificantium nihil interest, sed illius semper fit domus cujus est solum juxta regulam jam traditam & expositam §. *præced.*

1. *Utique si non ignorabat*] Cum non de ædificio ipso sed aut de materia aut de pretio materiæ aliisve impensis cous quendis quæritur, non eadem omnium ædificantium in proposito ratio est; sed alia ejus qui bona 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 verb. à me notat.* Et ideo licet manente ædificio nullam de materia neque actionem neque exceptionem habeat quibus consequi possit ut materia separetur & sibi reddatur propter legem XII. tabb. de æstimatione tamen ei consultum est, de quo mox; & ædificio diruto poterit ipsam materiam vindicare, *l.* 2. *C. de rei vind.* 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 hìc Justinianus post Gajum in *l.* 7. §. 12. *de adq. rer. dom.* quod sua voluntate materiam intelligatur alienasse, id est donasse domino soli. Nimirum hæc juris adversus eum qui non ignorat se in alieno ædificare præsumtio est, *arg. l.* 14. *de donat. l.* 53. *de reg. jur.*

2. Ceterum si qua probabilis conjectura sit ob quam videri possit licet sciens non tamen animo donandi ædificasse, dissoluto ædificio materiam vindicare non prohibetur, *l.* 2. *C. de rei vind.* Finge aliquem in aliena area ædificasse cujus bonæ fidei emtor fuit; verum ædificasse quo tempore jam sciebat alienam: negabo id eum animo donandi fecisse.

Quip-

Quippe cum spem haberet fore ut aream usucaperet, *arg. l.* 37. *de rei vind.* 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, *l.* 55. §. 1. *locat.* Sed & si quis mala fide in alieno ædificavit, dum ex materia item non sua, æquum est soluto ædificio materiam ad pristinum dominum redire, *arg. d. l.* 2. Atque hæc etiam communis Interpp. sententia est. Vid. Wesemb. Myns. Schneid. Cantiunc. *hic*, Bald. Salic. Sichard. ad *d. l.* 2. *C. de rei vind.* Fachin. 1. *controvers.* 55.

3. *Si in possessione constituto ædificatore &c.*] Cum igitur stante ædificio ædificator, cujuscumque generis sit, nullam ut dictum est actionem aut exceptionem habeat qua materiam ipsam consequatur, quæsitum est de materiæ æstimatione ceterisque impensis quæ in ædificando factæ sunt, anne eas saltem ædificator remedio aliquo consequi possit. Atque hic iterum aliud atque aliud pro circumstantia temporis & conditione ædificantium servatur. Primum refert, possideat ædes ædificator an non possideat. Si possidet, placet eum impensas servare posse per retentionem opposita doli mali exceptione, si dominus ædificium vindicet non oblata restitutione impensarum. Et hoc est quod Jurisconsulti in *d. l.* 7. §. 12. & 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.* 14. *de cond. ind.* junct. *l.* 1. *de dol. mal. exc.* Unde etiam placuit hanc exceptionem eo usque dumtaxat dandam quo res facta est pretiosior, *l.* 38. *de rei vind.* & ita demum si sumtus fructuum ante litem contestatam perceptorum modum excedant, *l.* 48. *eod.* Nam qui suum tantum recipere vult nihil dolo facit, *l.* 129. *de reg. jur.* nec studet cum aliena jactura locupletari qui hoc tantum agit ut pro quantitate fructuum perceptorum impensæ minuantur.

4. Si non possidet nulla ei actio jure prodita est qua pretium materiæ aut sumtus à se factos consequatur. Id adeo ita esse remotio actionum quæ hic esse possint declarabit. Vindicationem & actionem ad exhibendum sustulit lex XII. tabb. Actio de tigno juncto adversus eum solum comparata est qui ipse tignum junxit, *l.* 1. *de tign. junct.* In factum actio de qua in *l.* 23. §. 5. *de rei vind.* non datur adversus eum cujus nullum factum intervenit. Sed nec actio hic esse potest negotiorum gestorum, quia qui in rem tamquam suam aliquid impendit suum negotium non alienum gerit; qua ratione etiam ei denegatur repetitio, *l.* 5. *C. de rei vind.* & generaliter omnibus qui non sunt hoc animo ut quid ab alio repetant aut alium sibi obligent, *l.* 4. *C. de neg. gest. l.* 14. §. 1. *vers. diversum, comm. divid.* quippe actus agentium non operantur ultra eorum intentionem, *l.* 19. *de reb. cred.* Postremo nec conditionem indebiti habere potest, nam ut disserit Julianus *l.* 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 Pomponii, ex quibus causis retentionem quidem habemus petitionem autem non habemus, ea si solverimus repeti non posse, *l.* 51. *d. tit.* Sed non opus est hac inductione. De singulis si quis dubitet, constanter Veteres omnes scribunt nullo alio modo impensas in rem alienam factas servari posse quam per retentionem opposita doli mali exceptione si res à domino vindicetur, Papinianus *l.* 48. *de rei vind.* Julianus *d. l.* 33. *de cond. ind.* Paul. *l.* 14. *de dol. mal. except.* Pompon. *l.* 21. *ad sen. Treb.* Quamobrem cum hoc remedium nulli alii competere possit quam possidenti, nobis non licet contra manifestam rationem juris & textus expressos aliud excogitare quo subveniatur etiam non possidenti, data scilicet ei ultro pro consequendis impensis actione, idque solo æquitatis obtentu, deficiente causa & fundamento in quo actio radicetur, per *l.* 1. *C. de legib.* Scilicet facilius alicui actione instituta per officium judicis succurritur in eodem judicio, quam 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.* Tim. Fab. *annivers. disp.* 13. *th.* 3. Existimat quidem D. Cujacius 10. *obs.* 4. posse non possidentem conditione incerti possessionem repetere, atque ita adhuc contra agentem opposita doli mali exceptione sumtus servare, *arg.*

l. 15. §. 1. *l.* 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 tamquam in rem propriam, qui casus hic proponitur, per *text.* in *d. l.* 14. §. 1. *ff. comm. div. l.* 5. *C. de rei vind.* Fallitur quoque Martinus Glossator eumque secutus Gœd. in *l.* 79. *de verb. sign.* dum non possidenti utilem actionem negotiorum 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 tamquam alienas gerendas accessit, licet eo animo ut inde lucrum faceret aut quasdam interverteret. In reliquis duabus de his agitur qui impensas fecerunt in rem quam ex contractu & à domino acceperunt, quos certum est vel actione contraria vel negotiorum gestorum sumtus in eam factos consequi posse; quod & vulgo hic notant DD. Non obstat nobis *l.* 5. *C. de rei vind.* ubi etiam malæ fidei possessor dicitur habere repetitionem necessariarum impensarum. Primum quia hic non de necessariis impensis quæritur sed de utilibus. Deinde quia ex eo quod dicitur impensarum esse repetitio, non sequitur illico 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. 20. *comm.* 7. post Cyn. Castr. Salic. in *d. l.* 5.

5. *Utique si bonæ 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.* 37. *de rei vind. l.* 45. §. 1. *ff. in fin. de act. emt. l.* 5. *C. de ædif. priv.* Quibus consentaneum est quod scribit Papinianus *l.* 48. *de rei vind.* sumtus 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. Etenim si is item simili se exceptione tueri velit adversus dominum vindicantem, culpam ei objici posse & à domino replicari quod temere & sciens ædificaverit in alieno solo, *hoc text. & l.* 7. §. 12. *de adq. rer. dom. l.* 37. *de rei vind.* Denique sumtus per errorem factos hac ratione servari posse, *l.* 27. §. *ult. d. tit.* qui improbe facti sunt restituendos non esse, *l.* 5. *C. de ædif. priv.* Quid igitur est quod Paulus scribit *l.* 38. *de her. pet.* etiam in prædonis persona haberi rationem impensarum, ne petitor ex aliena jactura locupletetur? Non distinguam, ut vulgo, inter petitionem hereditatis & 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; verum in hujus quoque persona haberi rationem impensarum necessariarum & utilium. Quod sic omnino accipi debet ut necessarias quidem deducat (nam necessariarum impensarum deductio tributa est omnibus possessoribus, etiam qui mala fide possident, *l.* 5. *C. de rei vind.*) utiles vero, de quibus solis hic quæritur, sine læsione rei tollat, *d. l.* 37. *ff. de rei vind. 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 sane id pro suo jure facere, *l.* 38. *de rei vind.* sed hoc casu utiles 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 hereditatis & singularum rerum distinctionem magis probet, *not. ad Treutl.* 1. *disp.* 14. *thes.* 19. *& p.* 2. *disp.* 20. *thes.* 6. Alii, *d. l.* 38. restringunt ad impensas utiles & necessarias simul. Sed tunc nihil definierit Jurisconsultus de utilibus tantum; & tam utiles simpliciter quam 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 sumtus in eam á possessore factos multas & magnas recipit varietates, tum ex personis possessorum & petitorum, tum ex causis & generibus sumtuum, quæ omnia sigillatim persequi non est hujus loci. Vid. D. Donell. 20. *comm.* 7. Costal. in *l.* 38. *de rei vind. & l.* 33. *de cond. ind.* Menoch. *rec. poss. rem* 15.

n.

n. 500. *& seqq.* Charond. *lib.* 10. *resp.* 16. Garz. *de expens. & meliorat.* & alios allegatos à D. Christin. *vol.* 2. *decis*, 174.

TEXTUS.

De plantatione.

31. *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit ipsius erit. Et ex diverso si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit Mævii planta erit, si modo utroque casu radices egerit; ante enim quam radices egerit ejus permanet cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore qua radices egerit planta proprietas ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii presserit ut in ejus fundum radices egerit Titii effici arborem dicamus; ratio enim non patitur ut alterius arbor esse intelligatur quam cujus in fundum radices egerit. Et ideo circa confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit communis fit.*

L. 43. *tit.* 28. *Part.* 3.

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, primum ei qui alienam posuit in solo suo, deinde & qui suam posuit in alieno.*

3 *Pomponius cum Gajo & Justiniano conciliatus.*

SEcunda species cessionis propositæ est plantarum positarum in alieno solo; de qua ita post Gajum in *l.* 6. §. *ult. de adq. rer. dom.* scribit Justinianus: *Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit ipsius erit.* Et ex diverso: *si Titius suam plantam in Mævii solo posuerit Mævii planta erit; si modo utroque casu radices egerit, ante enim quam radices egerit ejus permanet cujus fuerat.* Tria sunt quæ his verbis docemur. Primus est, plantas in alieno solo positas ejus manere cujus fuerant usque dum radices egerint. Alterum, ex quo radices egerint solo cedere & incipere eius esse cujus est solum. Tertium, nihil in proposita specie interesse utrum quis in suo solo plantam alienam posuerit an in solo alieno plantam suam. Ratio cessionis supra est exposita; cui etiam hæc accedit quod plantæ non tantum in solo consistant, sed ubi radices egerint, etiam ex eo solo alimentum capiant & succum, citra quem vivere ac vegetari non possunt, *l.* 26. §. 2. *de adq. rer. dom.*

Si modo utroque casu radices egerit] Item valet, si coaluerit, §. *seq. & d. l.* 26. §. 2. *de adq. rer. dom. l.* 9. §. 2. *de damn. inf.* nam radicum immissione fit ut plantæ cum terra coalescant & uniantur, ut jam earum non sit separatum à fundo corpus, *l.* 40. *de act. emt.* Coaluisse autem & radices immisisse certum judicium est si vivit adhuc & vegetatur arbor post id tempus quo emori & exarescere poterat, & certius etiam si quid ex se emittat aut fructum ferat.

1. Et sciendum est proprietatem arboris transplantatæ, ubi semel radices egerit, ita commutari ut nec eruta postea ad priorem dominum revertatur, *d. l.* 26. §. 2. Quamobrem nec ei sic consultum est ut domino materiæ quæ juncta est alieno ædificio; quippe quam dominus, cum eadem maneat & suo sensu ejusdem, diruto ædificio vindicare potest, *d. l.* 2. *C. de rei vind.* arbor autem quæ in aliena terra coaluit non manet eadem, sed fit alia & nova alieno novi soli alimento, *d. l.* 26. §. 2. *de adq. rer. dom.* Hinc etiam est quod qui plantam suam in alieno posuit, nec possidens retentionem habeat in hoc ut positam sibi tollere liceat, cum nec separata ejus sit; quod contra est in eo qui ex sua materia in alieno ædificavit, *l.* 27. §. *ult. l.* 37. *ff. de rei vind. l.* 5. *C. eod.* vid. §. *præc.*

2. Ceterum æquum est adversus eum qui alienam arborem in suum transtulit de pretio saltem priori domino arboris consuli, ne sic res ei pereat alieno facto ut nec æstimationem consequatur. Dabimus ergo ei actionem in factum ex definitione *l.* 23. §. 5. *de rei vind.* Varus & Nerva utilem in rem dabant, *l.* 5. §. 3. *d. tit.* nimirum pretii consequendi gratia; nam directam in rem non habet, *l.* 9. §. 2. *de damn. infect.* Adversus eum qui mala fide transtulit est etiam actio furti, & condictio furtiva ut adversus furem, §. *ult. Inst. 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 edificavit. Igitur si possessione excidit, nullam de pretio arboris aut sumtibus à se factis actionem habet, nam nec in factum dari potest, quia hæc est de damno alii dato. Solum hoc ei relinquitur ut si bona fide posuit & adhuc in possessione est, æsti-

mationem & sumtus servet per doli mali exceptionem, *l.* 11. *C. de rei vind. l.* 9. *in pr. ff. de adq. rer. dom.* Malæ autem fidei possessori culpa objici potest quod temere plantam posuerit in solo quod sciebat alienum esse, *arg.* §. *præced.*

Ut in ejus fundum radices egerit] Sic nimirum ut tota jam ex terra Titii 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 dumtaxat trahat. Consulendi hìc rei rusticæ studiosi. Illud à mente & verbis Justiniani plane alienum est quod quidam scribunt, non veterem arborem quæ in vicino fundo posita in Titii fundum radices egerit Titii fieri: quasi impossibile sit ut ea omnes radices in Titii fundum agat sic ut tota inde alatur; sed novam quæ forte ex ramis in terram Titii depressis exurgat. Ait enim Justinianus proprietatem arboris commutari, quod omnino de vetere arbore quæ ante vicini erat accipiendum est; & quod sequitur de arbore prope confinium posita, eam communem fieri si in vicini quoque fundum radices egerit, non de alia accipi potest quam quæ antea fuerat tota unius.

3. *Si etiam in vicini fundum radices egerit communis fit*] Efficit hoc eadem ratio; sed hoc sic temperandum, si ea arbor in vicini fundum etiam integras aliquod radices egerit; nam si extremas tantum radicum partes in vicini fundum porrexerit, quamvis inde nonnihil alimenti capiat, ejus tamen manet cujus in fundo origo ejus fuit; eo quod radices magis juxta arboris truncum spectandæ quam partes earum extimæ. Et ita Pomponius in *l.* 6. §. *ult. arb. furt. cæs.* cum Gajo & Justiniano conciliandus. D. Pac. *in analys. hìc.* VINN. Immo diversas fuisse apparet Gaji & Pomponii sententias. Gajus nec trunci nec ramorum rationem habet; Pomponius solius trunci. Germani fere ad ramos respiciunt; ut fructus in tantum sint communes in quantum in utriusque fundum propendent rami, *Jus Prov. Sax. lib.* 2. *art.* 52. Simile quid ex statuto Ultrajectino & moribus observari in provinciis Belgicis notavit Ulr. Huber. *præl. hoc tit* §. 41. HEIN.

Communis fit] Abusive. Non enim pro indiviso communis fit sed pro regione cujusque prædii, *l.* 8. *de adq. rer. dom.* Ceterum eadem arbor eruta communis esse incipit pro indiviso tamquam partibus quæ prius certis locis distinguebantur jam invicem confusis. Eademque ratio est lapidis in confinio nati & inde postea exemti, *l.* 19. *comm. div. l. pen. pro soc.* rectèque monet D. Cujac. *hìc in d. l.* 8. *de adq. rer. dom.* legendum esse, *& sunt pro diviso communia prædia*; non ut in codice Pisano legitur, *pro indiviso.* Et vero confinium non est nisi in fundis vicinis qui finibus discreti sunt.

TEXTUS.

De satione.

32. *Qua ratione autem plantæ quæ terræ coalescunt solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque quæ sata sunt solo cedere intelliguntur. Ceterum 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 consevit.*

L. 42. *tit.* 28. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

TErtia species accessionis superiori plane 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 conseverim tuæ fiant; non enim semen quod iniectum solo est amplius inspici placuit sed solum in quod injectum est & corpus unde segeres nascuntur, *l.* 25. *in princ. &* §. 1. *de usur.* Quibus autem modis domino plantæ quæ in aliena terra coaluit consulitur, iisdem & domino injecti seminis. Igitur si quis suum fundum alieno semine bona fide conseverit, non poterit dominus seminis alia actione quam 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 desiit 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 opposita doli mali exceptione si res vindicabitur, *l.* 9. *de adq. rer. dom.* possessione vero amissa nullam impensarum nomine actionem habet. Si mala fide, ne possidens quidem vel per retentionem quidquam servare potest, *l.* 11. *C. de rei vind.* fac. *l.* 14. *de donat.*

TEX-

Textus.

De scriptura.

33. *Litteræ quoque licet aureæ sint perinde chartis membranisve cedunt ac solo cedere solent ea quæ inædificantur aut inseruntur. Ideoque si in chartis membranisve tuis carmem vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius sed tu dominus esse videris. Sed si á Titio petas tuos libros tuasve membranas, nec impensas scripturæ solvere paratus sis, poterit se Titius defendere per exceptionem doli mali; utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est.*

L. 36. *tit.* 28. *Part.* 3.

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, eâdem 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 accessionum omnium communis, *l.* 23. §. 3. *de rei vind.* qui etiam alibi diserte 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 longe pretiosiores, tamen accessionis vice chartæ cedant necesse est; ut & purpura licet pretiosior sit vestimento cedit, & superficies quæ & ipsa pleramque pretiosior est solo. Contra hanc tamen adquirendi rationem disputat hoc loco D. Hotomannus. Ait, absurdam esse chartæ & soli, ædificii & 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 imposita quodammodo interire & consumi, atque ob id sufficere debere si domino æque bona reddatur aut solvatur ejus æstimatio. Sane perquam iniquum & absurdum videri eum qui forte rationes suas aut meditationes in aliena charta scripserit, quas plurimum ejus intersit cum aliis non communicari, scripturam amittere easque chartas à domino vindicari posse. Et quid si inventarium sit aliudve instrumentum in quo fortunæ alicujus positæ? Sed verum non est quod Hotomannus ait, chartam accessione litterarum perire aut consumi; totaque sua disputatione nihil aliud efficit quam quod in proposito, si forte tales species qualium ille meminit inciderint, ratio hujus juris non præcise servanda sit. Quis autem hoc neget. Hodie etiam totum hoc jus mutatum creditur, ut jam non amplius scriptura chartæ sed charta scripturæ cedat, chartamque ad se per prævalentiam trahat: testis post alios Mynsing. *hic.* Vinn. Ex nostratibus Pichard. Addit.

Poterit se Titius defendere per exceptionem) Scribenti, nisi chartam possideat, scriptura sua perit: nam neque vindicare eam potest, quia totum vindicaret quod illius non est; nec ad exhibendum agere ut scriptura separetur, quod fieri non potest. In factum quoque actionem non habet, non magis quam ceteri 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.* 33. *ff. de cond. ind. l.* 11. *C. de rei vind.* Tantum exceptio doli bona fide possidenti relinquitur, ut per retentionem rei impensam scripturæ consequatur, *d. l.* 9. §. 1. *de adq. rer. dom.* nec aliter tamen quam si & scriptura utilis sit domino chartæ, ut ea recepta locupletior fiat propter scripturam, *arg. l.* 38. *de rei vind.* Ceterum 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.

De pictura.

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 Parrhasii 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 pa-*

lam

lam est quod sive is qui pinxit surripuit tabulas sive alius, competit domino tabularum furti actio.

L. 37. tit. 28. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1 *Cur in pictura á communi ratione adquirendi 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 contrà 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 quidquam de jure cessionis mutat pretium picturæ; alioqui dicendum 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 pretii, ut disputat Paulus contra nonnullos Veterum qui de pictura contrà sentiebant, *l.* 23. §. 3. *de rei vind.* Ceterum Justinianus hic insuper habita & auctoritate & ratione Pauli, Veterum illorum, inter quos & Gajus noster fuit *l.* 9. §. 2. *de adq. rer. dom.* sententiam amplectitur, vultque nominatim quid iis placebat, in specie proposita subjectum cedere adjuncto, tabulam picturæ.

1. Rationem si quæras, scribit Paulus *d. loc.* eos qui in pictura à communi adquirendi 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 sane non est si ea de solo pretio rei pictæ accipiatur; verum arbitror Veteres maxime pretium ipsius artis spectasse, cujus scilicet tanta sit dignitas præstantia atque nobilitas, ut quæ ab ea profecta sunt etiam prærrogativam aliquam in re de qua agimus mereantur. Sane vocis *picturæ* significatio id non impedit; quippe qua non minus ars ipsa pingendi quam res aut tabula picta denotatur, veluti cum dicimus certare pictura, docere, exercere picturam &c. Plin. *lib.* 35. *c.* 9. *Certamen picturæ institutum est Corinthi ac Delphis*; & ejudem *lib. c.* 10. *Hujus* (Pamphili Macedonis) *auctoritate effectum est Sicione 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.*

Aliis videtur picturam qualiscumque sit tabulæ cedere] Hoc est picturam etiam quæ maximi pretii sit & nobilissimam cedere tabulæ cui imposita est licet longe viliori. Inter hos autem & Paulus noster est, *d. l.* 23. §. 3. *de rei vind.* cujus sententia cum aliis locis à quibus commode separari non potuit in contextum forte irrepsit. Qui negant Paulum ab aliis dissensisse, eos oportet esse egregios dissidentium opinionum conciliatores.

2. *Picturam Apellis vel Parrhasii*] Quid ergo si non Apelles aliquis aut Parrhasius, Zeuxisve aut Phidias sed alius longe inferioris notæ pictor imaginem in aliena tabula posuerit? An dicemus imaginem quam ille pinxit tabulæ cedere, quia Justinianus insignium tantum pictorum mentionem facit? Mihi quidem non videtur ea mens esse Imperatoris; cum Gajus cujus sententiam hic sequitur & approbat simpliciter pronuntiet placere tabulas picturæ cedere, *d. l.* 9. §. 2. *de adq. rer. dom.* Et sane non satis rationi convenit ob excellentiam alicujus artificis jus in universum mutari, quod hic factum est. Quamobrem existimo Justinianum exempli tantum causa insignium horum pictorum meminisse; in universum autem non artificis sed artis præstantiam cum ceteris spectasse. Ita propemodum & D. Tulden. *hic cap.* 38. & Fabrot. *ad Theoph.* De Apelle, Parrhasio aliisque primæ notæ pictoribus antiquis, vid. Plin. *dd. locis* VINN. Immo veram rationem attigisse videtur Edm. Merillius, *obs. lib.* 8. *cap.* 28. quod per picturam fiat quædam specificatio. Eam rationem probari etiam video vir. cl. Schultingio ad Caji *Inst.* 2. 1. 4. *p.* 82. HEIN.

Is qui pinxit eam petat, nec solvat pretium tabulæ] Ex sententia Justiniani & Gaji competit ei qui pinxit adversus dominum tabulæ recta vindicatio. Hinc quia domino tabulæ etiam vice mutua cavendum, ne cum sua re pretium quoque alieno facto emittat: placuit eum qui pinxit non aliter in rem efficaciter ex-

experiri quam si pretium tabulæ inferat; alioqui nocituram ei doli mali exceptionem, *d. l. 9. §. 2. de adq. rer. dom.*

3. *Consequens est ut utilis actio domino tabulæ*] At cui consequens? Nihil enim hactenus dictum unde hoc consequatur. Immo ex eo quod tabulam picturæ cedere dictum est, eumque qui pinxit dominum tabulæ fieri, contrà potius colligas priori tabulæ domino omnem omnino vindicationem negari. Verum arbitror Justinianum hoc significare velle: cum 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. 23. §. 5. de rei vind.* nonnumquam etiam ex æquo & bono contra severitatem juris detur utilis in rem, ut in specie *l. 5. §. 3. eod.* quæ prope abest à nostra: placere etiam hanc eandem æquitatis rationem domino tabulæ accommodari. Et forsassis 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, & rectà possit à domino vindicari, *arg. l. 56. ff. de rei vind. l. 2. C. eod.* contrà quam existimat Cantiuncula.

4. *Nec solvat impensam picturæ*] Quid ergo si pictor imaginem retinere malit pretio tabulæ contrà oblato? uter audiendus? Haud dubie pictor; quippe qui juris auctoritate verus dominus factus etiam directam in rem adversus possessorem dominum tabulæ actionem habet, qua scilicet efficaciter experiatur, etiamsi possessor retinere malit paratus solvere impensam picturæ, ut recte post Glossam communiter Interpretes censent.

5. His proinde etiam in eo assentior quod in concursu adversus tertium possessorem eum qui pinxit domino tabulæ præferunt; licet D. Donellus *lib. 4. comm. cap. 36.* contrà 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 & Jurisconsulti, quos manifestum est sicut tabulam picturæ cedere volunt ita etiam pictorem quam dominum tabulæ, actionem directam quam 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.

Utique 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 aperte hic possidenti denegatur, licet dominus tabulæ tabulam ab eo petat non oblato pretio picturæ. Ceterum omissa exceptione doli poteritne saltem (quod Wesembecio & Bachovio placere video) excipere de dominio tabulæ, atque ita vincere oblata tabulæ æstimatione; cum mala fides non impediat quominus hisce modis per accessionem dominium quæratur? §. 2. *sup. eod.*

6. Mihi videtur Justinianus non obscure 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 possessionem erit ei in rem actio adversus dominum tabulæ quamvis pretium offerat.

Textus.

De fructibus bona fide perceptis.

35. *Si quis à non domino quem dominum esse crediderit bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa æque bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus quos percepit ejus esse pro cultura & cura; & ideo si postea dominus supervenerit & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possederit non idem concessum est. Itaque cum fundo etiam fructus licet consumti sint cogitur restituere.*

L. 39. tit. 28. Part. 3.

Commentarius.

1 *Quid sit fructus & quotuplex.*
2 *In persona adquirentis quæ spectanda.*
3 *Quando fructus percepti intelligantur.*
4 *Præcipuam & adæquatam hujus adquisitionis causam esse possessoris bonam fidem.*

5.

5 *Denegari possessori fructuum adquisitionem ex quo cognovit rem alienam esse.*

6 *Nihil in proposito interesse, titulo oneroso possideat quis an lucrativo.*

7 *Ostenditur multis cùm rationibus tum exemplis qualitatem fructuum nihil de hac adquisitione mutare.*

8 *Pomponius cum aliis conciliatus.*

9 *Bonæ fidei possessorem fructus omnes consumtos lucrari, non consumtos restituere.*

10 *An bonæ fidei possessor consumtorum fructuum nomine teneatur quatenus ex iis locupletior factus est.*

11 *Quid circa præsentem disputationem in praxi obtineat.*

32 *Malæ fidei possessorem nullos fructus aut percipiendo suos facere aut consumendo lucrari.*

MOdos adquirendi jure gentium commodioris doctrinæ gratia ita supra distinximus, quod quædam eo jure nobis adquirantur facto nostro & occupatione, quædam solius rei nostræ beneficio ac potestate; in quibus tamen explicandis ordinem à Compositoribus servatum hìc sequi necesse fuit. Et fere jam hi modi etiam speciatim à nobis expositi sunt, omnes quidem omnino & singuli quibus sine facto nostro sola rei nostræ vi adquirimus; quibus vero 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 adquisitio fructuum ex re aliena bona fide possessa perceptorum. 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; agrove ab alio consito bonæ fidei possessoris non fierent, licet perceptio bonæ fidei possessori sit causa sine qua non. Denique nec ulla alia ratione videtur hæc forma adquisitionis defendi posse. Nam cum inter cætera quæ potestate rei nostræ jure gentium adquirimus vel maxime sint fructus qui ex ea nascuntur, *l.* 25. *in pr.* & §. 1. *de usur. ll.* 2. & 6. *ff. de adq. rer. dom. l.* 11. *C. de rei vind.* §. 19. *sup. hoc tit.* ejusdem quoque juris rationi convenire videtur ut iidem fructus nostri maneant etiam cum à re unde extiterunt separati sunt. Nam si fructus pendentes pars sunt fundi, & ejus qui fundi dominus est, *l.* 44. *de rei vind.* necesse est etiam separatos ejusdem manere; id enim est quod dicitur, meum esse quod ex re mea superest, *l.* 49. §. 1. *eod.* Et res ita habet. Ceterum hæc adquisitio istius regulæ quædam exceptio est; placuitque hìc rem ipsam potius quæ adquiritur & personas adquirentium, quam modum formamve adquisitionis communem spectari. Tres igitur causæ sunt quæ huic adquisitioni locum faciunt, res quæ adquiritur, persona adquirentis, adquirendi ratio & modus.

1. Res quæ adquiritur sunt fructus. Fructus teste Varrone 4. *de ling.* à ferendo dictus est ut sit omne id quod res ferat. VINN. Hæc non reperio apud Varronem, qui *lib.* 4. *cap.* 4. *fruges & fructus* derivare videtur à *fruendo*, spicas à spe, culmum à culmine. Ceterum fructus proprie dicuntur ex ipso corpore obvenientes. Qui rei tantum occasione ad nos redeunt proprie fructus non sunt, *l.* 121. *ff. de verb. sig.* Interpretatione tamen & hæc pro fructibus habentur. Et ita intelligenda quæ apud auctorem sequuntur. HEIN. Nostri cum generalius 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 proprie fructus sunt, *l.* 121. *de verb. sign. l.* 62. *de rei vind.* sed in fructu numerantur quia vicem fructuum obtinent, *ll.* 19. 34. & 36. *de usur. l.* 29. *de her. pet.* eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, *l.* 27. §. 1. & 3. *seqq. eod. d. l.* 62. *de rei vind.* Ceterum de isto genere hìc non quæritur. Naturales fructus sunt, quos natura ex re ipsa producit; eorumque duplex item potest esse consideratio; aut enim natura sola & αὐτομάτως id est sponte magis quam diligentiâ 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.* 45. *de usur.* unde hæc distinctio petita. Huc item nonnulli referunt fœtus pecudum, lac, pilum, lanam, *arg. l.* 7. §. 9. *sol. matr.* Wesemb. *hic* Don. 4. *comment.* 25. Menoch. *de arb. cap.* 120. *n.* 26. & sane hæc absque cura & sumtu

tū possessoris non proveniunt, sed tamen non ideo minus fructus naturales censeri oportere contendit Pinell. *in l. 2. C. de rescind. vend. p. 2. c. 4. n. 52.* & D. Tulden. *cap. 45.* post Curtium *2. conject. ad frat. cap. 44.* Ego cum Bartolo in *l. 35. de rei vind.* Covarr. *1. resol. 3. n. 6.* existimarem nonnihil hic tribuendum esse arbitrio judicis; quamvis id ad quæstionem propositam parum faciat. Utut est, de utroque hoc genere sed solo disputatur hoc §.

2. In persona adquirentis 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. 27. de cont. emt. l. 109. de verb. sign.* Modus horum fructuum adquirendorum est perceptio. Nec interest an ipse possessor eos percipiat an alius suo nomine, non possessoris, *l. 13. quib. mod. usuf. amitt. l. 25. §. 1. de usur.*

3. Percepti autem fructus intelliguntur simul atque à re qua tenebantur separati sunt: in fundo, cum se terra continere desierunt, veluti spica aut fœno cæso, uva ademta, excussa olea, nucibus & pomis dejectis aut decerptis, licet nondum collecti aut avecti sint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum, *d. l. 13. & d. l. 25. §. 1. l. 78. de rei vind.* in animalibus, cum fœtus editus, lac expressum, lana detonsa est, *l. 28. de usur. l. 48. in fin. de adq. rer. dom.* Nonnumquam tamen verbo percipiendi aliquid amplius designatur quam simplex illa, quam dixi, fructuum à re separatio; quomodo accipiendum quod Paulus scribit in *d. l. 48.* fructus bonæ fidei possessoris fieri etiam prius quam eos perceperit: nimirum prius quam perceperit plene & perfecte, prius quam eos collegerit, avexerit, quam spicam triverit, uvas, olivas expresserit, *d. l. 78. de rei vind.* Tribuitur igitur hæc adquisitio perceptioni. At quo jure, quave ratione? Naturali, ut ait hic Justinianus, nimirum propter culturam & curam possessoris percipientis. Sed enim neque sola hæc adquisitionis hujus ratio est, neque præcipua ut patet ex iis quæ jam disputata sunt; & si culturæ tantum aut curæ ratio hic haberetur, hoc solum 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.

4. Principalis vero ratio in persona possessoris quærenda. Ea est bona fides, quippe quæ facit ut possessor pene pro domino haberi debeat, *d. l. 25. §. 1. de usur. d. l. 48. de adq. rer. dom.* & hinc non tantum fructus sed & cetera fere omnia quæ dominis tribuuntur, eadem tribuuntur & bonæ fidei possessoribus, veluti amissa possessione actio in rem Publiciana in his rebus quæ usucapi possunt, §. 4. *Inst. inf. de action. tot. tit. ff. de Publ. in rem act.* item quæ servi alieni & liberi homines bona fide possessi ex operis suis aut re possessoris adquirunt, §. 5. *Inst. infr. per quas pers. cuiq. adq.* In summa, bona fides tantumdem præstat possidenti quantum rei veritas, quoties lex impedimento non est, ut ait Juriscons. in *l. 136. de reg. jur.* VINN. Non ignotus hic JCtorum dissensus. Alii culturam & curam statuunt esse hujus adquisitionis causam, alii cum auctore nostro bonam fidem. Hinc illi industriales tantum, hi & naturales fructus bonæ fidei possessori adquiri putant. Res clara videtur. Causa proxima est *cultura & cura*, id est qualiscumque rei impensa. Culturam enim & curam synonyma hic esse pridem docuit vir. cl. Ger. Noodt *prob. 11. 7.* At causa remota est bona fides. Hinc tametsi bonæ & malæ fidei possessor eamdem curam rei impendant, tamen hic fructus non adquirit, quia ipsi nec color nec jus colendi fuit. Rem eleganti loco ex Terentii Adelph. *act. v. scen. 3. v. 27.* illustrat laudatus Noodt *comm. ad tit. ff. de rei vind. p. 197. tom. II. op.* An ergo & naturales fructus adquirit bonæ fidei possessor? Omnino, quia nulla res est quæ si non culturam saltem curam aliquam non exigat. HEIN.

Quem dominum esse crediderit] 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, puta procuratorem aut tutorem esse, *l. 109. de verb. sign. l. ult. pro emt. l. 13. §. 1. & l. seq. de Public. in rem act. l. 27. de contr. emt.* At enim si dominum esse existimet, necesse est ut simul credat esse eum cui rerum suarum alienatio non sit interdicta. Nam si verbi causa á pupillo quem dominum putet rem emerit sine tutoris auctoritate, non videtur bona fide emisse, *d. l. 13. §. 2. de Public. d. l. 27. de cont. emt.* Si tutorem putet, ut credat etiam se ab eo emere lege non prohibente, *d. l. 13. §. 2. ff. de Public. in rem act. l. 22. C. de adm. tut.* Si existimet procuratorem, ut putet aut esse eum cui nominatim de re tradenda mandatum sit, aut cui libe-

ta negotiorum omnium administratio à domino permissa, *l.* 17. *in fin. de jurejur. l.* 9. §. 4. *de adq. rer. dom.*

Aliave justa causa] Nam cum numquam nuda traditio dominium transferat, non aliter existimare potest rem in se transferri quam si justa causa præcedat propter quam traditio sequatur, *l.* 13. *de adq. rer. dom. d. l.* 15. §. 1. *de Public. in rem act.* Justam autem causam appellat justum titulum ex quo si res à domino eove qui jus transferendi habet traderetur, dominium statim in accipientem transiret, cujusmodi causæ sunt emtio, donatio, dos, permutatio, legatum, judicatum, noxæ deditio, transactio, adjudicatio, *l.* 1. *& seqq. de Public. in rem act.* Nec sufficit putare titulum intervenisse si non intervenerit. Nam ut falsa existimatio nostra usucapionem non parit, ita nec ad fructuum adquisitionem prodesse debet; nisi forte huic nostræ opinioni causam dederit justa & probabilis facti ignorantia. Vid. *inf. tit. Inst. de usuc.* §. 6.

5. *Æque bona fide acceperit*] Neque sufficit possessorem rem ab initio bona fide accepisse, si postea cognoverit rem alienam esse. Nam ex eo tempore ut bonæ fidei possessor esse desinit, ita quoque ei denegatur fructuum adquisitio, *l.* 23. §. 1. *de adq. rer. dom.* licet usucapio ipsius rei adhuc procedat, *l. pen. ff. pro emt. l. un. C. de usuc. transf.* Quippe in usucapione tantum una adquisitio est, & ideo in ea sufficit vel initium possessionis justum esse; in fructibus autem adquirendis, ut multæ sunt adquisitiones, ita & in singulis bona fides spectanda, nec unum initium ut in usucapione, sed singula momenta, *d. l.* 23. §. 1. *l.* 48. §. 1. *de adq. rer. dom.* Contrarium tamen videri potest quod scribit Julianus *l.* 25. §. 2. *de usur.* bonæ fidei possessorem etiam eum in percipiendis fructibus intelligi qui postea cognovit rem alienam esse quamdiu ea evicta non fuerit; nisi dicamus cum Glossa & Bart. Julianum nihil aliud significare voluisse quam 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 vere constat turbari posse; at re evicta & legitimo judicio ablata, si de restitutione & effectu adquisitionis quæratur, retroversus malæ fidei possessorem intelligi ex quo res ab eo petita est, atque exinde fructuum nomine teneri ut quemvis malæ fidei possessorem. Et sane hoc probabilius est quam quod Baroni in hunc §. Copo *lib. 2. de fruct. t. 4. c. 5.* D. Tuldeno *hic c.* 48. videtur, Juriscons. 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.* 20. *C. de pact.* Obiter addo bonam fidem benigna juris interpretatione in possessore præsumi; atque inde esse quod non ipse possessor de bona sua fide docere cogatur, sed adversarius contrarium ostendere debeat, *l.* 18. §. 1. *ff. de probat. l. pen. C. de evict.* D. Wesemb. *n.* 4.

6. *Fructus quos percepit ejus esse pro cultura & cura*] Cum in persona possessoris concurrunt ea quæ diximus, placet sola perceptione adeoque sola separatione á re qua tenebantur fructus possessoris fieri. Non interest quo titulo possideat, oneroso an lucrativo. Nam & eum qui ex causa donationis rem accepit diserte cum emtore in hac quæstione exæquat Justinianus.

7. Sed neque fructuum conditio quidquam de hac adquisitione mutare videtur; & non tantum fructus industriales sed naturales etiam ad hanc adquisitionis sepeciem pertinere. Nam generaliter atque indistincte loquitur hic Imperator, & Jurisconsulti in *l.* 48. *de adq. rer. dom. l.* 78. *de rei vind. l.* 13. *quib. mod. us. amitt.* Gaji quoque ratio generalis est in *l.* 28. *de usur.* ideo nempe fœtum pecudum fieri bonæ fidei possessoris, quia in fructu est. Ait quidem Justinianus hic fructus bonæ fidei possessoris fieri pro cultura & cura; at vix ulla res est quæ sine cultura aut cura aliqua fructum ferat: coluntur enim agri, curantur pecora, putantur arbores, plantæ, oleæ attonderi & interradi gaudent, Plin. *lib.* 15. *c.* 1. Sed & si qui fructus sine cultura aut cura proveniant, ut silvæ cæduæ, poma, nuces aliique fructus silvestres, nihilo tamen minus huc pertinent. Nam ut non multo ante diximus, præcipua & adæquata adquisitionis fructuum ratio est bona fides possessoris, quæ efficit ut tamquam dominus jure soli fructus percipiat; & consequenter ergo etiam eos percipiendo suos facit in quos neque culturam neque curam ipse impendit, *l.* 25. §. 1. *de usur.* tantum quia ἐπὶ τὸ πολὺ (*ut plurimum*) 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 consumtis; ait enim quos fructus possessor percipiendo suos fecit, de iis consumtis dominum supervenientem &

rem

rem suam vindicantem agere non posse, hoc est, possessorem eos consumtos lucrari: at lucratur consumtos omnes, *l.* 4. §. 2. *ff. fin. reg. l.* 22. *C. de rei vind.* §. 2. *Inst. inf. de off. jud.* ergo & perceptos interim suos omnes facit. Exemplis quoque demonstrari potest non industriales tantum sed etiam naturales fructus fieri bonæ fidei possessoris simul atque à solo aut re qua tenebantur separati sunt. Non afferam quod de fœtu pecudum, lacte, lana scribit Gajus in *d. l.* 28. *de usur.* & Paulus in *l.* 48. §. *ult. de adq. rer. dom.* nimirum hos fructus statim fieri bonæ fidei possessoris: quia video esse qui fructus pecudum pro industrialibus in hoc argumento habendos existimant, propterea quod, ut modo dicebamus, ex iis rebus producuntur in quas possessori sumtus facere necesse sit; quamvis Gajus non aliam harum rerum adquisitionis rationem reddat quam quod in fructu sint. Fortassis & uvas iidem ob eamdem causam inter fructus industriales numerabunt; ideoque quod uvam ademtam legimus statim bonæ fidei possessoris fieri, negabunt huc pertinere. At certe oleam negare non poterunt esse vel maxime fructum naturalem, quippe quæ, teste Plinio, *lib.* 15. *c.* 1. nullam omnino culturam aut curam desideret, & Virgilius *lib.* 2. *Georg. v.* 420. *seqq.* de oleis sic scribit:

Contrà, non ulla est oleis cultura, neque illæ
Procurvam expectant falcem rastrosque tenaces
Cum semel hæserunt arvis.

Duobus autem locis manifeste proditum est etiam oleam mox cum percepta sive excussa aut lecta est bonæ fidei possessori adquiri, *l.* 13. *quib. mod. usuf. amitt. l.* 78. *de rei vind.* Fœnum quoque opinor nemo negabit fructum esse naturalem; at non minus fœnum quam spicam simul atque à solo separatum est bonæ fidei possessoris fieri, traditum est in *d. l.* 13. *quib. mod. us. amitt.* Postremo omnem dubitationem tollit locus Pauli in *d. l.* 48. *de adq. rer. dom. in pr.* ubi sic scribit: *Bonæ fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos qui diligentia & operæ ejus provenerunt, sed omnes; quia quod ad fructus attinet loco domini pene 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 quam bonæ fidei possessoris operâ 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 operâ possessoris provenire. Evincit hoc ipsum etiam ratio quam mox subjicit, *quia quod ad fructus attinet bonæ fidei possessor loco domini pene sit*: cujusmodi item est quod Julianus scribit, bonæ fidei possessorem fructus jure soli percipere, atque eo jure quod dominis prædiorum eive qui agrum vectigalem habet tributum est, *d. l.* 25. §. 1. *de usur.* unde satis manifeste apparet præcipuam hujus adquisitionis causam non esse operam aut industriam possessoris; sed fructus omnes qui ex solo nascuntur, etiam ἀσπάρτους (*sine semine*) & ἀνηρότους (*sine aratro*) eò pertinere. Et vero si percipiendo sibi adquirit etiam ab alio satos in quos neque culturam neque curam ullam impendit, cur non etiam naturales, quos plerumque cura illius facit si non ut nascantur saltem ut conserventur?

8. Unus juris locus est qui Interpp. adegit ut in hac adquisitione fructus naturales ab industrialibus distinguerent. Is est Pomponii *l.* 45. *de usur.* Quærit eo loco de conjuge possessore rei à conjuge donatæ; & ait conjugem fructus ex ea re perceptos illos tantum suos facere qui ex operis ejus provenerunt; ceterum si pomum decerpserit vel silvam ceciderit, ejus eum fructum non fieri, sicuti nec cujuslibet bonæ fidei possessoris: quia non ex facto ejus is fructus nascatur. Hic Jurisconsultum satis aperte sic loqui arbitrantur ut fructus naturales ad bonæ fidei possessorem non pertinere existimet; quod tamen non ita est. Non enim ait nullius bonæ fidei possessoris eum fructum fieri, sed non cujuslibet: quæ enuntiatio 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*, cum consequens non omni antecedenti attribuatur sed solummodo ejus parti alicui, satis apparet Pomponium non eodem jure in proposito omnes bonæ fidei possessores censere; & tacite 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 percipiendo suos facit, sed is solum, ut ante dictum est, qui justo titulo possidet, causamque justam habet cur existimet rem ad se pertinere; qui autem justo titulo destituitur, quamvis in jure errans se dominum factum putet, natu-

rales fructus suos non facit, ne cui juris ignorantia in compendiis prosit, *ll.* 4. 7. & 8. *de jur. & fact. ign.* licet alioqui non malæ sed bonæ fidei possessor existimari debeat quicumque dolo caret etsi in jure errat, *arg. l.* 24. *l.* 32. §. 1. *de usuc. l.* 25. §. 6. *de her. pet.* add. Gœdd. ad *l.* 109. *de verb. sign.* Nec sequitur: injuste seu titulo invalido possidet, ergo mala fide. Possessor prædii minoris sine decreto alienati possidet injuste, bona tamen fide possidet si ignorans rem minoris esse aut in jure errans rem emit, fructusque industriales propter bonam fidem suos facit, *l.* 2. *C. 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 Public. in rem act.* Nam ubi lex impedimento est, bona fides in compendiis possessori non prodest, *d. l.* 24. *de usuc.* Toties autem impedimento est, quoties possessorem vult teneri in quantum locupletior factus est, ut possessorem hereditatis, *l.* 25. §. 11. *ff. de her. pet.* item in casu *l.* 8. *C. de don. int. vir. & ux.* & denique qui ex ea causa possidet quæ postea ad non causam redacta est, *l.* 3. *de cond. indeb.* Atque de hoc genere bonæ fidei possessorum locus Pomponii accipiendus est: quippe qui & soli similes sunt iis de quibus illic quæritur, & in lucris ceterorum bonæ fidei possessorum jure non censentur. Ita ferme & Wesemb. *hic.* Pinel. ad *l.* 2. *C. de resc. vend. part.* 2. *cap.* 4. *n.* 59. Fachin. 1. *contr.* 57. Paul. Bus, *d. l.* 45. Timæus Fab. *disp. annivers.* 14. *thes.* 5. Tuld. *cap.* 50. *hic.* VINN. Hunc locum alii aliter interpretantur. Ego ita censeo. Bonæ fidei possessor est vel qui credit se dominum esse, vel qui & justam id credendi causam habet, puta justum titulum. De posterioris generis possessore bonæ fidei loquitur Imperator in hoc §. ut docent verba: *Bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave* justa causa *æque bona fide acceperit.* Et hujusmodi bonæ fidei possessor omnes fructus suos facit. At in *l.* 45. *ff. de usur.* Pomponius loquitur de marito cui uxor fundum donaverat. Erat ergo maritus in bona fide sensu priore: putabat enim se dominum; at non sensu posteriore, quia nulla præcesserat justa causa. Nam donationes inter virum & uxorem manifesto ex legibus irritæ sunt. An itaque & hic omnes fructus suos facit? Minime, sed industriales tantum non naturales. Illos enim donare potuit uxor, quia non fit pauperior dum vir fructus suis operis & impensis adquirit; hos donare non potuit. Jam verba Pomponii ita interpretor: *Si pomum decerpserit vel ex silva cædit non fit ejus, sicut nec cujuslibet* (*id est ullius*) *bonæ fidei possessoris* (sine justa causa possidentis & tamen se putantis dominum, qualis hic maritus est) *quia non ex facto ejus is fructus nascitur*, adeoque cum uxoris damno locupletior fit. HEIN. Licet opinio auctoris verior de jure videri possit, contraria tamen probatur *dict. leg.* 39. *tit.* 28. *Part.* 3. in qua docetur bonæ fidei possessorem fructus naturales etiam consumtos restituere teneri. ADDIT.

De fructibus ab eo consumtis agere non potest] Hoc idem traditur §. 2. *Inst. inf. de offic. jud.* & Paul. in *l.* 4. §. 2. *fin. reg.* ait, bonæ fidei possessorem fructus consumtos lucrari. Unde sequitur ex contrario de non consumtis, hoc est, extantibus adhuc licet à solo separatis, dominum agere posse, eosque bonæ fidei possessorem non lucrari. Quod & expresse traditum est *l.* 22. *C. de rei vind.* eamque ob causam Africanus consumtos demum suos facere bonæ fidei possessorem scribit, *l.* 40. *de adq. rer. dom.* & Paul. *l.* 4. §. 19. *de usuc.* consumtos vel usucaptos: quia hi soli re evicta non restituuntur.

9. Dubitandum autem non est quin ut omnes tam naturales quam industriales consumtos bonæ fidei possessor lucratur, ita vice versa omnes tam industriales quam naturales non consumtos teneatur restituere, *arg. hujus* §. *& dd. loc.* Nam quod maritus non restituit fructus industriales licet adhuc extent in specie, *l.* 45. *de usur.* id hanc rationem habet quod maritus eos permittente jure sibi adquisivit ex voluntate uxoris donatricis. Ergo, inquies, falsum est quod hactenus probare conati sumus, sola perceptione fieri fructus bonæ fidei possessoris. Et vero falsum esset, si hæc eidem rei attribuerentur ὡσαύτως (*eodem modo*) & eadem ratione. Sed sciendum est duplicem esse dominii adquisitionem, unam perpetuam & citra voluntatem aut factum domini irrevocabilem, alteram temporalem & revocabilem ex causa superveniente quæ dominii causam tollat: quale jus est mariti in re dotali quod soluto matrimonio ab eo recedit; & heredis fiduciarii, quod cedente die fideicomissi in fideicommissarium transit; item heredis in re sub conditione legata, *l.* 66. *de rei vind. l.* 29. §. 1. *qui & à quib. man.* & tale quoque in proposito jus est bonæ fidei possessoris in perceptis nec dum consumtis fructibus usque ad evictionem.

Ni-

Nimirum causa hujus adquisitionis præcipua est bona fides: quippe quæ efficit ut possessor perinde quasi dominus jure soli fructus suos faciat quamdiu de vero domino non constat, at eo superveniente ac rem suam vindicante, jam causa illa & simul jus quod dixi cessare incipit, cogiturque possessor fructus omnes qui modo 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 ejus quod impensum est solvat, aut si id nolit patiatur sumtus cum fructibus pro rata pensari, proque illis partem fructuum possessorem retinere, *arg. d. l. 56. §. ult. de her. pet.* Ipse Paulus non obscure hoc innuit *d. l. 48. de adq. rer. dom.* illis verbis, *suos interim facit*; ne quis credat sola perceptione fructus sic fieri possessoris ut numquam postea sint restituendi. Neque vero existimandum est frustra 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 tamquam suos vindicare possit, tribuitque ei jus fructibus pro arbitrio suo utendi, eos pro utilitate aut necessitate familiæ distrahendi aut consumendi; cujus rei hic iterum effectus ut domino rem suam evincenti consumptorum nomine non teneatur, quorum alioqui æstimationem restituere deberet. Nonnihil tamen hac in re nobis negotii facit quod Gajus respondet *l. 28. de usur.* ea quæ in fructu sunt statim pleno jure fieri bonæ fidei possessoris & fructuarii: nam quod statim pleno jure adquiritur id non potest dici consumtione demum irrevocabiliter adquiri. Ad hoc igitur quid respondemus? Nimirum eum qui, cum de adquirendo agitur, dicit bonæ fidei possessorem fructuum simul ac percepti sunt statim dominum fieri pleno jure aut in solidum, non continuo negare jus illud ex causa esse revocabile; neque de eo laborare debuit Gajus in comparatione fœtuum pecudum cum partu ancillæ qui in fructu non est, & ideo usucapione demum adquiritur. Sic idem Gajus *l. 29. §. 1. qui & à quib. man.* scribit servum sub conditione legatum pendente conditione pleno jure heredis esse, quem tamen constat deficiente demum 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 quam habet fructuarius, *l. 25. §. 1. de usur.* Nam si hoc simpliciter verum esset, ne naturales quidem fructus extantes restitueret; & loquitur expresse Jurisconsultus de jure fructus ab initio adquirendi.

10. De consumtis porro quæsitum est an non saltem bonæ fidei possessor ad restitutionem eorum teneatur quatenus ex iis factus est locupletior. Et verius est eum non teneri. Nam primo textus omnes qui de consumtis fructibus loquuntur generaliter & sine ulla distinctione negant eorum nomine bonæ fidei possessorem teneri; & Impp. in *l. 22. C. de rei vind.* ajunt, eum teneri nomine extantium dumtaxat, quasi de consumtis inquirendum non sit. Adhæc tantum tribuit bonæ fidei possessori consumtio quantum usucapio, *l. 4. §. 15. de usuc.* at usucaptorum nihil restituitur; & postremo, quod bene notandum est, dicitur bonæ fidei possessor fructus consumtos lucrari, *l. 4. §. 2. fin. reg.* quod utique falsum esset si eos quatenus locupletatus esset teneretur restituere: nemo enim sine lucro locupletatur. Non obstat quod in judicio petitionis hereditatis bonæ fidei possessor teneatur in quantum locupletior factus est, *l. 25. §. 11. l. 40. §. 1. ff. de her. pet. l. 1. C. eod.* Non enim eadem in proposito judicii universalis & rerum singularum petitionis ratio est. Nam petitio hereditatis non tantum in rem est sed etiam præstationes personales habet, *l. 7. C. de her. pet. l. 25. §. 18. ff. eod.* atque ut mitius cum possessore agitur in petitione hereditatis quam in rei singularis vindicatione (quippe Senatus ita possessori pro herede consuluit, ut si quid dilapidaverit aut perdiderit dum sua se re abuti putat non teneatur): ita vicissim æquum est ut præstet si quid lucri ex hereditate consecutus sit; eique sufficere debet si damno non afficiatur, *d. l. 25. §. 11.* Adhæc nec titulum habet possessor hereditatis, & fructus ab eo percepti statim in numerum rerum hereditariarum recipiuntur ipsamque augent hereditatem, ut nec ab initio quidquam hic suum faciat aut consumtum postea lucretur; unde fit ut eodem jure quo ipsa corpora hereditaria & fructus petantur atque in restitutionem hereditatis veniant, *l. 20. §. 3. ll. 28. & 40. §. 1. ff. de her. pet. ll. 1, & 2. C. eod.* In particularibus autem judiciis non solet res in locum pretii aut contrà succedere, *l. 7. in fin. qui pot. in pign.* Nec multum absimilis est ra-

ratio conditionis indebiti soluti, in quam fructus veniunt jure obligationis, & hoc quatenus is qui accepit ex his locupletior factus est, *ll. 15. & 26. §. 12. & 65. §. pen. l. pen. de cond. ind.* ita fere & Ant. Fab. 4. *conject.* 17. Diod. Tulden. *hic cap.* 44. *& seqq.* Perez. *ad tit. C. de rei vind. n.* 17. *& seq.*

11. Quod ad praxim attinet testis est Pinel. in *l. 2. C. de resc. vend. p. 2. c. 4. n. 60.* ita nunc ubique in judiciis usu servari, ut possessor bonæ fidei in universum à fructibus ante inchoatum judicium perceptis absolvatur; neque de consumtis umquam quæratur locupletior ex iis factus sit necne. Sed & numquam inquiri de iis qui similiter ante rem in judicium deductam percepti sunt, utrum bonæ fidei possessor eos consumserit an vero adhuc extent; tantumque servari formam *legis 22. C. de rei vind.* in fructibus perceptis post litis contestationem: quod & rationem habet, scilicet ut litium ambages vitentur; & placet D. Nicolao Tuldeno in *annot. ad prax. rer. civ.* Damhoud. *cap.* 104. *n.* 13. Idem quoque sentire videtur D. Grot. 2. *manuduct.* 6. cum scribit bonæ fidei possessorem in perceptione fructuum similem esse fructuario. Add. Groënew. *de legg. abrog. ad l. 22. C. de rei vind.* VINN. Hæc omnia firmo apud nos judicio & quotidiana Tribunalium praxi comprobantur. ADDIT.

12. *Ei vero qui alienum fundum sciens*] Fructuum jure soli adquisitio non tribuitur cuivis possessori sed possessori bonæ fidei dumtaxat. Nam malæ fidei possessor ut nullum jus in solo habet, ita nec ullos fructus aut percipiendo interim suos facit aut consumendo lucratur; sed cogitur cum ipsa re etiam fructus licet consumti sint restituere, ut *hic & d. l. 22. C. de rei vind.* Sed neque per retentionem opposita doli mali exceptione sumtus à se factos servare poterit si res vindicabitur, arg. eorum quæ tradimus *sup. ad §. 30. & aliquot seqq. hoc tit.* exceptis sumtibus factis fructuum quærendorum gratia, *ll. 36. in fin. & 37. de her. pet.* Nec illud refert ab initio quis mala fide possederit an postea possidere cœperit: nam & hic ex eo tempore quo cognovit rem alienam esse fructus suos facere desinit, *l. 23. §. 1. l. 48. §. 1. de adq. rer. dom.* Postremo huc pertinent possessores omnes post litem contestatam, *§. 2. Inst. inf. de offic. jud. d. l. 22. C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & lit. exp. l. 4. §. 2. ff. fin. reg.* quoniam post motam controversiam possessores omnes in causa fructuum pares sunt, & quasi prædones tenentur, *l. 25. §. 7. ff. de her. pet. l. 10. C. de long. temp. præsc.* ac proinde & si fructus à bonæ fidei possessore ante judicium percepti sunt sed post litem demum contestatam consumti, nihilominus eo nomine condemnabitur: quia id omne restituendum est quod habiturus esset petitor si tempore judicii accepti restitutio facta fuisset, *l. 20. de rei vind. l. 2. de usur. l. 25. §. 8. de ædil. edict.* In summa possessores malæ fidei, quales item habentur post litem inchoatam omnes, fructus omnes cum ipsa re restituere dedent, *d. l. 22. C. de rei vind.* tenenturque eo nomine de extantibus rei vindicatione, de consumtis condictione, scilicet ad æstimationem quæ vice rei fungitur, *l. 3. C. de cond. ex leg. l. 4. §. 2. ff. fin. reg. l. 4. C. de crim. expil. her.* Tenentur vero non tantum de perceptis verum de iis quoque qui non percepti honeste 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. 33. l. 62. §. 1. ff. de rei vind. l. 5. C. eod. §. 2. Inst. inf. de offic. jud. l. 10. §. 20. ff. quæ in fraud. cred. l. 4. C. unde vi, l. 25. §. 4. ff. de her. pet. l. 1. C. eod.* Cop. *lib. 2. de fructib. tit. 4. c. 2.* Bus. *ad l. 20. de her. pet.* Tulden. *hic c. 53.*

TEXTUS.

A fructuario & colono perceptis.

36. Is vero ad quem usus fructus fundi pertinet non aliter fructuum dominus efficitur quam si ipse eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus nondum tamen perceptis decesserit, ad heredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis adquiruntur. Eadem fere & de colono dicuntur.

COMMENTARIUS.

1 *Fructus qui sponte deciderunt aut quos alius suo nomine à re separavit fructuarii demum fieri cum possessionem eorum nactus est.*

2 *Jus percipiendi fructus ad heredem fructuarii 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 subjiceret. Hi in eo à bonæ fidei possessore differunt quod fructus percipiunt ex voluntate domini, fructuarius jure servitutis sibi constitutæ, colonus ex conventione; unde nec perceptorum fructuum quidquam restituunt. Quia autem jus in solo non habent nec possident, sed alieno tantum nomine rem tenent, §. 5. *vers. fructuarius tit. Inst. per quas pers. cuique adq.* §. 5. *Inst. inf. de interd. ll.* 10. & 12. *de adq. poss.* non ut bonæ fidei possessores fructus adquirunt jure quasi dominii aut soli, sed suo ipsorum dumtaxat facto & perceptione.

1. *Quam si ipse eos perceperit*] Fiunt quidem fructuarii etiam sola perceptione, hoc est, statim atque à solo aut re qua tenebantur separati sunt, puta spica aut fœno cæso, uva ademta, excussa olea, lana detonsa, lacte mulso. Ceterum non aliter quam si ipse eos vel alius ejus nomine separaverit, *l.* 13. *quib. mod. us. am. l.* 25. §. 1. *de usur.* Quod si sponte deciderint, aut alius eos suo nomine separaverit, non prius fructuarii fiunt quam eorum possessionem nactus sit; unde si fur maturos fructus decerpserit aut desecuerit domino fundi condictione tenetur non fructuario, licet is actionem furti habeat, *l.* 12. §. *ult. de usufr.* quæ aliter se habent in bonæ fidei possessore, ut docuimus §. *præc.* Plane in fœtu animalium eadem fructuarii & bonæ fidei possessoris hic ratio est, statimque ut editus est fructuarii fit, *l.* 28. *de usur.* quippe frustra expectes ut separetur quod invita natura separari non potest, jubente ea satis separatur sine cujusquam facto.

Licet maturis fructibus &c.] Hoc item consequens est ei quod dixit. Nam si fructuarii non aliter fructus fiunt quam si eos perceperit ipse vel alius ejus nomine, heredi suo quos non percepit relinquere non potest; nec jus percipiendi fructus ad heredem transit, quia morte fructuarii, ut omnia quæ personæ cohærent, extinguitur, §. *pen. Inst. inf. de usufr. l.* 3. §. *ult. quib. mod. usuf. amitt. l.* 8. §. 3. *de liberat. leg.* quod iterum contra est in bonæ fidei possessore, qui jus quod in solo habet ad heredem transmittit, *d. l.* 25. §. 1. *de usur.* At ex contrario percepti omnes etiam immaturi pleno jure fructuarii fiunt & ad heredem ejus transeunt, *l.* 48. §. 1. *de usufr. l. pen. de usufr. leg.* Ait, *maturis fructibus, nondum tamen perceptis.* Eadem sententia est *d. l.* 13. *quib. mod. us. am. l.* 8. *de ann. leg.*

2. 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 ejus juris habet, *d. l.* 13. sed tantum deducet impensas fructuum quærendorum gratia factas: quia fructus non intelligitur nisi quod deductis impensis superest, *l.* 7. *solut. matr.* Peck. *lib.* 5. *de testam. conjug. cap.* 24. *n. ult.* Nec iniquum videri debet quod dominus fundi ad lucrum fructuarii labore & sumtu partum vocetur: quippe cum contrà fructuario, quamvis minima parte primi aut postremi anni steterit ususfructus, in solidum tribuantur fructus percepti etiam pro ea parte qua ususfructus non cœperat aut postea finitus est, *l.* 27. *de usufr.* Non obstat exemplum mariti in fructibus rei dotalis, quos placet soluto matrimonio dividi inter maritum aut ejus heredes & uxorem pro rata temporis quo matrimonium stetit, sive fructus à marito sint percepti sive non sint, *l.* 7. §. 1. & *seq. ff. sol. matr. l. un.* §. 9. *C. de rei ux. act.* Etenim fructus dotis non ideo marito cedunt quia eos percepit sed propter onera matrimonii quæ sustinere cogitur, *l.* 7. *in pr. ff. de jur. dot. l.* 20. *C. eod.* Et igitur licet non perceperit, pro modo tamen temporis quo matrimonium stetit fructus dotis maritum sequi debent: quoniam tamdiu sustinuit onera matrimonii. Contra vero pro reliquo tempore cujus onera non sustinuit nihil ferre debet licet fructus perceperit. D. Paul. Bus. ad *d. l.* 7. § 1. & *seq. sol. matrim.*

3. De pensione rei fructuariæ locatæ quæsitum an si forte ususfructus aliqua tantum parte anni steterit eam nihilominus integram fructuarius heresve ejus percipere debeat, an pro rata temporis dividi cum proprietario. Et refert utrum res fructuario locata talis sit unde singulis annis semel fructus nascitur & percipitur, puta fundus; an talis cujus fructus non in alio consistit quam in ejus rei usu sive commoditate quæ ex eo usu quotidie percipitur, cujusmodi res sunt ædes quarum fructus in eo est ut inhabitentur; item servi quorum fructus in operis. Fundo locato, si colonus fructus perceperit, merces totius anni defertur fructuario ejusve heredi, etiam-

etiam si ususfructus finitus sit multo antè tempore quam ea merces ex locatione pendi debeat, *l.* 58. *de usufr.* In aliis vero rebus à fructuario locatis quarum fructus in solo earum usu consistit, si intra tempora locationis ususfructus interierit, non majore ex parte pensio ad fructuarium heredemve ejus pertinet quam pro rata temporis quo ususfructus mansit; quod superest pertinet ad proprietarium, ut responsum est locatis operis servi, *l.* 26. *de usufr.* Cur tam varie? Nimirum quia fructuarius nec minus nec plus per conductorem consequi debet quam 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 heredem transmittit etsi nondum finito tempore locationis decesserit. Et convenienter si fructuarius decesserit fructibus per colonum nondum perceptis heredi ejus nihil ex pensione debebitur. Quod si decesserit parte fructuum percepta parte nondum collecta, solutio pensionis fieri debet heredibus fructuarii pro rata perceptorum; proprietario pro rata eorum qui percepti non erant. Ubi vero pensio pro quotidiano rei usu debetur, non potest deberi longius quam is usus præcesserit; nec longius is usus præcessisse dici quam steterit ususfructus; & alioqui plus consequeretur fructuarius per inquilinum quam si ipse re usus esset, quod est absurdum. Eleganter D. Don. 10. *comm.* 9. estque hæc communis & usu recepta sententia. Vid. Joan. de Castillo *tract. de usufr.* 77. *& seqq.* Diod. Tuld. *tit. de usufr. cap.* 7. Paul. Bus. ad *d. l.* 58. *de usufr.* Christin. *vol.* 2. *decis.* 176. *n.* 16. *& ibi citat.* Grot. *lib.* 2. *introd. cap.* 39. *diss.* Cujac. 7. *Feud.* 30. *& lib.* 24. *obs.* 21.

Eadem fere & de colono dicuntur] Duo de fructuario dicta sunt: eum non aliter dominum fructuum fieri quam si ipse eos perceperit non alius; item mortuo fructuario fructus pendentes quamtumvis maturos non ad heredem fructuarii pertinere sed adquiri domino proprietatis. Nunc ait, quæ de fructuario dicta sunt ea fere & de colono dicenda esse. *Τὸ fere* non παρέλκεται (*redundat*) ut putat Theophilus, sed caute adjectum est ne quis putet eandem utriusque per omnia in proposito rationem esse.

4. Nam certe longe alia causa est heredis coloni atque fructuarii. Non enim sicut morte fructuarii finitur ususfructus, ita morte coloni finitur conductio, sed mortuo intra tempora conductionis colono heres ejus in eam succedit, §. *ult. Inst. inf. de locat. l.* 10. *C. eod.* Et cum fundus conducatur mercede annua constituta pro modo fructuum qui singulis in eo annis nasci solent, insignis injuria colono ejusve heredi 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 quam de fructuario dici possit illud sit necesse est, quod colonus similiter ut fructuarius non aliter fructus suos faciat quam si ipse eos perceperit; sin autem alius eos suo nomine à terra separaverit non colono sed domino fundi adquirantur, cui etiam ob id soli condictio competat; quod & verum est aperteque traditum *l.* 60. §. 3. *locat.* nec obscure colligitur ex *l.* 61. §. 8. *de furt.* Non est contrarium quod Paulus respondet *l.* 26. §. 1. *de furt.* colonum cum eo qui fructus stantes surripuit furti agere posse. Nam & fructuarius potest, *l.* 2. §. *ult. de usufr.* quippe furti actio omnibus competit quorum interest furtum factum non esse, licet rei surreptæ domini non sint, §. 13. *Inst. infr. de obl. quæ ex del. l.* 14. §. 14. *de furt.* Nec alio pertinet ratio Pauli quam his verbis exprimit, *quia ut primum decerptus esset, ejus esse cœpisset*, quam ut ostendat ideo actionem furti colono dari quia ejus intersit fructum ab alio decerptum non esse, eo quod coloni esse cœpisset ut primum ab ipso esset decerptus. Fallitur igitur Accursius qui etiam hoc casu plus juris tribuit colono quam fructuario, colonique fructus fieri existimat quocumque modo à solo separati sint; traxitque in eundem errorem Myns. Schneid. & Pacium in *not. marg.* sed hic se corrigit in Analysi. Aliud sane ex parte dicendum videtur de colono partiario, qui instar socii est, *l.* 25. §. 6. *locat.* & proinde pro parte sua instar domini; idque innuere videtur Paulus *d. l.* 26. §. 1. cum dicit colonum *qui nummis colat*; quod scilicet colonus partiarius fructibus à fure desectis aut decerptis non modo actionem furti ut is qui nummis colit, sed furti etiam condictionem pro parte sua habeat.

TEXTUS.

Quæ sunt in fructu.

37. *In pecudum fructu etiam fœtus est sicuti*

uti lac pilus & lana; itaque agni, hædi, & vituli & equuli & suculi statim naturali jure dominii fructuarii sunt. Partus vero ancillæ in fructu non est; itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur hominem in fructu esse; quum omnes fructus rerum natura gratiâ hominis comparaverit.

L. 23. tit. 31. Part. 3.

Commentarius.

1 *Ratio Gaji cur non placeat partum ancillæ in fructu esse examinata, & concinnior prolata ex Ulpian.*

QUa ratione & modo fructus suos faciat tum bonæ fidei possessor tum fructuarius ostensum est §§. *proxime præced.* exemplo fructuum qui in fundis aut agris nascuntur. Quoniam vero etiam hominum & pecudum suus fructus est, quem & ipsum bonæ fidei possessori & fructuario eadem ratione adquiri jure naturali conveniens est; ideo, ne quid hìc dubii relinqueretur, ἐν παρόδῳ (*in transitu*) ostendere voluit quænam in hominum & pecudum fructu habenda sint, quæ non sint; & ait, in pecudum fructu non tantum esse lac pilum & lanam sed fœtum etiam; atque ob id agnos hædos vitulos equulos & suculos statim ut editi sunt naturali jure fructuarii fieri; addit Gajus, & bonæ fidei possessoris, *l.* 28. *de usur.* est enim utriusque hìc eadem ratio. In hominum autem fructu quæ sint non definit, sed partum ancillæ negat in fructu esse; & ideo, inquit, ad dominum proprietatis pertinet; sicut & Gajus *d. l.* 28. §. 1. Nimirum uterque hoc significare voluit, non ut fœtus in fructu pecudum est ita & partum ancillæ in hominis fructu ponendum: in hominum fructu ea dumtaxat esse quæ ex operis eorum percipiuntur, *l.* 4. *de oper. serv.* aut si quid adquirant ex re fructuarii ejusve qui eos bona fide possidet, §. 4. *& seq. Inst. inf. per quas pers. cuiq. adq.* ac proinde etiam hæc sola ut fructus fructuario & bonæ fidei possessori adquiri: partum non adquiri, fructuario numquam, bonæ fidei possessori non aliter quam si eum usuceperit, *d.* §. 4. *& seq. l.* 4. §. 18. *de usurp. & usucap.*

Absurdum enim videbatur] Vetus fuit quæstio an partus ad fructuarium pertineret: cujus meminit Cic. 2. *de finib. cap.* 6. ubi ait principes civitatis P. Scæbolam & M. Manilium existimasse hominem in fructu esse, Brutum dissensisse, cujus sententia obtinuit, teste Ulp. in *l.* 68. *de usufr.*

1. Cur autem non placuerit partum in fructu esse, ejus rei hanc rationem reddit Gajus *d. l.* 28. §. 1. *de usur.* & Imp. hoc loco, quòd absurdum visum sit hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratiâ hominis comparaverit; quæ ratio ducta est ex contrariis, quasi dicant: naturâ non potest eadem res & fructus esse & id quod fruitur: relata hæc sunt: relatorum unum numquam potest esse alterum. At enim ut verum fatear numquam hæc mihi ratio satis solida visa fuit. Cur enim magis absurdum hominem in fructu hominis esse quam hominem homini servire? Aut cum servos pecudibus Romanæ leges exæquent, *l.* 2. §. 2. *ad leg. Aquil.* cur cum in fructu pecudum fœtus sit absurdum est in fructu ancillarum partum esse? Nec est in his ulla ἀντιθεσις, (*contrarietas*) *Fructus hominis causa comparati sunt*; &, *Homo est in fructu hominis.* Non enim hìc idem eidem subjecto attribuitur, sed diversis. Quamobrem melior est, certe huic loco magis convenit, illa Ulpiani ratio sumta à fine & usu, quia ancillæ non ad hoc comparantur ut pariant sed ut serviant, *l.* 27. *de ber. pet.* Id autem solum in fructu alicujus rei esse intelligitur & ad fructuarium pertinere quod percipitur ex eo usu ad quem res parata est vel naturâ, vel patrisfamilias instituto, *l.* 9. §. 5. *& seq. ll.* 10. 11. *&* 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, cavendumque ne stupris vilitetur dignitas humana, *arg. l.* 44. *de ædil. edict.* Jam vero ancillas fœturæ gratia habere quin turpe & probrosum sit nemo negare potest. Ceterum nihil amplius efficit hæc ratio quam ut ne partus fructuario aut bonæ fidei possessori adquiri debeat; in ceteris enim partibus juris in fructu sive reditu aut causa etiam partus computatur, *l.* 8. *l.* 14. *de usur. l.* 24. §. 1. *ad leg. Falc. l.* 91. §. *ult. de legat.* 1.

Textus.

De officio fructuarii.

38. *Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex fœtu fructuarius submittere debet (ut & Juliano visum*

est) *& in vinearum demortuarum vel arborum locum alias debet substituere. Recte enim colere & quasi bonus paterfamilias debet.*

L. 22. *tit.* 31. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Inter onera quæ fructuario incumbunt unum esse ut rem fructuariam tueatur; & quid ea tuitio desideret.*

LOngius à via digreditur Imperator: sequendum tamen quocumque trahit. Cum fructus omnes sive ex re nascantur sive per causam rei jure percipiantur fructuarii lucro cedant, æquum est ut is vicissim onera rei fructuariæ adjuncta agnoscat, juxta regulam naturæ, *l.* 10. *de reg. jur.*

1. Inter onera autem quæ fructuario incumbunt hoc unum est ut rem fructuariam tueatur, *l.* 44. *de usufr.* Hæc autem tuitio cum exigat ut rem quam accepit integram & in suo statu conservet quantum curâ & reparatione fieri potest, ideo & curam ac diligentiam rei servandæ adversus imminentia pericula adhibere debet; & quidem talem qualem diligens paterfamilias suis rebus adhibere solet, *l.* 65. *eod. l.* 1. *in fin. l.* 2. *usufr. quemadm. cav.* & suo sumtu sarcire ac reparare quæ vitii aliquid contraxerunt aut discesserunt à priori integritate: puta si quid reficiendum est sarta tecta præstare, animalia ægrota curare, gregem ex fœtu supplere, in locum arborum demortuarum alias substituere, in summa recte colere atque ut bonus paterfamilias uti, *l.* 7. §. 2. & 3. *l.* 13. §. 2. *l.* 18. *l.* 45. *l.* 65. *l.* 68. *in fin.* & 2. *ll. seqq. ff. de usufr. l.* 7. *C. eod.*

Gregis usumfructum] Ait *gregis*; nam si non gregis aut universitatis usufructus nomine collectivo legatus sit sed singulorum capitum, veluti centum ovium, nihil supplere cogitur fructuarius *l.* 70. §. 3. *de usufr.* quippe in his quæ numero certa sunt & designata, non est augmento locus; & tot sunt tunc usufructus quot sunt capita fructuaria, quorum uno mortuo usufructus iste extinguitur.

Demortuorum capitum] Ait *demortuorum.* Ulpian. *d. l.* 68. *in fin. de usufr.* 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.* 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.* 68. *in fin. de usufr.* 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.* 69. *eod.*

Submittere debet] Submissionis effectus hic ut substituta capita statim domini fiant, sicuti post substitutionem priora sive demortua vel inutilia & vitiosa fiunt fructuarii. Hæc enim ex natura fructus desinunt esse proprietarii, *d. l.* 69. *de usufr.*

Vinearum demortuarum vel arborum] Ait hìc item *demortuarum*, sicut Paulus *l.* 18. *de usufr.* nimirum ideo quia in locum arborum vi tempestatis eversarum alias substituere non tenetur, *l.* 59. *eod.* Quippe usufructuarius omnia quidem etiam quæ sine culpa ejus contingunt, sed sola rei & interna incommoda ac detrimenta sustinet; quæ autem vi contingunt externa nec à re ipsa proficiscuntur, placet ad onus fructuarii non pertinere, ex regula & jure communi de casibus fortuitis, *l.* 23. *de reg. jur. l.* 6. *C. de pign. 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. VINN. Elegans est hæc conjectura Cujacii, sed ex mea sententia non admodum solida. Adserere enim prolem Papiniano est adoptare, non quia sic adoptans filium quasi inserat familiæ; sed quod adoptans vetere ritu filium adoptivum adserebat, id est sibi vindicabat formula illa nota: HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO. EST ENIM MIHI EMTUS HOC AERE HAC ÆNEAQUE LIBRA. HEIN.

Recte enim colere] Non satis officio suo fungi videri debet ususfructuarius si fundum utcumque colat, nisi eum ita colat ut ne deterior fiat causa ususfructus, omniaque faciat quæ faceret in re sua, sicut cautione fructuaria continetur, *l.* 1. §. 3. *usufr. quemadm. cav.*

TEX-

Textus.

De inventione thesauri.

39. *Thesauros quos quis in loco suo invenerit Divus Hadrianus naturalem æquitatem secutus ei concessit qui eos invenerit. Idemque statuit si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco non data ad hoc opera sed fortuito 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.*

L.45. tit. 28. Part.3.

Commentarius.

1 *Thesauri appellatione significari quasvis opes repositas, tum etiam ipsum locum in quo asservantur; & ratio nominis.*

2 *In quæstione proposita quid eo verbo nostri intelligant; & quo referenda hæc adquisitio.*

3 *Locum proprium hic intelligi etiam eum in quo alius usumfructum habet; secus si jus emphyteuseos aut feudi.*

4 *A Divis Fratribus nihil mutatum esse ex eo jure quod de thesauro in loco sacro aut religioso reperto Divus Hadrianus constituit.*

5 *Cur ceteræ res hujus generis etiam in alieno quæsitæ occupantium fiant, thesaurus non item. Et n. 9.*

6 *Cur thesaurus non totus cedat inventori, ut res ceteræ quæ nullius sunt.*

7 *Distinctio rerum Cæsaris, Fisci, publicarum & civitatis.*

8 *Summa juris de thesauris constituti.*

PArtes propositæ tractationis quæ à Justiniano passim sparsæ sunt commodioris doctrinæ causa ad duo summa capita revocari posse, occupationem scilicet & rei nostræ potestatem, supra diximus in explicatione §. 11. *hoc tit.* & 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 porro explicandis hic titulus consumitur.

1. *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. 22. fam. erc. l. 15. ad exhib. l. 44. de adq. poss.* ac de tali quoque thesauro accipienda *l. 3. §. 3. de adq. poss.* ut recte existimat Gothofredus injuriâ notatus à Bachov. Vid. Duar. ad *d. §. 3.* Locus quoque in quo opes asservantur, τὸ γαζοφυλάκιον, thesauros appellatur. Plutarchus *in Solon.* Ἐκέλευσεν αὐτῷ τὸς θησαυρὸς ἀνοῖξαι τῶν χρημάτων (*imperavit ipsi opum thesauros indicare*)Hinc per translationem Cic. 1. *de orat. cap. 5.* 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 εἰς ἄυριον, *in crastinum* sit repositus, ut sit θέσις εἰς ἄυριον: propius tamen vero est vocem esse conjunctam ἐκ τῆς θήκης καὶ ἄυρης, ut sit conditorium pecuniæ. Hoc enim nomine veteres Græci pecuniam vocabant, qua qui abundabat, ἀυρὸς dicebatur, teste Hesychio.

2. Ceterum in quæstione de adquirendo rerum dominio, cum agitur de thesauro occupatione adquirendo, Jurisconsulti thesaurum appellant eam dumtaxat pecuniam quæ olim condita nunc cum reperitur à quo condita aut cujus sit ignoratur, *l. 31. §. 1. de adq. rer. dom. l. unic. C. de thes. l. 67. de rei vind.* convenienter nimirum argumento quod tractant; cum non alius thesaurus sit idoneus qui hoc modo adquiratur quam qui dominum non habeat. Nec repugnat communis & popularis loquendi consuetudo. Igitur in quæstione proposita thesaurus, definitote Paulo in *d. l. 31.* est vetus quædam depositio pecuniæ cujus non extat memoria, ut jam dominum non habeat. Cui descriptioni similis est illa Leonis in *d. l. un. de thesaur.* thesaurum interpretantis condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia; & Cassiodori *lib. 6. var. cap. 8.* definientis depositivam pecuniam quæ longa vetustate competentes dominos amisit. Atque hinc jam etiam liquet thesaurum quoque pertinere ad regulam juris gentium de rebus nullius; quamquam non per omnia in thesauro occupando & nostro faciendo idem servatur quod in ceteris rebus quæ nullius sunt. Nam ceteræ hujus generis res quovis loco occupatæ totæ fiunt occupan-

tis; thesaurus autem extra locum proprium repertus pro parte tantum dimidia. Sed & res ceteræ quæ nullius sunt fiunt occupantis etiamsi data opera quæsitæ sint in alieno; thesaurus in alieno quæsitus nullo modo. Quod quamobrem tam varie placitum intelligetur non ita multo post.

3. *Quos quis in suo loco invenerit*] Sive data opera quæsitos sive forte fortuna: tantum magicæ artes ad thesaurum in suo inveniendum prohibentur, quas & ubique excipi oportet, *d. l. un. C. de thesaur.* Ait *in loco suo.* Proprium locum accipere debemus etiam eum in quo alius usumfructum habet, *arg. pr. tit. Inst. infr. 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 proprietarii erit. Idemque dicendum est si usufructuarius invenerit: quoniam thesaurus in fructu non computatur, *l.* 63. §. 3. *de adq. rer. dom.* Unde etiam est quod thesaurus a marito in prædio dotali inventus pro parte dimidia tantum mariti lucro cedat, pro altera dimidia sit restituendus quasi in alieno inventus, *l.* 7. §. 12. *sol. matr.* Moller. 4. *sem.* 27. Ager autem vectigalis sive emphyteuticus magis est ut emphyteutæ proprius existimetur, ejusque qui dominium utile quam qui directum habet. Nam ad emphyteutam pertinet plenissima rei utilitas, & pari jure quo dominus rem tenet ac possidet; adeoque adversus ipsum etiam directum dominum utilem in rem actionem habet, *l.* 15. §. 1. *qui satisd. cog. l.* 1. §. 1. *si ag. vect. l.* 25. §. 1. *in fin. de usur.* Longe igitur distat emphyteuta à fructuario: emphyteuta jus habet in corpore & substantia rei, fructuarius non item. Hinc est quod fructuarius in edicto *Qui satisdare cog.* pro possessore non habetur; emphyteuta contrà, *d. l.* 15. §. 1. *qui satis. cog.* quod arbores vi ventorum dejectæ ad emphyteutam pertinent non ad fructuarium, *l.* 12. *de usufr.* Si quid servo in quo cui usufructus legatum aut donatum sit, id non fructuario sed domino proprietatis adquiritur, §. 4. *Inst. infr. per quas pers. cuique adq.* si servo emphyteutæ, ipsi emphyteutæ. Quam ob causam dubitandum non est quin si ipse quoque emphyteuta in prædio in emphyteusim sibi concesso thesaurum similiter invenerit totum eum sibi soli recte vindicet; eademque plane ratio est vassalli qui thesaurum reperit in fundo feudali, *arg. cap. un. de invest. de re al. fact. lib.* 2. *feud.* Myns. Schneid. Wesemb. post Gloss. & DD. *comm. hic.* Nic. Burgund. *ad cons. Fland. tract.* 12. Christ. *vol.* 6. *dec.* 21. *n.* 19. *& seqq.*

Hadrianus naturalem æquitatem secutus] Hoc est, secutus regulam juris naturæ sive gentium de rebus quæ nullius sunt occupanti concedendis, §. 12. *sup. hoc tit.* Nimirum cum etiam thesaurus numeretur inter ea quæ nullius sunt, æquum esse censuit Hadrianus etiam in thesauro occupato regulam istam servari, & quidem per omnia si quis invenisset amico Hercule in suo: quippe qui & alia ratione ita repertum vindicare posse videatur, vel tamquam 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.

4. *Idemque statuit si quis in sacro aut religioso*] Quod hic Hadrianum constituisse refert Justinianus id à Fratribus Principibus civili ratione mutatum esse existimant Accurs. Ang. Porc. Fab. Schneid. *hic*, Duar. *de adq. rer. dom.* Don. 4. *comm.* 14. Sic enim scribit Callistratus *l.* 3. §. *pen. de jur. fisci*: *Si in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut monumentis thesauri reperti fuerint, Divi Fratres constituerunt ut dimidia pars Fisco vindicaretur*; quam sententiam veram quidem esse fatetur Covarr. in *cap. peccatum de reg. jur. in* 6. *p.* 3. *relect.* §. 2. *n.* 3. sed ille constitutionem Divorum Fratrum à Justiniano iterum abrogatam contendit qua parte illa derogaverat edicto Divi Hadriani. Neutrum probabile mihi videtur. Nam si edictum Hadriani rescripto Antonini & Veri sublatum fuisset, utique non quid ille sed quid hi de thesauris in loco sacro religiosove inventis constituissent Justinianus commemorasset; & cum simpliciter referat edictum Hadriani non facta mentione rescripti Fratrum Imperatorum, vix est ut dici possit hic aliquid novi juris ab eo constitutum esse. Arbitror commoda explicatione *d. l.* 3. §. *pen.* cum hoc nostro §. conciliari posse: quamvis id negat Ant. Matth. Constituit Hadrianus thesaurum ejus esse qui eum invenisset in loco suo: addidit idem esse etiamsi in loco sacro aut religioso repertus sit, nimirum ejus itidem esse cujus est fundus in quo loca ista sunt perinde quasi in suo adhuc reperisset. Nam etsi loca sacra & religiosa nullius vere in bonis sint, ejus tamen aliquatenus sunt cujus in usu & fundo sunt, & quodammodo juris privati, *arg. l.* 5. *& seq. de relig. l.* 9. §. 1. *ad leg. Jul. pec. l.* 24. *de contr. emt.* Neque potest sine injuria

vel

vel in Deos ipsos Deorum beneficio privari qui vel ipse, vel cujus majores partem fundi sui divinis usibus dicaverunt. Quid Divi Fratres in *d. l.* 3. §. *pen. de jur. fisci*? Constituerunt, inquit Callistratus, ut thesauri in locis fiscalibus vel publicis religiosisve aut monumentis reperti pro parte dimidia fisco vindicarentur. Titulus ipse & rerum conjunctio ostendunt loqui Impp. de locis religiosis similibus publicis, in quibus scilicet fiscus jus habet aut qui fisci quodammodo sunt, puta quod ad fiscum sorte pervenerunt, juxta *l. 6. de jur. fisc.* vel quæ publice 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 vero 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 *in Hadr. cap.* 18. etiam certius colligas, qui itidem sine ulla rerum distinctione refert Hadrianum 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; manifesteque labitur Bachovius qui ob conjunctionem loci religiosi & sacri negat hanc interpretationem admitti posse eo quod nulla loca aut ædes sacræ privatæ dici possint; hoc enim falsum esse & sacella privata propriasque suas ædiculas Veteres habuisse vel unus Paulus eum docere poterat in *l. 9.* §. 1. *ad leg. Jul. pec.* ita propemodum & Connan 3. *comm.* 4. Charond. 1. *veriſim.* 21. Robert. *recept. lec.* 5. Cantiunc. & Wesemb. *hic.* VINN. Adeundus hic omnino Jac. Gothofred. *ad l.* 1. *C. Theod. de thesaur.* ubi tota hujus legislationis historia erudite exponitur. HEIN.

Fortuito casu] Thesaurus quem inveni in loco meo sive fortuitum sive quæsitum meus est; sin ille locus meus sacer est vel religiosus, non alias meus erit quam si fortunæ quasi munere mihi oblatus fuerit, nullo adhibito perscrutandi studio: quod proculdubio ideo placuit ne detur occasio violandorum sepulcrorum & aperiendi urnas defunctorum si etiam studiosi quæsitum inventumque suum quisque faciat sibique habeat.

5. *At si quis in alieno*] Ceteræ res quæ nullius sunt occupantium fiunt etiamsi data opera in alieno quæsitæ sint, ut de feris bestiis 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 thes.* Ratio diversi juris hæc est, quod qui feram in alieno capit aut rem, puta pro derelicto habitam, tollit nihil fundo aut fundi domino nocet; ad thesaurum vero perveniri non potest sine effossionibus & manifesto damno fundi in cujus visceribus thesaurus abditus jacet. Aliena autem effodere sine permissu domini, inque iis latentes rimari opes merito vetitum & pœna non præmio dignum, *d. l. un. l. 2. C. Theod. de thesaur.*

6. *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.* 63. §. *pen. & ult. ff. de adq. rer. dom. d. l. un. C. de thesaur.* Cur vero, inquis, non totus cedit inventori, sicuti ceteræ ejusdem generis res occupantis totæ fiunt loco quocumque occupatæ, ut feræ bestiæ, res pro derelicto habitæ, gemmæ & lapilli inventi in litoribus? Nimirum quia illæ vere nullius sunt, thesaurus non est: quippe quem nemo eo animo abscondit ut eum in numero rerum suarum esse nolit sed ut tutiore loco custodiat; tantum ideo nullius esse dicitur quia cujus sit non apparet. Nam etsi dominum per rerum naturam habeat, heredem scilicet ejus 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 quod de his quæ non apparent perinde judicandum sit quasi non essent, *l.* 77. *de contr. emt.* dominum tamen loci & sua & par ratio defendit, qui contrà sibi thesaurum vindicans dicere potest nihil esse verisimilius quam quod à majoribus suis profectus sit; in proprio enim, quia tutius, non in alieno thesauros condi; adhæc fundi in quo tanto tempore asserva-

tus

tus est quodammodo beneficium esse. Quam ob causam cum Impp. Gratianus Valentinianus & Theodosius partem quartam dumtaxat domino loci assignassent, *l. 2. C. Theod. de thesaur.* merito Imp. Leo, abrogata eorum constitutione, ad qualitatem partitionis & veterum constitutionum normam rem revocavit. VINN. Videtur ratio hujus divisionis inde repetenda quod Veteres disputarent, accessionisne jure an inventionis vel occupationis adquiratur thesaurus. Prius placuit illis quos hic sequitur Imperator, posterius Paulo *l. 31. §. 1. ff. de adq. rer. dom.* Qui prius admittebant principium totum thesaurum vindicabant domino fundi, qui posterius inventori. Hadrianus utrumque conjunxit, & dimidium domino addixit jure accessionis, dimidium inventori jure occupationis rei pro derelicta habitæ. HEIN.

7. *In Cæsaris loco &c.*] Distinguit Imp. loca Cæsaris à locis fiscalibus, & hæc à publicis, publica à locis 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. publ.* sed ut Principis, & ratione imperii. Publica loca appellat quæ in usu publico sunt populi Romani, veluti areæ, insulæ, agri, viæ itineraque publica, *d. l. 2. §. 3.* Loca civitatis quæ usibus civium in municipiis & singulis civitatibus deserviunt, *§. 6. sup. hoc tit.* quæ à publicis eodem sensu hic separat quo Ulp. bona civitatis ab iis quæ populi Romani sunt, *l. 15. de verb. sign.* Spartianus *in Hadr. cap. 18.* omnia ista loca designavit uno verbo *publici.* Hæc obiter in præsentia; subtilius rerum Cæsaris, fiscalium & publicarum discrimen exquiremus *§. ult. Inst. inf. de usuc.*

8. *Dimidium fisci vel civitatis*] Sive in loco alieno privati alicujus sive in loco Cæsaris aut publico fisci vel civitatis thesaurus repertus sit, medietatem dumtaxat inventor consequitur, pars altera repertorum ad eum pertinet qui loci dominus est aut jus imperiumve in eo habet. Et quod diximus de loco privato, non aliter partem in eo reperti inventoris fieri quam si fortuito & 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 pertineat ad Principem vel civitatem. Non enim magis fas esse credendum est publica loca effodere & scrutari quam privata aliena. Facit 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. Hadriani 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 dumtaxat 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 eive ad cujus curam vel imperium locus pertinet reddere cogeretur. Ab hoc jure cum procedente tempore recessum esset, ut constat ex *tit. Cod. Theod. de thesaur.* reductum illud est à Leone Nepote *l. un. C. Justin. de thesaur.* iterumque vigore suo privatum, restitutum à Leone Philosopho *Nov. Leon. 51.* A Frederico nihil mutatum *tit. quæ sint regal.* At nunc in plerisque locis thesauros, ut & alia pleraque ἀδέσποτα (*absque domino*) Principes sibi vindicant, & quidem in solidum quocumque 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. cap. 2.* Covarr. *in rel. c. peccatum de reg. jur. in 6. part. 3. §. 2.* Lebret. *lib. 3. de la Souveraineté, c. 6.* Christin. *vol. 5. decis. 16.* Theodoricus quoque Rex thesauros quocumque loco repertos publico vendicari jussit: *Sine damno enim,* inquit, *inventa perdit qui propria non amittit.* Cassiodorus 4. *var. 34. & 6. 8.* VINN. Quod de generali totius Europæ consuetudine retulit Covarrub. in *cap. peccatum de reg. jur. in 6.* thesauros ceterasque res quæ dominum non habent ad Principes spectare, id apud nos certi exploratique juris est. Itaque res pro derelictis habitas (*bienes mostrencos* Hispani vocant) ad Cameram Regiam spectare dicitur in *l. 6. tit. 13. lib. 5. Recop.* Eodem prorsus pacto ac auri metallive fodinæ, & salis minerali ad Regem pertinere statutum est *l. 2. & seqq. tit. 13. lib. 6. Recop.* Thesauri denique quocumque loco inventi fuerint Regis esse dicuntur in *l. 1. dict. tit.* ubi quarta inventoribus porro promittitur, qua lege derogatum

tum esse *l.* 45. *tit.* 28. *Part.* 3. asserit Covarrub. , *dict. loc.* licet contrarium teneat Gregor. Lop. ad *dict. l. Part.* qui has leges nisus est conciliare. Usus tamen sapientisssimi Præsulis confirmavit sententiam ADDIT.

TEXTUS.

De traditione.

40. *Per traditionem quoque jure naturali res nobis adquiruntur; nihil enim tam conveniens est naturali æquitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transfere ratam haberi; & ideo cujuscumque 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 provinciis sunt; inter quæ, nec non & Italica prædia ex nostra constitutione nulla est differentia; sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur sine dubio transferuntur.*

L. 46. *tit.* 28. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Citra traditionem dominia rerum jure gentium non transferri; & quam rationem hoc habeat.*
2 *An ad tranferendum dominium requiratur vacuæ possessionis traditio.*
3 *Responsum Tripbonini sub tit. de fund. dot. 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 dominii translationem.*
6 *De veteri discrimine dominiorum nonnulla.*
7 *Quale jus olim possessores prædiorum provincialium habuerint.*
8 *Stipendium & tributum univoce dici.*
9 *Provincialium qui vectigales, qui stipendiarii sive tributarii appellati.*

HÆc quoque adquisitionis species ad generalem occupationem referri debet. Nam cum traditione rem adquiri dicimus, non intelligimus solum factum tradentis sed ex effectu magis etiam rei traditæ acceptionem atque apprehensionem ; quippe sine qua traditio non perficitur , hoc est, dominium non transfertur aut adquiritur, *l.* 55. *de obl. & act.* Differt autem hic modus adquirendi à superioribus ejusdem generis, quod earum rerum quæ nullius sunt adquirendarum ratio præter apprehensionem nihil desiderat , quia occupantur sine cujusquam injuria; quæ ex hostibus capiuntur invitis dominis ad nos transeunt jure belli. In specie autem proposita non satis est nanciscendi dominii causam rem apprehendisse nisi & voluntate domini in hoc tradita sit , quod omnino hìc exigit ratio juris gentium , *d. l.* 55. *l.* 2. *de hic qui sui vel al. jur. l.* 11. *de reg. jur.* Et quia nemo eo animo est ut velit rem suam in alium transferre sine causa , inde est quod cum in ceteris omnibus juris gentium adquisitionibus modus adquirendi idem sit & causa sive titulus (verbi causa occupatio feræ bestiæ est & modus adquirendi & titulus) , ea in hac specie perpetuo distinguntur. Modus adquirendi est traditio vel potius rei traditæ acceptio & apprehensio ; titulus , veluti emtio, permutatio , donatio ceteræque causæ ex quibus re à dominio tradita dominium in accipientem transit , sin minus jus usucapiendi , *l.* 31. *de adq. rer. dom. l.* 2 *& seqq. de Publ. in rem act.*

Per traditionem] Traditio vel vera est, quæ naturalis datio appellatur, *l.* 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 minus vero ficta & symbolica traditione dominium in accipientem transit quam vera & naturali , §. 43. *& seq. inf. hoc tit.*

1. At citra ullam traditionem nudis & 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 quam à me tibi tradita sit. Vid. *l.* 20. *C. de pact. l.* 50. *ff. de rei vind. ll.* 15. *&* 27. *C. eod. l.* 6. *C. de her. vel act. vend.* Cur vero ad dominium transferendum non placet sufficere nudam convenientium voluntatem ? Nimirum quia nemo ex ratione juris gentium facto suo rem, sive ea nullius sit sive alterius , adquirit nisi cujus potestati & manui subjecta sit ; quod ita quisque consequitur si eam aprehenderit , si possessionem ejus nanciscatur, *arg. l.* 1. *de adq. poss.* Non aliter autem possessio rei alienæ apprehendi & per eam potestati nostræ res subijici potest, quam si dominus eam tradiderit in cujus tamdiu

po-

potestate est & manet. Diss. tamen D. Grot. 2. *de jur. bell. cap.* 6. & 8. contendens, ex ratione juris naturæ seu gentium nihil amplius ad translationem dominii requiri quam solam voluntatem domini rem suam alteri in hoc addicentis; jure autem & ratione civili institutum esse securitatis dominorum causa & occurrendi temesrarii alienationibns ut tunc demum dominium à priore domino habeat cum is alteri rem tenendam & possidendam tradiderit; quod quia à multis gentibus receptum jus gentium improprie dicatur,

2. Sed posito eo quod diximus & quæ Veterum sane omnium sententia fuit, traditione non nuda conventione dominium jure naturali sive gentium adquiri, quæsitum porro ab Interpp. est, an in proposito ad dominium tranferendum sufficiat rem qualiter tradidisse, dum ea tradita sit vacua ab omni detentore qui apprehensionem impediat; an vero 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 forte possessor peregre abest eum tibi tradidi dominii 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, nihilominus tibi fundus jure gentium adquiratur. Et putavi aliquando cum DD. Longobardis Placent. Joan. Azon. Accurs. Odofred. Bart. Bald. quos sequitur D. Don. 4. *comment.* 19. adquiri; neque alienam absentis possessionem obstare domino quominus ille rem suam transferat in eum cui ejus rei corpus prehendendum & tenendum dat sine cujusquam impedimento. Ceterum nunc in contrarium moveor, & quidem maxime illa ipsa ratione qua illi utuntur ad probandam necessitatem traditionis. Ajunt enim, ideo ad adquisitionem & translationem dominii necessariam esse traditionem, quia ratio juris gentium exigit ut quod facto nostro adquiritur prius potestati nostræ subjiciatur. At vero res potestati nostræ subjecta dici non potest cujus plenam possessionem eamque quæ avelli non possit nacti non sumus, *l.* 22. *de adq. poss. l.* 4. §. 12. *de usuc. l.* 13. §. 2. *de verb. sign.* neque potest in nos transferri possessio justa ejus rei quam alius possidet quamdiu possidet & vel animo retinet possessionem, *l.* 3. §. 5. & §. 7. *l.* 6. §. *ult. de adq. poss.* Sunt vero & alia hujus rei argumenta non pauca. Nam cum unum idemque genus sit, & actus idem traditionis qua transfertur dominium & præstatur causa usucapionis, *arg. l.* 11. §. 1. *de act. emt. l.* 46. §. 1. *de evict.* §. *pen. Inst. infr. per quas pers.* non magis convenit re à domino tradita dominium transferri sine translatione possessiouis quam re tradita à non domino jus usucapiendi. Adhæc, si dominium nobis adquiri potest directo sine possessione, poterit & per procuratorem eodem modo. Quid enim interest mihi res tradatur an mea voluntate alteri meo nomine accipienti? Plane nihil, *l.* 37. *ad sen. Trebell.* At certum est per procuratorem dominium nobis non adquiri nisi per consequentiam possessionis per eum nobis adeptæ, *l.* 20. §. *ult. de adq. rer. dom. d.* §. *pen. inf. per quas pers. l.* 1. & *l.* 8. *C. de adq. poss.* Quin etiam ipsa traditio non propter se sed propter possessionem videtur requiri, cum ubi sine traditione possessio obtineri potest traditio non desideretur, *l.* 9. §. 5. *de adq. poss.* Hic accedit & Veterum manifesta auctoritas, quibus tradere, cum de transferendo dominio quæritur, nihil aliud est quam potestatem facere rei habendæ & possidendæ; traditio nihil aliud est quam possessionis datio atque translatio, *l.* 3. §. 1. *de act. emt.* Hinc illa, re tradita possessionem amitti, *l.* 50. *de rei vind.* retenta possessione nihil traditum intelligi, *l.* 16. *de per. & com. rei vend.* Huc denique pertinent textus *l.* 12. *C. de probat. l.* 13. *C. de distr. pign.* & maxime *l.* 8. *C. de act. emt.* item *l.* 47. *de rei vind.* quo loco diserte scribit Paulus non aliter dominium rei absentis nobis adquiri quam si possessionem ejus nacti simus ex voluntate domini. At enim, inquies, nihil commune habet possessio cum dominio, *l.* 12. §. 1. *de adq. poss.* Quid tum postea? 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 emt.* nemo tamen inde colligit usucapionem sine possessione procedere. Nihil ad rem facit quod dominium retineri potest sine possessione. Non enim tam facile quid adquiritur quam quæsitum semel retinetur. Possessio non adquiritur nisi animo & corpore, animo retinetur solo, *l.* 3. §. 1. & §. 12. *l.* 6. *in fin. de adq. poss.* Feræ bestiæ non aliter nostræ fiunt quam si eas ceperimus; manent nostræ semel captæ quamvis effugerint quamdiu cum spe recuperandi eas persequimur, §. 12. *sup. hoc tit.*

Unus

3. Unus locus est quo præcipue moventur qui dominium etiam sine possessione adquiri posse contendunt, *l.* 16. *de fund. dot.* Ajunt, in eo responso mulierem à Tryphonino proponi quæ fundum quem Titius possidebat & prope jam usuceperat marito in dotem dedit eo effectu ut fundus dotalis fieret, atque ex eo tempore ad prohibitionem legis Juliæ pertinere inciperet, maritoque adquireretur vindicatio: quæ omnia arguant dominium istius fundi marito quæsitum fuisse, per *l.* 23. *de rei vind.* junct. *l.* 13. §. 2. *de fund. dot.* cui tamen possessio adquiri non potuit cum alius fundum possideret. Unde porro effici putant fundi istius dominium simplici traditione ac nudo brutoque 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 tantum destinata, *ll.* 14. & 15. *de jur. dot.* & cur prædium dotale constitui minus rectè dicatur quod mulier instrumento dotali profitetur se in dotem dare, quam ususfructus & jura prædiorum constitui dicantur pactionibus & stipulationibus, §. 1. *Inst. infr. de usufr.* §. *ult. inf. de servit. præd?* Sed & jus vindicandi marito competere potest nondum translato rei in dotem datæ dominio, cessione videlicet actionis, *arg. l. ult. C. de her. vend.* quam in specie à Tryphonino proposita intervenisse, sive actionem ipsam in dotem datam omnino credibile est, cum ipsam rem tradere quam alter possidebat & tenebat mulier non potuerit. Lex Julia vetat alienari vel usucapi fundum dotalem. Hæc prohibitio legis Juliæ pertinet quidem maxime ad fundum jam traditum & marito adquisitum; quippe qui proprie dotalis est, *d. l.* 13. §. 2. *de fund. dot.* & dotalis constituitur non qualiquali traditione sed ea quæ & possessionem transferat, *l.* 5. *in fin. sol. matrim.* Ceterum, ut Tryphoninus significat, pertinet ea lex etiam ad fundum nondum traditum sed doti tantum destinatum aut instrumento promissum, translata actione ad dominium vindicandum: propterea credo quod qui actionem ad rem vindicandam habet prope abest ab eo qui habet rem ipsam, *l.* 15. *de reg. jur.* 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. Plane sufficit tradentem vere 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. ff. quæ in fraud. cred.* Nec obstat quod dicitur in *l.* 2. §. 1. *de act. emt.* vacuam possessionem emtori 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, cujusmodi habent creditores qui morante porro debitore etiam secundum decretum petere & impetrare possunt. Illud meminisse oportet, disputare nos de adquirendo rerum dominio jure gentium. Nam quin jure civili multis ex causis sine possessione adquiratur, veluti aditione hereditatis, agnitione bonorum possessionis, legati, fideicommissi, dubium non est. Utilitatis quoque causa jure singulari in quibusdam causis receptum ut cui possessio non adquiritur aut adquiri non potest, ei simplici apprehensione adquiratur dominium, eo qui tradit amittente possessionem. Vid. *l.* 10. §. 4. *l.* 19. junct. *ll.* 32. & 54. *de adq. rer. dom.* junct. *l.* 44. §. 1. *de adq. poss. l.* 13. *de donat.* add. Cont. *lib.* 1. *disp.* 8. Hotom. *illust. quæst.* 11. Bronch. 3. *ass.* 81.

4. *Voluntatem domini*] Est enim suæ quisque rei moderator & arbiter, *l.* 21. *C. mand.* Ceterum ut quis velle rem suam transferre intelligatur duo hæc concurrere debent, ut sciat rem suam esse quam transferre cogitat, ut justam 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.* 35. *de adq. rer. dom. arg. l.* 15. *de jurisd.* Ajo, *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 justa causa præcesserit propter quam traditio secuta sit, l.* 31. *de adq. rer. dom.* Nec dicat quisquam id requiri superflue, cum si nulla causa adsit præsumi debeat donatio, *arg. l.* 47. *de oper. lib.* quoniam hoc tunc solum locum habet cum res consulto data est, *l.* 53. *de reg jur.* Illud non re-

fert, 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 dominii translationem.

5. 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.* 18. §. 1. *de reb. cred.* Non enim hìc concurrit affectus ex utraque parte contrahentium quem ad translationem dominii requirimus, *l.* 55. *de obl. & act.* At si utrimque subesse existimetur causa idonea ex qua dominium transferatur, veluti si tibi dem fundum tamquam á me debitum ex testamento, tu quasi ex stipulatu debitum accipias; vel si ego tibi tradam pecuniam donandi animo, tu accipias quasi creditam: hìc quia ex utraque causa id pariter agitur ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem esse; idque & Julianus generaliter probat, *l.* 36. *de adq. rer. dom.* Videtur autem à Juliano dissentire Ulpianus in specie posteriore, cum pecuniam tibi dedi quasi donaturus tu quasi mutuam accipis, *d. l.* 18. *pr. de reb. cred.* Primum negat hìc 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 cum in corpus quod traditur consentimus, & hanc regulam etiam eodem exemplo declarat, *d. l.* 36. quod proponitur ab Ulpiano *d. l.* 18. *de reb. cred.* D. Contius 1. *disp.* 9. & Bachov. in *Treutl. disput. de mutuo thes.* 4. negant hoc dissidium componi posse. Et sane ferri non potest quod Alciatus 5. *parerg.* 15. Pac. 3. *q.* 67. Gilb. Reg. 2. *enant. ult.* 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. 4. *comm.* 18. & ad *d. l.* 18. *de reb. cred.* nimirum verba hæc Ulpiani, *magisque nummos accipientis non fieri* duplicem posse pati interpretationem: posse sic accipi ut nummi omnino non fiant accipientis: posse etiam sic ut non fiant perfecte, non irrevocabiliter, ex comparatione scilicet adquisitionis rei donatæ *arg. l.* 71. *de verb. sign. l.* 38. §. 3. *de solut.* fiant tamen eo effectu ut etiamsi adhuc extent vindicari nequeant, consumti 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 tamquam mutuum accipit non eo animo est ut dominus non fiat, sed ut non fiat simpliciter & sine obligatione restituendi tantumdem tamquam ex causa donationis. Fusius hæc exsequor *lib.* 2. *sel. quæst. c.* 35.

Cujuscumque generis sit] Modo ne talis cujus alienatio prohibita, ut fundi dotalis; aut ne causa ex qua traditur jure improbata, ut donatio inter virum & uxorem. Ait autem *cujuscumque generis*, ut significet non solas nunc res non mancipi, ut olim, simplici traditione & nudo naturali actu pleno jure transferri; sed etiam res mancipi, cujusmodi erant prædia & prædiorum jura in Italico solo, servi & quadrupedes, quo dorso collove domantur, & olim non abalienabantur ex jure Quiritium sine actu civili, sine nexus aut cessionis in jure solemnitate, vid. Ulpian. *in fragm. tit.* 19. Rævard. ad *leg.* XII. *tabb. cap.* 16.

Corporales res] Nam res incorporales proprie traditionem non recipiunt, *l.* 3. §. 2. *de act. emt. l.* 43. §. 1. *de adq. rer. dom.* uti nec possessionem, *l.* 4. §. 27. *de usurp. & usuc.* sed est in his quod vice traditionis fungatur, patientia domini, & vice aprehensionis possessionisque sit usus illius cui dominus hujusmodi jus quæsitum vult, *l. ult. de serv. l.* 3. *in pr. de usufr. d. l.* 3. §. 2. *de act. em. l.* 2. §. *ult. de prec.*

A domino] Qui scilicet liberam rerum suarum administrationem habeat. Nihil autem interest utrum ipse dominus rem suam alicui transferendi causa tradat, an voluntate ejus alius, procurator puta aut creditor, §. 43. *inf. hoc tit.* §. 1. *inf. quib. al. lic.* aut etiam alii qui jure pro dominis habentur, ut tutores & curatores, *l.* 109. *de verb. sign. ll.* 16. & 22. *C. de adm. tut.*

6. *Tradita alienatur*] Non minus videlicet pleno jure quam si mancipata aut jure cessa esset, sublato antiquo discrimine dominii, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.* Etenim duo antiquitus fuere dominorum genera, naturale unum quod in bonis; alterum civile sive legiti-

timum quod ex jure Quiritium appellabatur, & vel nudum erat vel plenum. Si, verbi causa, civis Romanus à cive Romano servum emisset isque ei traditus esset, neque tamen mancipatus aut cessus in jure annove ab eo possessus: is servus in bonis quidem emtoris erat, ex jure vero Quiritium non erat, sed eo jure manebat venditoris quamdiu mancipatus in jure cessus aut usucaptus non esset. Jus hoc Quiritium sibi asserebat qui vindicabat hac vulgata formula: *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, l. 1. de rei vind.* Hinc & illa judicis dati formula apud Cic. 4. *in Verr. cap. 12. Si paret fundum Capenatem quo de agitur ex jure Quiritium P. Servilii esse.* Videsis Theoph. *tit. de libert.* Ulp. *in fragm. d. tit. 19.* Brisson. 4. *antiq. 22.* Rævard. *d. cap. 16.* Erat autem ejus qui in bonis habebat causa potior quam domini ex jure Quiritiarii: nam si servus alterius in bonis, alterius ex jure Quiritium esset, ex omnibus causis adquirebat ei cujus in bonis erat, Ulp. *d. tit. 19. §. penult.* Qua de causa Justinianus nudum hoc & inane Quiritium jus sustulit, *d. l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

Tributaria prædia eodem modo alienantur] Dixit, res omnes cujuscumque generis sint traditione alienari, hoc est, ut omnes exponunt, non minus res mancipi quam nec mancipi. Hinc infert etiam eodem modo alienari prædia provincialia. Atqui hæc prædia fuere res mancipi; res autem nec mancipi etiam veteri jure nuda traditione abalienabantur, Ulp. *d. tit. 19. §. 6.* Unde videtur ex contrario sic inferendum fuisse: *Itaque Italica quoque prædia eodem modo alienantur.* Verum alio respicere Imperatorem ex sequentibus apparet, ad exæquationem videlicet juris prædiorum provincialium & Italicorum, cujus ipse primus auctor est, *l. un. C. de usuc.*

7. Olim agri & prædia in provinciis non erant pleno jure possessorum sed usu & fructu dumtaxat; summo autem jure propria erant populi Romani: quippe quæ prædia cum primum jure belli una cum possessoribus in jus & ditionem populi victoris venissent, hoc est publica facta essent populi Romani: sæpe provincialibus seu veteribus dominis denuo utenda & fruenda concedebantur, imposito annuo vectigali aut tributo in argumentum retentæ proprietatis aut summi juris. Unde est quod prædia ista à possessoribus mancipio dari non poterant nec ab alio usucapi, sed longi dumtaxat temporis possessione illud quod dixi jus in iis adquiri: de quo uberius *tit. 6. hujus lib.* Poterat & nuda traditione jus idem in quosvis alios transferri, salva scilicet semper manente proprietate populo aut Principi. Igitur quod de hisce prædiis ait eodem modo illa alienari, sic accipiendum est, alienari plene & perfecte, simplicique 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.* Atque hinc patet constitutione Antonini, qui provincialibus omnibus jus civitatis dedit, *l. 17. de stat. hom.* effectum non esse ut solum provinciale ejusdem juris esset cum solo Italico. Primus enim Justinianus differentiam sustulit, voluitque eodem jure 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 usufructus, sed reale & proximum dominio, cujusmodi est emphyteuticum & quod vulgo appellatur dominium utile. Nam & possessiones suas heredibus relinquere & cuivis extraneo in jure cedere, Ulp. *in fragm. d. tit. 19. §. 8.* Theoph. *hic*, & servitutem his imponere poterant, *l. 3. C. de serv.*

8. *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 Latii sive Italiæ, & sine eo jure colonias nonnullas provinciales & civitates immunes fuisse, *ll. 1. 7. & 8. de censib.* Cic. 3. *in Verr.* Plin. *lib. 3. nat. hist. cap. 3. & 11.* Sed hic sensus est prædia quæ in provinciis sunt, quæ stipendium aut tributum pendunt stipendiaria dici & tributaria, uti possessores eorum dicuntur stipendiarii & tributarii. Tributum, si Theophilo credimus, inferebatur Principi, stipendium populo. Hinc provinciæ Cæsaris tributariæ, populi stipendiariæ. De quo tamen dubito, magisque puto verba ista dici συνωνύμως (*promiscue*). Nam constat Principes sensim sibi provincias omnes seposuisse, neque diu ratam mansisse partitionem illam provinciarum quam cum populo Augustum fecisse refert Suet. *cap. 7.* Certe tempore Justiniani ut fisci & ærarii, ita & stipendii & tributi nulla fuit differentia. In libris π^. aliquando separantur, ut in *l. 7. §. 2. de usuf. l. 13. de imp. in res dot. l. 46 §. 4. de jur. fisc.* Sed tamen synonyma esse ex auctoritate Pomponii re-

fert Ulpian. *l.* 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 sane*, 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 *tributum á singulis pro portione census exigebatur*. Neque solum initio, ut ex Cic. Cæs. Liv. Plin. Gellio discimus, stipendium & tributum promiscue appellata est ea pecunia quæ populo imperabatur & colligebatur in publicum ut ex ea miles sustentaretur; sed etiam apud posteriores Sueton. Eutrop. Sextum Ruffum promiscuum eorumdem verborum usum reperias, ut observavit D. Cujac. 7. *obs.* 3. In eo sane 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. cap.* 74. *Neque quies*, inquit, *gentium sine armis, neque arma sine stipendiis, neque stipendia sine tributis haberi queunt* Verum hoc ad præsentem disputationem non pertinet.

9. Illud verum esse ostendit antiquitas, quod 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. Quamquam vectigalis appellatio latius patuit, easque etiam pecunias comprehendit quæ vel portorii vel scripturæ vel salis aut vicesimæ nomine exigebantur, de quo in præsentia non quæritur, *l. ult.* §. 8. *de publican.* Consule Sigon. 1. *de jur. civ. Rom.* 16. Freig. *in lib.* 3. Cic *in Verr.* Gœd. *ad l.* 17. §. 1. & *l.* 27. *de verb. sign.* VINN. Accuratius hæc omnia exponit vir cl. Petr. Burmannus *de vectigalibus populi Rom.* qui hic omnino conferendus. HEIN.

TEXTUS.

41. *Venditæ vero res & traditæ non aliter emtori adquiruntur quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato: quod quamquam cavetur lege duodecim tabularum, tamen rectè dicitur & jure gentium, id est jure naturali id effici. Sed si is qui vendidit fidem emtoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emtoris fieri.*

L. 46. *tit.* 28. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Cur ex ceteris causis dominium traditione statim transeat, ex causa emtionis non aliter quam si pretium solutum sit &c.*

2 *Satisfacere & solvere, item fidejubere & expromittere quomodo differant.*

3 *An præsumatur venditor fidem emtoris secutus ex eo quod simpliciter rem tradiderit.*

1. QUod hic traditur proprium est emtionis. Ex alia causa si quis rem suam sciens tradiderit statim eam facit accipientis, neque amplius quidquam ad translationem dominii requirimus; in emtione vero & tertium exigitur, ut pretium solutum sit aut necessitas ejus solvendi in præsentia remissa. Cur vero tam varie? Nimirum quia in ceteris qui rem suam scientes ex juxta 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 potius rem quam vendidit & tradidit transferre voluisse censeri debeat, si pecunia sibi soluta sit (hanc enim spectat & protinus sibi numerari velle videtur qui rem vendit), quam animum habuisse rem suam pure & simpliciter in emtorem transferendi. Constat autem, ejus quod sub conditione datur aut traditur dominium in accipientem non statim transire, *l.* 8. *de reb. cred.*

2. *Vel alio modo ei satisfecerit*] Traditur hoc idem *l.* 19. *de contr. emt. l.* 5. §. *pen. de trib. act.* fac. *l.* 53. *de contr. emt.* Satisfaciendi verbum generalius est quam solvendi. Qui solvit utique & satisfacit; at non omnis satisfactio solutio est. Satisfacit & qui non liberatur, veluti si quis fidejussorem vel pignora det; solutione vero obligatio tollitur. Ait, *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.* non magis quam solutionem alterius rei quam quæ debetur, *l.* 2. §. 1. *ff. de reb. cred. l.* 16. & *seq. C. de solut.*

Expromissore] Hoc nomine etiam fidejus-

sor

sor hìc intelligi videtur, ut in *l.* 4. §. 3. *de re jud.* Ceterum enim est tam fidejussore quam expromissore dato rem emtoris fieri, *d. l.* 53. *de contr. emt.* Enimvero cum proprie loquuntur Jurisconsulti, fidejussorem quem alio nomine adpromissorem vocant, *l.* 64. §. 4. *sol. matr. l.* 43. *de solut.* separant ab expromissore, ut in *d. l.* 53. *de contr. emt. l.* 37. §. *ult. de oper. libert.* Expromissor is proprie dicitur qui alienam obligationem novandi animo in se suscipit, *l. ult. de sen. Mac. d. l.* 37. §. 4. *de oper. lib.* & simpliciter reus appellatur, *l.* 7. §. 8. *de dol. mal. l.* 64. §. 4. *sol. matr.* nempe quia expromissor 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, §. 5. *Inst. inf. de fidejuss. l.* 43. *de solut.*

Quamquam cavetur lege duodecim tabb.] Pleraque quæ lege XII. tabb. cauta sunt rationem civilem habent, formulasque & solemnia spectant, ut liquet ex fragmentis quæ à viris doctis collecta in manibus studiosorum versantur; non tamen omnia. Nam quod placet rem venditam non aliter emtoris fieri quam si pretium venditori solutum sit aut satis eo nomine factum, id jure & ratione naturali, ea quam dixi, efficitur; & tamen id ipsum quoque lege XII. tabb. cautum. Non recte igitur sic collegeris: id cautum est lege civili, ergo est juris mere positivi; aut, ergo id non efficitur jure gentium sive naturali. VINN. Inde vero est quod in traditionibus quæ nexu & mancipio fiebant adhibenda esset ænea libra, & emtor eam ære percuteret, indeque æs daret ei à quo mancipio acciperet. Vide Gaj. fragmentum apud Boëthium in *comment* ad Cic. *Top. lib.* 3. Non enim translatum credebatur dominium nisi satisfactum esset mancipanti. HEIN.

3. *Fidem emtoris secutus fuerit*] Id est fidem emtori de pretio habuerit sine ulla satisfactione, *d. l.* 19. *de contr. emt.* ἐπειδὴ ἑκὼν ἐπίστευσε καὶ τῇ φιλῇ ὁμολογία αὐτῦ· (*quum sponte credidit alterius promissioni etiam nudæ*), quod ex circumstantiis æstimandum, veluti si dies solutioni dicta sit, *l.* 3. *C. de pact. int. emt. & vend.* aut si cum emtor pecuniam ad manum non haberet venditor dixerit, *I, licet: nunc non requiro: postea dabis.* Plane si nulla mentio facta sit de pretio postea solvendo, ex eo solo quod venditor rem tradidit censeri non debet fidem emtori habuisse, ut hic locus & *d. l.* 19. apertissime ostendunt. Adeoque regula illa quam hìc ex communi opinione Schneid. tradidit: *In dubio qui rem venditam simpliciter emtori tradit sequi videtur fidem emtoris nisi contrarium appareat*, convertenda est & sic concipienda: *In dubio qui rem emtori tradit non videtur sequi fidem emtoris nisi emtor contrarium doceat.* Atque ita communiter DD. suo tempore tenuisse refert Jo. Fab. & probant Wesemb. & Bachov.

TEXTUS.

42. *Nihil autem interest utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, an voluntate ejus alius cui ejus rei possessio permissa sit. Qua ratione si cui libera universorum negotiorum administratio permissa fuerit à domino, isque ex iis negotiis rem vendiderit & tradiderit, faciet eam accipientis.*

L. 46. *tit.* 28. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Distinctio quæ vulgo fit inter procuratorem cui simpliciter rerum omnium administratio commissa est & procuratorum cum libera, ut loquuntur, late improbatur.*

CUm ad dominium traditione transferendum necesse sit, ut dictum est, ut res tradatur à domino, hoc nunc ex Gajo *l.* 9. §. 3. *de adq. rer. dom.* declarat Imp. atque sic esse accipiendum ait, ut nihil intersit utrum dominus ipse per se rem alicui tradat, an alius voluntate ejus; quippe quod quis per alium facit dum ei mandat aut jubet ut faciat, id eum ipsum facere videri, *l.* 5. §. 3. *de adm. tut. l.* 1. §. 12. *de vi & de vi arm.*

Cui ejus rei possessio permissa est] Hotom. restituit, *cui ejus 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 hic omissum.

Si cui libera universorum negotiorum] Si nominatim alicui mandatum sit ut rem tradat, nemo ambigit quin si mandato perseverante id faciat dominium ejus rei transferatur in accipientem, *l.* 11. §. *ult. de pign. act. l.* 37. *in fin. pr. ad sen. Treb. l.* 33. *de adq. poss.* nec ulla hic exceptio est, quoniam in speciali mandato non potest dubitari de voluntate domini.

1. 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. Doctores comm. duo genera ejusmodi procuratorum faciunt, unum eorum quibus simpliciter rerum omnium administratio commissa est; alterum, quibus commissa est libera, nominatim scilicet hoc adjecto; & procuratorem cum libera (sic loquuntur) etiam jus rem alienandi habere contendunt, modo ne id fiat animo donandi; eum autem cui simpliciter administratio mandata est nihil alienare posse præter fructus aut res alias quæ facile corrumpi possunt. Verum hæc distinctio ut commentitia & Veteribus incognita à Duar. *ad leg.* 1. §. 20. *de adq. poss.* Don. 4. *comm.* 15. Vaud. 1. *quæst.* 47. & aliis nonnullis doctis viris rejicitur. Et vero si ex mandato æstimandum quid cuique liceat in re aliena, dicendum omnino 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 quam heres simpliciter institutus, & institutus ex asse. Administratio quantumvis simpliciter tradita, nihilominus libera tradita intelligitur; quippe quam libere exercere liceat in rebus omnibus, nec minus libere quam si specialiter de singulis mandatum esset, excepto si quid generali cujusmodicumque mandato non continetur, qualia sunt donatio, *l.* 7. *de donat.* manumissio, *l.* 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.* 61. *ff. de procur. l.* 12. *C. de transact.* alienatio quoque rerum domini quam non exigit ratio administrationis, *l.* 63. *de procur.* junct. *l.* 12. & 17. *ff. de cur. fur. l.* 16. *C. de proc. l.* 1. §. 1. *de off. proc. Cæs.* Hinc cui simpliciter rerum gerendarum provincia demandata est rem domini in judicium deducit, *l.* 12. *de pact.* quod illis tantum licet qui domini loco habentur, *ll.* 22. & 27. *de adm. tut.* potest exigere & accipere, *l.* 11. *de pact. l.* 34. §. 3. *de solut.* creditoribus solvere, *l.* 87. *eod.* novare, *l.* 20. §. 1. *de novat.* potest transigere, pacisci, jusjurandum deferre, *d. l.* 12. *C. de transact. d. l.* 12. *ff. de pact. l.* 17. §. *ult. de jurejur.* modo ea faciat in re dubia & probationibus deficientibus, *arg. l.* 35. *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.* 63. *de procur.* & quatenus negotiorum exigit administratio etiam alia quædam ob magnam utilitatem alienare, *arg. ll.* 12. & 17. *de cur. fur.* Non debet plus licere ei cui libera administratio permissa est; ut enim maxime libera sit, administratio tamen est, nihil amplius. Quod igitur de hujusmodi procuratore traditur, posse eum aliud pro alio permutare, *l.* 58. *de proc.* hoc & in superiore verum est; in utroque autem sic accipiendum, si conditio & ratio administrationis id flagitet; eodemque modo etiam accipi debet quod hoc loco & apud Gajum, *d. l.* 9. §. 4. *de adq. rer. dom.* relatum est, procuratorem cum libera rem ex negotiis sibi commissis vendendo & tradendo facere accipientis. Plane potest mandatum ita concipi ut post generalem clausulam quædam etiam specialiter exprimantur, quæ alioqui aut non concessa, aut non tam plene concessa intelliguntur, ut in specie *l.* 60. §. 4. *mand.* Argumentum quod ab administratione peculii sumtum ad distinctionem suam probandam DD. afferunt, nullum est; & distinctio administrationis peculii in simplicem & liberam ex *l.* 10. *C. quod cum eo qui in alien. potest.* ipsa quoque suspecta. Confer *l.* 18. §. *ult. de pign. act. l.* 41. §. *ult. de rei vind. l. pen.* §. 3. *de div. & temp. præsc. l.* 13. *in fin. de cond. ind. l.* 48. *pr.* & §. 1. *de pecul. l. ult. de novat. l.* 28. §. 2. *de pact. l.* 8. §. 5. *quib. mod. pign.* Atque hoc etiam Vaudus animadvertit *d. loc.* qui etiam contendit plus licere filiofam. aut servo liberam peculii administrationem habentibus in administratione rei peculiaris, quam procuratori universorum bonorum in rebus mandatis; propterea quod peculium est quasi proprium patrimonium servi filiivefam. à substantia & rationibus domini patrisve separatum atque abstractum, *ll.* 5. & 39. *de pecul.* quod longe diversum sit in procuratore. Adhæc unam eamdemque servi & domini, unam patris & filii personam videri, *l.* 10. *ff. de opt. leg. l. ult. in fin. C. de impub. subst.* §§. 4. & 12. *Inst. inf. de inut. stip.* Utcumque sit, certe alienationem ut donent aut jus aliquando gratuito remittant vi generalis mandati non habent, *l.* 3. §. 8. *de don. int. vir. & uxor. l.* 1. §. 1. *quæ res pign. dat. l.* 7. *de donat. l.* 3. §. 2. *vers. si filiusfam. de sen. Mac. l.* 28. §. 2. *de pact.*

TEX-

Textus.

De quasi traditione. Si traditio ex alia causa præcesserit.

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 adquiritur proprietas perinde ac si eo nomine tibi tradita fuisset.*

L. 47. *tit.* 28. *Part.* 3.

Commentarius.

Dictum est in explicatione §. 40. *sup. hoc tit.* dominia rerum transferri non nudis pactis sed traditione. Nihil autem interesse, vere traditio fiat & naturaliter an ficte & per repræsentationem. Fictæ traditionis usus in rebus incorporalibus necessarius est, utpote quæ naturâ traditionem non recipiunt, *l.* 43. §. 1. *de adq. rer. dom.* pro traditione autem in his est utendi concessio, *l. ult. de serv. l.* 3. *de usuf.* In aliis rebus propter commoditatem recepta, quo expeditior esset ratio commerciorum; & in his rebus fingitur traditio intervenire si ea vel notâ sive symbolo aut alia re quapiam repræsentetur, vel res geratur brevi manu. De ea quæ symbolo fit dicetur §. proximo. Fictione brevis manus traditio fit, cum 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. §. 5. *de adq. rer. dom.* vel cum eum qui mihi dare volebat aut debebat jussero tibi dare, *l.* 3. §. *pen. & ult. de don. int. vir. & ux.*

Nuda voluntas] Non quæ plane & per se nuda sit aut præter consensum nihil habeat, quemadmodum cum 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. *ff. de pact. l.* 10. *C. eod.* Nam cum 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 accipimus cum traditionibus in genere opponuntur, *l.* 20. *C. de pact.* & pignus nuda conventione contrahi dicitur qua convenit ut res pignori sit sine ulla traditione, *l.* 1. *de pign. 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 quarumdam rerum possessio animo apprehendi dicitur, *l.* 51. *de adq. poss.* nimirum oppositive ad actualem & naturalem aprehensionem.

Commodaverit locaverit aut apud te deposuerit] Vel etiam pignori tibi dederit, *l.* 9. §. 1. *de Pub. in rem. act.* Nec videberis causam possessionis tibi mutare, qui ne possidebas quidem, *l.* 3. §. 20. *de adq. poss.* Sed & si rem meam possideas & eam tibi vendam aut tibi habere jubeam, fiet tua quamvis possessio apud me non fuerit, *l.* 21. §. 1. *de adq. rer. dom. l.* 10. *de donat. l.* 62. *de evict.* Ad hoc genus fictæ traditionis etiam pertinent species *legis* 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 adscisci sive fingi qui pro traditione sit; cum causam transferendi nulla sequatur traditio secundum ordinem naturæ; & ideo in proposito dicitur res pro tradita haberi, *d. l.* 62. *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 una actio hic occultetur, *d. l.* 3. §. *pen. & ult. l.* 43. §. 1. *de jur. dot.* Eadem fictio intervenit & in iis quæ singulariter circa pecuniam creditam recepta esse scribit Ulp. *l.* 15. *de reb. cred.* sive res geratur inter tres personas, veluti si Titium pecuniam quam mihi debebat jusserim Sejo mutuo dare; sive inter duas, puta 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.

Quam-

Quamquam Africanus stricti juris retinentior fictionem istam non videtur admittere in specie posteriore. Vid. *l.* 34. *mand.* ejusque interpretem Cujac. 8. *ad African.* Sunt tamen qui putant absentiam debitoris impedire fictionem brevis manus, quasi factum fingi non possit jure nisi & per rerum naturam fieri potuerit, per *l.* 43. §. 2. *de furt.* & ideo Ulp. 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.* 15. *de reb. cred. n.* 22. *& seqq.* VINN. Utut sit, hoc jure utimur ut absentia hujusmodi fictiones non impediat, *l.* 47. *tit.* 28. *Part.* 3. ibi: *maguer entonce no estuviese la cosa delante.* ADDIT.

TEXTUS.

De traditione clavium.

44. *Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque clavus horrei tradiderit emtoris transfert proprietatem mercium ad emtorem.*

L. 7. *tit.* 30. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

HOc §. agitur de eo genere fictæ traditionis quæ nota aliqua aut symbolo veram repræsentat; cujus una species proponitur, si mercibus certo loco conclusis quas dominus mihi traditas velit, claves ejus loci mihi tradantur, ex *dict. l.* 9. §. 6. *de adq. rer. dom.* Sunt autem hujus generis & aliæ species, veluti traditio instrumenti, quo tradito res ipsa de qua alienanda in eo agitur tradita & translata intelligitur, *l.* 1. *C. de don.* Trabium & tignorum obsignatio pro eorum traditione valet, *l.* 14. §. 1. *de peric. & com. rei vend.* Item custodis appositio si res non facile loco moveri possint propter magnitudinem ponderis, *l.* 51. *de adquir. 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 possessionem nancisci oculis & affectu, perindeque hoc haberi ac si pedem finibus intulissem, corpore ac manu rem apprehendissem, *l.* 1. §. *pen. l.* 18. §. 2. *de adq. poss.* VINN. De hisce fictæ traditionis modis vid. *ll.* 7. 8. *& 9. tit.* 30. *Part.* 3. ADDIT.

Simul atque claves horrei tradiderit] Clavibus horrei aut cellæ traditis, etsi merces inclusæ (frumentum, vinum) oculis & sensibus non subjiciantur, earum tamen rerum possessio & dominium nobis adquiritur, haud secus ac si res ipsæ conditæ nobis traditæ essent, *dict. l.* 9. §. 6. *de adq. rer. dom. d. l.* 1. §. *penult. l.* 74. *de contr. emt.* Ceterum hoc ita si claves traditæ sint apud ipsum locum in quo res conditæ sunt, *dict. l.* 74. Nam & symbolica traditio talis esse debet ut per eam res potestati nostræ statim subjiciatur, quod non fit si alibi claves tradantur; & ideo recte hoc expressit Theoph. ἐὰν παρεῳὼς τῷ ὡρείῳ (*si apud horrea*).

TEXTUS.

De missilibus.

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.*

L. 48. *tit.* 28. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

ETsi regulariter in translatione dominii non minus persona accipientis quam tradentis certa esse debet ut affectus ab utraque parte contrahentium concurrat, *l.* 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. de adq. rer. dom.* Etenim qui pecunias suas ita spargit aut projicit, in nullius certæ personæ destinationem fertur, & plane 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 ratam haberi domini voluntatem, *arg.* §. 40. *supr. hoc tit.* Poterat videri quod ita sparsum est pro derelicto habitum, & ideo apprehendendi cedere jure occupationis rerum nullius; sed magis est ut ex voluntate domini traditum sibi accepisse dicamus; cum in eum finem pecunia sparsa sit ut statim apprehenderetur & quantum apprehensum esset fieret ap-

pre-

prehendentis; quo animo non est is qui rem pro derelicto habet. Vinn. Immo certissimum est missilia nostra fieri non per traditionem sed per occupationem; quia qui illa spargit eorum dominio vero sese abdicat antequam quis ea apprehenderit. Quorum dominio nos abdicavimus ea sunt derelicta. Res pro derelictis habitæ cedunt occupanti. Nec ratio Vinnii aliud suadet. Omnes enim res pro derelictis habitæ eo fine abjiciuntur ut apprehendantur, & quantum quisque apprehenderit fiat apprehendentis. Quo animo esse derelinquentem, cur neget auctor noster equidem non video. Hein.

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. cap.* 98. *in Caligul. cap.* 18. *in Neron. cap.* 11. Ut consules sparserint è Græcorum consuetudine fluxisse videtur, quam Marcianus non sine causa sustulit, *l.* 2. *C. de consul. & non sparg. pec.* revocavit ad certum modum Justinianus *Nov.* 105. *cap.* 2. §. 1. qua constitutione permittitur volentibus consulibus missilia spargere & muneribus honorare populum, dum ne id sæpius faciant quam septies in anno, & in septem processionibus; nec aurum populo spargant, quod soli datur Imperio. Hæc constitutio iterum abrogatur à Leone, ususque missilium consulibus in totum interdicitur *Nov. Leon.* 94.

Textus.

De habitis pro derelicto.

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.*

L. 50. *tit.* 28. *Part.* 3.

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 secundum jus de rebus nullius occupanti conceditur. Pertinet igitur hic modus adquirendi ad inventionem ut supra quoque monuimus §. 18. *hoc tit.* Ad traditionem 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; abjectione autem aut desertione hoc saltem agitur ut ne res amplius in bonis sit.

1. *Quod dominus ea mente abjecerit*] Duo exigit hæc definitio ut res pro derelicto habita censeatur: primum ut quis rem suam amplius suam esse nolit; tum ut quam non vult amplius 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 aut amplius suam esse nolit: nihil hic amittitur, §. *seq.* Fac econverso nolle amplius suam esse, nisi eam abjiciat, aut si immobilis est ab ea discedat hoc animo ut eam amplius habere nolit: dominus esse non desinit, in quo dominium differt à possessione quæ solo animo amittitur, *l.* 17. §. 1. *de adq. poss.*

2. *Ideoque statim dominus esse desinit*] Res pro derelicto habita statim ut abjecta 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 dominium rei pro derelicto habitæ tunc demum à nobis abire cum ab alio occupata esset, *l.* 2. §. 1. *d. tit.* Sic enim fieret ut si quis eam rem furandi animo abstulisset furtum comisisse intelligeretur, quod est absurdum, *l.* 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 cetera quæ nullius sunt, non adquiri 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. *quæst. Græc.* 29. quoniam possessionis initium est corporis ad corpus adjunctio: qualis circa res mobiles maxime fit manibus, circa res soli pedibus, D. Grot. *mar. lib. cap.* 2. Vinn. De rebus pro derelicto habitis vid. *ll.*

6. 7. & 8. *tit.* 13. *lib.* 6. *Recop.* quibus locis Fisco adscribuntur. ADDIT.

TEXTUS.

De jactis in mare levandæ navis causa. De his quæ de rheda currente cadunt.

47. *Alia sane causa est earum rerum quæ in tempestate levandæ navis causa ejiciuntur. Hæc enim dominorum permanent, quia palam est eas non eo animo ejici quod quis eas habere nolit, sed quo 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 longe videntur discedere ab his quæ de rheda currente non intelligentibus dominis cadunt.*

L. 7. tit. 9. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1 *Quæ levandæ navis gratia ejiciuntur non eo animo abjici videri quod quis ea habere nolit.*

2 *Eum qui alienum quid in via jacens lucri faciendi causa tollit furti obstringi, licet ignoret cujus sit.*

3 *Quid si nemo rem inventam post proclamationem repetat.*

4 *An præmium indicii honeste peti possit.*

EX iis quæ præcedenti §. dicta sunt intelligi potuit pro derelicto habendum non esse quod dominus non ideo abjecit quia amplius suum esse non vult, sed alia mente; ac proinde id ejus qui abjecit manere, nec fieri apprehendentis. Id hoc §. declaratur exemplo rerum in tempestate levandæ navis causa ejectarum.

1. *Non eo animo ejici quod quis eas habere nolit*] Qui oborta tempestate levandæ navis gratia res aliquas projiciunt, non hanc mentem habent ut eas pro derelicto habeant: quippe si invenerint ablaturos; & si suspicati fuerint in quem locum ejectæ sint 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.* quam ob causam res ita jactas dominorum permanere recte hic concludit Justinianus cum Gajo in *l.* 9. § *ult. de adq. rer. dom.* & Paulo *l.* 2. *in fin. ad leg. Rhod.* fac. *l.* 7. *pro derel. l.* 21. §. 1. *de adq. post. l.* 58. *de adq. rer. dom.* Cum his tamen Ulpianum committit Hotomannus existimans eum à ceteris 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.* 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 mere 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.

Cum ipsa navi maris periculum effugiat] Mercator numquam mercium suarum jacturam faceret nisi speraret majus se malum hoc pacto declinaturum, mortem nimirum. Facit igitur hoc ἑκὼν ἀέκοντί γε θυμῷ (*volens quidem sed animo reluctante*) ut hæc actio mixta sit ex spontaneo & invito. Invita est si causam spectes quæ extrinsecus impellit ut jactura fiat; spontanea si causam proximam & principium internum, consilium mortis evitandæ. Quin etiam plus voluntarii quam inviti hujusmodi actiones habent; nisi enim voluntate consentiente fierent, in exequendo ministerium non præberent membra corporis. Consule *Aristot.* 3. *eth.* 1.

Lucrandi animo] Secus est si hoc animo ut rem salvam faceret & restitueret domino, aut si putans simpliciter sive sponte jactatam pro derelicto habitam, *d. l.* 43. §. 6. & 11. *de furt.* Bene hoc intellexit Dæmones in Rudente Plautina, qui vidulum à servo suo in mari repertum alienum esse judicat non suum, *act.* 4. *scen.* 2.

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 intersit sciverit an ignoraverit cujus esset; nihil enim ad furtum minuendum facit quod cujus sit ignoret, *d. l.* 43. §. 4. quippe cum 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 postea apparuerit, furti non tenetur. Proinde si nescit cujus sit, recte

recte 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.* 43. §. 7. *& seqq.*

3. Quid ergo si post hujusmodi libellum propositum, aut (sicubi consuetudo) post insinuationem præconis voce factam nemo sese offerat qui rem inventam ut suam repetat? Poterit inventor, si pauper est, eam sibi ceu munere Dei collatam retinere; sin dives est bene & pie fecerit si in usus & alimoniam pauperum eam convertat. Ita Bart. ad *d. l.* 43. §. 4. Fab. Cantiunc. Schneid. *hic.* (Canonistæ cum bona Theologorum parte dicerent, non tantum bene & pie sed ex justitiæ & conscientiæ debito faciendum).

4. Verum illi hoc obiter etiam tractant, an is qui rem alienam invenit & indicavit, si nihil impensæ ejus gratia fecit præmium indicii honeste petere possit. Et ajunt non posse, quamvis ultro oblatum honeste accipiatur, quod etiam satis aperte significat Ulp. *d. l.* 43. §. 9. ubi pro eo quod in vulgatis editionibus omnibus atque in ipso etiam Pisano codice legitur: *Quid ergo si, ἑυρετρα, quæ dicunt, petat? &c.* Budæus ex vestigiis exilibus antiqui exemplaris, ut ipse ait, restituit: *quid ergo si ea quæ dicunt Græci, μίνυτρα, petat*; sed nulla necessitate. Nam ἑυρετρον, non minus Græcum est, quam μίνυτρον; atque ut hoc præmium indicinæ ita illud præmium inventionis significat. Illud non ambigitur, posse si res nondum reperta est ejus perquirendæ nomine & peti honeste indicium & accipi, fac. *l.* 5. §. 4. *de cond. ob turp. caus.* Hac eadem in causa sunt etiam bona naufragorum; & peculiaris etiam pœna in eos qui quid eorum in litus expulsum surripuerunt nova lege constituta est publicatio omnium bonorum, *auth. navigia C. de furt.* quæ desumta est ex constitutionibus Frederici Secundi *de statutis & consuetudinib. contra Ecclesiæ libertatem editis tollendis, coll.* 10. VINN. Uti apud omnes fere populos maris accolas, ita in Hispania antiquitus invaluisse videtur consuetudo res in tempestate ejectas, vel naufragio perditas, atque in litore inventas, aut è mari extractas, fisco aut domino loci vindicandi. Ceterum morem hunc non satis humanum posteriores leges severissimis sanctionibus coërcuerunt. *ll. 9. & 11. tit.* 10. *lib.* 7. *Recop.* ADDIT. Graviter in præcipitem illam publicationem rerum ad litus ejectarum *lib.* 1. *de republ. cap.* 10. invehitur Bodinus: *Barbarum id quidem*, inquit, *& antiquis inusitatum, ut cujus opes ac fortunæ naufragio misere perierint, & quem nostris opibus sublevare debeamus, ejus reliquias quas ad litus ejectas bona fide restitui oportebat, turpe diripi patiamur. Sic tamen*, inquit, *vivitur ut qui portus habent eam crudelitatem tum in cives tum in peregrinos exequantur. Jus quæris? Error jus facit; at si non peccatur errore sed scientia, scelus est quod erroris specie prætenditur.* Mera sane injuria est nulla probabili causa præcedente suum alicui auferre; atque ob id antiquis semper religiosum fuit bona naufragorum fisco addicere. Extat constitutio Constantini in *C. Justin. tit. de naufrag.* in hæc verba: *Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad litus, vel si quando aliquam terram attigerit ad dominos pertineat: fiscus meus sese non interponat. Quod enim jus habet fiscus in aliena calamitate ut de re tam luctuosa compendium sectetur?* Bene Euripides *in Helena*;

Ναυαγὸς ἥκω ξένος ἀὐλητον γένος·

(*Naufragus* huc *hospes venio, genus invito latum*) Dion Prusæensis *orat.* 7. de naufragio locutus:

Μὴ γὰρ εἴη ποτὲ, ὦ Ζεῦ, λαβεῖν μηδὲ κερδάναι κέρδος τοιοῦτον ἀπὸ ἀνθρώπων δυστυχίας· (*Absit enim, ô Jupiter, ut quid ego unquam aut capiam, aut lucrum hujusmodi ex hominum calamitate mihi comparem*). 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 jur. nov. cap.* 10. Christin. *vol.* 5. *decis.* 64. Grot. *de jur. bell. & pac. lib.* 2. *cap.* 7. *in pr.* Groënew. *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. Justin. de naufrag.* id stilum 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 τελωνῶν εἶναι (*naufragia publicanorum esse*) atque esse hanc constitutionem posteriorem rescripto ejusdem Antonini quod extat in *leg.* ἀξίωσις 9. *de leg. Rhod.* quo naufragos ad legem Rhodiam remisit. Ostendit etiam rescriptum istud multis modis corruptum esse, & in

dicta 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 ejusdem Salmasii sententia quam & Grotius probat, reponendum sit : ὑπὸ τῶν δυμοσιόνων, id est, τελωνῶν, à publicanis.

TITULUS II.

DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

Continuatio.

QUæ de adquirendo jure gentium dominio dicta sunt titulo præcedenti, ea pertinent dumtaxat ad adquisitionem rerum corporalium. Sunt autem & res quædam incorporales, quæ & ipsæ in patrimonio sunt & suis quoque modis prout earum fert natura tum jure gentium tum civili singulis adquiruntur. Non est igitur principalis divisio quæ hoc titulo proponitur, sed subdivisio quædam rerum privatarum sive earum quæ in bonis aut patrimonio sunt. Gajus hanc principali continenter subjecit, *l.* 1. §. 1. *de div. rer.* unde huc transtulit Justinianus.

TEXTUS.

Secunda rerum divisio.

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 hereditas, ususfructus, usus & obligationes quoquomodo contractæ. Nec ad rem pertinet quod in hereditate res corporales continentur : nam & fructus qui ex fundo percipiuntur corporales sunt, & id quod ex aliqua obligatione nobis debetur plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia : nam ipsum jus hereditatis & ipsum jus utendi fruendi & ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt & jura prædiorum urbanorum & rusticorum quæ etiam servitutes vocantur.

COMMENTARIUS.

1 *Inter res corporales etiam nummos recte numerari.*

2 *Ea quæ in jure consistere dicuntur non esse mera entia rationis.*

3 *Quo sensu hereditas, ususfructus, obligatio jura dicantur & rebus ipsis opponantur.*

4 *Hereditatem proprie neque successionem esse, neque jus succedendi, neque rem quæ succedit, sed jus quod per successionem adquiritur.*

5 *Jura prædiorum quo respectu servitutes dicantur.*

Qui natura tangi possunt] Hoc est quæ sub tactum cadunt, quas si præsentes sint corpore & manu apprehendere ceterisque sensibus percipere possumus. Ait autem hujusmodi res esse fundum, hominem &c. fundum, puta Tusculanum ; hominem, Sticum ; res nimirum singulares & substantias primas : nam secundæ substantiæ sive universalia à sensibus remota sunt, Arist. 1. *analyt. cap.* 31. Utrum autem universalia sint merum opus intellectus & figmenta phantasiæ, an quid realem essentiam habens & revera subsistens in rebus singulis Philosophorum disputatio est. VINN. Sunt hæc vere Stoica. Cum enim hi philosophi sensus omnes reducerent ad tactum, corpus definiebant *quod tangi possit*. Seneca *epist.* 106. *Iidem corpora sola esse* adfirmabant, corporales res non *esse* sed *intelligi*. Cic. *Top. cap.* 5. Illa *res* vocabant, has *jura*. Quintilian. *Inst. V.* 10. Et inde facile patet cur Paulus servitutes nec in bonis nec extra bona esse dicat. HEIN.

1. *Aurum, argentum*] Non tantum rude sed etiam signatum, nummi aurei aut argentei, licet contra disputet D. Hotomannus *illust. quæst.* 15. Nam oppositum est in apposito sive contradictio in adjecto, si quis dicat argentum signatum corpus non esse. Spectatur quidem in pecunia maxime valor publicus, *l.* 1. *de contr. emt.* & respectu hujus valoris nummus nonnumquam opponitur iis rebus in quibus præter corpus nihil consideratur, ut in *l.* 46. *de condict. ind.* Ceterum qui nummos & pecuniam negant aliud esse aut significare quam valorem & quantitatem, næ illi vehementer fal-

falluntur. Utique enim & materialiter pecunia considerari potest, cum materia pecuniæ argentum, aurum fundamentum sit valoris; de quo belle & docte Salmasius *lib. de usur. pag.* 455. Et corpora etiam in pecunia cogitari posse non quantitatem dumtaxat, testis est Papinian. *l.* 94. §. 1. *de solut.* Quin Justinianus hoc ipso tit. & Gajus *l.* 1. §. 1. *de div. rer.* expresse pecuniam inter res corporales numerant. Denique quid notius est quam nummos æque ac cetera corpora vindicari posse? Nihil me movet quod apud Pomponium *l.* 19. §. 2. *de cond. ind.* legitur: si falso existimans me debere nummos solvero qui partim alieni partim mei fuerint, ejus summæ partem dimidiam, non corporum, me condicere. Nam & si frumentum meum cum alieno commixtum cui non debebam per errorem solvissem, responderet Jurisconsultus non dimidiam partem corporum sed quantitatis condicendam; 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. *l.* 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 eâdem ratione qua eodem loco corpora opponit corpori æstimato, quod utique nemo dixerit rem esse incorporalem; & nimirum, ut res quæ in specie restituendæ sunt iis 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 eadem corpora quæ accepit reddat, sed tantumdem, *l.* 42. *de jur. dot.* Idem respondendum ad *l. ult. de adim. leg.* Alibi cautius summa aut numerata pecunia non simpliciter corpori sed certo corpori opponitur, *l.* 68. *pr. ad sen. Treb. l.* 10. *de accept.*

Qualia sunt quæ in jure consistunt] Res omnes quæ tangi aut demonstrari non possunt sed animo tantum cerni atque intelligi incorporales quidem sunt; verum non omnium earum rerum consideratio Jurisconsulti 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 Jurisconsultum pertinet, non sunt tamen hujus loci, in quo de iis rebus agitur quæ adquiri possunt & patrimonium nostrum augent. Usucapio autem non est res quæ adquiritur sed causa & modus adquirendi, uti & gens & agnatio; gente enim & agnatione hereditas obvenit. Tutela onus est & munus publicum.

2. Quid est ergo quod ait, *quæ in jure consistunt*? *Jus est*, inquit Wesembecius, *intellectus seu recta ratio. Quæ igitur in jure consistunt, ut alia omnia quæ sunt rationis, ea tantum intelliguntur*, inquit, *non sunt.* Ita loquitur Wesembecius quasi existimet ea quæ in jure consistere dicuntur esse mera entia rationis & intentionalia dumtaxat: quomodo & D. Tuningius qui ea dicit esse notiones & intelligentias quas Platonici *ideas* vocant; neque aliud judicium Donelli fuit *lib.* 5. *comm.* 1. Sed quæso, quid tam absurdum est quam dicere hereditatem, bonorum possessionem, usumfructum, servitutes prædiorum, pignus, obligationes, actiones figmenta esse intellectus, naturâ nihil esse? Amabo te, si tibi luculenta hereditas relicta sit aut opulenti patrimonii ususfructus, somniumne esse putabis phantasiæ aut ideam Platonicam? quamquam sunt ἀψηλάφητα καὶ ἀμεταχείριστα (*intangibilia*, *nec manu tractabilia*). Sic autem habendum est res hujusmodi in jure consistere dici & his corpora opponi, non quia revera & naturâ 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, suntque omnino entia realia sicut & quævis alia accidentia. Ita propemodum & D. Bachovius.

3. *Sicut hereditas, ususfructus, usus & obligationes.*] Hæc omnia hactenus quidem recte conjunguntur quatenus jura sunt sive res incorporales. Ceterum dissimilis harum rerum ratio est quatenus rebus ipsis opponuntur, ut mox ostendemus. Hereditas universitatem bonorum significat in quæ heres succedit; & quia appellatione sua universim bona omnia & jura defuncti etiam quibus iste aliis tenebatur comprehendit, hac consideratione non inepte jus dicitur, *l.* 119. *l.* 178. §. 1. *l.* 208. *de verb.*

verb. sign. Unde Papinian. *l.* 50. *de her. pet. Hereditas*, inquit, *etiam sine ullo corpore juris intellectum habet.* Adde *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. princ. tit. Inst. de obl.* A parte autem creditoris qui debitorem ita adstrictum habet non male jus dicitur, quod ex contractu adquiratur & numeretur in bonis. At enim jus illud non est jus in re sed tantum ad rem, tribuens creditori actionem in personam dumtaxat non rei vindicationem; & ideo tractatio de obligationibus earumque adquirendarum modis non est hujus loci, in quo Justiniano propositum est docere quibus modis adquirantur jura in rem dominio non absimilia, sicut ipse aperte significat in §. *ult. Inst. de usu & hab.* & de obligationibus demum tractare incipit *tit.* 14. *lib.* 3. *Inst.* In usu & usufructu, quatenus uterque ut jam constitutus & adquisitus consideratur, plus est. Sunt enim hæc jura in re, quæ usuario & fructuario pariunt actionem confessoriam quæ in rem est, §. 2. *Inst. inf. de act.* De horum constitutione & adquisitione agitur *tit.* 4. & 5. *hujus libri.*

Nam ipsum jus hereditatis &c.] Nemo est qui non intelligat usumfructum non esse idem quod sunt ipsi fructus; cum sit jus fruendi, id est percipiendi fructum rei. Obligationes quoque nemo tam fungus est qui non videat aliud esse quam res in obligationem deductas. Quis enim putet rem quæ veniit obligationem esse? At quo pacto hereditas à rebus singulis hereditariis secernatur non usque adeo obvium. Quod Justinianus ait ipsum jus hereditatis incorporale esse, Gajus *l.* 2. §. 1. *de div. rer.* dixit ipsum jus successionis tale esse, & Africanus *l.* 208. *de verb. sign.* hereditatis appellatione jus successionis non singulares res demonstrari. Quid ergo? estne hereditas jus successionis? Si figurate id accipias pro eo jure quod per successionem adquiritur aut adquiri potest, concedo esse. Si proprie, nego. Quid enim aliud est jus successionis quam jus succedendi? At jus succedendi ex testamento aut lege est, idque heres habet priusquam hereditatem adeat; hereditatem autem non ante habet quam eam adierit, *l.* 151. *de verb. sign.* §. *ult. Inst. de her. qual. tot. tit. ff. de adq. her.* Jus succedendi decedens intra annum transmittit ad heredes suos, hereditatem vero non transmittit, *l.* 19. *C. de jur. del.* Aliud igitur est jus successionis aliud hereditas. Sed estne hereditas ipsa successio? Sane à nostris definitur successio in universum jus quod defunctus habuit, *l.* 24. *de verb. sign. l.* 62. *de reg. jur.*

4. Verum & hoc improprie dici de hereditate fatendum est; non enim ipsa hereditas, sed susceptio hereditatis successio est; quippe succedere non hereditatis sed heredis est: unde heres passim universi juris successor appellatur. Ad eumdem modum bonorum possessio definitur jus persequendi patrimonii, *l.* 3. §. 2. *de bon. poss.* nec tamen ipsa id jus est, sed agnita id tribuit bonorum possessori. Hoc ita esse cùm per se liquidum est, tum confirmatur ex eo quod de bonorum possessione, quæ effectu nihil aliud est quam hereditas, Ulpianus *d. l.* 3. *in pr.* scribit, bona accipienda esse universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui suscipiturque ejus rei commodum & incommodum. In jus demortui succedit, & commodum atque incommodum suscipit non hereditas aut bonorum possessio sed heres aut bonorum possessor. Atque, ut verbo dicam, hereditas ut res ceteræ objectum est adquisitionis & res de qua adquirenda agitur; successio modus per quem illa adquiritur; jus succedendi jus quo delata adquiri & obtineri potest. Quamobrem nec Theophilus recte hereditatem definit, esse jus quod alieni patrimonii me universalem dominum efficit; non enim hereditas id efficit sed successio sive hereditatis agnitio. Immo alienum istud patrimonium nihil aliud est simul sumtum quam ipsa hereditas. Nec Hotomannus jure carpit M. Tullium Ciceronem quasi non satis intelligenter nec ad subtilitatem juris civilis accommodate hereditatem definierit, *pecuniam quæ morte alicujus ad aliquem pervenit jure, nec ea aut legata testamento, aut possessione retenta sit*; cum hereditas, ut ait Hotomannus, *non pecunia sit, sed jus adquirendæ pecuniæ sive jus succedendi.* Quanto enim intelligentius & subtilius Cicero quam Hotomannus liquet ex iis quæ jam dicta sunt. Neque *pecuniæ* verbum quod pro genere Cicero posuit quemquam offendere debet; cum etiam nostri testentur pecuniæ appellatione res omnes & tam jura quam corpora contineri, *l.* 222. *de verb. sign.* August. *de discipl. Christ. cap.* 6. *Totum quidquid homines possident in terra pecunia vocatur, servus sit vel ager, arbor, pecus, quidquid horum est pecunia dicitur*, ut *apud* Græcos χρήματα· Olympiodor. in *Phædon.* Plat. ἄλλοι φασὶν ὅτι χρήματα καλεῖ ὁ Πλάτων πάντα κτήματα (*alii dicunt Platonem omnia quæ possidemus* χρήματα *appellasse*).

Dis-

Displicet etiam nunc mihi D. Donelli opinio quam aliquando secutus sum, qui *lib. 6. comm. 2.* hereditatem esse contendit rem ipsam quæ succedit in universum jus defuncti; propterea quod hereditas jacens in quibusdam fingitur vicem personæ defuncti & domini sustinere, *ll. 34. & 61. de adq. rer. dom.* Nam illa consideratione hereditas non magis res dici potest quæ quidem subjecta sit adquisitioni, quam defunctus ipse cujus personam repræsentare fingitur. Res ipsa loquitur, hereditatem nihil aliud esse quam patrimonium cujusque defuncti cum oneribus; ita tamen ut appellatione sua universitatem demonstret omniaque defuncti bona, jura & onera simul comprehendat, non res singulas seorsum, *l. 208. de verb. sign.* Atque hoc sensu jus dici, corporibusque quæ in hereditate sunt opponi arbitror.

5. Eodem numero sunt & jura prædiorum] Servitutes prædiorum etiamsi corporibus accedant incorporales tamen sunt: quippe jus prædii non pars prædii est sed qualitas, *l. 14. de serv. l. 4. in pr. si serv. vind. l. 86. de verb. sign.* Quod autem ait, jura prædiorum etiam servitutes vocari, non sic intelligi oportet quasi eadem prorsus sint jura & servitutes; nam servitus proprie non jus sed juris privatio & imminutio est, *l. 5. §. 9. de oper. nov. nunt.* 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 & juris imminutio. In illo servitus active, in hoc passive. VINN. Sunt itaque servitutes omnino jura prædiorum, puta dominantium, quia prædium prædio servit. Sed non omnia jura prædiorum sunt servitutes, quia & plura alia sunt prædiorum jura, ut bonitas, salubritas, amplitudo, *l. 86. de verb. sign.* item jus venandi, coquendi cerevisiam, aliaque quæ nullam vicino prædio patiendi vel non faciendi necessitatem imponunt. HEIN.

TITULUS III.

DE SERVITUTIBUS RUSTICORUM ET URBANORUM PRÆDIORUM.

Dig. lib. 8. tit. 1. & 2. Cod. lib. 3. tit. 34. Part. 3. tit. 31.

1 *Servitutis qualem hìc intelligimus definitio ejusque explicatio.*

2 *Species servitutis. Quid sit servitus prædii, 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 & longe alio significatu quam cum personæ servire dicuntur in disputatione de statu hominum. Illic suo quæque domino persona servit: libera est quæ dominum non habet; at res servire dicuntur non quæ domino suo serviunt, sed quæ domino suo non omnia officia præstare possunt, verum quædam præstare coguntur alteri & non domino; liberæ esse quæ uni & soli domino omnia præstant, quo fec. *l. 90. de verb. sign.* Etenim quod ex re sua percipit dominus id ei res ipsa ultro præstare videtur, liberèque id facere & cum quadam veluti propensione voluntatis, quasi naturâ ita facta ut id velit. Cum autem pati cogitur ut quædam commoda alius percipiat jam servire videtur, quasi amissa priore facultate quæ ei pro libertate affingebatur. Vitiosa igitur plane est divisio qua servitus distribuitur in tres species, in mere personalem mere realem & mixtam. Nam mere personalis quæ hominum est & sola proprie servitus, una cum reliquis quæ tantum ἀταλόγως *(improprie)* id sunt quod dicuntur, eidem generi ut species ejusdem subjici non potest.

1. Igitur servitus qualem hìc 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. præd. rust.* in servitutibus prædiorum urbanorum, §. *seq. & l. 2. de serv. præd. urb.* in usufructu, *pr. tit. seq. & l. 1. de usufr.* Per se autem servitus & respectu ejus à quo debetur non jus est sed juris privatio aut imminutio, *l. 5. §. 1.*

&

& 9. *de op. nov. nunt.* Ajo, esse jus quo dominus aliquid pati in suo aut in suo non facere cogitur, ex natura omnium servitutum, *l.* 15. §. 1. *de serv.* Pati in suo, puta re sua utentem fruentem, per fundum suum euntem agentem, aquamve ducentem, tignum in ædes suas immittentem. Non facere, veluti altius non ædificare, in suo non ponere quod luminibus ædium nostrarum aut prospectui officiat &c. Plane enim ita servitus constitui non potest ut quis aliquid cogatur facere in suo, puta viridaria aut arbores prospectus nostri causa tollere, aut in suo pingere quo amœniorem nobis prospectum præstet, *d. l.* 15. §. 1. Obligatio hæc erit non servitus constituta; & ideo prædio alienato non sequetur actio novum possessorem ut fit ubi servitus constituta est, *l.* 36. *de serv. præd. rust. l.* 19. *quib. mod. us. amitt.* sed in eum qui id facere promissit heredemque ejus actio in personam dabitur, *l.* 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.* 72. *de verb. obl.* §. *ult. Inst. nfr. 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 certe alicujus amœnitatis, *d. l.* 15. *in pr. de serv. l.* 3. *de aq. cot. & est.* Non autem præcise requiritur ut præsens sit utilitas, sed sufficit naturâ tale jus esse ut aliquando usui esse possit: quo modo cum D. Duareno accipienda *l. pen. de serv.*

2. Porro species harum servitutum duæ sunt; quædam enim sunt rerum sive prædiorum, quibus in usu juris generis fere nomen simpliciter tribuitur; quædam personarum. Sic autem distinguuntur non à re quæ servitutem debet sed ab ea re cui debetur. Prædiorum igitur sunt quæ debentur prædiis, personarum quæ personis, *l.* 1. *de serv. l.* 20. §. *ult. de serv. præd. rust. l.* 32. *de usufr.* De servitutibus prædiorum agitur hoc titulo; de personalibus tit. proximo & seq. Servitus prædii est quæ prædio alieno imponitur ad vicini prædii utilitatem. Duo igitur hic prædia sint necesse est, quorum unius causa servitus constituatur, alteri imponatur; unum dominetur, alterum serviat, *l.* 1. §. 1. *comm. præd.* §. 3. *inf. hoc tit.* Requirimus in his prædiis vicinitatem; neque in rusticis tantum, quod D. Vultejus facit, & Joann. Superior ad *l.* 3. *de serv.* verum etiam in urbanis, *l.* 5. §. 1. *de serv. præd. rust. ll.* 38. & 39. *de serv. præd. urb.* At enim 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. §. *ultim. l. ult. de serv. rust. præd. l.* 7. §. 1. *comm. præd. l.* 1. *de serv. præd. urb. l.* 4. §. *ult. si serv. vind. l.* 14. §. *ult. de serv. l.* 17. §. 3. *de aq. pluv. arc.* Duar. *ad d. l.* 14. §. *ult.* Don. 11. *comm.* 2. Cæpoll. 18. *de serv. urb. præd. num.* 2.

3. Omnes vero servitutes prædiorum, ut Veteres definiunt, perpetuam causam habere debent, *l.* 28. *de serv. præd. urb.* Perpetuum illis est quodcumque ex naturali causa oritur etsi non sit assiduum; ut ecce, aqua pluvia ex naturali causa oritur etsi non assidue pluit, *d. l.* 28. quod enim naturaliter fit perpetuum videtur licet non fiat assidue, ut defectio Lunæ, Arist. 1. *post.* 8. Sed & quod ex facto nostro oritur perpetuum habetur, si ejus causa prædium aut pars prædii parata est, ut fumi immissio, *l.* 8. §. 5. *si serv. vind.* Causam servitutis vocant id cujus aut arcendi à nostro aut in nostro habendi gratia servitus constituta est; verbi gratia, in stillicidio & aquæductu causa ob quam hæ servitutes comparatæ 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 vulgo dum distinguunt inter servitutes continuas & discontinuas causam confundunt cum possessione.

4. Facile autem ex superiore definitione colligere est servitutem prædii non intelligi quæ constituta est in prædio quidem alieno, sed ei qui prædium non habet aut qui non habet vicinum, *l.* 5. §. 1. *de serv. præd. rust. l.* 14. §. *ultim. de alim. leg.* aut etiam ei qui habet vicinum, si non sit constituta illius prædii causa & revera prædio utilis, *l.* 38. *de serv. præd. urb. l.* 6. *in pr.* & §. 1. *de servit. præd. rust.* Eoque pertinet quod scribit Paul. *l.* 8. *de serv. Ut pomum decerpere liceat, ut spatiari & cœnare in alieno possimus* servitutem imponi non posse: nimirum quia hoc jus prædii nostri causa non constituitur nec prædii nostri causam meliorem facit. Si quis igitur in suo tale quid faciendi jus alteri concesserit id personarum servitutibus adscribendum. Inde quoque est quod servitus prædii non intelligatur si in constituendo persona demonstrata sit cui soli ea præstetur, licet ad utilitatem quoque prædii constituta sit, *l.* 4. *de serv. præd. rust.* Ita nonnumquam ex accidenti fit ut natura servitutis alteretur. Add. Coras. ad *d. l.* 8.

Don.

Don. 9. *comm.* 21. Wesemb. *parat. de serv. præd. rust. n.* 3. Porro 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.* 211. *de verb. sign.* non enim loco sed materia & genere distinguuntur ut postea plenius intelligetur.

Textus.

De servitutibus rusticis.

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. Itaque qui habet iter actum non habet; sed qui actum habet & iter habet eoque 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.

LL. 3. *&* 4. *tit.* 3. *Part.* 3.

Commentarius.

1 *Eum qui iter habet rheda vehi non posse, contra Cæpollam.*
2 *An spatiari voluptatis aut valetudinis causa, vel equum manu ducere gestandi gratia paratum.*
3 *Ei qui actum habet licere & armenta agere, nec tamen ideo pro* jumentum *reponendum* armentum.
4 *In definitione actus male 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 longe plures quam hic enumerantur. D. Donellus 11. *comm.* 6. doctrinæ causa ad tria genera eas revocat; nam ut eleganter & erudite ostendit, aut eo pertinent ut per alienum fundum ad nostrum perveniatur eove quid accedat; aut quid ex vicino sumere liceat quod ad usum prædii nostri aut pecorum quæ prædii 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 exempla sunt in §. 2. *infr. hoc tit. & d. l.* 1. §. 1. *ff. eod.* tertii, *l.* 3. §. 1. *& 2. eod.* item exemplum quod proponitur *l.* 29. *eod.* ut aquam aperto sulco educere in fundum vicini liceat. Singula fusius explicat Don. *d. cap.* 6. *& 2. seqq.*

1. *Iter est jus eundi ambulandi*] Jure eundi continetur & qui lectica aut sella, item qui equo vehitur, *ll.* 7. *&* 12. *de serv. rust. præd.* parum enim referre visum est suis pedibus quis utatur in eundo, an alienis. Quod autem Cæpolla *de serv. rust. præd. cap.* 1. *n.* 4. *&* 5. putat, eum qui iter habet etiam rheda aut curru per duos equos vehi posse modo rebus aliis rheda non oneretur, vereor ut defendi possit. Non enim par ratio est lecticæ quæ à lecticariis gestatur, & currus quem jumenta trahunt. Jumenta cum curru agere non est ire, nec ejus qui iter habet, sed qui habet actum aut viam. Vinn. *Dict. leg. Part.* tres diversæ servitutes esse dicuntur, *semita, carrera, via.* Addit.

2. *Ambulandi*] Id est commeandi ultro citroque, eundi ad fundum nostrum & inde redeundi quoties lubet. An igitur & spatiandi voluptatis aut valetudinis causa? Ita quidem D. Cujac. 22. *obs.* 35. Baro. *hic.* Don. 11. *comm.* 6. Atqui ut spatiari liceat in alieno animi causa prædii servitus imponi non potest; hoc enim personæ voluptatem respicit non utilitatem prædii, *l.* 8. *de serv.* unde D. Hotomannus verbo *ambulandi* nihil aliud hic significari existimat quam 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. Glosa verbum *ire* refert ad eum qui vadit solus, *ambulare* ad eum qui it cum socio, quod & Cæpolla facit *d. cap.* 1. *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. Quamquam sane is qui iter habet cum alio ire prohibendus non est, si comitatus alterius spectat ad utilitatem solius prædii cui iter debetur, ut bene D. Busius ad *l.* 1. *de serv. præd. rust.* Vinn. Eodem modo hic junguntur *ire ambulare*, quo alias *uti frui*, *do lego*, *nexus mancipium*, *sarta tecta*, *ruta cæsa*, *usus auctoritas*. Non hæc synonyma, sed plerumque jungitur minori majus, uti exemplo *ususfructus* præclare docuit vir cl. Ger. Noodt. *de usufr.*

lib. 1. *Ire* est porro & ulterius pergere, & fere ad negotia persequenda; *ambulare*, & animi & nullius negotii causa spatiis factis in eadem vestigia reflectere, Auson. Popma *differ. verb. lib.* 1. *p. m.* 30. Sensus itaque est non necessitate finiri servitutem itineris sed semper ire posse dominum prædii dominantis, sive id negotii causa faciat sive voluptatis. Solius tamen voluptatis causa sibi stipulari jus ambulandi omnino repugnaret fini servitutum, *l.* 8. *de serv.* HEIN.

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 jumentum per se. Quod si quæras cur hominis hic mentio fiat cum inter prædii servitus sit non personæ: respondebimus, ut hinc removeantur pecora quæ & ipsa cum agantur ire dicuntur; deinde non designari hic quamlibet personam sed qui prædium habeat cujus nomine eat. Nam hæ servitutes non ideo prædiorum dicuntur quia personæ non competunt, sed comparatione facta ad jura mere personalia, quia non alii competunt quam qui prædium habet.

Non etiam jumentum agendi] Ita & Ulpian. *l.* 1. *hoc tit.* & Paul. *l.* 7. *eod.* Hoc autem haud dubie accipiendum est de jumentis quæ sarcinas portantes aguntur aut ducuntur. Nam si qui 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 dominum ut rediturus eum conscendat & eques remeet? *arg. l.* 12. *eod.*

3. *Actus est jus agendi jumentum vel vehiculum*] *dict. l.* 1. *hoc tit.* Jumenti appellatione non contineri boves identidem relatum & responsum est *l.* 38. §. 4. & 2. *seqq. de ædil. edict. l.* 65. §. 5. *de legat.* 3. *l.* 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 igitur ei qui actum habet non licebit boves agere & generaliter armenta? Sane vero. Diserte enim à Modestino scriptum est actum esse, *ubi armenta trajicere liceat, l.* 12. *de serv. præd. rust.* Armentorum autem appellatione vel maxime boves continentur, *d. l.* 89. *de verb. sign. l.* 81. §. 3. *de legat.* 3. Nec tamen ideo necesse est ut eum Hotomanno pro *jumentum* reponamus *armentum* contra fidem omnium exemplarium. Nam vel ἐν πλάτει (*late*) jumenti vox hic accipi potest ut & boves complectatur, cum & Isidorus boves inter jumenta referat, *lib.* 12. *c.* 1. & ipse Columella etiam his ex ratione originis nomen jumenti tribuere videatur, sic enim scribit *lib.* 6. *cap.* 3. *Jumenta nomen à re traxerunt quod nostrum laborem vel onera subvectando vel arando juvarent.* Jumentum igitur ἀχθοφόρον κτῆνος ἢ ὑποζύγιον (*pecus oneri aut jugo aptum*). Quid si dicamus exempli dumtaxat causa jumenti mentionem factam? Ut enim reponas *armentum* aut retineas *jumentum*, non continebitur verbis definitionis actus ovium caprarum & reliquorum minorum pecorum quibus proprie gregis non armenti aut jumenti appellatio convenit, *d. l.* 81. §. 4. *de legat.* 3. *d. l.* 38. §. 4. *de ædil. edict. l.* 1. §. *ult. de rei vind.*

4. *Vel vehiculum*] Hic iterum Hotomannus contendit legendum esse *non etiam vehiculum.* Sed profecto nimis confidenter; non enim hoc tantum loco verum etiam infinitis aliis jus agendi vehiculum actu contineri à Veteribus traditum est, *d. l.* 1. *l.* 7. *l.* 12. *hoc tit. l.* 11. *quemadm. serv. amitt.* idemque manifeste colligitur ex *l.* 13. §. 1. *de accept.* Nam si non actus sed viæ proprium esset vehiculum agere, non debuit Jureconsultus liberare eum qui viam promisit si stipulator viæ iter & actum tantum 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 dumtaxat duci possit non etiam vehiculum, actum magis quam viam adquisitum videri. Non enim ut via semper & natura sua utrumque jus continet, & jumentum agendi & ducendi vehiculum, ita & actus; sed aliquando illud dumtaxat non hoc: puta si vel expresse convenerit ut actus esset sine jure agendi vehiculum, vel tacite idem actum est, ut in specie *d. l.* 13. *de serv.* Atque hoc satis ostendunt verba ipsa huius definitionis quibus actui non utrumque conjunctim, sed hoc vel illud disjunctim tribuitur. Itaque & Græci minus plane actum vertunt ἀμαξικὴν ὁδόν (*plaustrariam viam*). VINN. Rem expedivisse videtur illustris Corn. van Bynkershoek *obs.* IV. 7. ubi docet intelligi vehiculum quod agi solet vel propelli vel manu trahi, id est currum trusatilem. Quod & spatium quatuor pedum postulat, quibus circumscriptum fuisse actum docet Varro *de ling. Lat.* IV. 4. HEIN.

Uti potest etiam sine jumento] Traditur hoc idem

idem & in *d. l.* 1. *hoc tit. l.* 2. *quemadm. serv. am.* & verissimum esse docet *l.* 58. *de verb. oblig.* ubi Julianus refert, eum qui actum stipulatus postea iter stipulatur, posteriore stipulatione nihil agere, sicuti qui decem deinde quinque stipulatur. Quod & apud Ulpianum relatum est *l.* 9. §. *ult. de novat.* Falso, si actus tacite non contineret etiam jus eundi sine jumento sive iter separatum.

5. Neque tamen hoc ita 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.* 21. *l.* 110. *de reg. jur. cap. cui licet de reg. jur. in* 6. Atque ideo jus agendi dumtaxat non etiam eundi ambulandi in definitione actus exprimitur. Adhæc si actus essentialiter etiam iter contineret quo utimur sine jumento, nullius momenti esset conventio ut actus sit sine itinere, contra *l.* 4. §. 1. *si serv. vind.* Non obstat quod apud Paulum legimus, actu legato iter frustra adimi, *l.* 1. *de adim. legat.* Nam ratio subjecta non obscure arguit loqui Jurisconsultum de itinere quo necessariò utimur in ipso actu cum jumentum aut vehiculum agimus. At enim, ideo iter frustra adimi quia numquam actus sine itinere esse potest. Sed nec id iter videri poterit ea ademtione detractum quod sine jumento est, quia per se non est legatum; atque ita actus potius in natura sua, & qualis regulariter est, relictus. Plane si testator nominatim hoc iter ademerit, hoc est expresse vetuerit ire sine jumento, nullus dubito quin utilis sit ademtio, *arg. d. l.* 4. §. 1. *si serv. vind.* Et est in proposito eadem fere ratio itineris & actus, quæ usus & ususfructus; nam etsi fructui usus inest, & ideo legato usufructu usus ademtio nulla, *l.* 14. §. 1. *de usu & hab.* nihil tamen vetat usum à fructu expresse separari, *l.* 5. §. 1. *usuf. quemad. cav.* Hinc jam liquet quid de judicio & ausu Ant. Fabri sentiendum, qui *lib.* 1. *conj. cap. ult.* verba hæc, *eoque uti potest etiam sine jumento* tot locis expressa damnare non veretur ut emblema imperiti interpretis. Consul. Don. 11. *comm.* 6. Duar. 1. *disput.* 31. Bachov. *hic & in* Treutl. *vol.* 1. *disp.* 17. *thes.* 4.

6. *Via est jus eundi & agendi & ambulandi*] Via, ut mox subjicitur, iter & actum in se continet, hoc est ex itinere & actu essentialiter via constituitur, *arg. l.* 13. §. 1. *de accep. l.* 9. *si serv. vind.* ac proinde quidquid est in definitionibus itineris & actus id una definitione viæ debuit comprehendi; quod & curiose ab Ulp. *l.* 1. *de serv. præd. rust.* & Justinian. hìc observatum est. Mirorque adeo viros doctissimos Connan. 4. *comm.* 11. & Don. 11. *comm.* 6. pro verbo *eundi* reponentes *vehundi*, motos tantum vocis definitæ etymologia, quam Varro 4. *de ling.* à *vehendo* deducit, & analogia præcedentium definitionem. Nam sic bis idem diceretur cum verbum *agendi* etiam vectionem contineat, *l.* 4. §. 1. *de serv.* Quid igitur amplius est in via quam in actu? Primum hoc, quod via etiam iter in se οὐσιωδῶς (*esentialiter*) contineat, ita ut sine jure eundi per se via intelligi aut constitui non possit, in quo specifice differt ab actu qui potest esse sine itinere separato. Deinde etiam hoc, quod via numquam esse potest sine jure ducendi vehiculum, actus potest, *l.* 13. *de servit.* Item quod qui viam habet vel iter & actus separatim, vel utrumque simul iter & actum, vel uno verbo viam vindicare potest; qui vero actum habet non potest neque iter separatim, neque iter & actum conjunctim, sed solummodo actum vindicare. Cujac. 22. *obs.* 35. fac. *l.* 11. §. 6. *de except. rei jud.* Sunt & aliæ quædam differentiæ sed minus principales. Nam qui viam habet etiam lapides & tigna trahere & rectam hastam ferre modo ne fructus lædat potest; quod ei qui actum habet non licere plerique existimaverunt, *l.* 7. *de serv. præd. rust.* & potest etiam sine his via constitui. Illud omnino ex accidenti est quod actus & via aliquando differant latitudine, vid. *l.* 8. *l.* 13. §. 2. *eod.* add. D. Baus. *ad l.* 1. *eod.* Tuld. *comm. hic* 11. VINN. Nihil verius quam in definitione viæ pro *eundi* legendum esse *vehundi*. Alius nullum esset inter viam & actum discrimen. Vide sis viri summi Cornel. van Bynkerh. *obs.* IV. 7.

7. *Aquæductus est jus aquæ ducendæ per fundum alienum*] *dict. l.* 1. *de serv. rust. præd.* 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, puta ex flumine publico, cuique licet, nisi Imperator aut Senatus vetent aut aqua sit in usu publico, puta si flumen sit navigabile vel ex eo aliud navigabile fiat, *l.* 2. *de flum. l.* 10. §. *ult. de adq. pluv. arc.* aut si periculum sit ne exarescat quamvis navigabile non sit, *l.* 1. §. 12. *de flum.* Sed neque ex castello vel ex rivo vel ex quo alio loco quia aquam publicam suscipit ducere fas est sine permissu Prin-

cipis, *l.* 1. §. 41. *&*. 2. *seqq. de aqua quotid.* In concedendo autem jure ducendi aquam privatam sive fontis sive fluminis sive putealem non tantum eorum quorum in loco aqua oritur, verum 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. *ff. de aqua pluv. arc.* junct. *l. ult. C. de act. 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.* 29. §. 1. *ff. ad leg. Aquil. l.* 2. *C. de serv.* neminem quoque posse ex suo aquæductu alteri commodare nisi id nominatim convenerit, *l.* 24. *l.* 33. §. 1. *de serv. præd. 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. §. 12. *de aqua quotid.* Denique concedi posse ductum aquæ non tantum præsentis & fluentis sed etiam quærendæ & nondum inventæ, *l.* 10. *de serv. præd. rust. l. ult. si serv. vind.* add. Wesemb. *par. hoc tit. n.* 2 Pet. Greg. 4. *syntagm.* 15. Tulden. *comm. sup. de rer. div. cap.* 11. fuse Cæpoll. *de serv. rust. cap.* 4. Christin *vol.* 5. *decis.* 83. VIMN. Adde *ll.* 5. *&* 6. *tit.* 31. *Part.* 3. ADDIT.

TEXTUS.

De servitutibus urbanis.

1. *Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ quæ ædificiis inhærent, ideo urbanorum prædiorum dictæ quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus etsi in villa ædificata sunt. Item urbanorum prædiorum servitutes sunt hæ, ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat vicino tignun immittere, ut stillicidium vel flumen recipiat quis in ædes suas vel in aream vel incloacam, vel non recipiat; & ne altius quis tollat ædes suas, ne luminibus vicini officiat.*

L. 2. *tit.* 31. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Verum non esse quod quidam tradunt sola ædificia habitandi causa parata urbanorum prædiorum numero censeri.*

2 *Prædia eorumque jura si non simpliciter sed cum effectu juris considerentur numquam loco distingui, sed genere usu fine.*

3 *Quid intersit inter servitutem tigni immittendi & oneris ferendi: item inter jus 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 late sententia Bachovii contendentis jus altius tollendi & non tollendi esse unam eamdemque servitutem.*

8 *Plus esse in servitute ne luminibus officiatur, quam vel in altius non tollendi, vel luminum.*

9 *Cujacii & Duareni opinio de servitute luminum refellitur.*

1. HOc §. agitur de servitutum prædialium specie altera, prædiorum scilicet urbanorum; & ait Imp. eas esse quæ ædificiis inhærent, atque inde sic dictas quia omnia ædificia urbana prædia appellamus etsi in villa ædificata sunt, quod & alibi sæpe traditum, *l.* 1. *comm. præd. ll.* 166. *&* 198. *de verb. sign.* Nimirum, ut superius obiter monuimus, distinctio hæc prædiorum non à loco sumitur sed à materia vel genere prædii, *dd. ll.* Sunt qui à fine sumtam 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. Cæpoll. *de serv. urb. cap.* 11. *n.* 2. Myns. Wesemb. Vult. *hic* Bronch. 1. *ass.* 95. Sed hoc recte meo judicio, quod ad propositam tractationem attinet, improbat Bachovius. Fac enim alterum ex dominis qui vicina aut contigua horrea habeant alteri cui forte 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. præd. rust.* rustici prædii servitutem esse, *licere altius tollere & officere prætorio vicini.* Nam prætorium significat id ædificium in quo do-

dominus si quando ruri est habitat separatum ab habitatione villici, ut constat ex Columella *de re rust. lib. 1. cap. 6.* & Palladio *lib. 1. cap. 8.* At tale prædium omnes urbanum esse fatentur. Atque ut demus appellatione prætorii non tantum villam urbanam 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 prædiis adnumerat, videtur addidisse *voluptati tantum deservientia*: nemo tamen tam ineptus est ut putet Neratium *d. l. 2. de serv. præd. rust.* prætorii appellatione intellexisse villam fructuariam aut horreum, quod utique non est subjectum servitutis protegendi, cujus ille ibidem etiam mentionem facit. Cur igitur, inquis, Neratius servitutem prætorio impositam rusticam appellat? Nimirum quia ille arbitrio suo loquitur non considerato juris effectu.

2. Hoc ut perfectius intelligatur, sciendum, 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 numquam 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. caus. pign. 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. l. 198. de verb. sign.* Item cum quæritur de alienatione prædiorum 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. 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 ædificiorum unde nihil aut parum 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 iis constituendis adquirendis amittendis pignerandis novo opere eorum nomine nuntiando (vide obiter *l. 1. l. 6. de serv. præd. urb. l. 6. l. 7. §. 1. comm. præd. l. 11. §. ult. & l. 12. de pign. l. 5. §. 9. l. 14. de op. nov. nunt.*) loci ratio nulla habetur; sed quæ ædificiis inhærent urbanæ, quæ locis puris rusticæ dicuntur. Et quia hac consideratione neque ulla ædificia possunt esse subjectum servitutum rusticarum, nec loca ædificiis vacua subjectum urbanarum: hinc factum est ut in proposito ædificia omnia etiam quæ in villis & vicis sunt, sive ad usum urbanum, puta ad habitandum ad viatores recipiendos aliumve quæstum faciendum comparata sint, sive ad usum rusticum ad fruges condendas & custodiendas ad stabulanda pecora, prædia urbana habeantur; contrà loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe & orti ad voluptatem comparati prædia rustica, distinctione subjecti ad naturam servitutum accommodata. Hæc nescio an quisquam tam distincte & lucide. VINN. Ita facile intelligitur quod scribit Paulus *l. 3. ff. de serv. Servitutes prædiorum aliæ in solo aliæ in superficie consistunt.* In fundo servitutes prædiorum rusticorum *l. 13. ff. de serv. præd. rust.* In superficie servitutes prædiorum urbanorum, *l. 20. ff. de serv. præd. urb.* Nulla enim servitus prædii rustici utilitatem præstat ædificio sed fundo; nulla urbana fundo sed soli ædificio. Interim & ædificia quædam rustica dici posse si soli usui œconomico destinata sunt, certum, puto, est ex *l. 198. ff. de verb. sign.* & locis Columellæ & Palladii ab ipso auctore allegatis. HEIN.

Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæ] Et longe 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 & stillicidii avertendi in aream alienam. Pretium fuit digito saltem hoc indicasse.

3. *Ut vicinus onera vicini sustineat, ut in parietem ejus liceat tignum immittere*] Propo-

nun-

nuntur hæ servitutes ut species diversæ; & sane differunt gradu. In imponenda servitute tigni immittendi hoc agitur ut ex nostro pariete liceat tignum, ξύλον ἢ δοκόν, trabem immittere in parietem vicini ita ut ibi requiescat & vicini partes sustineat onus immissi, nihil amplius, *l.* 242. §. 1. *de verb. sign.* In servitute autem oneris ferendi hoc amplius est, quod vicinus columnam aut parietem qui oneri ferendo est reficere tenetur & idoneum oneri sustinendo præstare, *l.* 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 Servii sententia contendentis posse, *l.* 6. §. 2. *si serv. vind.* id quod in specie proposita visum est per consequentiam recipiendum 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. VINN. Ita fere omnes hanc servitutem vocant *spuriam anomalam irregularem* nescio an satis bene. Non videtur Veteribus dubium fuisse dominum prædii dominantis ordinarie debere parietem reficere; sed de eo disputarunt an ejusmodi pactum iniri posset ut dominus prædii servientis reficeret? Negabat Aquilius Gallus quia esset contra naturam servitutis; sed affirmabat Servius cujus sententia prævaluit, ita explicata à Labeone, ut quia non homo sed res serviat licere domino parietem derelinquere, *l.* 6. §. 1. *ff. si serv. vind.* Servii itaque sententiam non in universum statuit, parietem reficiendum esse à domino, sed tunc reficiendum esse si hujusmodi pactum intercesserit, quale est illud: *paries oneri ferendo uti nunc est ita sit*, *l.* 33. *ff. de serv. urb. præd.* HEIN. Hujus ejusdem generis est jus projiciendi, *ll.* 1. & 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 projectum ponendi causa sive tegendi parietis, ut plurimum autem aliquid substruendi causa, puta mœniani aut suggrundæ, *d. l.* 242. §. 1. *de verb. sign.* nam quod tegendi parietis causa ad umbram faciendam emittitur aut arcendos imbres à pariete, protectum in specie appellatur, *dd. ll.* 1. & 2. *de serv. præd. urb.* ita protectum à suggrunda distinguitur in edicto *de his qui dej. vel effud. l.* 5. §. 6. *ff. ejusd. tit.* Crassus error est eorum qui servitutem projiciendi interpretantur jus abjiciendi vel effundendi quid in aream alienam, aquam puta vel quisquilias, Cœpoll. *cap.* 32. *de serv. urb.* Nulla enim talis servitus constitui potest quæ quidem prædii sit, *l.* 28. *de serv. præd. urb.* Atque hunc errorem quoque notat Coras. 3. *misc. ult. nn.* 8. & 9. Ceterum alium ille errat *n. ult.* ubi ne subordinatam quidem differentiam inter projectum & protectum agnoscit.

4. *Ut stillicidium vel flumen quis recipiat vel non recipiat*] Hæ eædem servitutes sunt quæ dicuntur stillicidiorum & fluminum, *l.* 1. *de serv. præd. urb.* Inter stillicidium & flumen hoc interest, quod stillicidium est cum aqua pluvia ex tecto stillatim & guttatim cadit; flumen, cum fluxu & per imam ædium partem more fluminis effunditur. Varro 4. *de ling. cap.* 5. Paul. *l.* 20. §. 3. & *seq. de serv. præd. urb.* Itaque stillicidii recipiendi servitus dicitur qua vicinus ferre cogitur ut aqua pluvia ex tecto meo in suas ædes casitet; fluminis vero qua pati cogitur ut aqua eadem in alveum aut canalem recepta in suas ædes cum impetu feratur; unde hæc quam illa gravior; & proinde Paul. *d. l.* 20. §. 5. ait: *stillicidium 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.*

5. Duplex autem est stillicidii & fluminis servitus ut ostendit hic locus & *l.* 2. *de serv. præd. urb.* una avertendi altera non avertendi stillicidii aut fluminis: quarum illa comparata est ad ædes exonerandas, hæc ad interiorem ædium commoditatem pertinet. Avertendi stillicidii est jus stillicidia nostra derivandi in ædes aut aream vicini ut vicinus stillicidium nostrum recipere cogatur in ædes suas vel in aream aut cloacam, *d. 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 jure communi nemo cogitur stillicidia vicini recipere, licetque nobis jure libertatis rei nostræ vicinum prohibere ne stillicidia sua in nostrum immittat. Ceterum sicubi constitutio ædificiorum talis est ut lege aut consuetudine civitatis unicuique permissum sit stillicidia sua oversa habe-

bere in alienum vicinique jure publico ea recipere cogantur : hic si velimus nobis jus esse prohibendi vicinum stillicidia sua in nostrum avertere, necesse est ut id jus vicinus nobis constituat suæque rei hanc servitutem imponat. Quod quamobrem & quam 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, servitus qua vicinus flumen quod alioqui lege vel consuetudine civitatis liceret avertere in alienum prohibetur. Ita recte Don. 11. *cap.* 5. Bocer & Tuning. *hic.* Aliis vero 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 tegulas canalesque aut tubulos per quos aqua labitur suis expensis reficiat. Cæpoll. *cap.* 28. *& seq. de serv. urb.* Pet. Greg. *sintagm. 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 altius quis tollat ædes suas] Hæc servitus ob eum maxime finem constituitur ne luminibus vicini altius ædificando officiatur. Nam cum unicuique jure naturæ in suo quidvis facere liceat dum in alienum nihil immittat, *l.* 8. §. 5. *si serv. vind.* 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 *ll.* 9. 14. *& 24. ff. de serv. præd. urb. l.* 8. *C. de serv.* hoc incommodum non aliter vitari potest quam si à vicino impetremus ut hanc suis ædibus servitutem imponat ne altius tollantur : qua imposita, si nihilominus altius ædificet, jam recte cum eo agamus jus ei non esse ædes suas altius tollere ; quæ intentio est actionis confessoriæ qua servitus hæc quæ dicitur altius non tollendi vindicatur, licet verborum figura videatur negatoria, *l.* 4. §. *ult. si serv. vind.* Crebra est hujus servitutis mentio, ut in *ll.* 2. & 12. *de serv. præ. urb. d. l.* 4. §. *ult. l.* 7. §. 1. *comm. præd.*

6. 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 rationem : contraria quippe sunt libertas & servitus ; & si non licere altius tollere servitutis est, licere altius tollere libertatis erit. Et tamen negari non potest quin Veteres non minus jus altius tollendi quam non tollendi inter servitutes retulerint. Factum id compluribus locis à Paulo *l.* 1. *de serv. præd. urb. l.* 7. §. 1. *comm. præd.* à Gajo *l.* 2. *de serv. præd. urb* Neratio *l.* 2. *de serv. pred. rust.* Justiniano §. 2. *Inst. inf. de act.* Tota vero difficultas in eo est ut exempla proferantur quibus ostendatur jus altius tollendi quandoque inter servitutes recte numerari. Etenim huic rei demonstrandæ minime idonea sunt quæ afferuntur á Glossa, Bart. & DD. in *l.* 2. *de serv. præd. urb.* quæ ipsis prima est ; nec item quæ à Gloss. Dyn. Jas. & aliis ad §. 2. *Inst. inf. de act.* ut videre est in nostra illius loci interpretatione. Neque verum esse puto quod Cujac. Wesemb. in *d.* §. 2. & Vult. 1. *disc.* 5. contendunt, jure servitutis constitutæ ædes altius tolli, cum 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 abunde ostendimus. Primus veterum Interpp. Jo. Faber in *d.* §. 2. rem vidit & digito monstravit, præeunte tamen Glossa in *l.* 11. *de serv. præd. urb.* ut observavit Cæpolla & explicuit *cap.* 26. *n.* 2. *de serv. urb.* sed ille longius excurrit & multa aliena miscet. Rectius & apertius recentiores Zas. Baro, Myns. Donell. Fabri vestigiis insistentes sic rem proponunt & declarant. Si de potestate ædificandi in suo nihil jure publico cautum sit, jus ædificandi ajunt esse jus libertatis nostræ, & licere cuivis civi suo & publico jure quam altissime ædes suas tollere etiamsi obscuret vicinas. Si vero 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.* 11. Ceterum si supra eam altitudinem ædes extollere, verb. gr. ad 5. vel 6. pedes velimus, quod jam jure publico invito vicino facere non licet : ut id nobis liceat à vicino impetrandum esse, *l. pen.* §. 1. *C. de ædif. priv.* eoque concesso jus altius tollen-

lendi vicino servitutem esse, utpote qui jam incipiat pati in suo quod antea pati jure publico non cogebatur; nobis jus, sed impositicium & constitutum à vicino, quod vindicetur hac formula confessoria: *Ajo mihi jus esse ædes meas altius tollendi invito te, d. §. 2. Inst. infr. de act.* ubi plenius hoc exposui, atque ex Tacito aliisque auctoribus & textibus juris nostri demonstravi etiam in ipsis urbibus in quibus sedes imperii fuit, Romæ scilicet & Constantinopoli jam olim certum fuisse ædificiorum altitudini præscriptum modum, ut mirum non sit Jureconsultos ad statum illum respicentes jus altius tollendi inter species servitutum numerare. Adde, quod certo statu ædificiorum constituto hæc servitus etiam quæri potest præscriptione, si videlicet quis contra veterem formam longo tempore ædificatum habuerit & nec vi nec clam nec precario possederit, *l. 1. C. de serv.*

7. Poterat hic consisti nisi nobis negotium facesseret Bachovius, qui in *not. ad* Treutl. *vol. 1. disput. 17. thes. 2. & in comm. ad hunc* §. 1. & §. 2. *infr. de act.* hanc etiam Neotericorum sententiam penitus explodit, contendens jus altius tollendi & altius non tollendi non duas sed unam eamdemque 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 improprie servitutum numero adscribi, atque ita appellari tantum respectu vicini qui me altius ædificante ipse contrà 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 quam vere. Gajus *l. 2. de serv. præd. urb.* ex professo species urbanorum servitutum enumerans sic orditur: *Jura prædiorum urbanorum sunt, altius tollendi & officiendi luminibus vicini*; deinde subjungit, *aut non extollendi*. Hic, si Bachovio credimus, Jureconsultus non duo inter se distincta jura significat sed unum dumtaxat, altius non extollendi quod solum sit servitus. Pauli *l. 7. §. 1. comm. præd.* hæc verba sunt: *Servitus alienis ædibus imponi potest ut altius tollere vel non tollere liceat.* Hoc Bachovius sic accipit quasi alterum tantum Paulus expressisset, ut ne liceat altius tollere. Sed profecto si hoc Bachovio concedimus summæ insciciæ insimulamus Jureconsultos qui ex uno jure duo faciunt, atque inter se ut servitutes diversæ speciei tam aperte opponunt. Itaque ut evidentius demonstremus errores Bachovii, putat ille jus altius tollendi per se servitutem numquam esse, sed hoc nomine appellari relatione facta ad vicinum cujus ædibus imposita sit servitus altius non tollendi; propterea quod hac servitute mihi constituta jus altius tollendi, quod per se quidem semper sit libertatis sed inutile mihi alias reddi vicino contrà ædificante poterat, nunc pleniore jure & effectu consequor. Hoc vero falsum esse ostendunt quotquot sunt loci in quibus jus altius tollendi inter servitutes numeratur, ut in *l. 2. de serv. præd. rust. d. l. 2. de serv. præd. urb. d. l. 7. §. 1. comm. præd. §. 2. Inst. inf. de act. l. 1. C. 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 prædii & servitus appellatur: jus respectu ejus cui id facere licet; servitus respectu vicini qui id pati cogitur. Ac proinde si cui hujus juris controversia fiat, licebit ei hoc vindicare hac formula: *Ajo mihi licere ædes meas altius tollere*, quæ & vi & verbis confessoria est, *d. §. 2. inf. de act.* idque evidentissime confirmatur *d. l. 1. C. de servit.* quo loco cum 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 Bachovii qui his argumentis probari existimat jus altius tollendi pro jure impositicio 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. Secundo quia omnis servitus efficit ut prædium serviat; at ædes quas ex pactione contra usitatum modum tollere licet nullo modo dici posse servire. Postre-

tremo quia servitus omnis onus prædii est jus dominantis augens servientis minuens. At concessione juris altius tollendi etiam servienti prædio restitui libertatem. Manifestus enim in his omnibus error est παρὰ τὴν ἄγνοιαν τοῦ ἐλέγχου (*præter argumenti ignorationem*) 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 quam 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 antea pati jure publico non cogebatur : an non ille eo pacto suum prædium servire faciat , jus sui prædii minuat alterius augeat. Hoc vero est quod nos asserimus & abunde probasse existimamus. Stet igitur hæc sententia , jus altius tollendi nonnumquam esse jus libertatis nostræ , nonnumquam impositi tium seu servitutem , active respectu ejus cui debetur , passive in eo qui debet. Utrum autem horum sit , ejus rei dijudicationem pendere ex eo quod cuique jure publico in suo facere ædificando liceat aut non liceat.

Ne luminibus vicini officiat] 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.* quamquam & alius dari potest , ne scilicet in ædes aut aream nostram prospectus pateat. Porro 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 quam in illa ne ædes altius tollantur , *ll. 12. 15. 16. & 17. de serv. præd. urb.*

8. 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 forte dicendum sit in servitute luminum hoc minus esse quam in altera , quod qui hanc debet altius ædificare non prohibeatur , aliaque facere modo tantum luminis vicino relinquat quantum ad usum diurnum sufficiat ; qui autem servitutem debet ne luminibus officiatur nihil omnino facere possit quo lumen minuatur etiamsi vicini ædes luminibus abundent: quæ sententia est Pauli Castr. in *dicta l.* 4. probata à Cæpoll. *cap. 35. de serv. urb.* arg. *d. l. 15.* & eodem teste communiter recepta.

9. 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 adquisitum videtur ut vicinus lumina nostra accipiat.* Verum hæc sententia impingit in notissimum illud juris principium: *Unumquemque in suo quidvis facere posse vel cum incommodo alterius modo in alienum nihil immittat, l. 8. §. 5. si serv. vind. l. 9. ff. de serv. præd. urb. l. 8. C. de serv. & aqua.* Neque enim in alienum quidquam 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 contrà erigat in suo , quo lumina præcludantur : quod alioqui servitute non constituta suo jure facere posset , *l. 9. de serv. præd. urb.* Immo vero , inquiunt , qui fenestram in suo ponit aliquid immittit in alienum , quod non licet citra constitutionem servitutis ; immittit enim oculos. At testimonio Xenocratis , μηδὲν διαφέρειν ἢ τὺς πόδας , ἢ τὺς ὀφθαλμὺς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι (*nihil interesse, pedes an oculi in alienas ædes immittantur*) auctor Plutarch. *lib.* περὶ πολυπραγμοσύνης (*de vana curiositate*). Ego vero judico hanc objectionem indignam esse tantis viris , nec debuisse eos quod à Xenocrate figurate dictum est in homines curiosos qui se ubique contra rationem officii ingerunt abuti ad demonstranda dogmata disciplinæ juris civilis. Nihil autem in contrarium facit *l. pen. eod.* quia aperte loquitur de pariete communi in quo constat nihil licere facere invito socio , *ll. 8. 13. & 26. eod. l. 28. comm. 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 ; & cum lumen tantum sit ex loco superiore , prospectus etiam ex locis inferioribus esse potest , *ll. 3. 12. 15. & 16. de serv. præd. urb.* Sunt qui putant etiam servitutem prospectus ut diversam gradu à servitute ne prospectui officiatur distinguen-

guendam esse, eâdem scilicet ratione & proportione qua præcedentes, luminum & ne luminibus officiatur. VINN. Vide *leg.* 14. *de serv. præd. urb.* & *l.* 11. *C. de ædif. priv.* Hodie propriis cujusque civitatis statutis constitutum est quantum ædificia invicem distare debeant. Groënew. *de ll. abrog. ad d. l.* 11. ADDIT.

TEXTUS.

De reliquis servitutibus rusticis.

2. *Inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ.*

LL. 6. & 7. tit. 31. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1 *Explicatur & emendatur locus Ulpiani in l. 14. §. ult. de alim. legat.*

DOcendi ratio postulabat ut hic §. protinus subjiceretur principio hujus tit. dilata tantisper tractatione servitutum urbanarum, cum à rusticis cœptum esset. Sed hoc tanti non est ut ob id maledictis impetendus sit Tribonianus quasi temetum cum hæc scriberet bibisset; nollemque eo proterviæ processisse etiam viros cetera incomparabiles. Verum age. Ait Imp. inter servitutes rusticorum prædiorum recte computari aquæ haustum, pecoris ad aquam appulsum &c. Aquæ haustus est jus aquæ hauriendæ ex puteo vel fonte vicini ad prædii nostri vel familiæ rusticæ usum & commoditatem. Qui haustum habet iter quoque ad hauriendum habere videtur, sive ei jus hauriendi & simul adeundi cessum sit sive hauriendi tantum. Sed etsi tantum adeundi ad fontem, placuit inesse & haustum. Ceterum ex flumine publico cum sine servitute cuivis haurire liceat haustus frustra conceditur, iter cedi debet, *l.* 3. §. *ult. de serv. præd. rust.* Cæpoll. *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. præd. rust.*

1 Ceterum objici solet responsum Ulpiani *l.* 14. §. *ult. de alim. legat.* quo loco aquæ haustus & pecorum ad aquam appulsus dicuntur esse servitutes personarum; sic enim in omnibus codicibus locus iste legitur: *Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam appulsus est servitus personæ, tamen ei qui vicinus non est inutiliter relinquitur.* Verum hic locus, si ullus in libris nostris, manifeste corruptus est, idque cuivis qui modo propiùs eum consideret facile erit deprehendere. Laborat autem duplici vitio: primum quia mendose interpunctus est; deinde quia omissa est negatio in postremis verbis; omninoque ita restituendus est: *Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam appulsus est servitus, personæ tamen ejus qui vicinus non est non inutiliter relinquitur*; vel detracta privativa *utiliter*. Nisi enim ita legamus, μηδὲν ὑγιὲς (*nihil sanum*); nec sententia loci nec ratio juris de his servitutibus constabit, nec quidquam in eo loco erit quod cohæreat. Consulebatur Jureconsultus de fideicommisso quo aqua relicta erat ei qui vicinum prædium non habebat: respondet utile esse fideicommissum, nec obstare quod aqua hæc relicta proponebatur non possessori vicini prædii; nam quod personæ relinquitur, ut in proposito aqua, id non vicino quoque recte relinqui quantumvis tale sit quod regulariter jus prædii censetur: argumento esse aquæ haustum & pecoris ad aquam appulsum, quæ cùm naturâ sua servitutes prædiorum sint, tamen ei qui vicinus non sit utiliter constituantur, non utique ut jura prædii 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. VINN. Hæ servitutes modo sunt personales, modo prædiales. Personales si non in usum vicini prædii sed personæ constituuntur; prædiales si vicino prædio inserviunt. Id liquidum ex *l.* 4. *ff. de serv. præd. rust.* Hinc tolerari possunt verba Ulpiani in *l.* 14. *ff. de alim. legat. Nam & haustus aquæ & pecoris ad aquam appulsus est servitus personæ*; pro *tamen* autem legendum videtur *nam nec*: *nam nec ei qui vicinus non est inutiliter relinquitur.* Ita verba præclare quadrant speciei quam ibi tractat Ulpianus. HEIN.

Pecoris pascendi] *D. l.* 1. §. 1. *l.* 3. *pr. l.* 4. *de serv. præd. rust.* 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. vind.* Hinc ager compascuus in quo vicinis jus est communiter pascendi. Fest. in voce *Compascuus* Cic. *in Top. cap.* 3. *si compascuus est ager licet compascere.* Ceterum ita pecoris pascendi jus servitus prædii videtur si fructuum fundi cau-

causa pecora habeantur, *d. l.* 4. *eod.* quod ita fit si sint boves aut jumenta per quæ fundus colitur, *d. l.* 3. *in pr.* Semper enim hoc tenendum est, servitutem prædii non posse constitui ultra quam 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 hiems ingruerit habeat quo se recipiat, *d. l.* 6. *in fin. eod.* De jure pascendi late Cæpoll. *cap.* 9. *de serv. præd. 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. de serv. præd. rust. ll.* 5. *& 6. eod.* Omnes autem quæ hujus generis sunt servitutes eo pertinent ut quid ex alieno sumere liceat quod transferatur ad usum prædii nostri. Eo autem etiam illud contineri intelligitur quod confertur in familiam rusticam & pecora quæ fundi colendi causa habentur, *d. l.* 3. *in pr. ll.* 4. 5. *&* 6. *eod.* Sed & si quid in alieno facere nobis commodum sit quod pertineat ad fructus prædii nostri exprimendos meliusve habendos, placet etiam ejus rei servitutem prædialem recte constitui, quasi ad prædii utilitatem & hoc pertineat quod pertinet ad fructus commode ad usum habendos: quippe quorum causa prædium ipsum habetur. Hujus 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 coactique habeantur, *l.* 14. §. *ult. de alim. legat. l.* 3. §. 1. *de serv. præd. rust.*

TEXTUS.

Qui servitutem debere vel adquirere possunt.

3. *Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur quoniam sine prædiis consistere non possunt. Nemo enim potest servitutem adquirere urbani vel rustici prædii nisi qui habet prædium; nec quisquam debere nisi qui prædium habet.*

L. 13. *tit.* 31. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

AGitur hìc 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 tantum sive res soli quæ uno nomine prædia appellantur. Sive enim rem spectes quæ servitutem debet, sive id cui debetur utrinque prædia esse necesse est: hinc ut sit cui imponatur servitus, illinc ut sit cui adquiratur: unum ut serviat, alterum ut dominetur. Quamobrem nemo potest prædio servitutem vel imponere vel adquirere nisi qui habeat prædium, hoc est qui prædii dominus sit, *l.* 1. §. 1. *l.* 6. *comm. præd. & hoc text.* Domini autem appellatione etiam emphyteutam & superficiarium comprehendimus tam in persona constituentis quam adquirentis, *l.* 1. §. *ult. de superfic. l.* 1. § 1. *si ag. vect.* Ceterum his obstare videtur quod traditur *l.* 10. *de serv. præd. rust. l.* 23. §. 1. *de serv. præd. urb.* futuro quoque ædificio seu nondum ædificato servitutem vel imponi vel adquiri posse; siquidem ejus ædificii quod nondum est nemo potest dici dominus. Sed facilis responsio est, nimirum hìc quoque constitutionem servitutis referri ad prædium, sed servitutis jus esse in suspenso donec ædificium extruatur in quo consistat, quasi sub tacita conditione constitutum. Eâdem ratione & fidejussor dicitur futuræ obligationi accedere posse, *l.* 6. §. *ult. de fidejuss.* §. 3. *Inst. inf. eod.* non quidem hoc effectu ut antequam reus debeat fidejussor conveniri possit; sed ut demum fidejussio vim suam exerat cum principalis obligatio cujus illa accessio est fuerit subsecuta, *l.* 57. *de fidejuss.* De vicinitate prædiorum & utilitate dominantis actum est sub rubricis *hujus tit. n.* 2.

TEXTUS.

Quibus modis servitus constituitur.

4. *Si quis velit vicino aliquod jus constituere pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. Potest etiam quis testamento heredem suum damnare ne alius tollat ædes 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, aquamve ex eo ducere.*

L. 14. *tit.* 31. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Communi prædio ab uno ex dominis neque constitui neque adquiri servitutem posse.*
2 *Non nudis pactionibus quantumvis ad transferendum comparatis servitutem adquiri, sed facto aliquo quod traditionem repræsentet.*
3 *Suprema voluntate servitutem constitui ipso jure.*
4 *Quemadmodum usu & possessione nostra servitus capiatur.*
5 *Explicatur latius quod de constitutione & adquisitione servitutis dictum est n. 2. & refutatur singularis Bachovii opinio.*
6 *Quibus modis servitutes amittantur.*

FAlso Myns. & Pac. existimant hoc loci materiam tradi ex qua servitutes prædiorum constituantur; conventio enim & ultima voluntas non materiæ ex qua sed causæ efficientis rationem habent, cum sint servitutum constituendarum modi. Est autem insignis hic locus dignusque in quo explicando plusculum operæ ponatur. Servitus prædii à lege non constituitur; sed potest re exigente à judice constitui in judiciis familiæ erciscundæ & communi dividundo, in pluribus prædiis dividendis unum uni alterum alteri adjudicante & unum alteri servum faciente, *l.* 22. §. 3. *fam. erc. l.* 18. *comm. div.* Extra hunc casum à solo prædii domino constituitur. Ceterum & longa quasi possessione nostra adquiritur.

1. De domino jam aliquid dictum §. præc. Addo nunc hoc etiam exigi in constituente ut sit dominus prædii totius non pro parte indivisa: communi prædio unum ex dominis ne pro parte quidem sua servitutem imponere posse, *l.* 2. *de serv. l.* 34. *de serv. præd. rust.* nisi forte pariter omnes cedant; tunc enim omnes non alienæ sed suæ parti servitutem imponunt. Quod si diverso tempore id fiat, novissima cessione superiores confirmantur, *l.* 6. §. 1. *l. ult. comm. præd. l.* 11. *de serv. præd. rust.* Benigne quoque propter conventionem receptum est, ut qui antè cessit vetare me uti jure cesso non possit, *d. l.* 11. Quæ omnia etiam in persona adquirentis servantur; nam nec adquirere quisquam prædio servitutem potest nisi qui ejus prædii solus sit dominus, *l.* 1. §. 1. *l.* 5. *l.* 6. *in fin. l.* 8. *comm. præd.* & in pluribus adquirentibus eadem distinctio est quæ in pluribus constituentibus, *d. l.* 6. §. 1. *l. ult. eod.*

2. Constituitur à domino servitus duobus modis, conventione & ultima voluntate, *l.* 5. *de serv. l.* 16. *comm. præd. & hoc text.* In conventionali constitutione duo ad adquirendam servitutem requiruntur: pactio ad transferendum comparata, cujusmodi est stipulatio emtio donatio permutatio, *l.* 31. *de adq. rer. dom.* & traditio, seu id quod traditionis vicem in re incorporali obtinet, puta inductio in prædium servum, aut usus adquirentis & domini constituentis patientia, *l. ult. de serv. l.* 1. *in fin. de serv. præd. rust. l.* 11. §. 1. *de Publ. in rem act.* per *l.* 3. *in pr. de usuf.* Nam quemadmodum pactionis nudæ non ea vis est ut rem corporalem nostram faciat, *l.* 20. *C. de pact.* ita nec per se sufficit ad adquirendam servitutem, *l.* 3. *de obl. & act. d. l.* 21. *de Publ. in rem act.* Olim hìc frequens erat cessio, *l.* 39. *de serv. præd. urb. l.* 3. §. 2. & 3. *ll.* 11. & 14. *de serv. præd. rust. l. ult. comm. præd.* & 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 inductio in prædium hìc etiam pro traditione fuit.

3. Suprema voluntate servitus constituitur cum ea alicui testamento legatur, *tit. ff. de serv. legat.* in qua constitutione nihil præter voluntatem defuncti desideratur ad adquirendam servitutem, sed statim ei cui legata est absque ulla cessione aut traditione heredis adquiritur, *l. ult. d. tit. l.* 19. §. 1. *quem. serv. amitt.* neque distinguimus amplius inter servitutem legatam per vindicationem & legatam per damnationem. Vid. notata §. 1. *tit. seq.*

4. Modus per usum ac possessionem nostram servitutem 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. de præscr. long. temp.* Alter servitutum proprius, si nullo quidem titulo præcedente, ceterum nec vi nec clam nec precario, id est domino prædii servientis sciente & patiente per continuum definiti temporis spatium servitute usi sumus *l.* 10. *si serv. vind. l.* 1. *in fin. ff. de aq. pluv. arc. ll.* 1. & 2. *C. hoc tit.* ut hìc scientia & patientia domini loco tituli aut boni initii & traditionis sint possidenti, & longi temporis consuetudo vicem servitutis obtineat. In priore specie titulus necessarius est, uti semper cum initium possessionis est à non domino, *inf. princ. tit.*

sit. Inst. de usuc. 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 adquireretur. Sententia communis, à qua frustra recedit D. Duar. 1. *disp.* 34. Add. D. Christin. *vol.* 3. *decis.* 177. *n.* 4. & 5. & nostra *lib.* 1. *select. quæst. cap.* 31.

5. *Pactionibus & stipulationibus*] His verbis putandum non est à constitutione servitutum excludi traditionem; sed eodem modo ac sensu hic accipienda sunt, quo accipi constat cum usufructus 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 adquiritur. Id vero non est pactio aut stipulatio sed traditio servitutis ex pactione præcedente. Pactiones tituli sunt non modi adquirendi, §. 40. *sup. de rer. div.* Ceterum quia traditio nihil transfert nisi præcedat idonea conventio sive causa propter quam traditio secuta sit, *l.* 31. *de adq. rer. dom.* ideo pactionum & stipulationum meminit ut causarum adquirendi & in constitutione servitutis traditionem necessario præcedentium, non ut traditionem removeat. Quemadmodum ex contrario cum dominia rerum traditionibus adquiri dicuntur, *l.* 20. *C. de pact.* non propterea removentur tituli sive causæ adquirendi remotiores, sed extremum in adquirendo significatur, id est modus adquirendi & causa proxima; uti & cum usufructus & servitutes dicuntur constitui per traditionem vel patientiam, *l.* 11. §. 1. *de Publ. in rem act. l.* 1. *in fin. de serv. præd. rust. l.* 3. *de usuf.* Hoc ideo diligentius monendum fuit, quia video D. Bachovium in ea esse hæresi ut existimet nudis pactionibus & promissionibus solis servitutes prædiales plene perfecteque constitui atque adquiri citra ullam traditionem aut cessionem; 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 adquirendarum obligationum distinguuntur à modis adquirendi res in obligationem deductas, sive corpora sint sive servitutes. Modi quibus obligatio quæritur sunt contractus & conventiones; 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 adquiritur mihi jus eundi aut agendi quod actione in rem confessoria vindicare possim, sed obligatio dumtaxat & actio personalis ex stipulatu, qua intendam *te mihi viam aut iter dare oportere, l.* 2. §. 1. & 2. *de verb. obl. l.* 19. *de serv. præd. rust.* Tunc demum dominium servitutis nanciscor & actionem in rem, cum conventionem secuta est traditio naturæ rerum incorporalium conveniens, *l. ult. de serv. l.* 1. *in fin. de serv. præd. 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 quam rerum corporalium adquisitionem pertinet, *l.* 3. *de obl. & act.* quo loco diserte de servitute idem quod de corpore Jurisconsultus definit, eam quæsita nobis ex contractu obligatione nostram non fieri, sed tantum debitorem obstringi ad eam nobis dandam aut præstandam. Quid ergo est quod Bachovium moverit in contrarium? Primum, quod hic ait Justinianus, 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; ceterum 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 Jurisconsultus dixisset servitutem neque ex tempore neque sub conditione promitti posse. Vitiosa plane 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 quam res ceteræ ex die aut sub conditione recte promittantur, ut neque ante diem peti possint neque antequam conditio extiterit debeantur: quæ vis est harum adjectionum, §. 2. *Inst. inf. de verb. oblig. l.* 213. *de verb. sign. l.* 98. *de verb. oblig.* At constituere servitutem est actu eam imponere, & efficere ut jam sit quæsita prædio, §. *præc. l.* 1. §. 1. *comm. præd.* Quid vero 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 Joann. *apud Accurs.* sic con-

constitui ut statim sit constituta & prædio adquisita; sed adjecta die aut conditione in quæ usus servitutis & vindicatio differatur: quod certa ratione juris efficitur; nam cum servitus semel prædio adquisita est fieri non potest quin à domino prædii jure vindicetur, *l. 1. si serv. vind.* Ceterum ex æquitate juris prætorii 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 sane in specie à Papiniano proposita locus esse non potest; cum sint contradictoria usu servitutem constitui, & usum servitutis differri. Sed nos jam ante ostendimus etiam aliis modis ad conventionem accedentibus servitutem posse constitui & prædio adquiri, per inductionem scilicet in fundum servum, & cessionem: qua cum Veteres fere semper usi sint in constituendis servitutibus, hoc ipsum satis argumenti est sola conventione constitui & imponi non potuisse. Add. Connan. 4. *comm.* 8. Don. 11. *comm.* 10. Paul. Bus. ad *d. l.* 4.

Heredem suum damnare ne altius tollat &c. vel ut patiatur &c.] Hæc descripta sunt ex Gajo, *l.* 16. *comm. præd.* Legati damnationis meminit, non quod servitus per vindicationem legari nequeat; contrarium enim docet *tit. de serv. legat.* sed aut exempli causa, aut quia servitutes omnes per damnationem legari possunt, per vindicationem non item; neque enim quæ in non faciendo positæ sunt per vindicationem legari posse videntur, veluti ne heres 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.* 15. §. 1. *de serv.* VINN. Recte suspicatus est Vinnius noster servitutes omnes legari potuisse per damnationem, non omnes per vindicationem; sed fallitur dum hanc differentiam quærit in distinctione servitutum affirmativarum & negativarum, cum eam facilius reperire potuisset in servitutum prædiorum rusticorum & urbanorum discrimine. Per damnationem omnes res legari poterant etiam quæ non erant testatoris; per vindicationem non nisi eæ quæ ex jure Quiritium testatoris fuerant. Ulpian. *in fragm. tit.* 24. §. 7. & 8. Jure Quiritium habebantur res mancipi. Et tales erant solæ servitutes prædiorum rusticorum, non item urbanorum. Ulpian. *in fragm. tit.* 19. §. 1. Poterant ergo hæ solæ per vindicationem legari. HEIN.

6. Recte 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 primum soluto jure auctoris, verbi gratia, si rei sub conditione legatæ imposita sit & conditio extiterit, *l.* 11. §. 1. *quemadm. serv. amitt. l.* 105. *de cond. & dem.* Item si prædio emphyteutico aut beneficiario imposita sit ab emphyteuta aut vassallo, & 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 *l.* 31. *de pign.* Amittitur secundo remissione, tum aperta *l.* 14. §. 1. *de serv.* tum tacita, puta si permisero domino fundi servientis in loco serviente id facere quo servitus impediatur, *l.* 8. *quemadm. serv. amitt.* Tertio amittitur confusione, cum prædia confusa sunt, sive cum idem utriusque prædii dominus esse cœperit, *l.* 30. *de serv. præd. urb.* Quod si partem tantum prædii nactus sim quod mihi aut cui ego serviam, placet servitutem non confundi, *l.* 18. *l.* 1. *vers. via l.* 23. §. *ult. de serv. præd. rust.* Wesemb. *par. de serv. n.* 9. Cantiunc. *hic.* Sed & si cum mihi per plurium fundos servitus deberetur unum tantum atque alterum non omnes adquisiero, servitus per ceteros retinetur, *l.* 15. *quemadm. serv. amitt.* Postremo finitur etiam non utendo, si videlicet nemo servitute usus sit, neque is cui debetur neque possessor prædii dominantis amicusve aut hospes &c. *l.* 20. *eod.* aut si quis loco quidem usus sit sed non jure servitutis; aut jure quidem servitutis sed non servitute constituta, *ll.* 10. 11. 18. & *ult. eod.* ceterum ita si nemo usus sit per constitutum continuum tempus, *l.* 7. *eod. l.* 6. *de serv. præd. urb.* quod tempus est decem vel viginti annorum, *l.* 13. *C. de serv.* Enimvero si servitutis usus continuum aut quotidianum tempus non habeat, forte 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. Quicumque vero aut nostro aut prædii nomine usus sit, possessor mercenarius hospes amicus colonus fructuarius, retinebimus servitutem, *d. l.* 20. & 4. *seqq. quemadm.*

adm. serv. amitt. Ad urbanarum servitutum amissionem etiam aliud præterea requiritur; has enim placet non aliter perire non utendo quam si vicinus simul libertatem ædium suarum usuceperit, veluti in servitute altius non tol endi si per statutum tempus altius sublatum habuerit ædificium, & insuper ipse per idem tempus ædes possederit, *d. l. 6. de serv. præd. urb.* Hoc ita tam varie, quia cum rusticarum usus positus sit in solo exercitio & facto ejus cui debentur, solum quoque ejus non usum placet sufficere ad amittendam tempore servitutem. Contrà urbanæ, quia nihil exercitii 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 occassione utens ad libertatem rei suæ usurpandam aliquid contra servitutem moliatur in suo, ut eleganter D.Connan. 4. *comm.* 12.

TITULUS IV.

DE USUFRUCTU.

Dig. lib. 7. tit. 1. Cod. lib. 3. tit. 33. Et L. 20. & seqq. tit. 31. Part. 3.

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 naturâ sua realia sunt ita constitui posse ut ex ea constitutione personæ tantum adquisita esse intelligantur, veluti si in constituendo persona demonstrata sit cui soli ea præstentur, *l. 4. de serv. præd. rust. l. 14. §. ult. de alim. legat.* 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; quamquam prædiis non prodest, per *l. 15. in fin. de serv. l. 5. §. 9. de op. nov. nunt. l. 1. §. 12. & l. 3. pr. de aqua quotid. d. l. 14. in fin. de alim. legat.* 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 & adquiri 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.* Ceterum 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 dumtaxat 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 operarii 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. de oper. serv.* Hotom. *illust. quæst.* 41. Cujac. 7. *ad African. ad l. 37. de usuf.* Ceterum in plerisque usum vel usumfructum imitantur, *ll. 3. 4. & 5. de op. serv. l. 2. de usufr. legat. l. 5. §. ult. usufr. quemadm. cav.* Ex tribus autem istis quas dixi princeps species est ususfructus, deque eo solo hoc titulo agitur; de usu & habitatione *tit. seq.* Quatuor autem hic ordine exequitur Imp. Primum docet quid sit ususfructus; deinde quibus modis constituatur; tum quibus in rebus consistat; postremo quibus modis finiatur.

TEXTUS.

Definitio ususfructus.

Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia. Est autem jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est.

L.

L.20. tit. 31. Part.3.

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. Remissive.*

4 *Colonum, creditorem ἀντιχρησθέντα (qui mutuam pecuniam dedit) 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 dominii.*

6 *Neque maritum neque heredem 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 herede posse; & quid si fructuarius propter inopiam fidejussorem invenire non possit.*

10 *Quid sibi velit quod dicitur, sublato corpore usumfructum tolli.*

1. *JUs 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 locutio, si dixero usumfructum esse servitutem utendi fruendi re aliena: quippe cum servitus sit in serviente, uti autem & frui ejus sit cui servitus debetur & actio servituti contraria. Jus vim agendi, servitus patiendi significationem habet. Animadvertere debuerant servitutes omnes jura dici & definiri solere respectu ejus cui constitutæ sunt tamquam 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 Latine 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; & porro ex locis ubi hæc definitio traditur serieque tractationis sponte intelligitur subaudiri oportere, jus hoc ex constituta servitute competere & personæ fructuarii cohærere.

2. *Utendi fruendi*] Forma & finis. Duo autem hæc fere conjungi solent, *uti frui*, licet fructui usus insit, nec intersit fructus an ususfructus legetur, *l.* 14. §. 1. *de usu & hab. l.* 41. *de usufr. leg.* nisi corpus, non jus demonstrare volumus, *l.* 43. *de evict.* His autem verbis à fructuario removetur jus omne in rem præter usum & fruitionem, rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumissio, proprietatis oppigneratio, *ll.* 6. & 7. *C. hoc tit.* Jus utendi hoc tribuit fructuario ut rem fructuariam tractare & exercere possit ad usum & commoditatem suam, ut tamen id faciat secundum rei conditionem, eamque exerceat ad eum usum ad quem naturâ aut patrisfam. instituto parata est. Etenim ædibus ut ædibus utendum ad inhabitandum, fundo ad fructum capiendum, servis ad operas, vestimentis ad induendum, ceteris rebus secundum suam naturam, extra quam qui utitur abutitur: quod latius explicatur *l.* 13. §. *ult. l.* 15. §. 1. & *seqq. eod.* Jus fruendi ei hoc tribuit ut fructus omnes percipere possit & percipiendo sibi adquirat, non naturales tantum qui ex re fructuaria proveniunt sive sponte sive opera fructuarii; verum etiam civiles qui per causam rei obveniunt, puta 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 ejus percipitur fructuarium sequitur, *ll.* 7. 9. & 59. §. 7. *hoc tit. l.* 13. *quib. mod. us. amitt. ll.* 25. & 28. *de usur.* Atque hinc recte 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.* Joann. del Castillo *tract. de usufr. cap.* 36. *n.* 29. post Bart. Jas. & alios antiquos: legato usufructu universitatis bonorum cui jus patronatus annexum sit jus præsentandi fructuario competere, Menoch. *d. cons. n.* 6. Castill. *d. cap.* 36. *n.* 35. ad usufructuarium proprietatis pertinere non tantum canonem annuum sed etiam, si stante usufructu res emphyteutica alienata sit, laudemium, Clar. §. *emphyteusis quæst.* 23. *n.* 5. Castill. *d. cap. n.* 45. Et secundum hos ipse aliquando ex facto consultus respondi, miratus Bacho-

chovium qui hoc axioma damnat ut impossibile, ut dictu & auditu absurdum, *not. ad* Treutl. *vol.* 1. *disp.* 16. *thes.* 11.

3. Ceterum quod alibi dictum hoc loco repetendum est, fructuarii non aliter fructus fieri quam si ipse eos perceperit aut alius ejus nomine; & ideo si maturis fructibus nondum tamen perceptis decesserit, heredem ejus in iis qui terrâ tenentur nihil juris habere, §. 26. *sup. de rer. div. l.* 13. *quib. mod. us. amitt. l.* 8. *de ann. legat.* An vero idem & in civilibus fructibus, puta usuris, mercedibus locationis obtinere debeat, ut scilicet fructuario ante diem quo solvi debeant mortuo nihil ad heredem ejus pertineat; an pro rata temporis quo ususfructus stetit inter heredem ejus & proprietarium dividi debeant, dixi sub *d.* §. 26. De commodis quæ fructuarium sequuntur, qui plura nosse desiderat adeat Don. 19. *comm.* 7. & 8. Castill. *cap.* 36. & 37. *tract. de usufr.*

4. Habet & colonus & creditor ἀντιχρησθεὶς (*cum pacto antichreseos*) facultatem utendi fruendi re aliena; ceterum illi jus tantum habent ad rem & in personam locatoris aut debitoris, hoc est, locatorem & debitorem ex contractu tantum sibi obligatos habent ad hoc ut præstent uti frui licere; unde & iis actio eo nomine in personam dumtaxat competit: colono ex conducto, *l.* 15. *locat.* creditori in factum *l.* 11. §. 1. *de pign.* Jus autem in rem & quod proprium eorum dici possit de quo hic quæri constat nullum habent: quippe quod non adquiritur nisi traditum ex justa causa ex qua & dominium transferretur, cujusque tuendi & obtinendi causa ad exemplum dominii vindicatio seu confessoria in rem actio prodita est, §. 2. *Inst. inf. de act.* Eadem & de legatario proventus annui dici possunt. Sed & hic ipse non fruitur sed per manus heredis reditum accipit, *l.* 38. *de usufr. legat. l.* 21. *pr. de ann. leg.* Hotom. 1. *illust.* 24. Castill. *d. tract. cap.* 4. & 5.

5. *Rebus alienis*] Materia. Estque hoc commune omnium servitutum ut sint in alieno; neque enim res sua ulli servit, *l.* 26. *de serv. præd. urb. l.* 5. *si usufr. pet.* Recte, 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 conjunctus cum proprietate, qui quia competit ex causa proprietatis, causalis vulgo appellatur. Quæ genera indicantur in *l.* 21. §. 3. *de except. rei jud. l.* 5. *si usufr. pet. l.* 58. *l.* 126. §. 1. *de verb. obl.* Illum quidem dices habere eum 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 quam definitum, videlicet alterum genus dumtaxat, usumfructum formalem. Hæc objectio ne quem moveat observandum est, verbo *ususfructus* simpliciter aut absolute enuntiato in toto fere jure & maxime 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: quemadmodum appellationibus itineris, actus, viæ, aquæductus, tunc solum in jure utimur cum ista per se habentur sine jure proprietatis; atque ex hoc usu definitionem ita conceptam esse ut formali tantum conveniat, qui ut solus servitus est ita & in re aliena solus habetur. Neque vetus ista & magistralis distinctio ususfructus in formalem & causalem vera est & genuina generis in species divisio, neque pro ea à DD. venditatur: sed potius distinctio nominis πολυσήμου in sua significata. Vid. Wesemb. *par. hoc tit. n.* 4. Castil. *d. tract. cap.* 1. *n.* 16. Pinel. in *l.* 1. *C. de bon. mat. p.* 1. *n.* 10. Gomes. 2. *res.* 15. *nn.* 2. & 3. Quod si porro quis urgeat, & usumfructum etiam separatum in re fructuarii esse contendat quia pars dominii dicitur, *l.* 4. *hoc tit.* in promptu responsio est, partem dici non quod revera pars sit cum sit servitus, *l.* 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.* 66. §. 6. *de legat.* 2. & nimirum dictum hoc accipiemus per comparationem ceterarum servitutum quæ cum dominio tantam affinitatem non habent. Eò pertinet quod in venditione bonorum etiam usumfructum venire Ulp. scribit, quia appellatione domini fructuarius quoque contineatur, sententia scilicet edicti, *l* 8. *pr. de reb. auct. jud. poss.* quod fructuario de damno infecto caveatur, *l.* 13. §. 8. *de damn. inf.* quod ad eum pertineat interdictum *Unde vi*, *l.* 3. §. 13. *de vi & vi arm.* quod ususfructus pro parte divisa vel indivisa constitui potest, *l.* 5. *hoc tit.* Sensit hoc Gloss. in *d. l.* 4. Latius explicuit D. Connan. 4. *comm.* 6.

6. Postremo ut demus usufructuarium respectu juris quod habet vere dominum dici pos-

posse, semper tamen in re aliena jus suum exercet. Quamobrem neque maritus neque hæres fiduciarius neque emphyteuta definitione continentur: quippe quorum omnium res ipsa propria est, quaque illi utuntur jure domini quod habent non jure ususfructus à dominio separati. Maritum verum esse dotis dominum quamdiu constat matrimonium infinitis locis traditum est, *infr. in pr. tit. Inst. quib. al.lic. l.* 13. §. 2. *de fund. dot. l.* 7. §. 3. *ff. de jur. dot. l.* 23. *C. eod.* Hinc & rei dotalis vindicatio marito tributa, *l.* 9. *C. de rei vind.* & mobilium quoque alienatio, *l.* 3. §. 2. *ff. de suis & legit. l.* 3. *C. de jur. dot. auth. sive á me* §. 1. *C. ad sen. Vell.* Heres quoque qui rogatus est aliquid ex die aut post mortem suam restituere interim ejus rei dominus est non fructuarius, *l.* 15. *de aur. arg. legat.* tantum quia cedente die fideicommissi restituenda est, ideo de ea tamquam aliena nonnumquam juris conditores loquuntur, ut Justinian. *l. ult.* §. 2. *C. comm. de legat.* sicut & de re dotali quia & maritus temporale dominium habet soluto matrimonio ad mulierem reversurum, *l.* 7. §. 12. *in fin. ff. sol. matr. l.* 30. *C. de jur. dot.* De emphyteuta major potest esse dubitatio propter dominium directum quod alius habet; sed hoc non obstat quominus & proprietas quædam in re emphyteutica ratione emphyteutæ considerari possit; ut & potest in re feudali respectu vassalli, *lib.* 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. amitt.* Joann. del Castill. *tract. de usufr. cap.* 39. *nn.* 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 confessoriâ, sed de re ipsa, *ll.* 1. & 2. *si ag. vect.* ut plus etiam juris emphyteutæ quam domini in ipsa re habeant: quam ob causam etiam domini prædiorum emphyteuticorum appellantur, *l.* 12. *C. de fund. patrim.* Emphyteutæ simillimus est superficiarius, *l.* 1. *de superfic. d. l.* 1. *quib. mod. us. amitt.*

7. *Salva rerum substantia*] Id est, si Theophilo & Giphanio credimus, quamdiu res salvæ manserint. Ego vero hoc amplius hac adjectione proprium seu modum indicari arbitror, ut intelligamus fructuarium ita uti & frui debere ut rem salvam servet domino; ac proinde hâc clausula fructuarium prohiberi tum rem consumere causamve 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 quidquam facere in perniciem proprietatis, *l.* 13. §. 4. *hoc tit.* Sed & si agrum non proscindat, vites non subserat, aquæductus corrumpi patiatur non intelligitur salvâ substantiâ re uti, *d. l.* 13. §. 2. Ædium usufructu legato non mutabit diætas vel atria, non diruet & ædificabit nova, *d. l.* 13. §. 7. nec si meliorem domini causam faciat, *l.* 7. *in fin. l.* 8. *l.* 44. *eod.* Nam 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. §. 7. D. Diod. Tuld. *cap.* 4. *hic.*

8. Illud quoque quod superius leviter attigimus explicatius considerandum est. Diximus, semper in usufructu usum inesse, *l.* 14. §. 1. *de usu & hab.* eumque qui non secundum rei conditionem re utitur non uti sed abuti, *l.* 15. §. 1. *hoc tit.* Hoc autem eo pertinet ut intelligamus, eum qui sic utitur ne recte quidem frui, nec in fructu esse quod non percipitur ex eo usu ad quem res parata est. Hinc igitur fructuarii non erunt partus ancillarum, *l.* 68. *eod.* §. 37. *sup. de rer. div. l.* 28. *de usur.* non enim ancillæ ad hoc habentur ut pariant sed ut serviant, *l.* 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 umbramve 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 late D. Paul. Bus.

9. Ut igitur dominus securus esse possit de proprietate, desiderante eo fructuarius cavere cogitur & usurum se boni viri arbitratu, & cum ususfructus ad eum pertinere desinet restituturum quod inde extabit, *d. l.* 13. *in pr. l.* 1. & *tot. tit. ff. usufr. quemad. cav.* quæ cautio satisdatio est, *d. l.* 13. *l.* 4. *C. eod.*

l.

l. 7. & ult. usufr. quemadm. cav. l. 8. §. 4. qui satisd. cog. & ad omnem usumfructum omnemque fructuarium (excepto patre fructuario adventitiorum , *l. 6. §. 2. l. ult. §. 4. C. de bon. quæ lib.* item fisco per *l. 1. §. 18. ut legat. nom. cav.* & casu *l. 9. §. 2. usufr. quemadm. cav.* & donatore omnium aut partis bonorum retento usufructu per *l. 19. §. 1. de re judic.* cum simil.) pertinet , *d. l. 13. hoc tit. d. l. 1. §. 1. & 2. l. 9. §. 1. usufr. quemadm. cav.* In tantum ut nec à testatore remitti possit , *l. 7. C. ut in poss. legat.* 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.* Joann. 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 recte 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 remitti non potest , nec poterit confectio inventarii quæ est necessarium cautionis antecedens. Castill. *d. loc.* post DD. *comm.* Plane ut cautio ab herede remitti possit rationis est . Accurs. Cyn. Bart. Salic. Sichard. ad *l. 1. C. hoc tit.* Pinel. in *l. 1. C. de bon. matern. p. 2. n. 76.* Gail. *d. obs. 145.* Castill. *d. loc. n. 16.* Christin. *d. decis. 175.* Putarem tamen remissionem non obstare heredi quominus cautionem postea ex causa exigat , ut hæc remissio tacitam in se habeat conditionem si recte utatur fructuarius ; eoque jure utimur. Quod si fructuarius cavere non possit eo quod propter inopiam 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 contrà fructuario recte 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 fructuarii dispiciat & constituat quid in proposito debeat fieri : utrum cautio juratoria à proprietario recipienda (ad quod tamen non facile eum compellet) , an vero 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 omnimodo testator voluit. Licebit hic usurpare illud Ulpiani in *l. 2. §. 5. in fin. de aqua pluv. arc. Hoc æquitas suggerit etsi jure deficiamur.* Add. Castill. *d. tr. cap. 18. n. ult.* Gail. 2. *obs. 47.* Myns. 6. *obs. 48.* Fach. 8. *contr. 40.* Wesemb. *par. usufr. quemadm. cav. n. ult.* Merend. 5. *contr. 47.* Christ. *d. decis. n. 13. & seqq.* Sunt & alia onera quæ fructuario incumbunt, puta 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 ; recte enim colere quasi bonus paterfam. debet: quod & ipsum cautione fructuaria continetur , vid. §. 38. *sup. de rer. div.* Hoc amplius etiam onera prædiorum agnoscere cogitur , ut tributa , vectigalia , pensitationes quæ prædiis imponuntur , *l. 7. §. 2. l. 27. §. 3. hoc tit.* vid. Castill. *d. tract. cap. 56. & seq.* Christ. *vol. 2. decis. 176. nn. 1. & 2.*

10. *Est autem jus in corpore , quo sublato*] Sublatum hic accipimus non omnino quod penitus & totum periit , sed quod esse desiit id quod ante fuit : cujus 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. us. amitt.* Quod si totum corpus tollatur ne dominium quidem proprietasve remanet. De mutatione rei fructuariæ plenius disputamus ad §. 3. *hoc tit. in calce.*

TEXTUS.

Quibus modis constituitur.

1. *Ususfructus á proprietate separationem recipit , idque pluribus modis accidit ; ut ecce , si quis usumfructum alicui legaverit : nam heres nudam habet proprietatem legatarius vero usumfructum. Et contra , si fundum legaverit deducto usufructu , legatarius nudam habet proprietatem heres vero usumfructum. Item alii usumfructum alii deducto eo fundum legare potest. Sine testamento vero si quis velit usumfructum alii constituere pactionibus & stipulationibus id efficere debet. Ne tamen in universum inutiles essent proprietates semper abscedente usufructu , placuit certis modis extingui usumfructum & ad proprietatem reverti.*

COMMENTARIUS.

1 *Quot & quibus modis usufructus constituatur & à proprietate separetur.*

2 *Ad constitutionem & adquisitionem usufructus solam pactionem non sufficere, sed requiri etiam traditionem seu factum aliquod traditionem repræsentans; testamento autem constitui ipso jure.*

1. *Pluribus modis*] Usufructus non uno modo à proprietate separatur & alteri adquiritur. Nam & à lege quibusdam personis constituitur, ut patri in bonis filii adventitiis, *l. 6. l. ult. C. de bon. quæ lib.* §. 1. *Inst. inf. per quas pers.* item patri emancipatori in parte dimidia bonorum adventitiorum filii emancipati, *d. l. 6. C. de bon. quæ lib. & §. 2. infr. d. tit. Inst.* & à judice in judiciis familiæ erciscundæ & communi dividundo, per adjudicationes scilicet & condemnationes si res divisionem commode non recipiant, *l. 6. §. 10. comm. div. l. 16. §. 1. fam. erc. l. 6. §. 1. hoc tit.* junct. §§. 4. & 5. *Inst. infr. de offic. jud.* Usu quoque nostro & longa quasi possessione sicut reliquæ servitutes & ususfructus nobis adquiritur: veluti si quis non dominus usumfructum nobis vendiderit, nos eum per legitimum tempus possederimus, *l. ult. in fin. C. de præscript. long. temp.* Hic duos tantum modos recenset Imp. eosque ipsos quibus servitutes prædiorum constitui dixit in calce præc. tit. ultimam voluntatem, & stipulationes pactionesve.

Ut ecce] Formas legandi quibus ususfructus constituitur & á proprietate separatur tres perspicue explicat: in quibus notandum verba illa (*deducto usufructu*) non esse otiosa sed expressa consulto, ut & in *d. l. 6. hoc tit. l. 4. si usufr. pet.* Nam si uni ususfructus alteri fundus simpliciter legetur nominatim non expresso *detracto usufructu*, ambo in usumfructum concurrent, *l. 19. de usufr legat. l. 6. de usufr. ear. rer.* Neque obstat quod traditur *d. l. 16. §. 1. fam. erc.* si judex alii fundum alii usumfructum adjudicaverit non communicari usumfructum: nam in judiciis divisoriis hoc agitur ut à communione discedatur, *l. 1. eod. tit.* Sed & si uni ususfructus alteri nuda proprietas legata sit, nemo, opinor, dixerit usumfructum communicari. Ac ne illud quidem morum nostrorum simplicitati convenit, quod in *dict. leg. 19. de usufr. legat.* traditur: si testator alii fundum alii usumfructum ejusdem fundi legaverit, usumfructum contra mentem testatoris communicari. Anton. Gomez *variar. lib. 2. cap. 15. n. 5.* Groënew. *de legg. abrog.* ad *d. l. 19.*

2. *Pactionibus & stipulationibus*] *L. 3. pr. eod.* Pactionibus autem non nudis sed vestitis, ut magistri loquuntur, iisque quæ idoneæ sunt ad dominium ipsum transferendum, cujusmodi sunt emtio, permutatio, donatio. Potest ergo quisque dominus usumfructum rei suæ alteri vendere aut donare cedereve nuda proprietate retenta; aut rei nudam proprietatem retento usufructu, *l. 63. ff. de usufr. legat. l. 28. C. de donat.* potest & uni vendere vel donare usumfructum, deinde alteri proprietatem quam retinuit. Ceterum etiam nuda pactione ususfructus recte constituitur si ea contractui vel conventioni legitimæ aut traditioni divisionive in contineuti adjiciatur, *d. l. 28. C. de don. l. 42. ff. de mort. caus. don.* arg. *l. 33. de serv. præd. rust. l. 13. comm. præd. l. 48. ff. de pact.* Quod autem de servitutibus prædialibus diximus eas non adquiri pactionibus solis sine facto aliquo quod traditionem repræsentet, hoc non minus ad adquisitionem ususfructus pertinet, *l. 5. de serv. l. 3. hoc tit. l. 3. de obl. & act.* arg. *l. 20. C. de pact.* Nam in universum tenendum est, quibus in causis ad rem corporalem adquirendam requiritur traditio, in iisdem & ad res incorporales adquirendas requiri quatenus fert earum rerum natura: ut in proposito traditus ususfructus intelligitur si dominus à quo est usumfructuarium inducat in fundum eumve patiatur uti frui, *d. l. 3. hoc tit.* Testamento autem constituitur ususfructus ipso jure, ut hic ad adquirendum jus in re & vindicationem non desideretur traditio heredis sed nuda voluntas sufficiat testatoris. Quod jure quidem veteri obtinebat dumtaxat cum ususfructus legatus erat per vindicationem; nam per damnationem legatus facto heredis præstabatur, teste Paulo 3. *sent. 6.* at hodie idem utriusque legati effectus post exæquationem juris omnium legatorum, §. 2. *Inst. infr. de legat. l. 1. C. comm. de leg.* Ex quo apparet Tribonianum incuriâ quadam actionem personalem cum confessoria confudisse, *l. pen. C. hoc tit.* quod & locus ipse palam arguit. De legato per damnationem usufructu accipe *l. 3. hoc tit. l. 2. si usufr. pet.* de legato per vindicationem *l. 34. §. pen. de legat. 1. l. 10. l. 29. de us. leg. l. 25. §. ult. hoc tit. l. un. §. 2. quando dies us. legat.* add. Pinel. *part. 2. l. 1. C. de bon. mat. n. 62.* Castill. *tract. de usufr.*

usufr. cap. 9. VINN. Quod Vinnius hìc contendit Tribonianum in *l. pen. C. de usufr.* incuriâ quadam actionem personalem cum reali confudisse temere dictum, nec in Tribonianum cadere videtur tam supina incuria. Quæstio erat inter Veteres non an ususfructus jam traditus & adquisitus non usu amittatur, id enim dubio carebat; sed an ususfructus promissus vel legatus neglectus à stipulante vel legatario ita non usu perimatur ut ne actio quidem personalis remaneat. Finge Titio legatum esse usumfructum fundi Corneliani. Potuisset sane uti actione confessoria reali ad usumfructum illum consequendum; sed Titius id non fecerat per tempus legitimum biennii quo olim ususfructus rei immobilis non utendo amittebatur. Tunc sane post hæc non poterat uti actione reali confessoria quia ususfructus non uten do fuerat amissus. At quærebatur an non ei superesset actio personalis ex testamento. Nihil ergo hìc reperias ex quo Triboniani eluceat incuria. HEIN.

Placuit certis modis extingui] Negligitur hìc iterum à Triboniano lex methodi, nisi περίληψις est; eo quod separato ita usufructu inutilis & ridicula videri poterat proprietas, cum paria sint non habere dominium & habere inutile. Transcriptus autem hic locus est ex Gajo *l. 3. §. 2. hoc tit.*

TEXTUS.

Quibus in rebus constituitur.

2. *Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo & ædibus verum etiam in servis & jumentis & ceteris rebus: exceptis iis quæ ipso usu consumuntur. Nam hæ res neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum: quo in numero sunt vinum oleum frumentum vestimenta; quibus proxima est pecunia numerata: namque ipso usu assidua permutatione quodam modo extinguitur. Sed utilitatis causa Senatus censuit posse etiam earum rerum usumfructum constitui, ut tamen eo nomine heredi utiliter caveatur. Itaque si pecuniæ ususfructus legatus sit ita datur legatario ut ejus fiat, & legatarius satisdet heredi de tanta pecunia restituenda si morietur aut capite minuetur. Ceteræ 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 quidem earum rerum usumfructum (nec enim poterat) sed per cautionem quasi usumfructum constituit.*

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 prædiis consistunt. Sed & rerum incorporalium usufructus constitui potest, veluti nominum, *l. 3. de usuf. ear. rer.* ut fructuarius rem consecutus ea utatur. Potest & jurisdictionis quam patrimonialem vocant, ut fructuarius mulctas & pœnas pecuniarias tamquam fructus jurisdictionis percipiat. Schneid. hìc post alios quos supra citavi. Neque hic quasi ususfructus est ut putat D. Bachovius. Certe 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 quæ fructum recipit, fac. *l. 1. de usufr. legat.*

1. Solæ excipiuntur res quas utendo consumi necesse est, cujusmodi sunt vinum oleum frumentum ceteræque res quæ pondere numero mensura constare & in genere suo functionem recipere dicuntur, *infr. tit. Inst. quib. mod. re contr. obl. l. 2. ff. 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 resti-

stituturum : quorum nihil in res consumtibiles, hoc est, eas quæ usu ipso consumuntur & pereunt cadere posse manifestum est ; quippe cum ex iis nulla utilitas percipi queat nisi consumantur, nec consumi res possit nisi ab eo cujus propria sit.

Vestimenta] Temere atque inconsiderate 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 fere 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. *de usuf. ear. rer. quæ us. cons.* cum 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.

2. 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 iis quæ ipso usu tolluntur, *infr.* §. *pen. Inst. 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. Eapropter usufructu vestimentorum legato non dabuntur ea legatario ut ejus fiant, ut pro libitu ea consumere iisve abuti possit uti fit legato usufructu rerum fungibilium ; sed ut iis utatur quomodo vir bonus uteretur, *l.* 15. §. 4. *hoc tit.* quod veri ususfructus proprium esse ostendit prima clausula cautionis, quæ in vero usufructu desideratur, *l.* 1. *usufr. quemadm. cav.* 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. quemadm. cav.* 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 culpâ ejus deterior facta non sit ; nulla vero culpa in eo est qui utitur quod accepit in eam rem in quam accepit, ut responsum est de re commodata deteriore reddita sine culpa commodatarii, *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 fere concipi solet, *l.* 1. *in pr. & §. ult. usuf. quemadm. 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. usufr. quemadm. cav.* quod cum animadverteret Cantiuncula, putavit id nescio qua speciali ratione receptum esse in quasi usufructu vestimentorum. Accursius errorem Triboniani 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 tamquam quantitatis, hoc est, æstimatorum ; an vero 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. usufr. quemadm. cav.* illo autem casu quasi usumfructum vestium legatum videri, finitoque usufructu reddendam æstimationem : quod & Aretin. & Fab. sequuntur, eoque referunt hunc §. At hoc posito, jam non tam vestium quam ipsarum pretii quasi ususfructus erit, quod idcirco & solum restituendum non vestes ejusdem generis ; potestque hoc usuvenire & in aliis rebus æstimato utendis fruendis datis, haud absimili ratione qua species æstimari & in causam mutui converti possunt, *l.* 11. *ff. si cert. pet. l.* 8. *C. eod. l.* 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 aliquo glossatore profecta volente gratificari Triboniano : nam & constructionem turbant & perplexum efficiunt sensum ; quod miror ante Bachovium neminem observasse. Alterum quod Accursius ad defensionem Triboniani comminiscitur est in explicatione hujus §. ubi duo genera vestium facit, unum temporalium, alterum perpetuarum ; atque inter hæc genera hoc discrimen po-

ponit quod in temporalibus fictus in perpetuis verus usufructus consistat. Temporalium (de quibus solis hic Tribonianus loquatur) appellatione intelligit quotidianas; perpetuarum funebres & scenicas, quarum rarior usus. Verum huic distinctioni palam repugnat *d. l.* 15. §. 4. & inter quotidianæ & scenicæ vestis usumfructum hoc tantum interesse eo loco & §. seq. docet Jurisconsultus, quod scenica à fructuario locari possit quotidiana non item: quamvis secundum Accursii distinctionem judicatum tradat Thesaur. *decis.* 80. *n.* 1. vestium quotidianarum usufructu legato cavendum esse de restitutione vestium in eadem bonitate, vel pretii illarum facta æstimatione. Si quid ad excusandum Tribonianum vel quæsito colore afferri potest illud unum est quod Don. 10. *comm.* 4. existimat, eum materiam possuisse pro materia μετωνυμικῶς (*metonymice*) vestimenta pro lana unde vestimenta conficiuntur. Vid. *l. pen. de usufr. ear. rer.* VINN. Sed hoc durisculum. Quis enim vestimenta dixerit pro lana? Paulo probabilius conjiciunt qui inter vestimenta per modum quantitatis & per modum corporum legata, & in illis quasi usumfructum in his verum esse arbitrantur; sed tamen nec id facile concipitur velle aliquem vestimenta legare tamquam quantitatem. Erraverit itaque per nos Tribonianus. HEIN.

Quibus proxima est pecunia numerata] Generali pecuniæ appellatione continentur omnia quæ in patrimonio sunt, *ll.* 5. & 222. *de verb. sign.* & ideo ait pecunia numerata: qua voce tantum designantur nummi, hoc est, æs aurum aut argentum signatum sive publicâ forma percussum, ut jam non tam usum dominiumque ex substantia præbeat quam ex quantitate seu valore impositio, *l.* 1. *de contr. emt.* Auri autem vel argenti non signati quin usus esse sine abusu possit veluti vasorum aureorum vel argenteorum non dubitandum, *l. ult. usufr. quemadm. cav.* Quin & numismatum veterum aureorum vel argenteorum quibus pro gemmis ad ornatum uti solent usus fructus recte legatur, *l.* 28. *hoc tit.* VINN. Plura de his numismatibus dixit vir cl. Ger. Noodt *obs.* 1. 5. Videntur Veteres aliquando numismatibus pro gemmis usos in ornandis pueris & puellis infantibus: quale quid etiamnum in Germania fieri novimus. HEIN.

3. *Quodammodo extinguitur*] Recte *quodammodo*; non enim ut vinum oleum frumentum utendo ita pecunia permutando absumitur & revera ac naturaliter perit; ut enim pecuniam maxime cum re permutemus solvamus donemus alii, semper tamen manent ipsa corpora nummorum nec usu delentur. At si spectamus eum qui pecuniâ utitur alienando & expendendo, vi ipsa illi eo usu consumitur & perit; tam enim eo casu dominus ac possessor esse desinit quam si consumsisset. Inter res quæ usu consumuntur numerandæ etiam quibus utimur ad medicamenta, ut pharmaca & odores, *l. pen. de usufr. 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.* 26. *de adq. rer. dom.*

Utilitatis causa Senatus censuit] Quo latior esset morientium voluntas effectum est Senatusconsulto ut earum quoque rerum quæ usu consumuntur quasi quidam usus fructus constitui possit, utque illi qui nollent hujusmodi res pleno & perpetuo jure esse legatarii, usufructu earum legato id consequerentur. In quo constituendo cum Senatus favorem ultimæ voluntatis respexerit, ut apparet ex eo quod tantùm legati harum rerum usus fructus fit mentio, tum hoc loco tum *tot. tit. ff. de usufr. ear. rer. l.* 69. *ad leg. Falc.* item apud Ulp. *in fragm. tit.* 24. §. 27. nusquam aliter constituti: non sine causa Hotom. & Wesemb. cum Connan. 4. *comm.* 3. existimant, conventione inter vivos non idem effici posse. Quamquam 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. VINN. Ignota est hujus SCti. ætas & historia. Cum vero libera adhuc republica id jus ignoraretur, Cic. *Topic. cap.* 3. & tamen à Masurio Sabino ejus fiat mentio, *l.* 5. §. 1. *ff. de usufr. ear. rer. quæ us. cons.* SCtum. hoc tempore Augusti vel Tiberii conditum esse haud abs re conjecit doctissimus Schulting. ad Ulp. *tit.* 24. §. 27. *p.* 658. *seqq.* HEIN.

Heredi utiliter caveatur] Datis scilicet fidejussoribus; nam & hæc cautio satisdatio est ut in vero usufructu, *ll.* 8. 9. & 10. *ff. de usufr. ear. rer. l.* 7. §. 1. *usufr. quemadm. cav.* & bis hoc eodem in loco fit mentio satisdationis. Remedio igitur cautionis introducto cœpit hic quasi usus fructus haberi, *l.* 2. §. 1.

d.

d. 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 loco proprietatis rerum apud heredem succedit videntur adhuc alienæ, & legatarius usumfructum dumtaxat earum habere, propterea quod finito usu eamdem quantitatem quam accepit restituere debet. Est autem hæc cautio non minus necessaria in hoc usufructu quam alia illa in vero; neque magis quam illa testamento remitti potest, *l.* 1. *C. de usufr. l.* 6. *ff. ut in poss. legat.*

4. Illud quæsitum, an cautio hæc sit de substantia hujus ususfructus. Et si quidem hoc quæratur an necessario præstanda sit antequam res utendæ dentur, aut rebus traditis nihilominus exigi possit, res expedita est. Nam & in vero usufructu non antè res ipsa aut fructus transferuntur quam præstita cautione illius ususfructus propria, *l.* 13. *ff. de usufr. l.* 4. *C. eod.* alioqui & res tradita vindicari, & omissa stipulatio condici potest, *l.* 7. *usuf. quemadm. cav.* Sin vero hoc, an forma quasi ususfructus in cautione consistat, absurda est & inepta quæstio; cum non magis cautio quæ in hoc quasi usufructu loco proprietatis est forma hujus ususfructus dici possit, quam proprietas veri & naturalis. Sed illud fortasse quæritur, an non quemadmodum verus ususfructus nullus est sine proprietate quæ ei ex adverso opponatur, ita nec quasi ususfructus 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; ceterum ea ab herede omissa nihilominus ususfructus intelligitur, atque interim jus exigendi cautionem & finito usufructu condicendi quantitatem loco proprietatis potestate Senatusconsulti habebitur, *l.* 5. §. 1. *de usufr. ear. rer.* ut ne eo quidem sensu cautio omnimodo necessaria sit aut de substantia quasi ususfructus. Hoc posito nemo dubitabit quin cautio hæc ab herede remitti possit, & fructuarium sine vitio possidentem etiam ante cautionem præstitam commodum rei sequi debeat, ut juris est in vero usufructu. Accurate Pinel. ad *l.* 1. *C. de bon matern. part.* 2. *n.* 77. *& seqq.* Castill. *tract. de usufr. cap.* 15. *&* 16. Plane eatenus de substantia quasi ususfructus cautio esse dici potest, quatenus consideratur ut per eam primum à Senatu introductus & constitutus. Obiter addo, generaliter cautum Senatusconsulto fuisse ut omnium rerum quæ in bonis sunt ususfructus legari possit, *ll.* 1. *&* 3. *d. tit. l.* 1. *de usufr. leg. l.* 69. *ad leg. Falc.* atque ex eo tempore usufructu bonorum omnium legato etiam earum rerum quæ usu consumuntur usumfructum legato contineri intelligi cœpisse, arg. *l.* 37. *ff. de usufr. leg. l.* 1. *C. de usufr.* cum ante id Senatusconsultum alio jure Romani uterentur, ut constat ex loco M. Ciceronis in *Topic. cap.* 3. ubi scribit: *Non debet ea mulier cui vir bonorum suorum usumfructum legaverit cellis vinariis & olearis plenis relictis putare id ad se pertinere. Usus enim*, inquit, *non abusus relictus est.* Adde Alciat. *lib.* 7. *parerg. cap.* 2. Mant. *de conj. ultim. volunt. lib.* 9. *tit.* 6. *in pr.* Castill. *d. tract. cap.* 38. *n.* 10. *&* 11. Menoch. *lib.* 4. *de præsumpt.* 142. *n.* 14. Plane si rerum mobilium dumtaxat ususfructus relictus sit, res fungibiles legato non contineri verius est. Castill. *d. loc.*

5. *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 recte Castill. *d. tract. de usufr. cap.* 15. *nn.* 13. *&* 31. contra communem. Ad restitutionem quod attinet, promittit fructuarius se restituturum non eadem corpora quæ accepit, quod consumtis iis fieri non potest, sed tantumdem; sive pecuniæ ususfructus relictus sit sive vini olei frumenti aut similium rerum. Ceterum ut obviam eatur contentioni quæ de rei qualitate incidere posset, commodius est in vino & rebus similibus eas res dari fructuario æstimatas, eumque certæ pecuniæ nomine cavere, *l.* 7. *de usufr. ear. rer.* atque ita moderandum quod ait Justinianus, *his rebus æstimatis satisdari.* Pars hæc cautionis vel maxime facit ut in his rebus velut quidam ususfructus haberi incipiat. Nam quòd res restitui debet videtur aliena; & quòd tantumdem videtur restitui res ipsa. Sunt enim hæ res ejus naturæ ut in genere suo functionem recipiant, hoc est, idem inter se mutuo prestent dum id genus redditur, *l.* 2. §. 1. *de reb. cred.* Apparet autem ex hac parte cautionis & obligatione fructuarii errare Myns. qui putat casus fortuitos & rei periculum tam in quasi usufructu quam in vero ad proprie-

ta-

tarium pertinere ; in quo errore & Baldus fuit. Quomodo enim liberabitur fructuarius peremtis rebus quas non debuit? Promisit alias ejusdem generis, aut stimationem : 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 hìc obtinere debeat quod in rebus mutuo datis quarum periculum præstat qui accepit, §. 2. *Inst. infr. quib. mod. re cont. obligat.* Pars altera hujus cautionis est conditio restitutionis, quæ hunc usumfructum etiam à mutuo separat. Ea hæc est: *si usufructuarius morietur aut capite minuetur.* Soli enim hi duo casus interponuntur, mortis & capitis diminutionis: quoniam rerum quæ usu consumuntur usus aliter amitti non potest, *l. 9. de usufr. ear. rer. l. 7. §. 1. usufr. quemadm. cav.* Nam cum harum rerum proprietas in fructuarium transeat, & hoc agatur ut pro arbitratu suo iis utatur, & non easdem quas accepit sed alias ejusdem qualitatis restituat: non potest hìc non utendo, interitu aut mutatione rerum usufructus extingui. Capitis autem deminutionem accipiemus maximam & mediam dumtaxat ; nam jus vetus quo usufructus omnis etiam minima capitis deminutione peribat in hac quoque specie mutuatum esse à Justiniano non est ambigendum, *l. pen. §. ult. C. de usufr.*

TEXTUS.

Quibus modis finitur.

3. *Finitur autem usufructus morte usufructuarii & duabus capitis deminutionibus maxima & media, & non utendo per modum & tempus ; quæ omnia nostra statuit constitutio. Item finitur usufructus si domino proprietatis ab usufructuario cedatur (nam cedendo extraneo nihil agitur), vel ex contrario si usufructuarius proprietatem rei adquisierit : quæ res consolidatio appellatur. Eò amplius constat, si ædes incendio consumtæ fuerint vel etiam terræ motu vel vitio suo corruerint extingui usumfructum, & ne areæ quidem usumfructum deberi.*

LL. 24. & 25. tit. 31. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1 *An quemadmodum adrogatione ita & adoptione & emancipatione jure veteri usufructus 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 Wesemb. 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 quæ mutato toto supersunt ; in cetero autem jure qualiscumque mutatio inciderit, si quid adhuc restet, in eo idem jus quod in toto fuerat remanere.*

QUid sit ususfructus, quibus modis constituatur, quæ res usumfructum recipiant 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. 16. quib. mod. us. amitt.* quod & in reliquo jure à domino constituto similiter accidit, *l. 31. de pign.* Aut lege constitutionis, veluti si usufructu ad conditionem vel ad diem constituto conditio extiterit aut dies venerit, *l. 4. de usufr. l. un. §. ult. ff. quand. dies. us leg. ced. ll. 5. & 12. C. de usufr.* Aut naturâ sua, idque vel ex persona fructuarii vel ex conjunctione ususfructus cum proprietate vel ex re ipsa, ut ex subjectis apparebit. VINN. Si accuratius loqui velis dicendum erit aliud esse usumfructum *FINIRI*, aliud eundem *AMITTI. Finitur* enim ita ut repeti non possit ; *amittitur* ut repeti possit. Paul. *recept. sent. lib. 3. tit. 6. §. 28. seqq. Finitur* itaque morte & tempore. *Amittitur* capitis minutione, rei mutatione, non usu, in jure cessione, domini comparatione. Sed hoc discrimen negligunt Pandectæ. HEIN.

Morte fructuarii] Ex persona fructuarii triplici modo ususfructus finitur. Primum morte ejus, sicut jura omnia quæ personæ cohæreat cum persona extinguuntur, *l. 3. in fin. ff. quib. mod. usufr. amitt. l. 3. C. de usufr. l. 8. §. 3. de liberat. leg. l. 13. solut. matr.* In servo mors domini ; in filio superstite post obitum patris, ipsius filii ; antè mortuo, ipsius patris spectatur: quasi duplici usufructu constituto, *l. ult. C. de usufr.* Civitati aut municipibus usum-

fructum relictum placet centum annos durare: quia is finis vitæ est hominis longævi *l. 56. de usufr. l. 8. de usufr. leg.* Enimvero si interim civitas eversa sit aut aratrum passa quasi morte usumfructum habere desinit, *l. 21. quib. mod. usufr. amit.* Adeo autem morte finitur usus-fructus, ut licet qualicumque alia ratione amissus repeti possit, morte tamen non possit, nisi forte heredibus legetur, *l. 5. in pr. eod.* quo facto non tam repetitur quam novus constituitur in persona heredum. Nec tamen si ita legatus sit ad secundos successores pertinebit sed primis defunctis finietur. Nam in re sui natura non transitoria ad heredes heredis appellatio solum primum heredem non ulteriores continet, ut notant Interpp. ad *l. 65. de verb. sign.* Ceterum male Cantiunc. Myns. Schneid. & Gœd. ad *d. l. 65. n. 7.* putant eandem hanc speciem tractari in *l. 16. C. de usufr.* cum nulla ibi quæstio sit de herede legatarii sed testatoris; legatario enim non ususfructus sed proprietas legata proponitur, sicut Glossa & D. Gothofr. casum format: quamvis ratio decidendi eadem sit, & in utraque specie tam manifesta ut Justinianus haud facile mihi persuaserit Veterum quemquam hic hæsitasse. VINN. Omnino hic hæsitarunt Veteres; nec probabile est Justinianum doctrinas liquidas voluisse decidere, id est, cum larvis pugnari. Erant enim qui utile putabant legatum fundi cujus usumfructum vellet testator apud heredem manere. Ita sane sensisse videtur Gajus *l. 6. ff. de usufr.* & Julianus *l. 4. ff. si usufr. pet.* qui cum fuerint Sabiniani, probabile est in alia omnia ium esse à Proculianis. Rem ita decidit Justinianus ut legatum hujusmodi sit utile & ususfructus morte heredis finiatur. Conf. Merill. ad *decis. Justinian. 16. p.* 308. HEIN.

Capitis diminutione maxima & media] Hic alter modus est quo finitur ususfructus ex persona fructuarii, & finitimus præcedenti: siquidem & maxima mediaque capitis deminutione mors quædam contingit, nimirum civilis, dum illa libertatem hæc civitatem adimit, *l. 63. §. ult. pro soc. l. 1. §. pen. de bon. poss. cont. tabb. l. 209. de reg. jur. §. 1. & 3. Inst. sup. quib. mod. jus. patr. pot. solv.* cui consequens est non magis usumfructum his modis amissum repeti posse quam amissum morte naturali.

1. Olim etiam amittebatur ususfructus capitis deminutione minima, adrogatione scilicet vel adoptatione aut emancipatione, teste Paulo *lib. 3. recept. sent. tit. 6. §. 29.* & Justiniano *l. pen. §. ult. C. de usufr.* Atque ad hanc speciem tantum referri potest quod de repetitione usus-fructus capitis deminutione amissi legimus cum alibi, tum præsertim *l. 3. quib. mod. usufr. amit.* 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 cum omnia quæ sunt adrogati, facta adrogatione, ex ratione juris veteris adquirantur adrogatori, *l. 15. de adopt. l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tabb.* necesse est ut ususfructus, qui in persona adrogati amplius 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. *Inst. de adq. per adrog.* De adoptione & emancipatione idem dici non potest. Unde Bachovius existimat jus illud vetus pertinuisse dumtaxat ad adrogationem. Sed tamen Paulus *d. loc.* expresse 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 frustra dubitatum fuisset an emancipatione filii ususfructus per eum patri quæsitus extingueretur, *l. ult. C. de usufr.* Verum enimvero cum ex constitutione juris antiqui filiusfam. nihil proprium haberet præter castrense peculium, non potuit extra causam illius peculii de usufructu quem filius ipse haberet amittendo disputari. Solum potuit tunc cum ex peculio castrensi usumfructum sibi comparasset; nam emta ex peculio castrensi conditionem illius peculii sequuntur, *l. 1. C. de castr. pec.* cujusmodi etiam speciem proponit Justinianus, *d. l. pen. C. de usufr.* & ait, usumfructum ex ea causa filio quæsitum per emancipationem ex definitione juris veteris periisse: quod haud dubie in adoptione quoque obtinuit, cum plane eadem sit utriusque in proposito ratio. Non enim alia de causa ususfructus his modis intercidit, quam quia fructuarius mutata familia & priore statu personæ alius esse credebatur ab eo qui ante fuerat, redactus etiam antea in imaginariam servilem causam, *l. 3. §. 1. de cap. min. l. ult. C. de emanc. lib.* An vero ususfructus sic juris subtilitate extinctus ex edicto de capite minutis restituendus fuerit, sicut pleræque obligationes eodem modo amissæ restituebantur, non definio. Affirmat id quidem D. Bachovius; at enim neque jura omnia capitis deminutione amis-

amissa restituebantur, veluti tutelæ, hereditates legitimæ; & obligationes ideo prætor restituebat ne contra naturalem æquitatem alteri per alterum in qua conditio inferretur. Emancipatus vero 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, cum id pati non cogerentur, *l. 5. ff. de adopt. l. pen. C. de emanc. lib.* Paulus 2. *sent. tit.* 25. Quocumque modo res habet, constat Justinianum jus vetus quo ususfructus capitis minutione amittebatur abolevisse, quantum attinet ad eam quæ salva civitate contingit, *d. l. pen.* §. *ult. C. de usufr.* & voluisse usumfructum etiam simpliciter filio relictum, mortuo patre etiam post emancipationem filii in persona filii durare, *l. ult. C. eod.* Enimvero ita demum amittebatur capitis deminutione ususfructus si jam constitutus erat; ceterum si ante aditam hereditatem aut ante diem ususfructus cedentem quis capite minutus fuerat non amittebatur, *l.* 1. §. 1. *quib. mod. usufr. amitt.* 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.* 2. §. 1. *eod.* placebat per singula tempora adjecta diem cedere, & illius anni mensis diei usumfructum amitti qui jam 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.* ad *d. l.* 1. Cujac. *hic.* Castill. *tract. de usufr. cap. 66. n.* 16.

2. *Non utendo per modum*] Postremo finitur ususfructus & persona fructuarii non utendo; & si quidem omnino non usus est, nullum dubium est quin pereat ususfructus; sed quæritur an & non utendo per modum recte dicatur amitti; vel potius, an talis aliquis modus utendi in constituendo usufructu præstitui possit ad quem si non utatur fructuarius usumfructum amittat. Negat id Bachovius errores Tribonianum insimulans. At ego non video cur non possit. Nam si, verbi causa, Titio legaverim usumfructum ædium eo modo prescripto ut æstate habitaret, isque habitaverit hieme; vel si silvæ usumfructum alicui legaverim ut certo tempore & modo silvam cæderet & cæciderit alio tempore & modo, per *l.* 2. *de aqua cott. l.* 10. §. 1. & *seq. l.* 18. *quem. serv. amitt.* non videbitur usus qui ad suum modum, τῷ τρόπῳ ὡρισμένῳ (*præscripto modo*) usus non est. Non uti autem intelligitur qui neque per se utitur neque per alios qui negotia ejus gerunt aut quibus usumfructum vendidit locavit gratis concessit, *l.* 38. *de usufr.* Quid vero si nec isti utantur? Et interest, donatarius non utatur an emtor conductorve; nam illo casu ususfructus perit, hoc retinetur propter fruitonem pretii aut mercedis. Nam qui pretio fruitur non minus habere intelligitur quam qui utitur fruitur principali re, *d. l.* 38. & 2. *seqq.* Potest vero ususfructus & pro parte non utendo amitti, *l.* 5. *de usufr. ll.* 14. & 25. *quib. mod. us. amitt.* & eum quoque qui usumfructum habet si usus tantum sit non etiam fruitus, placet usumfructum amittere; ceterum hoc ita si ignorabat se usumfructum habere non si sciebat, *l.* 20. *eod.* VINN. Nec Bachovio jus fuisse videtur erroris hic insimulare Tribonianum, nec auctori nostro ratio tradendi usumfructum non utendo ad certum modum amittit. Id enim nusquam docent jura nostra nec hic docere videtur Tribonianus. Nam sane (1) *uti per modum* Latinis non est uti ad certum modum secundum legem usufructuario præscriptam. Et (2) Imperator hic se refert ad constitutionem suam, puta ad *l.* 16. *C. de usufr.* ubi tamen nihil de hoc modo amittendi usumfructum. Accedit (3) quod non opus sit usufructu privari eos qui jure suo abutuntur, cum cautio usufructuaria tunc committatur, eoque ipso satis consultum sit proprietario. Vidit hoc vir eximus Ger. Noodt. *de usufr. lib.* 18. *cap.* 9. ubi verba *non utendo per modum & tempus* explicat per figuram ἓν διὰ δύο (*unum propter duo*; seu *pro duobus*) ut sensus sit, amitti usumfructum si quis non usus sit per modum temporis à Justiniano constituti. HEIN.

3. *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 cum olim brevius esset, Justinianus revocavit ad ea spatia quæ ipse præfinivit usucapionibus, *l.* 16. §. 1. *C. 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. tit. Inst. de usuc.* Atque hæc sane temporum distinctio optime convenit tum rationi juris tum sententiæ quoque ipsius Justiniani in *d. l. pen.* §. 1. Ceterum 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 tantum commune est cum usufructu rerum immobilium; & ita dicitur quasi in amittendo usufructu pro diversitate rerum tempora ante distinxisset.

Si domino proprietatis cedatur] Cum vel proprietarius voluntate aut facto fructuarii usumfructum, vel fructuarius voluntate proprietarii proprietatem adipiscitur, ea res in specie à Justiniano consolidatio dicitur. In genere autem quævis ususfructus cum proprietate conjunctio sive confusio consolidatio est. Nam & morte fructuarii & capitis deminutione & non utendo consolidatur ususfructus cum proprietate, *l.* 3. *in fin. usufr. accresc.* §. *seq. hoc tit.* Est autem hæc species amissionis & ipsa ex natura ususfructus. Nam cum 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 hìc quæritur, perit.

4. *Cedendo extraneo nihil agitur*] Cedendo scilicet in jure. Nam extra jus, & si 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.* 57. *sol. matrim.* & eum cui habitatio legata est posse eam alteri cedere, hoc est, locare aut vendere, *l.* 13. *C. de usufr.* Diversi juris ratio mox indicabitur. Verba autem hæc, *nihil agitur*, Wesemb. *par. hoc tit.* Pinel. 1. *C. de bonis matern. p.* 3. *n.* 39. Joann. 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 ad damnum affert aut lucrum: quibus accedit & Ant. Matthæus. Verum ego existimo, quod & frequentius placuit, id quod hìc dicitur nihil agi, referendum esse ad intentionem cedentis & diversum exitum cessionis, quia ususfructus in extraneum cui cessus est non transit, sive quia per cessionem extraneo factam non finitur transeundo, ut fit cum ceditur domino proprietatis; nihilominus tamen ex accidenti & præter mentem cedentis contingere ut & hic finiatur atque ad proprietatem redeat, cum à persona discedere sine interitu suo non possint. *l.* 15. *fam. erc.* Atque ita in terminis diserte responsum est à Pomponio, *l.* 66. *de jur. dot.* Quæritur eo loco qua ratione ususfructus in dotem marito datus à domino proprietatis soluto matrimonio mulieri sine fraude ipsius reddi possit; & ait Jureconsultus à 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 consilii Jureconsultus dat ut ususfructus mulieri locetur vel vendatur uno nummo: ita fore ut ipso jure penes maritum remanente facultatem fructuum percipiendorum mulier consequatur. Hoc responsum non satis pensiculate examinasse videtur auctores paulo ante memorati, dum negant ex eo effici (quod nos dicimus) usumfructum statim ut census est extraneo ad proprietatem redire; sed hoc saltem, rediturum suo tempore, scilicet morte fructuari aut aliis modis finitur. 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. Postremo si non statim post cessionem cum proprietate ususfructus conjungitur, nullum mulieri præjudicium maritus 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 quidquam transire? Non est contrarium quod fructuarius jus suum cuivis extraneo vendere aut gratis etiam concedere potest, §. 1. *inf. tit. prox. l.* 12. §. 2. *l.* 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 ejus inhæret facultas tantùm fructuum percipiendorum ad alium pertineat quamdiu jus illud in persona sua durabit. Quod & ipsum etiam tunc obtinet cum ususfructus venditus est domino proprietatis, *l.* 29. §. 1. *quib. mod. us. amitt.* indeque est quod finiri dicitur ususfructus non si vendatur proprietario sed si cedatur; quod nescio an quis animadverterit. Cessio autem vetus est & proprium alienationis genus quæ fiebat in jure apud prætorem, quaque id agebatur ut à cedente jus omne quod habebat

pe-

penitus abiret & transferretur in eum cui cedebatur. Cujus meminit Cic. in *Top.* & Boët *ibid.* item Ulp. *in fragm. tit.* 11. & 19. Paul. 5. *sentent.* 6. Igitur in proposito, discedente per cessionem à persona cedentis fructuarii omni jure quod ante habebat, duorum alterum evenire necesse est: ut aut in eum cui cessus est usufructus transeat & novus constituatur fructuarius; aut revertatur ad dominum proprietatis. Illud ut fiat ratio juris non sinit: relinquitur ergo alterum ut usufructus ad proprietatem recurrat & consolidatione finiatur. Similia sunt quæ de tutela & hereditate cessa notat Ulpian. *d. tit.* 11. §. 6. & *d. tit.* 19. §. 13. Non adeo magni momenti sunt quæ porro huic sententiæ objiciuntur; veluti quod ea quæ personæ cohærent facto ejus mutari non possunt, *l.* 5. *C. si manc. ita fuerit alien.* Nihil enim minus hic verum est; alioqui ne ipsi quidem domino usufructus cedi posset. Item quod non præstent impedimentum quæ de jure non sortiuntur effectum, *cap. non præstat. de reg. jur. in* 6. Siquidem novum non est ut quæ de jure non sortiuntur effectum quod aliis noceat, noceat tamen ei qui fecit, *l.* 3. *qui & à quib. man. sup. pr. tit. quibus ex caus. man.* junct. *l.* 5. *de serv. pign. dat. man.* §. *ult. Inst. infr. de donat. l.* 28. *qui & à quib. man.* junct. *l.* 112. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 65. §. 3. *pro soc.* sufficitque ad hoc peccatum esse ignorantiâ juris licet delictum proprie non versetur, arg. *l.* 9. *in pr.* & §. 5. *ff. de jur.* & *fact. ign. l.* 10. *C. de jur.* & *fact. ign. l.* 9. *C. ad leg. Falc.* & passim alias. Quæ non valent ut fiunt puniuntur quia non fiunt uti oportet, *tit. ff. de his quæ ut indign. auf. tit de jur. 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.* 34. *pr. de legat.* 1. *l.* 20. *l.* 24. §. 1. *de adim. legat.* sicut nec illud, ut qui male agit nihil agere dicatur, *per Inst. quibus ex caus. man.* junct. *l.* 5. *de serv. pign. dat. man. l.* 13. *de donat.* junct. *l.* 37. §. *ult. de adq. rer. dom.* VINN. Licet auctoris opinio probetur in *d. l.* 24. *tit.* 31. *Part.* 3. nihilominus Joannes Garcia *de expens. cap.* 10. *n.* 37. contrariam sententiam tuetur; quod sane hodiernis moribus convenientius esse apparet. ADDIT.

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 ejusdem corporis in quo usufructus consistebat; nam & hic quia res desinit esse quod prius fuerat, perinde usufructus extinguitur ac si ea in totum sublata esset nullaque ejus pars amplius in rerum natura existeret: quod multis rerum exemplis declaratur, *l.* 5. §. *pen.* & *ult.* & porro usque ad *ll.* 13. item *l. pen.* & *ult. quib. mod. usufr. amitt. l.* 36. *de usufr.* Ceterum etsi magna mutatio in re facta sit, si tamen ea priorem rei speciem non prorsus tollat, placet usumfructum manere, *l.* 8. & 2. *seqq. quib. mod. usufr. amitt. l.* 53. *de usufr.*

5. Hoc igitur videndum, quando mutatione rei facta forma 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 atque usumfructum retineri. Non sane 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 mutata iterum amittit; indeque est quod per nomina dicimur cognoscere & dignoscere rerum naturas, auctore Platone in *Cratylo.* Ad priorem mutationis speciem pertinet exemplum quod hic & in *d. l.* 5. §. *pen.* affertur de ædibus quarum usufructus legatus erat sublatis; nam sublata superficie, quia ædes amplius non sunt aut nominantur, forma rei mutata intelligitur; ideoque nec areæ quæ adhuc superest licet pars ædium fuerit, *l.* 21. *de pign. act. l.* 98. *sub fin. de solut.* usufructus debetur. Ex contrario quoque si in area cujus usufructus legatus est domus posita sit, ex mutato nomine rem mutatam intelligimus & 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 usufructus extinguitur, *l.* 10. §. 8. *l. ult. quib. mod. usufr. amitt.* Eandemque rationem habet, quod pecorum usufructu relicto si quæ pecora moriantur adeo pereat usufructus ut nec carnis aut corii supersit, *l. pen. quib. mod. us. amitt.* Posterioris generis exemplum est si fundi usufructus legatus sit, & villa diruta;

nam

nam hìc cum nomine fundi, cujus villa tantum accessio est, usumfructum manere placet, *ll.* 8. 9. & 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.* 53. *de usufr.*

6. Quæritur autem hujus juris ratio, & omnino cur placeat vel aliquando usumfructum rei mutatione extingui, & in iis etiam partibus quæ mutato toto adhuc extant. Nam in cetero jure generaliter atque indistincte receptum est ut re mutata qualiscumque mutatio facta sit, si quid adhuc restet in eo jus idem quod prius in toto constitutum erat remaneat. Ut ecce: insula legata combusta est, area nihilominus vindicari potest, *l.* 22. *de legat.* 1. domus pignori obligata est, sublata superficie area pignori obligata manet, *l.* 21. *de pign. act. l.* 29. §. 2. *de pignor.* grex legatus est & postea numerus ovium in tantum decrevit ut grex non intelligatur, tamen capita quæ supersunt vindicari possunt, *d. l.* 22. *de legat.* 1. pecora legata mortua sunt, etiam τὰ λειψανα (*reliqua*) ex legati causa debentur, *l.* 53. §. 5. *de legat.* 1. junct. *l.* 49. *de rei vind. l.* 14. §. 2. *de cond. furt.* Cur omnia contrà 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 præstare aut pati non potest qui fuit tempore testamenti facti & quem solum testator legasse censeri debet, non alium quem aliquando res mutata præbere posset; atque omnino finito eo usu quem tunc res habebat solidam proprietatem ad eum pertinere voluisse cui eam nudam interim reliquerat. Constat autem longe alium usum esse ædium alium areæ, alium gregis sivæ universitatis alium singulorum capitum, alium pecoris alium corii, *l.* 70. §. 3. *de usufr.* Cum vero res ipsa aut proprietas rei legatur, nihil est in re legata aut ex ea quod dici possit 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. Plane si universorum bonorum ususfructus legetur, quæcumque in toto aliquo mutatio contingat, 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.* 34. §. *ult. de usufr.*

TEXTUS.

Si finitus sit.

4. *Cum autem finitus fuerit totus ususfructus revertitur scilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nudæ proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.*

COMMENTARIUS.

1 *Propria juris accrescendi inter plures in eundem usufructum conjunctos.*

TOtus ususfructus] Cum ususfructus in totum finitus est ad proprietatem unde discesserat revertitur, atque ex eo tempore qui ante formalis erat causalis esse incipit, ut vulgus Interpp. loqui amat. Ait autem diserte si *finitus fuerit totus*; nam si pro parte tantum, ita demum pro parte amissa ad proprietatem redit, si non plures in eumdem usumfructum conjuncti sunt, aut conjuncti omnes eum amisserunt, *l.* 1. *pr.* & §. 3. *l.* 3. *de usufr. accresc.* Conjuncti inter se jus accrescendi habent: de quo jure ex professo dicendum sub §. 8. *Inst. infr. de legat.* tantum quæ propia hujus juris sunt in usufructu hìc obiter notabimus.

1. Sunt autem maxime 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 ejus cui accrescit, ut & jus accrescendi habeat qui suam partem vel non agnovit vel agnitam amissit, *l.* 10. *eod.* quorum neutrum obtinet in proprietate pluribus legata, aut in pluribus heredibus ad eandem hereditatem vocatis. In his enim sic jus est, primum ut numquam unius portio quam semel agnovit alteri collegatario vel coheredi accrescat; deinde ut ita demum deficientis seu legatarii seu heredis portio accrescat alteri si is portionem suam agnovit & agnitam habet, *d.* §. 8. *Inst. de legat. l.* 53. §. 1. *de adquir. her. l.* 3. §. *ult. ll.* 4. & 5. *de bon. poss. l.* 9. *ff. de suis & leg. her. l. un.* §. 10. & *seq. C. de cad. toll.* Diversi juris rationem ex Celso & Juliano indicat Ulp. *d. l.* 1. §. 3. quia ususfructus cottidie constituitur & legatur, non ut proprietas eo solo tempore quo vindicari potest, hoc est-

est, quo nondum 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: *Ususfructus non portioni sed homini accrescit, l.* 14. §. 1. *de excep. rei jud.* Item : *Portio fundi velut alluvio portioni, personæ fructus accrescit.* Papin. *l.* 33. *in fin hoc tit.* Consul. Don. 10. *comm.* 23. Joann. Suev. 1. *de jur. accresc.* 4. & cl. JC. B. M. D. Corn. Swanemburg. in libello suo posthumo *de jur. accresc. cap.* 4.

TITULUS V.

DE USU ET HABITATIONE,

Dig. lib. 7. *tit.* 8. *Cod. lib.* 3. *tit.* 33. *Et LL.* 20. 21. 22. *&* 27. *tit.* 31. *Part.* 3.

Continuatio : quid sit usus, quid uti : quæ onera usuario incumbant.

EX tribus servitutum personalium formis una & precipua superiore titulo explicata est, ususfructus : sequuntur duæ reliquæ, usus & habitatio; ac de utraque conjunctim nunc agitur hoc in titulo. Primam de usu quibus modis constituatur & amittatur digito ostenditur; mox quid contineat accurate docetur exemplis usus fundi, ædium, servorum, pecorum : postremo tractatur de habitatione : quo peracto aperitur aditus ad modos adquirendi jure civili. Usum sic recte definiemus, jus alienis rebus utendi salva rerum substantia. Usus est jus, sicut & ususfructus, & prædiorum quoque servitutes jura sunt & dicuntur respectu ejus cui debentur. Est jus utendi non etiam 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 secundum rei conditionem inde percipi potest. Atque hoc usui commune est cum usufructu quod uterque in commoditate ex re percipienda versatur; verum hoc interest quod nudus usus quotidiana utentis sufficientia & consumtione terminatur, ususfructus omne rei emolumentum continet. Est igitur usus jus utendi dumtaxat non etiam fruendi; sed de eo postea magis seriò. Cetera definitionis etiam usuifructui conveniunt; nam nec usus rei proprie separatus intelligitur; & usuarius ita etiam uti debet ut ne rem consumat aut transformet causamve proprietatis deteriorem faciat, eoque nomine cavere, scilicet ademta fructus causa usurum se boni viri arbitratu, & cum usus finitus erit restituturum quod inde extabit, *l.* 5. §. 1. *l. pen. us. quemadm. cav. 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 vero ad utrumque pro rata dividantur, *l.* 18. *eod.*

TEXTUS.

Communia de usufructu & usu.

Iisdem illis modis quibus ususfructus constituitur etiam nudus usus constitui solet; iisdem illis modis finitur quibus & ususfructus desinit.

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; maxime vero testamento sicut & ususfructus, §.

1.

1. *tit. præc. ll.* 3. & 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 usufr.* Sed & longa quasi possessione nostra usus adquiri potest sicut ceteræ servitutes omnes, *l. ult. C. de præscr. long. temp.* Amittitur morte usuarii, maximaque & media capitis deminutione, non utendo, consolidatione, interitu & mutatione rei usuariæ, quibus scilicet modis usumfructum extingui constat, §. *pen. tit. præc.*

1. Est tamen quod inter hæc duo & in constituendo & in amittendo intersit. In constituendo, quod ususfructus etiam pro parte constitui potest, usus non æque, *l.* 5. *de usufr. l.* 19. *hoc tit.* Etenim frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus, sed usus cujusque semper in solidum est, *d. l.* 19. junct. *l.* 5. §. *ult. commod.* Hoc autem ex eo est quod usus tantum necessitati servit, & solo utentis facto ac consumtione terminatur, nihil relinquens quod dividi possit. In quo similis est servitutibus prædiorum, quæ & ipsæ quia in solo usu consistunt & facto terminantur, individuæ, *l.* 17. *de serv. l.* 1. §. 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, cujus utique divisio esse potest, *d. l.* 1. §. 9. *l.* 81. *ad leg. Falc.* Cujac. Don. & DD. vulg. ad *l.* 72. *de verb. oblig.* Gomes. 2. *resol.* 10. *n.* 18. Castill. *tract. de usufr. cap.* 31. Adhæc usumfructum quoque constitui legimus in judiciis familiæ erciscundæ & communi dividundo si judex alteri fundum alteri usumfructum adjudicaverit, *l.* 6. §. 1. *de usufr. l.* 16. §. 1. *fam. erc. l.* 6. §. 10. *comm. div.* de usu nihil tale non magis quam de servitutibus prædiorum. In amittendo hoc interest, quod usus amissus semper ad proprietatem redeat numquam ad conjunctum ut aliquando ususfructus. Quinimo plures in eundem usum conjungi non possunt: nam qua ratione usus divisionem non recipit eâdem nec recipit communionem. Eapropter si duobus ejusdem rei usus legatus sit nulla intelligitur conjunctio 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 ejusdem rei usuarios, *l.* 1. *comm. div.* ut inter plures ejusdem rei fructuarios, *l.* 7. §. 10. *eod. tit.* nisi utili, arg. *l.* 32. *de stip. serv.* & tum res ita transigetur ut uni usus totus adjudicetur & is alteri vicissim condemnetur in præstationem partis æstimationis, *l.* 10. §. 1. *comm. div.* aut ut utendi necessitas inter eos temporibus dividatur per *l.* 19. §. *ult. d. tit.*

TEXTUS.

Quid intersit inter usumfructum & usum fundi.

2. *Minus autem juris est in usu quam in usufructu. Nam is qui fundi nudum habet usum nihil ulterius habere intelligitur quam ut oleribus pomis floribus fœno stramentis & lignis ad usum quotidianum utatur; inque eo fundo hactenus ei morari licet ut neque domino fundi molestus sit neque iis per quos opera rustica fiunt impedimento; nec ulli alii jus quod habet aut locare aut vendere aut gratis concedere potest; cum is qui usumfructum habet possit hæc omnia facere.*

L. 20. *tit.* 31. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Usuarium etiam ex fructibus industrialibus sumere posse quantum ad victum sibi sufficiat; & qua conditione.*

2 *Modus hujus juris proprius; & quam large aliquando cum usuario agatur.*

3 *Quarum partium fundi possessio quodammodo penes usuarium.*

4 *Usuarium rem utendam alii locare aut vendere non posse, nisi forte ex conjecturis appareat hoc quoque jus ei concessum.*

5 *Fructuarium posse jus quod in re fructuaria habet alteri locare vendere gratis concedere, retento scilicet jure quod ex constitutione personæ ejus inhæret.*

HOc §. & 3. seqq. docet Imperator quid rei cujusque 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

per-

pertinet. Ait, minus juris esse in usu quam in usufructu, id est, minus emolumenti ἧττον κέρδος (*minus lucrum*) siquidem usus cujuscumque rei non plus commoditatis aut utilitatis tribuit quam quantum usuario necessarium est eique sufficit ad usum & consumtionem quotidianam, arg. *hujus* §. & *l.* 12. §. 1. *hoc tit.* Ususfructus autem extra hanc sufficientiam & consumtionem progreditur, omnemque utilitatem commodum omne quod quavis ratione ex re percipi potest sine exceptione continet. Vid. *tit. præc. in pr.* Denique & usus fructui inest; & ideo si usufructu legato usus adimatur, placet nullam esse ademtionem; & si tibi usus mihi ususfructus legetur concurrere nos in usu, *l.* 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. Plane in pecunia & ceteris rebus quæ usu consumuntur nihil interest usus legetur an ususfructus; quia usus in his rebus tantum continet quantum usufructus, *l.* 5. §. *ult. l.* 10. §. 1. *de usufr. ear. rer. quæ us. consum.* VINN. Quemadmodum autem minus juris est in usu quam in usufructu; ita & minus oneris ei inest. In usufructu enim onera ferre usufructuarium qui emolumentum omne capit æquum est. In usu quia communia sunt commoda proprietarii & usuarii, onera quoque utriusque communia sint oportet, *l.* 18. *ff. hoc tit.* HEIN.

1. *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. Cujac. *in not. ad hunc loc.* & 9. *obs.* 37. Don. 10. *comm.* 25. ut oleæ & oleum conjungantur cum ceteris quæ majus proprietarii 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. *conj.* 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 indefinite enuntiat trahi potest ad folia barbarica aut indica; aut cum Zas. *par. hoc tit. n.* 12. (unde transculti Cantiuncula in paraphrasin suam) ad folia mori, quam fronde nova pubescentem depascuntur bombyces; aut palmæ ex cujus foliis in quibusdam partibus lanam trahi & validos funes in Oriente fieri testatur Plin. *lib.* 13. *cap.* 4. & *lib.* 16. *cap.* 24. Et cur non addiderunt scopas etiam è palma fieri solitas? quod ostendit Martial. *lib.* 14. his versibus:

In pretio scopas testatur palma fuisse;
Sed pretium scopis nunc analecta dabunt.

Et fortassis hic usus non minus Europeæ quam Asiaticæ & exoticæ fuit. Ceterum ita demum existimo vinum frumenta & ceteras fruges in usum venire, si vindemiarum sementisque & arationis pro sua parte usuarius sumtus ferre velit; quod etsi nusquam scriptum est humanitas tamen suggerit; & usu fundi relicto si non major sit fructus quam qui legatario usui sit, æquum est ipsum solum onera culturæ sustinere, per *l.* 18. *hoc tit.* Manifeste autem fallitur Wesemb. *par. hoc tit. n.* 2. dum simpliciter negat usuarium uti posse frumento aut ceteris fructibus industrialibus contra textum expressum in *d. l.* 12. §. 1. *eod.* & cur cum impensas sementis præbet non utatur terræ matris largitione? VINN. Lectionem Florentinam *l.* 12. §. 1. *ff. hoc tit.* acriter defendit Guill. Fornerius, ostendens ex foliis facta esse unguenta. Sed dubito de his foliis sensisse Nervam. Jac. Cujacii conjectura ingeniosa est, sed codices MScti. non addicunt. In Charondæ quodam codice pro *foliis* lectum *doliis*. Et ita etiam Connanus edidit. Eam emendationem ego haud malam putarem si commode dolia jungerentur stramentis oleo frumento frugibus. Retineri itaque potest vulgata lectio *foliis*, quibus ruri haud raro utuntur, quæ sæpe substernunt pecoribus. Frondem adeoque & folia bobus dabant Veteres. Phædr. *lib.* 2. *Fab.* 8. HEIN.

2. *Ad usum quotidianum*] Modus utendi hujus 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 large 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 & ceteris frugibus cum convivis & hospitibus utatur in villa; cetera

quorum non admodum grave onus est si abundent in fundo etiam in oppidum deferri hujus rei gratia possunt, *d. l.* 12. §. 1. Enimvero 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 annum; quamvis eo modo fructus consumantur, quod facile evenire potest usu mediocris prædii relicto: nam usuarii prior semper ratio est, *l.* 42. *de usufr.* & in usu domus & servi hoc accidit ut nihil alii fructuum nomine supersit, *l.* 15. *hoc tit.* D. Tuld. *comm. hic cap.* 2. eademque causa est navis, vestimentorum, vehiculi & similium rerum quarum fructus in usu est. Ceterum usuario intra annum mortuo quo ex penu superest ad heredem ejus non pertinebit; desiit enim posse uti. Neque usuarius fructus quos decerpsit aut collegit suos facit aut perceptione dominium eorum adquirit quod tribuitur fructuario; sed tantùm jus iis modice utendi habet. Illud constat, non posse ei qui usum habet objici quod pecuniis abundet unde sibi quæ opus sunt aliunde quam ex re usuaria comparare possit.

3. *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 solum usurum cellis vinariis & olearis, dominum invito eo non usurum, *l.* 10. *in fin. hoc tit.* Deambulandi quoque & 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 hujus usus relictus sit, & tum quidem utetur solus, *d. l.* 12. *in pr.* Sed villam suo jure occupabit & dominum illo venire prohibere poterit: tantum pati cogetur illic habitare colonum & familiam rusticam quæ agri colendi causa illic sit. Sed nec impedire poterit quominus proprietarius ipse eo veniat ad fructus percipiendos & per tempora fructuum colligendorum ibi habitet, *d. l.* 10. §. *ult.* & *d. l.* 12. *in pr.* Hinc explicandum quod ex Gajo *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.

4. *Nec ulli alii jus quod habet locare aut vendere*] Quod hic traditur etiam ad aliarum rerum usum pertinet, *l.* 8. & *d. l.* 12. §. 4. & *ult. eod.* & hanc habet rationem, quod in usu spectatur persona ejus cui relictus est, & modus familiæ ejus ut pro conditione & dignitate sua utatur: quod fieri non potest si alii venderet; nam emtoris alia potest esse consideratio & multum diversa à conditione usuarii. Id tamen cum hoc temperamento accipiendum est, nisi ex conjecturis appareat testatorem jus quoque locandi aut vendendi usum concedere voluisse. Cujusmodi conjecturæ sumi possunt vel ex conditione legatarii vel ex genere relicti. Nam si aurigæ usus equorum legatus sit cum testator sciret eum hujus esse instituti & vitæ, placet eum etiam locare equos posse: quia de hoc etiam usu testator videtur sensisse, & retulisse usum ad rationem vitæ legatarii, *d. l.* 12. § 4. Si silvæ usus legatus sit, Hadrianus 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 accepere si silva remotior sit ab oppido, ut si cogatur legatarius ipse eam cædere & quod excidit usus sui causa domum comportare, plus impensurus sit quam si in propinquo ab aliis emeret; neque ita intelligendum quasi legatario liceat cædere & vendere tantum quantum solebat dominus aut quantum fructuario licet, sed pro modo & ratione usus sui. In universum autem non esse invidendum usuario, Connan. 4. *comm.* 5. & Wesemb. *par. hoc tit. n.* 3. existimant, si velit, fructus quos usus sui causa jam percepit & collegit posse alteri vendere aut donare.

5. *Possit hæc omnia facere*] Rem utendam fruendam alteri locare vendere gratis concedere, *l.* 12. §. 2. *de usufr.* etiam invito herede, *l.* 67. *eod.* Græci καὶ ἄκοντος τοῦ δεσπότου, ἤ καὶ τοῦ κληρονόμου αὐτου· (*& domino quidem invito, ipsoque etiam herede*). Interpretes hoc restringunt ad nudam fruendi commoditatem; ceterum Veteres amplius quid intelligere videntur, qui sic loquuntur, ut dicant usufructuarium jus quod habet, *l.* 11. *hoc tit.* usumfructum, *l.* 38. *eod.* jus utendi fruendi, *l.* 8. §. *ult. de per. & comm. rei vend.* posse alteri concedere locare vendere. Et illud tamen certum est non posse fructuarium ullo modo alteri constituere usumfructum, hoc est, novum in suum locum fructuarium substituere nisi volente, & sese accommodante domino proprietatis, *l.* 57. *solut. matrim.* Dicendum videtur cum D. Bichovio duplex quodammodo jus fructuarium habere. Quorum unum mere personale est, ita infixum personæ ejus cui ususfructus primò constitutus est ut ab eo avelli nequeat; unde

etiam

etiam cum de amittendo aut finiendo usufructu quæritur ejus solius persona semper spectatur, *d. l.* 8. §. *ult. de per. & comm. rei vend.* Alterum reale consistens in usu & fruitione rei fructuariæ, quod à fructuario abire & in alium transferri possit, licet à personali illo jure promanet, inque eo ita radicetur ut necesse sit cum illo extingui. Illustrat hanc distinctionem exemplo heredis & creditoris, in quibus similiter jus geminum animadvertimus: unum quod personale est atque ossibus eorum, ut DD. loquuntur, inhæret, heredi ex aditione hereditatis, creditori ex obligatione quæsitum; alterum reale in re quæsita aut debita. Illud in eo cernitur, quod qui semel heres extitit semper heres maneat, ac proinde vendita hereditate nihilominus actiones hereditarias ipse exerceat & excipiat, *l.* 2. *C. de her. vel act. vend.* creditor actione vendita jus ipsum agendi adhuc retineat, *l.* 3. *C. de novat.* Hoc in eo quod heres jus omne quod in re habuit in emtorem hereditatis transfert, *l.* 2. *in pr.* & passim *ff. de her. vel act. vend.* qui ob id vicem heredis obtinere dicitur, *d. l.* 2. §. 8. *ff. de her. vel act. vend.* & utilibus etiam actionibus suo nomine experiri potest; ut & is cui nomen venditum aut legatum est, *l.* 16. *de pact. ll.* 5. 7. *&* 8. *C. de her. vel act. vend. l.* 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 atque in extraneum transferatur, ne hoc quidem agere voluisse in dubio censeri debet; sed ubi causa sive titulus non obstat, sub appellatione ususfructus aut juris utendi fruendi nihil amplius transferre quam jure suo potest: veluti si locavit usumfructum aut jus utendi fruendi, si vendidit, donavit, *d. l.* 38. *de usufr. l.* 11. *hoc tit. d. l.* 8. §. *ult. C. de per. & comm. rei vend.* De cessione autem in jure idem dici non potest, quia per eam necessario jus omne à cedente abibat secundum ea quæ tradita sunt sub §. pen. superioris tituli.

Textus.

Ædium usus.

2. *Item is qui ædium usum habet hactenus jus 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 quam servis utitur habitandi jus habeat. Et convenienter si ad mulierem usus ædium pertineat cum marito ei habitare liceat.*

L. 21. *tit.* 31. *Part.* 3.

Commentarius.

1 *Usuarium non prohiberi, dum ipse inhabitet, partem ædium quam non occupat alii locare.*

Hoc §. ostenditur quid contineatur usu ædium; latissime autem hoc declaratur *l.* 2. §. 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 concedere, *hoc text. & l.* 8. *eod.* Circa eum autem qui ipse inhabitet quædam quæsita sunt. Veluti si ædes amplæ sint & tam angustus 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 cum voluerit uti potest & alio tempore partes illas occupare, *d. l. 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.* §. *præc.* Illud speciale est, quod usus ædium & ususfructus in eo solum differunt, quod hic locari vendi alteri concedi potest, ille non potest. Ceterum utentis nihil interest usum ædium habeat an usumfructum; idque clarissime patet ex locis supra citatis, & hoc §. junct. *l.* 15. *eod.*

1. 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 inqui-

linum recipere, *l. 2. in fin. eod.* notatus à Proculo quod *inquilinum* non belle appellavit eum qui cum alio habitat, *d. l. 4.* nam *inquilinus* proprie dicitur qui in conductis ædibus habitat solus, *l. 37. de adq. 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, ægre 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. procons.* Salmas. *ad jus Attic. cap. 26.* Plane etsi quemlibet extraneum convictorem recipere potest; tabernam tamen cauponariam ei exercere non licebit, quæ publice viatoribus omnibus & peregrinis pateat, arg. *l. 13. §. ult. de usufr.*

Cum uxore liberisque suis, item libertis] Domus usu marito relicto facile 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 autem 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 alicujus ductum applicabant ut ejus patrocinio defenderentur in capite & fortunis, *l. 7. §. 1. de capt. & postlim.* susceptos posterior ætas vocavit. Consule Hotom. *in lexic.* Nec mirum hoc admitti cum etiam extraneus quilibet, ut jam dictum est, recipi possit qui modo honesto cum eo qui usum habet habitaturus sit. VINN. De clientibus & susceptis Hotomanno accuratius egerunt Fr. Juretus ad Symmach. *lib. 5. ep. 39.* Valesius ad Ammian. *lib. 30. cap. 40.* Jac. Gothofredus in *Glossar. ad Cod. Theod.* & Petrus Pithœus ad *Pariat. legg. Mos. & Rom. tit. 9. §. 3.* Si peregrinus se ad civem Romanum tamquam patronum adplicasset, patronus ei intestato succedebat, quod vocabatur *JUS ADPLICATIONIS.* Cic. *de Orat. 1. 39.* HEIN.

Cum marito ei habitare] Ne mulieri matrimonio carendum sit cum uti vult domo, *d. l. 4. §. 1.* Sed etsi usus ædium mulieri legatus sit ea conditione si à viro divortisset, placuit tamen cum viro habitaturam remissa ei conditione legati, *d. l. 8. §. 1. hoc tit.* Hoc amplius, si virgini aut viduæ legatus sit, placuit & postea nubentem cum viro habitare posse, *d. l. 4. §. 1.* nec solum cum marito sed & cum liberis parentibusque & libertis, cum socero etiam habitaturam; atque eo usque processum ut eosdem, quos masculi, etiam mulieres recipere possint, *d. l. 4. in fin. & l. 6. hoc tit.* Possunt ergo & hospitem, sed non aliter quam si is sit qui honeste cum iis sit habitaturus, *l. 7. eod.*

TEXTUS.

De servi & jumenti usu.

3. *Item si ad quem servi usus pertinet ipse tantum opera atque ministerio ejus uti potest; ad alium vero nullo modo jus suum transferre ei concessum est. Idem scilicet juris est & in jumento.*

L. 21. tit. 31. Part. 3.

COMMENTARIUS.

SErvorum usus est in eorum operis; est & in fructibus, hoc est, iis rebus quæ per servos adquiruntur. Operis uti potest usuarius in re qualibet, nec tantum ad ministerium suum sed etiam ad liberorum suorum & conjugis, *l. 12. §. pen. & ult. hoc tit.* dum tamen secundum conditionem servi: nam & à fructuario hoc exigitur, *l. 15. §. 1. de usufr.* Ceterum ipsum usuarium uti oportet, non aliis operas locare aut utendas concedere; quamquam parum refert utrum utatur in re plane sua an in opere alieno quod ipse expediendum conduxerit, *d. l. 12. §. ult. & l. 13. eod.* De his quæ per servum usuarium adquiruntur, ita placuit, ut si quid adquirat ex operis suis id non adquiratur usuario, quoniam nec locare servi operas potest; sin autem ex re usuarii, puta si institor erit & operâ ejus usuarius utatur in taberna ad merces emendas & vendendas, aut si jussu usuarii per traditionem accipiat usuario adquirit; cùm hac opera in re sua usuarius utatur, *l. 14. in pr. l. 16. §. 2. l. 20. hoc tit.*

Idem scilicet juris est & in jumento] Jumentorum quoque usus sicut servorum in operis est, & quidem solis, ut equorum mulorum asinorum; item boum; habetque in his usua-

rius

rius omnem usum ad arandum, ad vehendum sub jugo, ad onera ferenda & ad cetera ad quæ hæc animalia apta sunt; utetur autem secundum conditionem cujusque jumenti & morem regionis, *l.* 12. §. 3. & 4. *hoc tit.* nec locabit nisi forte de eo etiam usu testatorem sensisse appareat. Quid enim si aurigæ equitii usus legatus sit cum sciret testator eum hujus esse instituti? *d.l.* 12. §. 4. Et si forte 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 boves ad opus faciendum commodent; ne legatum ei inutile sit, arg. *l. pen. in pr. eod.* Hoc & Cantiuncula, ex quo ad verbum ut fere omnia descripsit Mynsing.

TEXTUS.

De pecorum usu.

4. *Sed & si pecorum vel ovium usus legatus sit, neque lacte neque agnis neque lana utetur usuarius, quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus uti potest.*

L. 21. *tit.* 31. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

Pecorum vel ovium] Ἁμάρτημα (*erratum*) Triboniani; nisi legendum *veluti ovium vice προβάτων*, ut vertit Interpres Græcus, & flagitat locus Pauli *d. l.* 12. §. 2. *hoc tit.* unde hic desumtus est; quippe nemini dubium est quin appellatione pecorum etiam oves contineantur; & facetum est quod ex Mynsingero in margine hîc adscripsit Pacius, quamvis oves sint species pecorum non propterea tamen legatum ovium esse speciem legati pecorum. VINN. Sed vix est cur hîc reus postuletur Tribonianus ἁμαρτήματος. Pecus generatim omne animal denotat; & ita accipere vocabulum videtur Vinnius. Sed speciatim *pecudes* vel *pecora* dicuntur capræ & oves à Græco πέκος, *vellus*. Illustr. à Bynkersh. *de reb. manc. cap.* 6. *p.* 119. Et is sensus hîc occurrit. *Pecora* vel *oves* hîc junguntur tanquam synonyma. HEIN.

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 uti, & insuper modico etiam lacte; neque enim tam stricte voluntates interpretandæ, *d. l.* 12. §. 2. Cumque ceterarum rerum etiam possessionem tradi usuario oporteat ut iis utatur, diversum tamen esse apparet in pecoribus quæ tantum ad fructum ferendum habentur. VINN. In usu pecorum arcte nimis Justinianus usuarii jura præscribit; largius cum eo agitur in *dict. Part. leg.* ubi & lactis & casei & lanæ ac hædorum ei conceditur usus. Præterea armenti possessionem tradendam esse usuario ex eadem lege deducitur. ADDIT.

TEXTUS.

De habitatione.

5. *Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque ususfructus, sed quasi proprium aliquod jus; quamquam habitationem habentibus propter rerum utilitatem secundum Marcelli sententiam nostra decisione promulgata permisimus non solum in ea degere sed etiam aliis locare.*

L. 27. *tit.* 31. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Falso á nonnullis negari habitationem esse speciem servitutis personalis.*
2 *Habitationem tam vendi & gratis concedi quam 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 pene est habitatio quod usus ædium; easdemque personas qui habitandi jus habet recipere potest quas usuarius, *l.* 10. *hoc tit.* Constituitur quoque habitatio iisdem modis quibus usus & usufructus, iisdemque modis finitur, excepto quod non finiatur non utendo, *d. l.* 10. quod ideo placuit quia habitatio magis in facto quam in jure consistit, *l. pen. de cap. 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. ced.* & arg. *d. l. pen. de cap. min.* ut plura hîc sint legata, & quasi nova singulorum dierum habitatio: ob quam etiam causam nec capitis diminutione (scilicet minima) olim amittebatur, *d. l. pen.* & *d. l.* 10. Ex constitu-

tutione autem Justiniani nec usus nec ususfructus ita perit, *l. pen. C. de usufr.* ut jam hac in parte nulla amplius sit differentia : quod vix unus aut alter, quod sciam, admonuit.

1. *Quasi proprium aliquod jus*] Hoc est, species quædam servitutis personalis quæ proprie neque usus est neque ususfructus ; licet olim parum distaret ab usu, *d. l.* 10. Hodie post constitutionem Justiniani *l.* 13. *C. de usufr.* ad usumfructum prope accedit. Sunt tamen qui negant habitationem esse speciem servitutis personalis & omnino servitutem esse ; quoniam duæ tantum personarum servitutes memorantur à Marciano *l.* 1. *de serv.* Sed ille vel exempli causa duas istas dumtaxat 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 quam reali proditam esse agenti actionem in rem confessoriam, §. 2. *Inst. infr. 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 conjunctim cum usu & usufructu de hoc jure & hic & in π^. & Cod. 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 constitutum personæ. Nec obstat quod habitatio in facto potius quam in jure consistere dicitur, *l. pen. de cap. min.* nam idem fere & 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 eum confessoriâ vindicare non prohibetur : cur non & confessoria pro habitatione competat ei cui ea legata est ? Nec verum est quod Hotomannus scribit, usum & usumfructum servo aut filiofamilias legatum domino aut patri adquiri, habitationem non adquiri ; idque liquet vel ex ipsa quam citat *l. 9. quand. dies leg. ced.* junct. *ll. 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. 17. in pr. de præscr. verb.* Illud quidem video, tractari illic de actione commodati aut præscriptis verbis danda domino ædium qui habitationem commodavit sive gratis alicui concessit. Sed quid hoc ad rem ?

2. *Quamquam habitationem habentibus &c. etiam aliis locare*] Hoc est, quamvis in hoc habitatio ex nostra constitutione usumfructum imitetur, quod eam alteri locari permisimus, *l. 13. C. de usufr.* Poterit ergo & vendi & gratis alteri concedi jure ipso apud eum cui ab initio constituta est manente, secundum 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 eâdem ratione nec ususfructus vendi aut donari posset, & si nihil aliud obstaret usus quoque locari aut vendi non prohiberetur ; sed in usu spectatur conditio personæ usuarii & indigentia pro modo familiæ ejus ; alius autem alio numerosiorem familiam habet & pluribus indiget, nec una omnium conditio, ut recte D. Connan. 4. *comm.* 3. Putat Hotomannus etiam jure veteri habitationem commodari potuisse licet usus non potuerit, per *d. l. 1. commod. & d. l. 17. de præscr. verb.* sed fallitur πονηρᾷ ἐκθέσει (*falsâ expositione*) ; 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.

Transitio.

6. Hæc de servitutibus & usufructu & usu & habitatione dixisse sufficiat. De hereditatibus autem & obligationibus suis locis proponemus. Exposuimus summatim quibus modis jure gentium res adquiruntur ; modo videamus quibus modis legitimo & civili jure adquiruntur.

NOTA.

Legitimo & civili jure] Appellatione juris legitimi venit jus civile merum quatenus constitutione & origine à jure naturali & gentium differt. Antiquitatis studiosi consulant

Bu-

Budæum in Pand. ad *l.* 2. §. *& cum placuisset* 24. *de orig. jur.*

COMMENTARIUS.

DUplex transitio & utraque perfecta. In epilogo prioris respicitur ad *tit. de reb. corp. & incorp.* hujus libri secundum : ubi cum non tantum servitutes prædiorum, usus & usus-fructus inter res corporales numerentur verum etiam hereditas & obligationes ; ac de servitutibus usufructu & usu hactenus tractatum sit : videri poterat nunc protinus de hereditatibus & obligationibus dicendum esse. Sed in propositione seu membro sequenti harum rerum tractationem in alium locum rejicit : tractationem de hereditate, quia adhuc agendum de modis quibus res adquiruntur singulæ, susceptione autem hereditatis adquiritur bonorum universitas : tractationem de obligationibus, quia obligatio non est jus in rem, de cujusmodi jure adquirendo nunc quæritur, sed ad rem dumtaxat, pariens creditori actionem in personam non vindicationem rei. In posterioris epilogo respicit ad §. 11. *Inst. sup. tit. de rer. div.* quo loco recepit, se post expositos modos adquirendi jure gentium dicturum esse de iis modis quibus dominium nanciscimur jure civili : quod est τὸ ἐφεξῆς (*quod deinceps dicendum*) Modi adquirendi jure civili vel singulares sunt vel universales. Singulares, quibus adquiruntur res singulæ : universales, quibus una adquisitione tamquam per aversionem adquiruntur bona alicujus universa : de quo genere adquisitionis agere incipit *inf.* §. *ult. Inst. tit. per quas pers. cuiq. adq.* Modi adquirendi jure civili res singulas duo tantum ab Imperatore exponuntur, usucapio *tit. seq.* & donatio *tit.* 7. *huj. lib.* Cur de legatis & fideicommissis quæ huc alioqui pertinent nunc non simul tractare voluerit, dicetur *d.* §. *ult.* Pertinent item huc & alii modi : veluti cum possessori attribuitur dominium rei quam dominus vi eripuit aut invasit, §. 1. *Inst. infr. de vi bon. rapt. l.* 7. *C. unde vi.* cum uno ex duobus qui à Principe munus acceperunt moriente absque herede pars deficientis consorti accrescit, *l. un. C. si liberal. Imp. soc. sine hered. decess.* Item cum pupillo & Ecclesiæ adquiruntur res ex pecunia sua emtæ absque ulla traditione, *l. ult. C. de sacros. Eccles.* Mancipatio quam Cicero in *Topic. traditionem nexu* vocat, & in jure cessio, de quibus Ulpian. in *fragm. tit.* 19. Boët. ad *d. loc. Cicer.* jam tempore Justiniani exoleverant. Antiquitatis studiosi adeant D. Anton. Contium 1. *disput.* 12. clariss. Salmas. *cap.* 8. *de usur.*

TITULUS VI.

DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS PRÆSCRIPTIONIBUS.

Dig. lib. 41. *tit.* 3. *Cod. lib.* 7. *tit.* 31. *&* 33. *Lib.* 2. *tit.* 11. *For. legg. Et tit.* 29. *Part.* 3.

1 *Non satis considerate à D. Cujacio & aliis pro* præscriptionibus *hìc 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.*

INter adquisitiones juris civilis vel prima & præcipua est usucapio. Nam etsi ea Græcis quoque non incognita fuit, eamque etiam Plato *lib.* 12. *de legib.* in suam invexit Rempub. tamen civili tantum ratione non etiam pura aliqua naturali nititur, ab eaque longius etiam quam ceteræ adquisitiones civiles recedit. Utrum autem quid juri civili adscribendum sit an juri 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, adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti. Quid singula definitionis sibi velint dicetur postea in explicatione §. 7. *infr. hoc eod. tit.*

1. *Longi temporis præscriptionibus*] Qui hanc partem inscriptionis mutant, & pro *longi temporis præscriptionibus* reponendum arbitrantur *longi temporis possessionibus*, inter quos sunt Cujac. Hotom. Wesemb. Tim. Faber, quod & Pacius probat, illi nec mentem Justiniani nec quid *hoc tit.* agatur satis animadvertere mihi videntur. Mens Justiniani intelligitur ex

eo

eo quod in principio commemorat constitutionem suam de usucapione transformanda; qua constitutione cum duo diversa essent genera adquisitionis, 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 conjungit, usucapionem aut longi temporis præscriptionem, §. *pen. Inst. infr. per quas pers. cuiq. adq.* Conferuntur item & conjunctim ista duo appellantur à Gajo, *l.* 54. *in pr. de evict.* Hoc tantum interest, quod Gajus duo diversa adquirendi 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 quam de bona fide aut justo titulo; sed de horum omnium concurrentium effectu & adquisitione ipsa, quæ olim duplex erat, usucapio & longi temporis præscriptio: quam utramque, ut diximus, sic retinuit Justinianus ut ex duabus unam fecerit.

2. Erat vero triplex inter usucapionem & longi temporis præscriptionem discrimen, in rebus, in tempore, in adquisitionis effectu. Usucapio locum habebat in rebus immobilibus Italici soli tantum, in mobilibus omnibus. Præscriptio frequentabatur in prædiis dumtaxat provincialibus. Usucapio rerum mobilium anno terminabatur, immobilium biennio. Præscriptio consumabatur 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.*

3. Eorum error manifestior est quam ut refelli debeat, qui hæc genera sic distinguunt, ut dicant usucapionem tantum esse rerum mobilium, longi temporis præscriptionem rerum immobilium; & vel unum hujus tit. principium hos refellit.

4. Initio docetur quæ res quanto tempore à quibus usucapiantur; deinde de rebus agitur quæ usucapionem non recipiunt: tum de continuatione possessionis & conjunctione temporum: postremo de fisci traditione & præscriptione quadriennii fiscali.

TEXTUS.

Jure civili constitutum fuerat ut qui bona fide ab eo qui dominus non erat, cum crederet eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione aliave quavis justa causa acceperit, is eam rem si mobilis erat anno ubique uno; si immobilis biennio tantum 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; & ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium, immobiles vero per longi temporis possessionem (id est, inter præsentes decennio inter absentes viginti annis) usucapiantur; & bis modis non solum in Italia sed etiam in omni terra quæ nostro Imperio gubernatur dominia rerum justa causa possessionis præcedente adquirantur.

LL. 1. 9. *&* 18. *tit.* 29. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Auctoritatis verbo quid lex* XII. *tabb. intellexerit.*
2 *In persona usucapientis quæ necessaria; & de bona fide.*
3 *De justo titulo.*
4 *Cur prædia provincialia usucapi non potuerint.*
5 *Juris de usucapione constituti ratio & defensio.*

JURE civili] Hoc plerique sic interpretantur perinde ac si dixisset lege XII. tabularum; & verum est ex hoc fonte jus usucapionum manare. Sed quod sequitur de distinctione locorum ex lege XII. tabb. esse non potest: quippe cum eo tempore quo Decemviri legem tulerunt populus Romanus pedem extra Italiam non haberet, adeoque angustissimis intra ipsum Italiæ solum finibus Imperium Rom. contineretur. Credibile vero est propagatis postea Imperii finibus, Jurisconsultorum disputatione prædia Italici soli & provincialia jure auctoritatis distincta fuisse. Apud M. Ciceronem in *Top. cap.* 4. hæc leguntur: *Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam ædium; at in lege ædes non appellantur.* Et in *orat. pro Cæcinna cap.* 19. *Lex usum auctoritatem fundi jubet esse biennium.* Unde existimare licet sic lege sancitum fuisse: *Usus auc-*

to-

ctoritas fundi biennium esto ; ceterarum rerum annus esto. Auctoritatis verbo multa & diversæ significantut. Vulgata non tangemus. Venulejus *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, Posidonius tibi auctoritatem promittit,* id est, βεβαίωσιν. Scævola *l. ult. de pign. act.* instrumentum auctoritatis appellat quod primo dixerat instrumentum emtionis : nimirum instrumentum quo de evictione promissum est, aut omnino instrumentum quo probatio juris nostri, sive ut vulgo loquuntur, tituli adquisitionis continentur : cujusmodi tabulæ instrumenta ad probationem originis prædiorum appellantur, *l.* 24. *C. de fideic.* Sic apud M. Senecam *lib. 7. contr. 6.* quæ emtionis tabulæ primum, eædem pòst auctoritatis tabellæ nominantur.

1. In lege Atinia, & in illo XII. tabb. *Adversus hostem æterna auctoritas esto*, verbo auctoritatis jus dominii significatur aut jus vindicandi. Grot. *in spar. flor.* Sensus hic est, ne peregrinus dominium rerum nostrarum usucapione nobis eripere possit. Cicero *pro Cæcin. cap. 26. Aquæductus, haustus, iter, actus à patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium á jure civili sumitur : rata auctoritas*, id est *firmum ac fixum harum rerum jus.* Eodemque significatu & Scævola hic voce usus est *l. ult. de aqua & aq. pluv.* In proposito quoque puto Decemviros nomine auctoritatis intellexisse jus legitimi dominii ; ut sit sensus : usus qui auctoritatem, id est, justum dominium fundi afferat sit spatium bienii ; qui ceterarum rerum annus. Quod perinde est ac si dixissent: *Fundus biennium possessus usucapitor ; ceteræ res annum postessæ usucapiuntor.* Cicero in ea *de Arusp. resp. cap. 7. Multæ sunt domus jure optimo, sed tamen jure privato, jure hereditario, jure auctoritatis, jure mancipii, jure nexi. Jure auctoritatis* perspicuum est hic significari ipsam usucapionem sive jus legitimi dominii per usucapionem quæsiti, non emtionem, quæ non mancipio facta est, ut vult doctissimus Salmas. *lib. de usur. cap.* 8. Neque enim dici possum jure optimo domum habere cujus ex jure Quiritium dominus non sum ; & ideo jura legitima tantum Cicero commemorat. Idem vir doctissimus existimat legem XII. tabb. verbo auctoritatis intelligere actionem pro evictione, cui Decemviri voluerint non ultra 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 adjudicato pro noxæ dedito pro suo possidet, certo jure usucapit; & tamen si res intra tempora usucapionis evincatur non est locus actioni ob evictionem, cujus hic periculum nemo præstat. Sed neque ipsa evictio seu jus quod dominus habet rem à possessore judicio auferendi intelligi potest; non enim eò principaliter hoc caput legis pertinet, ut sciamus quid juris domino relinquatur intra annum aut biennium ; sed quid usus sive possessio anni aut biennii tribuat utenti possidenti, nimirum rei possessæ legitimum dominium, ut patet ex definitione Modestini *l.* 3. *hoc tit.* Vidêsis Budæ. ad *l.* 63. *de evict.* Cont. 1. *disp.* 10. Don. 5. *comm.* 20. & qui legem XII. tabb. commentariis illustrarunt Balduin. Hotom. Marcil.

2. *Bona fide*] In persona ejus quem usucapere volumus hæc sunt necessaria : ut possideat, ut juste, ut continenter, ut per tempus lege definitum; quorum unumquodque ut sese offeret ita explicabo. Quod hic traditur de bona fide ad justitiam 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 jus transferendi dominium habere, ut proinde opinetur se quoque statim dominum effectum esse, *l.* 109. *de verb. sign. l.* 27. *de contr. emt.* §. 35. *sup. de rer. div.* Hæc autem opinio necesse est ut remota sit ab errore juris; nam juris error adquirere volentibus numquam prodest, *ll.* 7. & 8. *de jur. & fact. ign.* ac proinde nec possessori in usucapionibus, *l.* 31. *pr. hoc tit. l.* 2. §. 15. *pro emt.* Ceterum sufficit ab initio bona fide possessionem nancisci ; jure enim civili bene cœptam usucapionem non impedit scientia rei alienæ postea superveniens, *l. un. C. de usuc. transform. l.* 48. §. 1. *de adquir. rer. dom.* spectaturque in ea re initium traditionis, non contractus, *l.* 15. §. *ult. l.* 44. §. 2. *hoc tit.* præterquam in emtione, in qua utrumque tempus inspici placet, & quo contrahitur & quo res traditur, *l.* 2. *pr. pro emt. l. pen. hoc tit.* Diversitatis rationem indicat Paulus in stipulatione *d. l.* 15. *in fin.* quia, inquit, concessum est stipulari rem etiam quæ promissoris non sit ; innuens, salva fide etiam scientes rem alienam stipulari nos posse ; at non pati sinceram fidem ut rem alienam sciens

quis emat; & ideo huic non præstatur evictio, *l.* 27. *C. de evict.*

Rem] *Corporalem* scilicet: nam res incorporales, veluti servitutes, per se usucapionem non recipiunt, *l.* 14. *de serv. l.* 43. §. 1. *de adq. rer. dom.* Quippe in quæ non cadit possessio in ea nec usucapio cadit. Ceterum est in his rebus locus adquisitioni longæ quasi possessionis, & effectu juris quasi usucapiuntur, *l. ult. C. de præscr. long. temp. l.* 10. *si serv. vind.* Vide quæ scripsi ad §. *ult. Inst. sup. de serv. rust. & urb. præd.* Plane per consequentiam etiam veteri jure usucapiebantur, cum id prædium usucaptum esset cui servitus debetur, *l.* 10. §. 1. *hoc tit.* quamquam revera nihil hic usucapitur, sed prædium suæ conditiones sequuntur, *l.* 23. §. 2. *de serv. præd. rust.* De aliis rebus quæ usucapionem non admittunt dicam §§. *seqq.*

3. *Aliave justa causa*] Id est, justo titulo, eoque qui idoneus sit ad transferendum dominium; eos enim qui nullo justo titulo possident ratio juris dominium quærere non patiatur, *l.* 14. *C. de rei vind. l.* 4. *C. de præsc. long. temp.* eademque prorsus in proposito ratio est dominii transferendi & transferendi conditionem usucapionis, *l.* 31. *de adq. rer. dom.* §. *pen. Inst. infr per quas pers. cuiq. adq.* Justa causa aut á privatis est aut à judice aut à magistratu aut à nullo sed ab ipsa rerum conditione. A privatis, si quid ab his dominii transferendi causa traditur solvitur datur derelinquitur, *l.* 3. §. 21. *de adq. poss.* cujus generis pleræque propriis titt. comprehensæ in π˜. & Cod. A judice in adjudicationibus, quæ fiunt in judiciis divisoriis; si videlicet de alienis fundis tamquam communibus actum sit, *l.* 17. *hoc tit.* alioqui statim res ejus fit cui adjudicata est, §. *ult. Inst. inf. de off. jud* A magistratu, quibus in causis possessionem transferre potest; siquidem juste possidet qui auctore prætore possidet, *d. l.* 3. *in fin. l.* 11. *de adq. poss.* A nullo, quæ sola occupatione, si nullius essent, statim nostra fierent. Hinc titulus possessionis specialis pro suo, *l.* 2. *pro suo.* Generaliter quidem etiam quisquis ex justa causa possidet pro suo possidet, *l.* 1. *eod.* verum ex speciali titulo certa usucapio; ex generali nulla, nisi specialis aliqua causa, puta emtio donatio &c. præcesserit; nec sola existimatione nostra sed revera, *l.* 27. *hoc tit.* de quo plenius postea.

Si mobilis erat anno ubique uno] *Ubique*, tam in provinciis quam in Italia. Nam cum res mobiles solo non cohæreant, loco distingui non potuerunt; & conditione sua omnes usucapionem recipiunt. Immobilium autem quædam tales erant ut usucapio in iis non haberet locum: qualia erant prædia provincialia, ut mox dicemus. Quod autem brevius tempus usucapioni rerum mobilium præfinitum sit quam immobilium, ad eam rationem habere putant, quod regulariter minus in illarum quam harum amissione præjudicium vertitur; cum alioqui longius tempus poscere videatur usucapio rerum mobilium, utpote quæ occultari possunt, quam prædiorum. Sed hoc nihil est: nam occultatio illa vitio furti rem afficit & usucapione eximit. Non alia ratio est quam ea quam hic indicat Justinianus post Gajum, *l.* 1. *hoc tit.* quod Veteres crediderunt annum aut biennium domino sufficere ad inquirendas res suas, posse scilicet quemlibet patremfamilias res mobiles uno semestri recensere, & altero quæ desiderantur quærere; prædia uno anno lustrare, & quæ ab alio possessa invenerit altero anno recuperare: quod & Varro *de re rust.* bono patrifam. faciendum esse monet.

4. *Immobilit tantum in Italico solo*] Aut eo quod jus Italici soli habebat. Nam & in provinciis fuere quædam prædia juris Italici, videlicet coloniarum quibus jus Italicum datum erat, *l.* 1. *de censib.* in quibus prædiis mancipationi & usucapioni locum fuisse dubitandum non est. His exceptis, prædia provincialia neque à possessoribus mancipio dari neque ab alio usucapi olim potuerunt; nimirum quia uterque hic modus adquirendi 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 cum ea bello capta veteribus dominis restitueret; inque argumentum retenti juris annuum iis vectigal imponere. Ceterum jus quod possessoribus relictum erat, uti id à domino juris statim in alios traditione transferri poterat, ita & à bonæ fidei possessore longi temporis possessione adquiri, ne semper inquietaretur: quæ adquisitio præscriptio dicebatur, *l.* 54. *in pr. de evict. l.* 13. §. 1. *de jurejur. l.* 21. *hoc tit.* Erat autem jus tale quod & exceptione defendere, & amissa possessione utili actione persequi, *d. l.* 13. § 1. *ff. de jurejur. l.* 8. *C. de præsc.* 30. *ann.* heredibus denique relinquere & in alios quosvis transferre licebat: jus nimirum aliquod reale simile emphyteutico quod proxime ad jus dominicum

ac-

accedebat & quod nunc vocarent dominium utile. Repetantur quæ notavimus *sup.* §. 40. *de rer. div.* Postquam autem Justinianus quod præscriptioni deerat ex usucapione supplevit, unumque genus adquisitionis ex duobus fecit: certum est possessione longi temporis justum & directum dominium possessori adquiri.

5. *Ne rerum dominia in incerto essent*] Si jus de usucapione constitutum æstimetur ex meris præceptis juris 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 rerum dominia in incerto esset, *l.* 1. *hoc tit.* Quippe incertitudo dominii facit ut res quæque negligentius habeatur, agri minus diligenter colantur: parit lites & controversias quibus occurri publice interest; atque ut occurratur & litium aliquis sit finis usucapio constituta est, *l. ult. pro suo*, *l.* 2. *in pr. de aqua & aq. pluv.* & ideo Cicero *in orat. pro Cæcin. cap.* 26. usucapionem appellat, *finem sollicitudinis & litium.* Hæc igitur causa legislatores movit ut usucapionem introducerent; ut vero id fieret cum minima privatorum injuria, certa atque idonea tempora præstituerunt quæ abunde dominis sufficerent ad inquirendas res suas, easque sibi asserendas & possessionem alterius interpellandam: quod si facere negligant & patiantur usucapi, suamet ipsorum voluntate quodammodo rem alienare videntur, *l.* 28. *de verb. sign.* Quamquam etiam contra ignorantem rem suam ab alio possideri usucapio procedit, *l. un. C. de usuc. transform. l. ult. C. de præscr. long. temp.* Privatum enim damnum quod ex usucapione est pensatur egregio publico, in quo vera & solida utilitas continetur, & cujus proinde prima ratio habenda. Atque hæc hujus adquisitionis defensio sit contra eos quibus ea genere ipso injusta videtur. Appellat sane Justinianus præscriptionem *impium præsidium & improbam temporis allegationem*, *Nov.* 9. verum 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 Reipub. non esse, *Nov.* 111. & 131. *cap.* 6. VINN. Nec tamen defendi non potest usucapionis justitia si respiciamus ad ejus fundamentum. Qui intra tantum temporis spatium, puta intra decem vel viginti annos, rerum suarum nullam curam egit, is sane eas videtur pro derelictis habuisse: maxime cum res immobiles earumque situs latere vix possint. Si dicas, domino defuisse occassionem vindicandi, quidni possessionem saltim denuntiatione interrupit? Ei quidem qui rem pro derelicta habet animus esse debet & consilium derelinquendi, quale hìc in domino esse negant; sed justissimè leges hujusmodi consilium præsumunt ex negligentia domini intra tantum temporis spatium rem non vindicantis. Si enim justa ipsi causa sit cur vindicare non potuerit, veluti absentia Reip. causa, minor ætas &c. leges ipsi haud negant restitutionem in integrum, & usucapionem rescindunt. HEIN.

Ne domini maturius rebus suis defraudentur] Id est, ne maturius res suas amittant, ne possessionibus suis citius quam 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. Ceterum quod proprie hoc verbum significat, nimirum 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 dominii in bonitarium & Quiritiarium, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.* hoc insuper constituit, ut prædia provincialia eodem jure cum Italicis censeretur, atque æque ut Italica eodemque effectu usucapi possent. Præterea tempora usucapionum tam in rebus mobilibus quam in rebus soli in tantum prolongavit, ut nulla justa quærimonia supersit si tam longo tempore continuata possessio possessorem tueatur eique dominium adjiciat. Summa constitutionis est, ut qui rem à non domino accepit ex juxta causa & bona fide, eamque mobilem per triennium, immobilem per decem annos inter præsentes per viginti inter absentes continenter possedit, is ejus rei dominus pleno jure efficiatur. VINN. Quod jus etiam hodie apud nos obtinet ex *ll.* 9. & 18. *tit.* 29. *Part.* 3. antiquatis *ll. Fori Regii tit.* 11. *lib.* 2. in quibus annum & diem ad præscriptionem sat esse definitum erat. Verumtamen licet hæc temporis definitio decem aut viginti annorum in genere vera sit: sunt tamen res quæ longiorem, sunt quæ breviorem temporis tractum ad præscriptionem desiderant. Itaque nostris legibus adversus actionem realem, hypotecariam, vel mixtam solum triginta annorum possessione præscribitur, *l.* 6. *tit.* 15.

lib. 4. *Recop.* ad adquirendam vero jurisdictionem per usucapionem possessio immemorialis desideratur, *l.* 1. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recop.* Contra actionem vero personalem quoad judicium executivum decem annis præscribitur, *l.* 6. *d. tit. Recop.* quoad judicium vero ordinarium viginti, *l.* 18. *tit.* 29. *Part.* 3. Quæ vero res brevioris temporis spatio præscribuntur, sunt sequentes: (1) obligatio fidejussoris qui reum judicio sistere promissit ad luendam pœnam ob desertum vadimonium, anno præscribitur, *l.* 10. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recop.* (2) Jus famulorum ad petenda stipendia à suis heris tribus annis præscribitur, *ll.* 9. & 10. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recop.* (3) Pharmacopolarum. & eorum qui tabernas habent, aut artes mechanicas exercent, jura ex suis artibus profecta trium annorum præscriptione delentur eâdem *l.* 9. Demum advocatorum & procuratorum honoraria eâdem triennali præscriptione pereunt, *l.* 32. *tit.* 16. *lib.* 2. *Recop.* Illud summopere animadvertendum est ea quæ diximus de decem aut viginti annorum curriculo ad adquirendum usucapione dominium, intelligi de possessione cum bona fide & justo titulo: est enim aliud præscriptionis genus, quæ longi temporis dicitur & triginta annorum spatio continetur, in qua nihil omnis opus est possessionis titulo, *l.* 21. *tit.* 29. *Part.* 3. Quæstionis est sitne bona fides præscribenti necessaria in prescriptione triginta annorum, aut etiam in immemorabili; & licet leges Regiæ non obscure significent etiam sine bona fide præscribi posse: obtinuit tamen ex æquitate juris Canonici ut in omni præscriptionis genere bona fides esset necessaria nedum in initio præscribendi, verum etiam in toto tempore possessionis. Atque hujusmodi usum etiam hodie servandum esse docent Gregor. Lopez ad *dict. l.* 11. Covarrub. in *regul. Possessor. part.* 2. §. 8. *n.* 4. Una exceptio est in actionum personalium præscriptione, quas etiam cum mala fide tempore deleri posse tradit idem Præses in *dict. regul. part.* 2. §. 11. *n.* 3. cum quibusdam tamen limitationibus, quas apud eundem tandem videre poteris. ADDIT.

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 præsc. long. temp.* decem annos, inter absentes viginti. Atque ita sicut ex veteri usucapione effectum sumit & adquisitionem veri dominii, ita ex veteri præscriptione sumit spatium temporis atque id ad usucapionem omnium rerum immobilium transfert, efficitque ex duabus unam adquisitionis speciem; ut jam nulla amplius differentia inter præscriptionem & rerum immobilium usucapionem supersit: præscriptionem inquam longi temporis, quæ itidem ut usucapio titulum & bonam requirebat fidem: nam præscriptionis temporis longissimi, scilicet 30. vel 40. annorum alia ratio est quæ solo temporis lapsu possessorem tuetur.

TEXTUS.

Quæ usucapi possunt vel non. De his quæ sunt extra commercium, & de servo fugitivo.

1. *Sed aliquando etiamsi maxime 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.*

L. 6. tit. 29. Part. 3.

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. Quarumdam rerum ea natura est ut omnem omnino adquisitionem qualiscumque ea sit respuant, & consequenter simul usucapionem: cujusmodi sunt quæ commercio humano sunt exemptæ, ac proinde in bonis haberi non possunt, ut homo liber, res sacræ, religiosæ, sanctæ, publicæ populi aut civitatum, *ll.* 4. & 6. *de contr. emt. l.* 9. *hoc tit.* Quædam etiam res sunt quæ cum sint in bonis & adquiri possint usucapi tamen non possint lege earum usucapionem prohibente. In hoc genere sunt res fisci, §. 4. *inf. hoc tit. l.* 18. *ff. de usuc.* 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 Juliam datæ, *l.* 48. *de adquir. rer. dom. l. pen. de leg. Julia rep.* res pupillorum: *d. l.* 48. *l.* 3. *C. quib. non obst. long. temp. præsc.* quin nec præscriptio 30. annorum contra pupillos currit. *l.* 3. *C. de præsc.* 30. *ann.* res minorum 25. annis, *l. ult. C. in quib. ca. in int. rest.* bona adventitia filiifam. *l.* 1. §. 2. *C. de annal.*

exc.

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.* 16. *eod. tit.*Postremo res testamento alienari prohibitæ, *l.* 2. *C. pro emt. l. ult.* §. 3. *C. 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. C. de long. temp. præscr. quæ pro lib.*Meminit Imp. 60. annorum, non quia longioris temporis lapsu libertati præscribatur; sed quia raro homines diutius vivunt. Et enim nec centum annorum præscriptio hic suffecerit, ut bene istic Accurs.quoniam nulli omnino hic locus esse titulo potest. Possessores 30. annorum defenduntur exceptione temporis quæ omnes excludit actiones, etiamsi nec titulus probetur nec bona fides, *ll.* 3. & 4. *C. de præscr.* 30. *ann.* Ceterum res ipsas quæ possidentur tales esse oportet ut justo titulo adquiri & dominio nostro subjici possint.

Servum fugitivum] Hic servus pertinet ad prohibitionem §. *seq.* quippe qui sui ipsius furtum facere intelligatur, *l.* 60. *ff. de furt. l.* 1. *C. de serv. fug.* Accursius putat dominum ne 30. quidem annorum præscriptione excludi eo quod possessionem fugientis servi retinet, *l.* 1. §. 14. *l.* 15. *in fin. de adq. poss.* Quod ineptum est. Nam cum de usucapione aut præscriptione quæritur, necesse est hujusmodi casus ponatur quo alius servi possessionem nactus sit. Hoc vero cum fit dominus possidere desinit.

Texus.

De rebus furtivis & vi possessis.

2. *Furtivæ quoque res & quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint usucapi possunt. Non furtivarum rerum lex duodecim tabularum & lex Atinia inhibent usucapionem; vi possessarum lex Julia & Plautia. Quod autem dictum est, furtivarum & vi possessarum rerum usucapionem per leges prohibitam esse, non eo pertinet ut ne ipse fur quive per vim possidet usucapere possint (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 facile procedit ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat. Nam qui sciens alienam rem vendiderit vel ex alia causa tradiderit furtum ejus committit. Sed tamen id aliquando aliter se habet. Nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam vel apud eum depositam, existimans hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit aut donaverit aut doris nomine dederit: quin is qui acceperit usucapere possit dubium non est. Quippe cum ea res in furti vitium non ceciderit: cum utique heres qui bona fide tamquam suam alienaverit furtum non committat. Item si is ad quem ancillæ usus-fructus pertinet, partum suum esse credens vendiderit, aut si donaverit furtum non committit. Furtum enim sine effectu furandi non committitur. Aliis quoque modis accidere potest ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem 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 alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res adquiri; quia neque furtivum neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorumdam Veterum sententia existimantium etiam fundo locive furtum fieri; & eorum utilitati qui res soli possidenti Principalibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa & indubitata possessio debeat auferri.*

L. 4. tit. 29. Part. 3. Et l. 5. tit. 15. lib. 4. Recop.

Commentarius.

1 *Aliquo casu qui sciens rem alienam vendit furtum facere non videri.*

2 *Emendationem Cujacii verisc.* Quod autem, *non esse necessariam.*

Furtivarum rerum lex XII. *tabb. & lex Atinia*] Utriusque hujus legis etiam meminit Julian. *l.* 33. *in pr. hoc tit.* Verba legis Atiniæ prodit Gell. *lib.* 17. *cap.* 7. *Quod surreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto.*Quorum verborum hic sensus est: ejus rei quæ surrepta est dominium à domino numquam recedat: jus & potestatem habeat semper eam vindicandi; nec ullo usu alteri adquiratur. Quam sententiam fuisse legis ex eo liquet, quod lex ita accepta est quasi interdiceret rei furtivæ usucapionem. Eademque sententia est ejus quod apud Cic. *lib.* 1. *de offic.*

offic. cap. 12. legimus : *adversus hostem æterna auctoritas esto.* Proculdubio autem lege Atinia quædam addita sunt de quibus prius lege duodecim nihil cautum fuerat ; & Paulus legi Atiniæ tribuit hoc caput quod est de usucapienda re furtiva cum in potestatem dominii rediit, *l.* 4. §. 6. *hoc tit. l.* 215. *de verb. sign.* VINN. Recte hæc lex dicitur *Atinia*, non *Attilia*, uti apparet ex Gell. *lib.* 17. *cap.* 7. Ex quo etiam discimus hanc legem antiquiorem esse temporibus Scævolæ, Bruti, Manilii, P. Nigidii, JCtorum. Verosimile itaque est eam latam A. U. C. DLVI. C. Cornelio Cethego & Q. Minucio Rufo Coss. à C. Atinio Labeone Tribuno plebis, Steph. Vin. Pigh. *annal. Rom. tom. II. p.* 255. HEIN.

Vi possessarum lex Julia & Plautia] Leges hæ non uno tempore latæ ; Alioqui Julia Plautia diceretur sine copula, ut Plautia Papyria, Pappia Poppæa, Julia Norbana &c. sed Plautia de vi, item Julia de vi hoc caput habuerunt. Plautia de vi prior fuit lege Julia, unde & in π̃. præponitur, *l.* 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 possessionem 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. §. 22. *l.* 33. §. 2. *eod.* VINN. Recte notat Vinnius binas has esse leges ; & tamen illarum tamquam unius meminerunt leges nostræ etiam alibi, *l.* 33. §. 2. *ff. de usurp. & usuc.* Plautia vel Plotia de vi lata est à M. Plautio Trib. pleb. A. U. C. DCLXIV. Cn. Pompejo Strabone & L. Portio Catone Coss. Julia autem non alia est quam illa de vi publica & privata à Julio Augusto lata. vid. *nostr. antiq. Rom. lib.* 2. *tit.* 6. §. 5. HEIN.

Quod autem dictum est] Superfluum hoc monere ; frustra enim prædictæ leges latæ fuissent si nihil aliud caverent quam ut ne fur ipse aut qui per vim possidet usucapere possent : quippe qui nec ante legem Atiniam aut Plautiam usucapere potuerunt certo jure, propter malam fidem quam manifestum est usucapioni semper obstitisse. Hoc tantum prospicere leges voluerunt, ne maleficium alienum causam daret rem alienandi.

Ne ullus alius quamvis ab eis bonâ fide] Aut etiam ab aliis 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 emt. l.* 11. *C. de adq. poss.* Ut autem à bonæ fidei possessore usucapi possit talem esse oportet ut in se non habeat vitium, §. 5. *inf. hoc tit.* Denique ubi lex simpliciter inhibet usucapionem bona fides possidenti ad usucapionem rei nihil prodest, *l.* 24. *ff. hoc tit.* Plane 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, *ll.* 3. & 4. *C. de præscr.* 30. *ann.* quamquam id secta nostrorum temporum non admittit.

Unde in rebus mobilibus non facile procedit] Quia rerum mobilium tantum 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 quacumque ex causa alii tradit eum furtum committere ; quod etiam scriptum est *l.* 1. *C. pro emt. l.* 2. *C. pro donat.*

1. *Qui sciens rem alienam vendiderit*] Videamus an non aliquo casu hæc regula vitietur. Finge, heredem rem defuncto commodatam quam hereditariam esse putabat vendisse & tradidisse bona fide accipienti : emtorem cum 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 præcise sequamur dicendum sit furtum committi. Sed puto hoc in proposito non debere admitti ; & regulam procedere cum quis ab initio scivit rem alienam esse ; qui cum usucapere non possit intelligitur vendendo rem velle intervertere domino : nam etsi sibi eam retineat intervertendi causâ furtum facit, *l.* 67. *de furt.* At vero qui bonum initium habet, cum possit ipse continuando possessionem rem usucapere, non potest videri furtum committere si alteri eam tradat. Cujac. ad *l.* 7. §. 6. *pro emt.*

Sed tamen id aliquando aliter] Dixit modo 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

do citra furtum accidere posse ut res aliena alteri vendatur aut donetur, ac proinde totidem modis fieri ut a bonæ fidei possessore usucapi queat. Locus hic descriptus est ex Gajo *l.* 36. *hoc tit.* non iisdem quidem verbis sed idem significantibus, æque claris ac perspicuis. Quod ideo moneo, quia Hotomannus scribit Tribonianum hoc loco non satis ad suum negotium attentum fuisse, & verba hujus textus nihil significare. Mihi ipse Hotomannus 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 Gajo *d. l.* 36. Unus hic est, si heres rem defuncto commodatam locatam aut apud eum depositam existimans eam hereditariam esse tamquam suam alienaverit. De herede ipso rem talem retinente nihil dicit, quia ad probandum quod propositum erat, sine vitio furti aliquando rem alienam transferri posse, hoc nihil facit. Nos an heres ipse hujusmodi rem usucapere possit videbimus postea sub §. 7. *infr. hoc tit.*

Partum suum esse credens] Casus hujus generis alter. Partus ancillæ in fructu non est sed ad dominum proprietatis pertinet §. 37. *sup. 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.* 31. *ff. hoc tit.* Ceterum si partum suum esse credens, forte errori causam præbente quod fœtus pecudum ad fructuarium pertinet, alreri 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 ignorantiâ juris partum ut suum vendat idcirco eum furtivum facit: quippe cum furtum non committatur sine animo & affectu furandi, qui in errante nullus est, *l.* 37. *eod.* §. 7. *Inst. inf. de obl. quæ ex del.* vulgatumque est, quamvis vel fatuam existimationem excusare à dolo, per *l.* 1. *in fin. ff. de abigeis*, *l.* 14. *C. ad l. Fab. de plag.*

Aliis quoque modis accidere potest] Alius modus est apud Gajum *d. l.* 36. §. 1. si quis scilicet errore aliquo lapsus crediderit se heredem esse cum non esset, & rem hereditariam alienaverit. Item alius apud Papinian. *l.* 57. *mandat.* si heres defuncti mandatarii quid distraxerit animo exequendi quod defunctus suæ curæ fecerat. Duo alii 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 emtor sciverit rem in ea causa esse; quia quasi volente & concedente domino venditur, *d. l.* 5. *pro derel.*

2. *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 quæ 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 possessore usucapi queant. Quæ sententia quidem vera est; sed non ideo necesse est quicquam mutari. Nam & lectionis vulgatæ recta est & aperta sententia, atque effectu pene 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 præcipue 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.* 37. §. 1. *&* *l.* 38. *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 Cujacii quibusdam tantopere placeat. Vinn. At quis vel barbaro ævo ita loquutus est: *Quod ad hanc rem expedit*: pro *attinet*? Recte itaque Cujacius vidit hic ellipsin esse: *quod autem ad eas res quæ solo continentur*, (scilicet *attinet.*) Recte etiam pro *expedit jus*, rescripsit *expeditius.* Sed ego postremas syllabas, *expedit jus*, ex lege geminationis legendas puto: *expeditius jus ita procedere*: quo facto sine ulteriore emendatione totius loci sententia constat. Hein.

Vacantis propter absentiam aut negligentiam] Simplex absentia domini possessionem vacuam non facit: quippe quam constat solo animo retineri, *l.* 3. §. 11. *l.* 6. §. 1. *de adq. poss.*

§.

§. 5. *Inst. infr. de interd.* Quapropter locus hic intelligendus est de absentia domini diuturna rem suam penitus negligentis & relinquentis incultam; & Gajus hoc expressit, *longo tempore*, *d. l.* 37. §. 1. Illi perspicue errant qui locum vacantem interpretantur à domino derelictum: quippe res pro derelicto habita statim fit occupantis, §. *pen. sup. de rer. div.* qui vero hic vaccus dicitur negatur etiam usucapi ab occupante posse, uti & in *l.* 38. *eod.* Errat & Glossa quod putat, quæ hic scripta sunt correcta esse per *l. ult. C. unde 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 ceteris quoque omnibus pro invassore & violento possessore habendum esse; & potest aliquo casu etiam ubi competit interdictum unde vi locus esse usucapioni, *l.* 4. §. 22. *l.* 33. §. 2. *hoc tit.* Adde, quod constitutio ista diutius anno ante Institutiones edita fuit, ut ostendit subscriptio.

Sine successore decesserit] Ita etiam Gajus *d. 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 heredem, quamdiu is rerum hereditariarum possessionem nondum nactus sit. Et jacente quidem adhuc hereditate nec furtum rei hereditariæ fieri à Scævola proditum est, *l.* 1. §. 15. *si is qui testam. lib.* Adita autem hereditate, etsi jura omnia ad heredem transeunt, possessio tamen ei non adquiritur nisi naturaliter apprehensa fuerit, *l.* 23. *de adq. poss.* Quamobrem etsi quis vacantis fundi hereditarii possessionem sine vi occupavit, etiam ubi certus heres est, eumque bona fide accipienti tradidit, procedit bonæ fidei possessori usucapio: quia neque furtivum neque vi possessum accepit. Neque obstat quod constitutum est, cœptam usucapionem à defuncto posse & ante aditam hereditatem impleri, *l.* 40. *hoc tit.* ut proinde non videatur posse rem interim ab alio possideri: quoniam duo eamdem rem simul possidere nequeunt, *l.* 3. §. 5. *de adq. poss.* Hoc enim, ut alibi traditum est, tunc procedit quando medio tempore possessio ab alio occupata non est, *l.* 20. *hoc tit. l.* 6. §. *ult. pro emt.* 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 locumve auferri aut loco moveri posse; sed quia furtum à fraude dici putavit, vel, ut Varro quoque & Labeo, à furvo quod clam & obscure & plerumque nocte fiat: æque 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 φῶρ, per affinitatem literarum, quod παρὰ τὸ φέρειν, Græci dixere, *l.* 1. *de furt.* §. 2. *Inst. 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 adq. poss.* furtum autem est interversio possessionis. Quod si revertentem dominum non admiserit jam vi intelligitur possidere, *d. loc.*

Fundi locive] Auctores nostri plerumque fundum à loco separant, *l.* 63. *de evict.* Gajus *l.* 38. *hoc tit.* & *hic* Justinianus. Per fundum fere, integrum quid significant, agrum cum villa, ædificium cum area; per locum autem certam fundi portionem, *l.* 26. *de adq. poss.* & plerumque agrum aut aream, qui loci sunt sine ædificio, in urbe area, ruri ager, *ll.* 27. 60. 115. & 211. *de verb. sign.* quamquam hæc non sunt perpetua, & loci significatio sæpe generalior quam fundi etiam apud nostros, *l.* 4. *si serv. vind. l.* 1. §. 4. *unde vi.* Consulendi Alciat. Forn. Gœdd. 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 præscr. long. temp.* quod tempus nunc ad rerum immobilium usucapionem translatum est; tum quibus 30. annorum præscriptione domini omnimodo excluduntur, *ll.* 3. & 4. *C. de præscr.* 30. *ann.* Illud hic monendi sumus, Justinian. *Nov.* 119. *cap.* 7. unde sumta est *auth. malæ fidei. C. de præscr. long. temp.* hactenus juris ejus de quo proxime agimus 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 adquiri possit, quam si dominus sciverit rem suam ab alio possessum esse, & toto eo tempore contestatus non sit; alioqui spectari jubet 30. annorum præscriptionem. Ceterum hoc procedere tunc tantum volunt, si eo ipso tempo-

pore quo res alteri traditur sciat is qui tradit rem alienam esse,& nec initium quoque bonum habuerit. Adde quæ notat D. Gothofred. ad *d. auth.*

Textus.

De vitio purgato.

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.*

Commentarius.

1 *Si res pignori data surrepta sit , utrius in potestatem redire debeat ut vitium purgetur, dominine debitoris an creditoris.*

RErum furtivarum , vi possessarum , contra legem Juliam datarum vitium purgatur si in potestatem domini aut prioris possessoris redierint : ex quo fit ut jam iterum usucapi posse incipiant , *l.* 4. §. 6. *l.* 24. §. 1. *hoc tit. l. pen. de leg. Jul. rep.* Verbum potestatis in proposito possessionem significat & potestatem habendi tenendique , *d. l.* 4. §. 12. Res vi possessa redire debet in potestatem ejus qui dejectus est , ut maxime dominus non sit ; neque enim aliter vitium violentiæ purgatur quam si dejectus ipse restituatur in possessionem , fac. *l.* 6. §. 3. *de precar.* Res contra legem repetundarum data necesse est ut revertatur in potestatem ejus à quo profecta est heredisve ejus , *d. leg. pen. de leg. Jul. rep.* Rei autem furtivæ vitium ut purgetur in ipsius domini potestatem eam reverti oportet , *d. l.* 4. §. 6. quippe furtum in re furtiva solum dominum lædit ; cui proinde soli etiam de re furtiva condictio competit , §. *ult. Inst. inf. de obl. quæ ex del.* Plane nihil interest utrum in potestatem domini aut possessoris res pervenerit an quocumque modo his satisfactum sit , *d. l.* 4. §. 13. *l.* 32. *pr. eod. l.* 84. *de furt.*

1. De re pignori data & surrepta creditori dubitari potest in domini debitoris an in creditoris potestatem redire debeat ut vitium purgetur & usucapi possit ; nam Paulus respondit in domini potestatem eam redire debere , *d.l.* 4. §. 6. Labeonis quoque eadem sententia est , *l. ult. eod.* Idem tamen Paulus *d. l. ult.* notas ad Labeonem scribens contrà 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. §. 6. atque hoc etiam Labeo sensit. Priore autem casu purgatur reversâ 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 rediit usucapi ; quod Labeo non expresserat. Fuit autem , ut dixi, illud explorati juris ; siquidem ratio aliqua esse debet purgandi vitii per reversionem rei in potestatem alterius quam furis. Enimvero hoc amplius usucapionem admittebat Cassius,etiamsi pignus à debitore surreptum & distractum in potestatem creditoris nondum pervenisset ; eaque sententia etiam obtinuit , *d. l.* 4. §. 21. *l.* 5. *pro emt.* quamvis aliis , nec dubito quin Labeoni etiam & successoribus ejus displicuerit , & absurdum visum sit ab eodem & fieri furtum & furtum emendari : quorum sententia etiam expresse confirmari videtur *l.* 6. *C. pro emt.* Verum Cujac. in *d. l.* 4. §. 21. ita distinguit : aut debitor non tenente creditore pignus alii vendidit , & tunc ab emtore usucapi non potest , quia 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 emt.* aut tenenti creditori pignus aufert & deinde vendit , & tunc ab emtore usucapi posse existimat , quoniam postquam furtum factum est res in potestate debitoris fuit ; atque hoc ostendere *d. l.* 4. §. 21. *hoc tit. & d. l.* 5. *pro emt.* Illud constat , tractari in hac quæstione de re aliena quæ à bonæ fidei possessore pignori obligata est ut sit locus usucapioni pro emtore , *d. l.* 5. *pro emt.* Quamvis enim res aliena pignori non sit , inter ipsos tamen qui contraxerunt rata est pignoris conventio , per *l.* 9. §. *pen. l.* 22. §. 2. *de pign. act.*

Textus.

De re fiscali & bonis vacantibus.

4. *Res fisci nostri usucapi non potest ; sed Papinianus scripsit , bonis vacantibus fisco nondum nuntiatis , bonæ fidei emtorem traditam sibi rem ex his bonis usucapere posse , & ita Divus Pius & Divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

LL. 6. & 7. tit. 29. Part. 3 L. 1. tit. 15. lib. 4. Recop.

COMMENTARIUS.

2 *Hoc §. tolli videri præscriptionem quadriennii quæ olim bonorum vacantium possessori dabatur adversus fiscum.*

INter res quæ juris constitutione usucapioni obnoxiæ non sunt, quarum summam complexus sum sub §. 1. *sup. hoc tit.* primum locum obtinent res fisci, *l.* 18. *l.* 24. §. 1. *ff. hoc tit. l.* 2. *C. comm. de usuc.* Hoc autem privilegium rebus fiscalibus merito datum est, ne negligentia procuratoris fisci Principi noceat, qui aliis curis implicatur, qui 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. hoc eod. tit.* Nullane igitur temporis defensio possessorem adversus fiscum tuetur? De fundis patrimonialibus & rei privatæ rescriptum est, possessores eorum 40. annorum præscriptione defendi, *l. ult. C. de fund. patrim. l. ult. C. de fund. rei priv.* Tantum hoc cavetur, ut ne adversus fiscum ea præscriptione hoc assequantur ut in futurum à canone possessio sit immunis, *l.* 6. *C. d. tit.* Ceterum Justinianus *l.* 23. *C. de sacros. 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 Ecclesiis; & 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 sacros. Eccl.* atque ita postremo in his rebus reditur ad præscriptionem 40. annorum. In causis fisci criminalibus, uti persecutio criminum regulariter exceptione 20. annorum excluditur, *l.* 12. *C. ad leg. Corn. de fals.* ita etiam persecutio bonorum damnati aut adnotati quam fiscus habet; eoque refero *l.* 13. *de diver. 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. & comm. l.* 1. §. 2. *de jur. fisc.*

Bonis vacantibus] Bona vacantia dicuntur eorum qui sine heredè decesserunt. Strabo *lib.* 17. *Geograph.* ἀδέσποτα (*sine domino*) vocat, Harmenopulus ἀκληρονόμητα (*sine herede*) *lib.* 3. *tit.* 1. §. 18. Hæc ex lege Julia caduca ad fiscum pertinent, *l.* 96. §. 1. *l.* 114. §. 2. *ff. de legat.* 1. *l.* 1. *de jur fisc. l.* 1. *C. de quadr. præscr. l.* 1. *C. de bon. vac. &c.* Jus occupandi bona vacantia inter regalia numeratur, *lib.* 2. *Feud. tit. quæ sint regal.* Erant autem certi delatores qui hujusmodi bona aliamve rem ad fiscum pertinentem præmii 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. Verum caduca pene á Justiniano sublata sunt, *l. unic. 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. cap.* 10.

1. *Usucapere 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 sunt & fiscus ad ea animum adjecit. Videtur autem Justinianus hìc tollere præscriptionem quadriennii quæ bonorum vacantium possessori dabatur adversus fiscum post quadriennium agentem, *l.* 1. *C. de quadrien. præsc. l.* 1. §. 2. *ff. de jur. fisc. l.* 10. *de div. temp. præscr.* Nam olim quidem hìc sua utilitas & præscriptioni quadriennii & usucapioni anni aut biennii adversus fiscum fuit: præscriptioni in eo quod fisco ea obstabat sine consideratione bonæ aut malæ fidei possessoris; quippe cum 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 vero idem tempus in usucapione rerum immobilium vacantium adversus fiscum desideramus quod aliarum hujus generis rerum usucapioni Justinianus præstituit: poterit fiscus usque ad 10. annos quæstionem de his rebus movere, neque amplius finietur nuntiatio quadriennio. Et tamen vix dubito quin hæc mens Justiniani fuerit; argumentoque est, quod Tribonianus in *l.* 18. *hoc tit.* pro eo quod Modestinus scripserat, *usucapiet*, reposuit, *diutina possessione capiet*, uti primæ notæ Scriptores omnes profitentur. Hæc vulgo intacta.

TEXTUS.

Regula generalis.

5. Novissime sciendum est, rem talem esse de-

debere ut in se non habeat vitium ut á bonæ fidei emtore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.

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 naturâ neque lege usucapioni exemta est: fac. *l.* 24. *ff. hoc tit. l.* 5. *C. pro emt.* De possessione quæ fundamentum est & usucapionis causa proxima, deque ejus continuatione dicam ad §. 7. *infr.*

Textus.

De errore falsæ causæ.

6. Error autem falsæ causæ usucapionem non parit: veluti si quis, cum non emerit, emisse se existimans possideat, vel cum ei donatum non fuerit quasi ex donato possideat.

L. 14. *tit.* 29. *Part.* 3.

Commentarius.

JAm antè dictum est, nulla justa causâ possessionis præcedente usucapionem aut longi temporis præscriptionem non procedere, *l.* 24. *C. de rei vind. l.* 4. *C. de præscr. long. temp. l.* 6. *C. de adq. poss.* Hæ causæ in usu juris etiam tituli appellantur, *l. ult. C. de usuc. pro her. d. l.* 24. *C. de rei vind. d. l.* 4. *C. de præscr. long. temp.* Justæ autem causæ possessionis sunt eædem quæ & dominii adquirendi, *l.* 3. §. 21. *de adq. poss.* ubi pleræque hujus generis commemorantur. Error autem falsæ causæ, id est, opinio justi tituli usucapionem non parit, sed oportet titulum revera intervenisse: hoc est, non is qui putat se emisse, sibi donatum aut legatum esse cum non sit, pro emtore, pro donato aut legato usucapere potest; sed is solus qui vere emit, cui res vere donata aut legata est, *l.* 27. *hoc tit. l.* 1. *pro donat. ll.* 2. *&* 3. *pro legat. l.* 6. *pro derel. l.* 1. §. *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 emtum nihil donatum aut legatum est, usucapio pro emtore 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 modo emtum donatum aut legatum sibi existimet etiamsi nihil horum sit, pro emtore prove donato 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, usus specialis qui ex sola possessione rei possessæ nascitur, & locum habet in his quæ sola usucapione nostra fiunt, ex quo titulo certa usucapio, *l.* 2. *pro suo*; alter generalis, cohærens cum aliis omnibus causis; ut ecce, qui bona fide pro emtore pro donato prove 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.* Jam 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. Ceterum 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 emtore usucapiet; quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est, *l.* 11. *pro emt. l. ult.* §. 1. *pro suo.* Potest & in nostro ipsorum facto talis error intervenire ut usucapio non impediatur, *l.* 2. §. 15. *&* §. *seq. pro emt.*

Textus.

De accessione possessionis.

7. Diutina possessio quæ prodesse cœperat defuncto, & heredi & bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit, heredi & bonorum possessori licet ignoranti possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus observari constituit ut tempora continuentur.

L. 16. *tit.* 29. *Part.* 3.

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 *Justam possessionem defuncti prodesse heredi etiam scienti rem alienam esse; injustam defuncti non prodesse licet ignoranti; & quam rationem utrumque habeat.*
6 *Cujac. Wesemb. Hotomannus confutantur; & quis sit sensus verborum in calce hujus §. ostenditur.*

1. IN primis eum quem usucapere volumus possidere oportet; sine possessione ait Jurisconsultus usucapio contingere non potest, *l.* 25. *hoc tit.* Possidere in hoc argumento is solus intelligitur qui animo dominantis rem tenet. Quamobrem hinc removentur primum qui alieno nomine in possessione sunt, ut fructuarius, creditor, colonus, is cui res commodata aut apud quem deposita est, *l.* 33. §. 4. *hoc tit. l. pen.* §. 2. *qui satisd. cog.* §. 4. *Inst. infr. per quas pers.* §. 5. *Inst. inf. de interd.* deinde etiam sequester apud quem possessio deposita est: item is cui possessio tradita es ut eam postea restituat; etsi enim hi vere possident, *l.* 17. §. 1. *depos. l.* 17. *in fin. de adq. poss.* tamen quoad effectum usucapionis pro possessoribus haberi non possunt, quia rem non ut suam, non animo domini tenent.

2. Possidere autem oportet totum illud tempus quod lege definitum est, rem mobilem triennium, immobilem decem aut viginti annos; & possidere continenter sine possessionis interruptione. Hinc recte usucapio à Modestino definitur, adjectio dominii 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 impleto habeatur, *l.* 6. *eod.*

3. Interrumpitur possessio duobus modis: uno naturaliter, veluti cum quis vi de possessione dejicitur aut res nobis eripitur, *l.* 5. *hoc tit. l.* 15. *de adq. poss.* altero civiliter per litis contestationem. Hoc modo civiliter interrumpi possessionem dicimus, quia post litis contestationem vere & naturaliter possidere non desinimus & implemus usucapionem, *l.* 2. *pro donat. l.* 2. §. *ult. pro emt.* sed impleta inter moras judicii usucapio effectu juris victo possessori non prodest, sed rem restituere cogitur perinde quasi non usucepisset, *l.* 18. *de rei vind.* Naturalis interruptionis hanc vim fuisse constat, ut etsi quis amissam semel possessionem deinde recuperasset, ei prioris possessionis tempora ad usucapionem aut præscriptionem non prodessent, sed à recuperata possessione tempus denuo inchoaretur; & proinde etiam quod ad bonam fidem possidentis attinet initium possessionis recuperatæ spectatum fuisse, *l.* 15. §. 2. *hoc tit. l.* 7. §. 4. *pro emt.* neque ex hoc jure quidquam 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 plene interrumpebatur lite, ut nec lite omissa ullius momenti esset, etiamsi post omissam litem ex integro is cum quo actum erat longo tempore possedisset, *ll.* 2. 3. & 10. *C. de long. temp. præsc. l.* 10. *de adq. poss.* Sed hæc differentia sublata est per *ll. pen.* & *ult. C. de annal. except. l. un. C. de usuc. transf.* An ergo & mala fides simpliciter incidens quæ usucapionem neutiquam interpellabat, *l.* 48. §. 1. *de adq. rer. dom.* interpellabit præscriptionem longi temporis? Id quidem affirmat Cujacius in *d. l.* 2. §. *ult. pro emt.* Verum 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 scientiæ, *d. l. un. C. de usuc. transform.* plenissime tamen interrumpitur litis contestatione, atque adeo libelli oblatione, ut expresse constitutum est, *ll. pen.* & *ult. C. de annal. except.* Atque hactenus igitur minus est in nova usucapione quam in veteri fuit, quod nova istis modis plene interpellatur.

4. Continuationem possessionis dum exigimus, non hoc præcise 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 tributum est licet dissimiliter, de quo statim, tam successori rerum singularum, puta emtori, donatario, quam successori universi juris, ut heredi aut bonorum possessori, *hoc text.* & §. *seq. l.* 14. *eod.*

eod. l. 2. §. 19. & seq. pro emt. l. 13. §. 1. & seqq. de adq. poss. l. 14. de div. temp. præscr.

5. *Licet ipse sciat prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit*] Hæc non ad quemvis successorem sed ad successorem universi juris, heredem aut bonorum possessorem tantum pertinent. Duo autem hic traduntur: unum est, justam possessionem defuncti prodesse heredi, & procedere etiamsi heres sciat rem alienam esse, quod & traditur *l. 43. hoc tit. l. 2. §. 19. pro emt.* alterum, injustam possessionem defuncti heredi non procedere licet ignoret rem alienam esse: fac *l. 11. ff. de div temp. præscr. l. 11. C. de adq. poss.* Utrumque eamdem rationem habet, quia scilicet heres 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 heredi vel noceat: prosit si defunctus bonum initium habuerit etsi heres non habeat; noceat, si defunctus bonum initium non habuerit etiamsi heres habeat; & perinde per omnia habeatur ac si defunctus adhuc ipse possideret. Succedit itaque heres non tantum in virtutes defuncti sed etiam in vitia, nec ignoratione sua ea excludit, ut ait Papinianus *d. l. 11. de div. temp. præscr.* & Impp. *d. l. 11. C. de adq. poss. Vitia possessionum*, inquiunt, *à majoribus contracta perdurant, & successorem auctoris sui culpa comitatur.* Ex quo hoc amplius etiam intelligimus, errare eos qui heredem nolentem 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 vero eorum opinionem juvat *l. pen. pro hered.* neque enim negamus posse aliquando heredem usucapere quod defunctus non potuit; sed dicimus non posse quod defunctus vitiose possedit. Ut ecce, potest heres ex sententia plerorumque Veterum usucapere rem quam putat hereditariam esse, cum non sit, sed defuncto commodata aut pignerata aut apud eum deposita: quomodo explicanda est *d. l. pen.* Nimirum quia nihil ex persona defuncti hic obstat heredi quominus ipse eam rem pro herede usucapere possit; quamquam sunt, inter quos etiam Bachovius, qui nec hoc ipso casu usucapionem pro herede admittunt, per *ll. 2. & ult. C. pro her. l. 4. C. de præscr. long. temp.* Sed hos si sequimur delendi erunt *tit. de usuc. pro herede*; possuntque *dd. ll. 2. & ult.* commode accipi de iis qui falso existimant se heredes esse; & *d. l. ult.* cum *d. l. 4.* etiam de vero herede, sed qui rem ex titulo ad usucapionem inhabili tenens possessionis causam sibi mutare conatur, eamque rem obtentu, quasi hereditaria esset, pro herede usucapere; cujusmodi species proponitur *d. l. 2. §. 1. pro herede.* VINN. Titulus pro herede qualis sit apparet ex Pomponii verbis *l. pen. ff. pro her. Plerique putaverunt, si heres sim & putem rem aliquam ex hereditate esse, quæ non sit, posse me usucapere.* Ponendus itaque casus quo heres sine mala fide vel sua vel defuncti rem alienam possidet. Tale exemplum est Pagenstecheri in *admonitor. ad Pand. part. 6. §. 160.* si ovis Titii immiscuerit se Mævii defuncti gregi inscio Mævio. HEIN.

6. *Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus*] Hunc versum transposuit Wesembecius secutus auctoritatem Cujacii, qui putavit eum non suo loco positum & reponendum post §. *seq.* propterea quod Justinianus constitutione sua *l. un. C. de usuc. transform.* nihil novi caverit de continuatione possessionis defuncti & heredis, sed quod ex rescripto Severi & Antonini tantum obtinebat in præscriptione longi temporis, id est, ut inter emtorem & venditorem tempora conjungerentur, traxisse ad usucapionem, in qua olim successor singularis propter brevitatem temporis accessione possessionis auctoris sui non utebatur, per *l. 32. §. 1. de serv. præd. urb.* In quo vix est ut Cujacio assentiri possim. Nam in *l. 14. hoc tit.* expresse etiam emtori & legatario prodesse dicitur tempus quo venditor & testator possederunt: prodesse scilicet etiam ad usucapionem de qua ex professo isto titulo agitur. Similiter Ulp. in *l. 13. §. 1. & seqq. de adq. poss.* latissime 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, emtori tempus venditoris ad usucapionem procedere, *l. 2. §. pen. pro emt.* Hoc amplius Scævola etiam, emtorem servi uti accessione venditoris, *l. 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 adquiri quo unius; immo in duorum

pos-

possessione domini conditio melior: quoniam tam in successore volente uti accessione bonum initium exigitur quam in auctore ejus, cum unius usucapionem mala fides superveniens non interpellet. Hæc autem omnia Triboniano adscribere magnæ temeritatis est. Neque in *d. l.* 32. §. 1. *de serv. præd. urb.* agitur de emtore aliove in quem ex justa causa possessio ab auctore translata est, quo demum casu locus est conjunctioni temporum; sed de eo qui interpellata usucapione, propterea quod res simpliciter possideri desita esset, postea eamdem rem possidere 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 dumtaxat; ac ne heredi quidem tempora in usucapionibus continuata, sed id primum effectum esse constitutione Justiniani; idque esse quod hoc loco Justinianus significet. Verum hanc sententiam falsam esse ostendunt quotquot sunt loci quos modo citavimus; & de herede hoc amplius jam ante obtinuit ut nec scientiâ continuatio temporum in usucapione impediretur, *l.* 43. *hoc tit. l.* 2. §. 19. *pro emt.* idque locum haud dubie etiam habuit in usucapione rerum mobilium; neque simplex scientia heredis rem magis furtivam facit quam si defunctus ipse ante impletam usucapionem rescivisset rem alienam esse. Quapropter omnino existimo, Justinianum, nisi forte quid falso sibi attribuerit, his verbis, *Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus &c.* nihil aliud significare quam se in usucapione à se reformata nihil innovasse, quod attinet ad continuationem temporum inter defunctum & heredem; sed eam observari voluisse etiam in sua usucapione & rerum quoque mobilium uti ea antea observabatur, & maxime in diutina possessione, in qua frequentior erat propter longioris temporis spatium. Non meminit quidem nominatim defuncti & heredis, sed tamen generaliter antecessoris & successoris cujusvis; quod satis est ad retinendum hunc versum in suo loco. Ita propemodum & Car. Hannib. Fabrot. in *not. ad Theoph.* Hinc simul apparet abuti hoc textu DD. qui eum adducunt ad probandum usucapionem tantum esse rerum mobilium.

TEXTUS.

8. *Inter venditorem quoque & emtorem conjungi tempora Divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

L. 16. *tit.* 29. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Quando successor singularis accessione possessionis auctoris sui uti possit.*
2 *Vitium auctoris successori neque nocere neque prodesse.*

1. DE conjunctione temporum inter priorem possessorem & universi juris successorem dictum §. *præc.* hìc de eadem conjunctione agitur inter venditorem & emtorem, quod tamen jus ad ceteros quoque pertinet qui alio titulo singulari etiam lucrativo rem acceperunt, puta ex causa donationis aut legati, *l.* 14. *pr.* & §. 1. *hoc tit. l.* 13. §. 10. & *seq. de adq. poss. l.* 5. *l.* 14. §. 1. *de div. temp. præscr.* Scriptum hìc simpliciter est, inter venditorem quoque & emtorem tempora conjungi. An igitur eodem modo quod inter defunctum & heredem? Nequaquam; sed ita si uterque bona fide rem acceperit. Proinde si emtor justum possidendi initium non habuerit, etiamsi venditor habuerit non utetur emtor accessione venditoris, contrà quam existimat Hotomannus: nam traditum est, vitiosæ possessioni nullam ne justam quidem posse accedere, *d. l.* 13. *in fin.* quamquam diversum est in successione universi juris, de quo abunde §. *præc.* Ex contrario quoque vitiosa venditoris possessio non prodest justæ possessioni emtoris; sed qui vult uti adminiculo ex persona auctoris, eo uti debet cum sua causa suisque vitiis, *d. l.* 13. §. 1. id est, eâdem conditione eodemque jure quo auctor uteretur. Denique hoc etiam traditum est, nec vitiosam possessionem accedere posse ei quæ vitiosa non est, *d. l.* 13. *in fin.* Plane non nocebit successori quod auctor ejus bono initio nixus rescivit rem alienam esse antequam eam alienaret: quia si non alienasset ipse eam usucapere potuisset.

2. Quid si successor accessione auctoris uti nolit sed suæ tantum possessionis tempora computare, an hìc etiam vitium auctoris ultro nocebit successori? Placuit, quemadmodum vitium auctoris successori non prodest si accessione uti velit: ita neque nocere si ac-

ces-

cessione uti nolet : denique , successorem per se usucapere posse quod auctor usucapere non potuit , *d. l. 5. de div. temp. præscr. l. 4. §. 27. ff. de dol. exc. l. 4. C. de rei vind.* quod tamen ex parte emendatum & temperatum est distinctione quæ extat in *authent. malæ fidei. C. de præscr. long. tempor.* In hoc autem dissimilis item causa heredis est , cui vitiosa defuncti possessio nocet etiamsi adminiculo ex persona defuncti uti nolit : quippe qui tam in vitia quam in virtutes defuncti succedit , & eadem cum defuncto persona esse existimatur , *l. 11. de div. temp. præscr.* Vid. *§. præced.* Loquimur autem de vitio personæ possessoris: nam quod vitium in re est , puta si res furtiva sit aut vi possessa , id generaliter successoribus omnibus nocet , *§. 5. supr. hoc tit. l. 24. ff. de usuc. l. 7. C. pro emt.* Illud addo, si medio tempore alius possederit interruptam esse possesionis continuationem ; atque in ea re similes esse emtores universi juris successoribus , *d. l. 13. §. 4. de adq. possess. l. 20. hoc tit.*

Textus.

De his qui à fisco aut Imp. Augustæve domo aliquid acceperunt.

9. Edicto Divi Marci cavetur , eum qui à fisco rem alienam emit , si post venditionem quinquennium præterierit posse dominum rei exceptione repellere. Constitutio autem divæ memoriæ Zenonis bene prospexit iis qui à 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 iis qui á nostra vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint , hæc statuit quæ in fiscalibus alienationibus præfatæ Zenonianæ constitutionis continentur.

L. 20. tit. 19. lib. 8. Ordinam. Complut.

Commentarius.

1 *Ærarium etiam post occupatam Rempub. diu dictum pecuniam publicam sive Imperii ; fiscum pecuniam Principis privatam : postea utrumque verbum promiscue usurpatum.*

2 *Præscriptionem quadriennii fiscalem & veteri juri incognitam & Canonibus improbatam esse.*

Si post venditionem quinquennium] Mentio fit hujus edicti D. Marci *l. ult. C. si adv. fisc.* In hac autem præscriptione quinquennii nullam factam fuisse distinctionem inter bona aut mala fide quid à fisco accipientem, apparet ex eo quod alioqui melior conditio fuisset ejus qui à privato emisset quam qui à fisco : siquidem is qui à privato bona fide rem emerat summùm biennio eam usucapiebat.

Constitutio Zenonis] Ea est *l. 2. C. de quadrien. præscr.* Olim quinquennii præscriptione tuti erant qui quid alienum emerant à fisco. Hodie statim tuti sunt ex constitutione Zenonis , sive conveniantur sive ipsi amissa forte rei possessione ultro agant. Fisco autem alienanti rem alienam vel alii pignori obligatam datur præscriptio quadriennii , si post quadriennium eo nomine conveniatur à domino aut creditore pigneratitio , *d. l. 2.* Quod ideo sic constitutum esse videtur ut tanto facilius emtorem fiscus reperiat ; tum etiam ne rescindatur venditio facta publica auctoritate; alioqui sane durum atque iniquum est domino aut creditori jus vindicandi aut persequendi rem suam aut sibi nexam statim auferre, iisque objicere tam potentem adversarium.

Sacratissimum ærarium] Hic diserte fiscus appellatur ærarium Principis , uti & in *ll. 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 scilicet ipsius patrimonium constet ; fiscum vero ceterarum omnium , quæ sacræ largitiones & sacri thesauri passim appellentur: eamque differentiam in *dd. ll.* accurate 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 κατὰ μετωνυμίαν (*per metonymiam*). Cic. 3. *Tusc. c. 20. Et quidem C. Gracchus cum largitiones maximas fecisset & effudisset ærarium , verbis tamen defendebat ærarium.* Idem ad *Attic. lib. 6. ep. 1. Ariobarzanes nullum ærarium nullum vectigal habebat.*

1. Illud quoque constat , post occupatam Rempub. ærarium adhuc diu dictum fuisse pecuniam publicam sive Imperii , & à fis-

co

co separatum ; fiscum enim dixerunt pecuniam Imp. propriam ac privatam , cujusmodi erant bona damnatorum , caduca , vacantia , aliaque ἀδέσποτα quæ Principi deferebantur. Plinius in *Panegyr. Trajano dict. At fortasse non eâdem severitate fiscum qua ærarium cohibes ? Immo tanto majore quanto plus tibi licere de tuo quam de publico credis* ; & paulo post : *Quæ præcipua tua gloria est sæpius vincitur fiscus, cujus mala causa est numquam 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 ærarii & fisci evanuit , ac utrâque voce promiscue usi sunt , unaque tantum sub Græcis Principibus distinctio usurpata , fisci & bonorum Principis patrimonialium: quod hic locus aperte ostendit , & , unde desumtus est , ex *l. ult. C. de quadr. præscr.* Id autem inter res fiscales & patrimoniales intererat , quod etsi utræque Principis erant , illæ essent Principis qua talis , & ideo publicæ; hæ propriæ Zenonis , Justiniani , & ideo privatæ; unde & Comites rerum privatarum dicti quibus harum rerum cura demandata , *tit. C. de off. Com. rer. priv.* qui antea procuratores patrimonii appellabantur , *l.* 39 §. *ult. de legat.* 1. Plane vocabulo ærarii aliquando latius usi sunt , ut eo etiam significarent res Principis privatas : veluti cum in *l. un. C. de quæst. & magistr. offic.* comitiva utriu que ærarii 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.*

Nostra autem divina constitutio] Intelligit *l. ult. C. de quadr. præscr.* qua quod Zeno fisco statuerat producit ad substantiam Principis privatam , ut scilicet etiam rerum patrimonialium emtor statim securus sit , & dominus quadriennii præscriptione excludatur ; affertque hanc constitutionis suæ rationem , quod cum 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 omnino , & bona etiam subditorum propria esse Principis. Eâdem constitutione etiam Serenissimæ Augustæ idem privilegium conceditur.

2. Hoc jus atque hæc præscriptio fiscalis Veteribus incognita fuit , uti liquet ex *l.* 13. §. 9. *de her. pet.* Jus Canonum eam improbat *cap.* XVI. *quæst.* 3. VINN. De rebus ad Regis ærarium spectantibus jus nostrum distinguit alias quæ nullo tempore usucapi possint , supremam nempe jurisdictionem , & jus exigendi vectigalia , præcipue illud vectigalium genus quod nos *alcabalas* nuncupamus , *ll.* 1. & 2. *tit.* 15. *lib.* 4. *Recop.* alias vero quæ præscribi possunt, cujusmodi est jurisdictio non suprema , quæ possessione 40. annorum cum titulo , & immemoriali etiam sine titulo adquiritur , *d. l.* 1. & Acevedo ad *d. l. n.* 3. ADDIT.

TITULUS VII.

DE DONATIONIBUS.

Dig. lib. 39. *tit.* 5. *& 6. Cod. lib.* 8. *tit.* 54. *Nov.* 162. *Et for. legg. lib.* 3. *tit.* 12. *Part.* 5. *tit.* 4. *Recop. lib.* 5. *tit.* 10.

1 *Absolutam inter vivos donationem ad adquisitiones juris gentium pertinere.*

2 *Sitne donatio modus adquirendi, an titulus sive causa.*

3 *Series hujus tituli.*

1. USucapionem , de qua proxime egimus , esse modum adquirendi jure civili extra controversiam est ; utrum autem donatio quoque eò pertineat ambigitur. Et quidem absolutam 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 ejus aut perfectionem pertineat ? Quid tam naturale est quam hominem homini benefacere ? Ad liberalitatem naturâ propensi sumus , testibus Cic. *in Læl.* & Sen. in *libb. de benef.* Antiquitas nihil aliud existimavit esse Deum quam prodesse mortalibus : de quo Desiderius noster in *Chiliad.*

liad. Adhæc nihil magis rationi naturali convenit quam voluntatem domini rem suam in alium transferentis ratam haberi, Demosth. *advers. Leptin.* ex causa liberalitatis id fiat an ex qua alia nihil refert, auctore ipso Justiniano §. 40. *sup. de rer. div.* ubi nominatim etiam donationem refert inter causas adquisitionis juris gentium. An vel apud Sinas aut Japonis 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 postea? Lex Fusia Caninia vetuit ultra præscriptum numerum manumittere, an ideo manumissio ex jure civili est? Quarumdam rerum vetita est distractio, an idcirco emtio venditio contractus juris gentium non est sed juris civilis? Plane cum necessitas insinuandi donationem quæ excedit supradictam summam à jure civili sit, concedo tantæ quantitatis donationem, utpote quæ jam sola voluntate & traditione donantis non perficitur, posse referri inter modos adquirendi jure civili, arg. *l. 6. de just. & jur.* ut tamen non meri juris civilis habeatur sed mixti, & maximam adhuc partem naturalis; aliæ autem omnes quæ quantitatem legitimam non excedunt juris mere naturalis sive gentium manent. Quomodo ergo defendimus methodum Justiniani? Nimirum, si dicamus Justiniano principaliter propositum esse tractare de donationibus impropriis mortis causa & propter nuptias quæ ad jus civile non inepte referuntur, uti postea palam fiet. Hoc autem ipsa series tractationis ostendit, cujus initium à mortis causa donatione capitur; cum alioqui converso modo de donatione vera & absoluta primo loco agendum fuisset, uti factum est in π^. & *Cod.*

2. Occurrit hic & aliud dubium, sitne scilicet donatio modus adquirendi dominii an solummodo titulus sive causa, ut emtio, dos, permutatio. Nam ratio ordinis exigit ut dicamus esse adquirendi modum; contrà vero causam tantum adquirendi esse probat §. 40. *Inst. de rer. div.* Verum hoc non adeo difficile expeditu est. Etenim donationis verbum duobus modis accipitur: uno modo proprie pro ipsa datione, quando scilicet liberalitatis exercendæ gratia aliquid alicui tradimus & actutum in accipientem transferimus, ut simul & causam tradendi & traditionem ipsam includat; nam proprie donare nemo intelligitur nisi qui & tradat; unde donare & dare promiscue Jurisconsultus usurpat *l. 1. hoc tit.* & donatio dicta quasi doni datio, *l. 35. §. 1. de mort. caus. don.* unde & Papinianus *l. 23. de donat. int. vir. & ux.* donationem distinguit à stipulatione donationis causâ facta: altero modo metonymice pro conventione de dando, cum quis donationis causa aliquid promittit, *ll. 2. 12. & 22. eod.* Priore sensu accepta donatio modus est adquirendi dominii; posteriore non dominium sed obligationem parit, rationemque contractus & tituli habet, *d. l. 22.* Plerique magno molimine magnas hic nugas agunt. VINN. Asc nescio an ipse auctor rem confecerit. Ego ita sentio. Tribonianus hic secutus est proculdubio ordinem Gaji. Ejus autem tempore donatio omnino erat modus adquirendi dominium civilis. Nam tunc ex lege Cincia de donis & muneribus non valebat donatio nisi interveniret mancipatio solemnis & traditio. Fr Brummer. ad *l. Cinc. cap.* 13. Conf. *Novell.* 162. *cap.* 1. Postea Antoninus Pius nudam voluntatem sufficere voluit in donationibus inter parentes & liberos, *l. 3. Cod. Theod. de don.* Idem de donationibus inter conjuges sanxit Antoninus Caracalla *l. 32. §. 1. ff. de donat. int. vir. & ux.* Contantinus M. postea litterarum fide donationis fieri posse concessit, modo postea sequeretur corporalis traditio, *l. 1. Cod. Theod. de don.* Remisere has scripturas Theodosius & Valentinianus AA. sed ita ut *alia idonea documenta* adhiberentur, *l. 29. C. de donat.* Denique Justinianus & nudam promissionem valere jussit, *ll. 35. & 37. C. de donat.* Ex brevi hac juris hujus historia patet, recte Gajum, aut quemcumque secutus est Tribonianus, donationem retulisse inter modos adquirendi, eosque civiles, ob neeessariam in donatione mancipationem & traditionem. At minus recte Tribonianus putavit hunc ordinem servari posse, quia saltim quædam donationis species, puta donatio mortis causa, huc referri possit. Conf. Averan. *interpret. lib. 1. cap. 29.* HEIN.

3. Initio hujus 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; tum de donatione propter nuptias. Ad extremum subjicitur modus antiquus adquisitionis civilis ex causa lucrativa per jus accrescendi.

TEXTUS.

De donatione.

Est & aliud genus adquisitionis donatio. Donationum autem duo sunt genera : mortis causa & non mortis causa.

L. 7. tit. 10. lib. 5. Recop.

COMMENTARIUS.

REctior fortassis erit divisio si dicamus, donationem aliam esse propriam aliam impropriam, *l. 1. hoc tit.* est enim donatio ex eorum generum numero quæ πρὸς ἕν (*ad unum*) dicuntur, nec pariter subjectis speciebus omnibus conveniunt. Donatio propria, quæ & vera atque absoluta, *l. 35. §. 2. de mort. caus. don.* est, cum quis solius liberalitatis gratiâ sic aliquid dat ut statim velit accipientis fieri neque ullo casu ad se reverti, *d. l. 1. & d. l. 35. §. 2.* Impropriæ donationis variæ sunt species. Talis est donatio propter nuptias, de qua §. 3. *inf. hoc tit.* 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 honorarii nomine datur pro officio & opera præstita & in factis quæ locari solent mercès diceretur, in speciem meræ donationis non cadit; quia donari non videtur nisi quod nullo jure cogente conceditur, *l. 29. hoc tit.* τὸ χαρὶς ἀνάγκης δεδόμενον· Harmenop. *lib. 3. tit. 1.* Et hoc est quod DD. tradunt, donationem remuneratoriam proprie donationem non esse, per *l. 19. §. 1. l. 27. hoc tit.* Talis denique donatio mortis causa, propterea quod ex casu resolvitur, atque adeo ex pœnitudine revocari potest.

TEXTUS.

De mortis causa donatione.

1. *Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem : cum 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 utrum donationis an legati instar eam obtinere oporteret, & utriusque causæ quædam habebat insignia, & alii ad aliud genus eam retrahebant : à nobis constitutum est ut per omnia fere legatis connumeretur, & sic procedat quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa mortis causa donatio est, cum magis se quis velit habere quam eum cui donat, magisque eum cui donat quam heredem suum. Sic & apud Homerum Telemachus donat Piræo:*

Πείραι', ἐυ γάρ τ' ἴδμεν ὅπως ἔσται τάδε ἔργα.
Εἴ κεν ἐμὲ μνηστῆρες ἀγήνορες ἐν μεγάροισι
Λάθρη κτείναντες πατρώια πάντα δάσωνται,
Α' υτὸν ἔχοντά σε βούλομ' ἐπαυρέμεν ἤτινα τῶνδε·
Εἰ δέ κ' ἐγὼ τούτοισι φόνον καὶ κῆρα φυτεύσω,
Δὴ τότε μοι χαίροντι φέρειν πρὸς δώματα χαίρων·

Hos versus sic vertere licebit.

Cum, Piræe, homines lateant secreta futuri,
Si me forte proci sceleratis ad Styga mittant
Insidiis, patriasque velint erciscere prædas:
Hæc ego præ reliquis multo tibi cedere malim;
Sin ego eos justis prosternam cladibus ultor,
Hæc mihi tu gaudens media inter gaudia reddas.

L. 2. tit. 4. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1 *Ex verbis donatoris æstimandum an donatio facta sit ob suspicionem mortis; & citra talem suspicionem mortis quoque causâ rectè donari.*

2 *Quibus in rebus similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis cernatur.*

3 *Quibus in rebus dissimilitudo & discrepantia.*

QUæ propter mortis fit suspicionem] Cum quid metu mortis vel ex præsenti vel ex futuro periculo donatur : puta si donator gravi morbo laboret, si periculosam peregrinationem vel navigationem suscepturus sit, si iturus ad militiam, si grassetur pestilentia &c. *l. 2. & aliquot seqq. l. 35. §. 4. de mort. caus. don.*

1. Ceterum 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 declara-

raverit se ob metum propinquæ mortis donasse; alioqui non tam mortis causa quam moriens donasse censetur, *ll.* 29. & 42. *in fin. eod.* D. Tuld. *comm. hic. cap.* 4. Vinn. Quod etiam jure nostro obtinere tradit Gloss. . ad *l.* 6. *tit.* 12. *lib.* 3. *For. legg.* Addit. Quin etiam extra suspicionem ullius periculi & à sano atque in bona valetudine constituto mortis causa recte donatur sola cogitatione mortalitatis ex sorte humana, *d. l.* 2. & *d. l.* 35. §. 4. *eod.* Sed itidem verbis hoc declarandum ne alias pura & simplex habeatur donatio. Quod si considerasset Hotomannus, abstinuisset, credo, à reprehensione Jurisconsultorum Juliani Ulpiani Pauli; neque tam temere pronuntiasset 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 solum autem suæ mortis causa donare quis potest sed etiam alterius: puta filii, fratris, sororis, *ll.* 11. & 18 *ff. de mort. caus. don.*

Cum quis ita donat] Dupli iter autem quis sic donat, vel ut statim rem faciat accipientis, vel ut tunc demum cum mors fuerit insecuta, *d. l.* 2. *eod.* Posteriore casu ad revocandam donationem competit donatori directa in rem actio, sive pœnitentiâ ductus donationem infringere velit sive periculum quod metuebat evaserit, *l.* 29. *eod.* Priore condictionem habet, *l.* 35. §. *eod.* habet & utilem in rem adversus quosvis possessores *l.* 30. *eod.* sublatoque periculo aut præmortuo eo cui donatum est fortassis etiam in rem directam quasi donatione ipso jure resoluta, *d. l.* 29. add. Gomez. 2. *resol.* 4.

Si quid humanitus] Ἀνθρώπινόν τι. Si quid humanum *l.* 26. *pr. depos. vel contr.* 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 tamquam ominoso.

Sin autem supervixisset &c.] Tribus casibus mortis causa donatio fit irrita: si donator salvus evaserit, si donationis eum pœnituerit, si donatario supervixerit, *l.* 16. *d. l.* 29. & *seq. eod. l.* 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. Plane si quis sanus & valens extra suspicionem alicujus periculi sola cogitatione mortalitatis commotus donaverit, non puto irritam fieri donationem si forte donator morbum aliudve periculum in quod postea incidit evaserit: nam nihilominus causa donandi manet. Soar. *in recept. lit. D. n.* 29. D. Tuld. *comm. hic c.* 5.

Ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia] *Fere* scilicet: quam particulam mox etiam ipse exprimit cum constitutionis meminit qua hæc exæquatio facta est. Intelligit autem *l. ult. C. de mort. caus. don.* qua quidem hanc donationem ad similitudinem legatorum revocat, ceterum non simpliciter & per omnia sed κατά τι (*secundum quid*), & maxime ratione effectorum. In aliis vero magna adhuc dissimilitudo est: de quo habebimus quod certo statuamus, si res hæc inductione utriusque generis exemplorum declaretur.

2. Similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis in his cernitur. (1) Quod quemadmodum in omni ultima voluntate, quæ testamentum non sit: quinque testes desiderantur, *l. ult.* §. *ult. C. de codicill.* ita & in mortis causa donatione, idque ad solemnitatem actus, *l. ult. C. de donat. caus. mort.* (2) Quod sicut legata à vivo testatore revocari possunt, nec quidquam suprema voluntate relictum valet nisi post mortem relinquentis, ita & hanc donationem pro arbitrio revocare liceat, nec prius rata aut perfecta habeatur quam mors donatoris insecuta sit, *ll.* 29. 30. & 32. *ff. de donat. mort. caus.* (3) Quod sicut dominium rei legatæ statim à morte testatoris transit in legatarium, ita rei mortis causa donatæ nec ante traditæ statim à morte donatoris in donatarium, *l.* 2. *de Pub. in rem act.* Hæc sufficiunt ut donatio mortis causa numeretur inter adquisitiones civiles. Illud autem falsum est quod Glossa, Bart. Castr. in *l.* 30. *ff. de donat. caus. mort.* tradunt, & sequitur Gomez. 2. *res.* 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 cum 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.* 42. §. 1. *ff. de don. mort. caus. l.* 2. *C. eod.* (6) Quod in ea locum habet jus accrescendi inter conjunctos in eamdem rem, *l. un.* §. 14.

C. de cad. toll. Gomez. 1. *resol.* 10. *n.* 7. (7) Quod quemadmodum conjux conjugi legare, ita & mortis causa donare potest, *l.* 9. §. *ult.* & *ll. seqq. de donat. int. vir.* & *ux.* (8) Postremo quod in hoc genere donationis non opus est insinuatione, *l. ult. C. de don. caus. mort.*

3. Dissimilitudo & discrepantia elucet in his. (1) Quod mortis causa donatio sic fieri potest ut nullo casu revocetur, *l.* 13. *de mort. caus. don.* quod secus est in legatis, *l.* 22. *de legat.* 3. *l.* 4. *de adim. legat.* Quamquam fatendum est talem mortis causa donationem naturam mutare, & effectu esse donationem inter vivos, *l.* 27. *de donat. caus. mort.* idque eleganter ostendit D. Joan. Decker. *dissert.* 1. *n.* 40. & *seq.* (2) Quod donatio hæc ab aditione hereditatis sicut legatum non pendet, sed sola morte confirmatur donantis, *l.* 32. *de donat. mort. caus.* fac. *l.* 5. §. 17. *de his quæ ut indig.* Clar. *lib.* 4. §. *donatio quæst.* 5. *n.* 2. (3) Quod donatio in singulos annos una est, legatum tale multiplex; itaque illa ad heredes pertinet; at primi anni legatum dumtaxat purum est, reliquorum conditionale, quod ad heredem legatarii ante diem non transit, *l.* 35. §. *ult. de donat. caus. mort. l.* 4. *de ann. legat.* (4) Quod in mortis causa donationibus an quis capere possit non donationis sed mortis tempus inspicitur, *l.* 12. *de donat. caus. mort.* cum in legatis etiam tempus facti testamenti spectetur, §. 4. *Inst. infr. de her. qual.* (5) Quod donatio fit inter duos, legatum autem præter voluntatem unius testatoris nihil desiderat; unde legatum etiam in absentem & ignorantem conferri potest; donatio utem à præsente in præsentem conferenda, *l.* 38. *de donat. caus. mort.* aut utique in absentem per nuntium aut literas, ut sciat & donationem accipiat, *l.* 10. *eod.* Mantic. *de conject. ult. volunt. 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.* 35. §. 3. unde etiam illud est, quod filiusfam. consensu patris mortis causa donare potest, quamvis testamentum facere non possit nec permittente patre, *l.* 25. §. 1. *eod.* Vulgo DD. sic distinguunt, donationem hanc habere naturam contractus cum in esse producitur; effectu autem & cum in esse producta est rationem ultimæ voluntatis. Ceterum hoc per omnia verum non esse tum numerus testium & remissio insinuationis liquido ostendit; tum quod hæc donatio non pendet ab aditione hereditatis.

Cum prudentibus ambiguum fuerat] Familiare Justiniano est cum quid quasi novum constituit veterum Jurisconsultorum allegare ambiguitatem: in quo tamen sæpe fallitur & fortassis etiam hoc ipso loco. Sane in responsis Veterum nullum hujus ambiguitatis vestigium apparet. Tradunt illi, quod hic à se factum ait Justinianus, donationes mortis causa ad exemplum legatorum esse revocatas, *ll.* 15. & 37. *eod. l.* 2. *de Pub. in rem act.* Mansit tamen adhuc nonnullum inter hæc discrimen, de quo inter omnes convenit, ut ex aliis locis patet, nec hoc discrimen à Justiniano 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 quam se habere mavult; in donatione autem mortis causa qui donat se primum & principaliter cogitat, atque amore vitæ recepisse potius quam dedisse mavult. In summa, se potius habere vult quam eum cui donat; illum deinde potius quam heredem suum, *d. l.* 35. §. 2. *de donat. caus. mort.*

Sic apud Homerum] *Odyss.* 17. *v.* 78. ubi Telemachum ex peregrinatione reversum quam patris Ulyssis conquirendi causa susceperat, 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 insidiis necent paternasque opes diripiant, malo te vasa hæc tibi habere quam illorum quempiam. Sin autem ego illis interitum afferam, tum vero tu lætus & gratulans mihi læto & gratulanti domum illa referes. Est & mortis causa donatio in *Alcestide* Euripidis, (*v.* 1020.) ubi sic Hercules: γυναῖκα τήνδε μοι σῶσαι λάβῳς &c. (*mulierem hanc mihi acceptam serva*) Adi de hac donatione Covar. *rubr. de testam. part.* 3.

TEXTUS.

De simplici inter vivos donatione.

2. *Aliæ autem donationes sunt quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos ap-*

appellamus, quæ non omnino comparantur legatis: quæ si fuerint perfectæ temere revocari non possunt. Perficiuntur autem cum 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 cum retro Principum dispositiones insinuare 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 minime desiderant, sed in se plenissimam habent firmitatem. 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 quamdam patiantur injuriam vel jacturam secundum enumeratos in constitutione nostra modos.

LL. 4. 9 & 10. tit. 4. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1 *Plenius & planius exponitur quomodo donatio inter vivos perficiatur.*

2 *Non ex quolibet pacto donationis causa facto obligationem ex constit. Justiniani nasci.*

3 *Errare eos qui putant simplex pactum donationis vi constitutionis Just. parere actionem in rem.*

4 *Donationes quæ insinuationem non desiderant recensitæ.*

5 *Ad uberiorem exitum donationum á Justiniano quæ inventa.*

6 *Neque heredem donatoris revocare donationem, neque ab heredibus donatarii revocari ob ingratitudinem ejus posse.*

7 *In* l. si umquam 8. C. de rev. don. *constitui jus singulare, quod non producendum ad consequentias.*

AGitur hìc de donatione propria, quæ alias vera absoluta & mera, *l.* 35. §. 2. *de mort. caus. don. l.* 27. *hoc tit.* alias simplex, *l.* 20. §. 3 *ff. fam. erc. l.* 20. *C. de don. ant. nupt. l. pen.* §. 1. *C. de collat.* alias directa, *l.* 25. *C. de donat.* alias inter vivos, ut hìc & *l.* 27. *de mort. caus. donat.* appellatur. Descripsimus hanc donationem initio hujus tituli.

Quæ non omnino comparantur legatis] Hotom. Wesemb. 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 μηδαμῶς· (*nullo modo*) Et sunt sane hæ donationes plane dissimiles legatis, neque naturâ 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 adquirendi peculiaris: quod mihi futile & valde puerile esse videtur; cum nullæ res tam sint dissimiles quæ non in uno aliquo aut altero comparari queant.

Temere revocari non possunt] Mortis causa donatio temere, hoc est, pro arbitrio facile & sine causa revocari potest: quippe quæ hanc in se semper conditionem habet ut revocare liceat. Vera autem donatio naturâ sua irrevocabilis est, ἡ δωρεὰ δοσις ἀναπόδοτος (*donatio donum est irrevocabile*) ait Aristot. 4. *topic.* 4. nam quod hanc etiam aliquando revocare licet, id ex accidenti est & facto donatarii pro beneficio insignem injuriam rependentis, non ex intentione donantis, utpote qui sic donat ut nullo casu velit ad se reverti, *l.* 1. *de donat. l.* 27. *de mort. caus. donat.* Utique tamen si præscivisset donator ingratum fore donatarium abstinuisset dubio procul à beneficio; & hinc ortum jus revocandi, de quo sub finem hujus §.

1. *Perficiuntur autem cum donator voluntatem suam*] Poterat hæc res plenius & planius proponi; & poterat æque paucis verbis. Ait donationem inter vivos perfici cum donator voluntatem suam declaravit: addendum fuerat, & donatarius eam voluntatem gratam ac ratam habuit; neque enim donatio est sine acceptatione, *l.* 10. *l.* 19. §. 2. *hoc tit.* quippe datio acceptatione confirmatur, nec potest videri datum quod non est acceptum; & recte in illum locum Comici: *dos est decem talenta. Accipio*: vetus interpres, *niti*, inquit, *dixisset, accipio, dos non esset.* Perficitur donatio ex constitutione Justiniani solo consensu, ut emtio & venditio; non est igitur perfecta habenda antequam eam gratam habuerit donatarius, excepto casu comprehenso *l.* 15.

C.

C. de sacros. Eccles. favore Eccesiæ. Denique in omni conventione consensum mutuum intervenire oportet. VINN. Sed ex his locis vix probari potest acceptationis necessitas. Nam *ll.* 10. & 19. §. 2. *ff. de don.* loquuntur de acceptatione reali. Locus Terentii ex *Andr. act.* 5. *scen.* 4. *v.* 47. non pertinet ad pactum donationis sed ad contractum verbalem qui Veteribus dicebatur *dotis dictio.* Vid. *nostr. antiq. Rom. lib.* 11. *tit.* 7. §. 4. Immo nulla lege acceptionem hanc exigi pererudita dissertatione *de differentiis juris Rom. & Germanici in donatione & acceptatione* docuit vir perillustris Jo. Petrus à Ludewig. Acad. Fridericianæ Cancellarius & olim Collega mihi conjunctissimus. Neque tamen res ipsa ideo neganda; cum ex natura pactorum fluat quod utrumque consentire oporteat in unum placitum, quod fieri inter non potest quam id quod donatur vel verbis vel factis accipiendo, maxime cum non semper dona grata sint, & sæpe locum habeat illud Severi: Οὔτε πάντα, οὔτε πάντοτε, οὔτη παρὰ πάντων· *l.* 6. §. 3. *ff. de off. procons.* HEIN. Sed & perfectio, de qua hic agitur, primus tantum gradus perfectionis est, unde donatario adquiritur obligatio & actio non rei donatæ dominium. Etenim vero & plane demum perficitur & consummatur donatio doni & promissi præstatione. Eodem modo emtio venditio perfici dicitur simul atque de pretio inter emtorem & venditorem convenerit, §. 3. *Inst. infr. de emt. & vend.* At constat eam non ante pro consummata haberi quam res tradita & pretium solutum sit. Videtur autem Justinianus hoc loco id tantum indicare voluisse quod ipse constituit, & nudo pacto donationis obligationem introducens, *l.* 35. *C. hoc tit.* contra regulam generalem juris antiqui, *l.* 7. §. 4. *de pact.* Sic est: perficitur donatio aut traditione & præstatione rei donatæ, quæ vera perfectio est; immo non prius proprie dicitur esse donatio quam res quæ donatur detur ac tradatur: nam ut ostendimus ad *rubr. hujus tit.* donatio proprie ipsam translationem rei significat, & potest etiam incipere statim à traditione, & perfici citra conventionem præcedentem. Aut conventione, qua hactenus perfici dicitur quatenus ea donatorem adstringit necessitate traditionis, donatarioque in eam rem comparata est in personam actio. Conventio hujus generis una tantum olim fuit, stipulatio. Justinianus autem eamdem vim tribuit etiam pactioni nudæ, *d. l.* 35. §. 5. *C. hoc tit.* unde pactum donationis hodie pactum est legitimum, arg. *l.* 6. *de pact.* & ibi Cujac.

2. Neque tamen ex quovis pacto donationis causâ interposito obligationem nasci voluit Justinianus; 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 feceritve, ut tradat quod donaverit.* Quod si quis donaturum se pacto promittat, manebit etiamnum jus antiquum, nec ex tali nudo pacto obligabitur, per *l.* 32. *in fin. C. de appell. l.* 27. *C. de testam.* add. Parlador. 2. *rer. quotid.* 3. *n.* 9. D. Tuld. *hic cap.* 2.

3. Perspicue autem errant Contius *lib.* 1. *disp.* 12. Gudel. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 3. dum existimant, quod Justinianus constituit, donationem etiam nudo consensu perfici, hoc non tantum eò 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 Justinianus tribuit neque tribuere debuit pacto quam stipulationi. At si stipulatio intervenerit veterem actionem ex stipulatu relinquit, quæ utique cum in personam sit arguit dominium non esse translatum. Si omissa sit stipulatio condictionem dat ex lege, *d. loc.* & apertius *Nov.* 162. *cap.* 1. Atqui nulla quoque condictio quæ non sit actio in personam, §. 15. *Inst. infr. de act.* Denique ipse suprà §. 40. *de rer. div.* nominatim in proposita specie confirmat regulam traditam *l.* 20. *C. de pact. Traditionibus, non nudis pactis dominia rerum transferri.*

Ad exemplum venditionis] Quemadmodum emtio-venditio perficitur simul atque de re & pretio convenit, atque ex ea conventione statim emtori adquiritur actio ex emto, qua venditorem compellere potest ad rem tradendam, *inf. tit. Inst. de emt. & vend. in pr. &* §. 3. ita ex constitutione Justiniani simul ac donator sive scripturâ 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. Porro an sicut emtio-venditio ita etiam pactum donationis sit contractus; item an ut donator ita quoque & venditor rem præcise tradere teneatur, an liberetur præstatione ejus quod in-

interest, inquirere non est hujus 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 ideo male donatio & venditio inter se ut similia comparantur. Nam in omni similitudine inspiciendus est principalis scopus atque intentio ejus qui eâ utitur, cui scopo si serviat cetera similia sint an dissimilia parum refert.

Insinuari actis intervenientibus volebant &c.] Lex civilis neminem donare aut liberalem esse vetat; ceterum prospexit ne cujuslibet summæ aut quantitatis donatio statim rata esset. Et recte; expedit enim Reipubl. ne quis temere patrimonium suum effusis largitionibus exhauriat; hoc enim est re sua male uti eamque perdere. Modum donationibus primum imposuit lex Cincia, qua cautum Ulpianus *in fragm. tit.* 1. scribit, ne supra certam quantitatem, quam tamen non exprimit, donare liceret, extra quam si conjunctis personis donaretur. Quod jus usque ad Constantini tempora duravisse videtur, per *l.* 3. *Cod. Theod. hoc tit.* Unde existimare licet quantitatem lege Cincia definitam fuisse ducentorum aureorum, & donationem quæ eam quantitatem excederet actis fuisse insinuandam, hoc est, consignandam literis publicis; quod Constantinus etiam custodiri voluit inter necessarias conjunctasque personas, *l.* 5. *Cod. Theod. l.* 27. *C. hoc tit.* Justinianus autem quantitatem auxit primum ad trecentos, *l.* 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 vero hanc summam donatio superaret, non aliter ratam eam esse voluit quam si in acta publica relata esset. Neque tamen in totum irritam esse jussit donationem quæ summam definitam excedens actis inserta non esset, sed tantummodo quatenus terminos legis excederet, *d. l.* 34. *C. hoc tit. Nov.* 162. *cap.* 1. §. *ult.* Atque ita in plerisque locis etiamnum utimur. Gomez. 2. *resol. cap.* 4. Perez *Cod. hoc tit. n.* 35. Sande *lib.* 5. *tit.* 1. *defin.* 3. Vinn. Multa hic cumulat auctor nec certa satis nec accurata. Incertum, modum à lege Cincia donationibus præfinitum fuisse ducentorum aureorum; siquidem multo majores donationes à Plinio factas novimus ex ejus *lib.* 6. *epist.* 25. & 32. *lib.* 7. *epist.* 14. & alibi. Incertum ergo non minus Constantinum vel potius Constantium Chlorum in *l.* 1. *C. Th. hoc tit.* legem Cinciam sustulisse, cum eam potius magis reddiderit rigidam imposita insinuationis necessitate. Plura in eam rem præter Jac. Gothofredum & Fr. Brumerum notavit vir cl. Schulting. ad Ulpian. *tit.* 1. *p.* 561. Ego id moneo, locum Arnobii *adv. gent. lib.* 11. *p.* 91. nec de hoc capite legis Cinciæ videri intelligendum, nec de altero quod in donatione solemnitatem mancipationis exigebat; sed de donis & muneribus à patrono causarum non accipiendis, quod aliquoties revocatum in usum jam à Claudii temporibus cœpit obsolescere. Hein.

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. §. 6. *de his qui eff. vel dejec.* cum §. 1. *Inst. inf. de obl. quæ ex del.* item *ll. pen. & ult. de injus voc.* cum §. *uit. in fin. Inst. inf. de pœn. tem. lit.* item *l.* 8. *in fin. & l.* 9. *de inoff. testam.* cum *l.* 47. *de man. test.*) centum sestertiis sive quinis Caroleis; aut duobus scutatis sive coronatis. Grot. *spars. flor.* Quamquam non idem perpetuo pondus nec constans solidi æstimatio fuit: qua de re consulendi Budæus *de ass. lib.* 3. & 5. Hotom. *de re numm. cap. de numm. aur.* Covar. *de collat. vet. numism. cap.* 3. Dictus vero est solidus non quia ex puro & solido auro erat; sed quia nummus erat integer, & ad differentiam semissium & tremissium qui volebant dimidiam & tertiam solidi sive aurei partem. Vinn. Solidi qui tempore Justiniani in usu erant, pendebant sextam unicæ auri partem. Covarrub. *coll. vett. numism. cap.* 3. *n.* 3. Cum vero leges Partitar. describunt Justiniani jura perpetuo solidos appellant *marapetinos auri* (*maravedis de oro*). Sed cum apud majores nostros constans non fuerit marapetinorum pondus & valor: dubium esse poterat de quibus marapetinis intelligendæ essent. D. autem Covarrubias *citat. opere cap.* 6. *n.* 4. jure optimo putat intelligendas esse de marapetinis veteribus qui pendebant sextam unciæ auri partem æque ac solidi Justiniani: hos enim solidos seu marapetinos jam à Gott. temporibus in Hispania in usu fuisse constat ex Wisigott. legib. *l. ult. tit. ult. lib.* 7. & *ll.* 26. & 27. *tit.* 4. *lib.* 8. Itaque aurei sive solidi de quibus hic textus, & marapetini aurei de quibus *d. l.* 9. *tit.* 4. *Part.* 5. nostro textui con-

consona pendebant sextam unciæ auri partem; adeoque ejus valor erit nostræ monetæ 50. fere regalium. Vide Covarrub. *locis cit. & lib. 1. variar. cap. 11. n. 3. & 4.* ADDIT.

4. *Quæ insinuationem minime desiderant*] Harum numero sunt donationes Principales, quas scilicet vel Princeps facit vel quæ Principi fiunt, *l. 34. C. hoc tit.* item donatio propter nuptias, *Nov. 119. cap. 1.* ubi in vulgari versione nomen sponsalitiæ largitatis sumtum pro donatione propter nuptias : nam in Græco est, ὥστε τὴν διὰ τὰς γάμους δωρεὰν &c. (*ut propter nuptias donationem*). Postea distinctio aliqua adhibita *Nov. 127. §. 2. auth. eo decursum C. de don. ant. nupt.* Præterea si quid pro redemtione captivorum, pro restitutione ædium incendio aut ruina consumtarum, aut si quid fortissimis militibus donatum sit à militum magistris, quanticumque sit pretii quod donatum est valet donatio, etiamsi actorum auctoritate non nitatur, *l. pen. in pr. §. 1. & 2. C. eod.* De donationibus quæ ad pietatem respiciunt dubitatum est, aliquone privilegio hodie uti debeant an jure communi ceterarum donationum censeri. Ratio dubitandi, quia cum adhuc ceteræ donationes quæ trecentos solidos superarent insinuationem desiderabant, in pias causas collatæ usque ad summam quingentorum solidorum stabant etiam sine insinuatione, *d. 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. 19. C. de sacros. Eccles. & d. l. 34. hoc tit.* sententia est, donationum ad pias causas nullum amplius esse privilegium, sed in his idem quod in ceteris observandum, ut si 500. solidos excedant actis eas insinuare necesse sit, propterea quod Justinianus privilegium piæ causæ expresse non auxit, immo potius sustulisse videtur, *d. l. pen.* cum sancit, ut id quod antea jus 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 Justinianus constituit, ut majoris summæ donationes quæ actis inscriptæ non sunt non omnino, sed tantum quatenus legitimam summam excedunt vitientur, *d. l. 34. §. 1. hoc tit.* Item ut plurium donationum eidem sed diversis temporibus factarum summæ non simul æstimentur, sed cujusque donationis separatim & distincte; utque idem fiat cum annua quantitas donatur ad tempus vitæ donantis aut donatarii, *d. l. 34. pen. & ult.* Postremo, quod rejici jussit verba quæ in donationibus poni solita erant, *sestertii, nummi unius, assium quatuor* &c. *l. ult. C. eod.* nam antea 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 temere, ut supra dictum est, revocari non potest : non sola pœnitentiâ ut donatio mortis causa; ac ne ob quamlibet quidem ingratitudinem donatarii. Ceterum si insignis sit illius ingratitudo, & talis quæ sceleri affinis sit aut conjuncta, etiam hujusmodi donationem revocare merito & tanquam ab indigno auferre concessum est, *l. ult. C. de rev. don.* poteritque eo nomine vel judicis implorari officium vel agi condictione ex *d. l. ult.*

6. *Donatoribus licentiam præstitimus*] Donatoribus solis non etiam heredibus eorum, *l. 7. d. l. ult. C. de rev. don.* quippe actio quæ adversus ingratos datur ad revocandam donationem vindictæ cujusdam & ultionis injuriæ effectum habet; & ideo personalis est, atque actioni injuriarum in hoc similis, quam constat heredi ejus qui injuriam passus est non dari, *d. l. 7. junct. §. 1. Inst. inf. de perp. & temp. act.* Nec in heredes igitur ingrati danda erit, nec si ipsi ingrati non donatarius exiterint, arg. *dd. ll.* Quinimmo nec videtur recte posse objici ingratitudo successori ejus cui donatum est; longeque alia est ratio feudi quod non tantum primum investitum verum 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 ejus insidietur, si grandem jacturæ molem substantiæ & bonis donatoris injecerit, si conventiones donationi appositas implere nolit. Enimvero licet plures causas non enumeret Justi-

nia-

nianus, atque ob eas tantummodo quas exprimit revocationem donationis permittat: assentior tamen communi DD. sententiæ, qui negant similes & majores causas ob id excludi oportere; uti recte iidem etiam admittunt causas alias exheredationis præter eas quæ enumerantur *Nov.* 115. *cap.* 3. de quo uberius *inf. tit. Inst. de inoff. testam.* VINN. Eoque jure utimur. Gregor. Lopez ad *l.* 10. *tit.* 4. *Part.* 5. ADDIT.

7. Additur à DD. & alia causa revocandæ donationis, si scilicet donator post factam donationem liberos susceperit, per *l.* 8. *C. de revoc. donat.* Tametsi enim ea lex tantum loquatur de patrono & libertis quorum propria & diversa prorsus in plerisque rebus ratio est atque aliorum extraneo um: putant tamen quorumcumque donationes eodem isto jure censendas, ut insperatò 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 postea nati non fuerint, de quibus si cogitasset donaturus fuisse credi non debeat; cum nemo præsumatur successiones alienas propriis anteponere, per *l.* 102. *ff. de cond. & dem. l.* 30. *C. de fideicomm.* Ego vero, etsi hæc sententia colorem aliquem humanitatis habere videtur, ausim affirmare eam mentem Constantini, cujus est *d. l.* 8. minime fuisse. Cur enim de patrono tantum locutus 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 beneficii tributum vult, certum est legem ad alias personas non pertinere, *l.* 64. §. *pen. sol. matr. l.* 21. *de test. milit.* Est vero etiam jus illud novum constitutum contra manifestam rationem juris communis, *l.* 5. *C. de obl. & act.* cum similibus, ut interpretis non sit ad alios casus & donatores extraneos id producere, *l.* 14. *de legib.* ideoque nec à Græcis extenditur, *Basil.* 47. *tit.* 2. Harmen. 3. *tit.* 2. nec aliter *l* 3. *C. Theod. de revoc. donat.* quæ eadem est cum *d. l.* 8. interpretatus est Anianus qui Alarici Regis tempore floruit, multis annis ante Justinianum. Excutiantur omnes loci juris civilis, nullus invenietur qui de jure revocandi donationem propter liberos donatori postea natos loquatur; ac ne apud Justinianum quidem, qui cum liberorum jura ubique non servaverit modo verum etiam auxerit, utique hujus revocationis aliqua parte mentionem fecisset: certe ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset omissurus non fuerat. Canones etiam contrarium ostendunt, *c. ult. c.* XVII. *q.* 4. ubi Augustinus laudans factum S. Aurelii Episcopi Carthaginiensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos quæ ille Ecclesiæ donaverat, *In potestate*, inquit, *habebat Episcopus non reddere; sed jure fori non jure poli.* Perperam autem ad præsentem casum trahitur species *d. l.* 102. *ff. de cond. & dem. d. l.* 30. *C. de fideic.* Nam eâdem ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda est ei qui cum forte unum filium haberet donavit, & postea plures suscepit. Neque quod revocatur liberis adquiritur sed pleno jure ad patrem revertitur, ut jam is iterum liberum de eo disponendi arbitrium habeat. Quid quod admissa ex causa supervenientium liberorum revocatione donationis in quosvis etiam extraneos factæ, nemo nisi liberis carens plene & pure donare intelligeretur? nam & ubi partis alicujus bonorum donatio facta est constitutio locum habet, de quo opulentius nos *lib.* 2. *sel. quæst. c.* 32. Proculdubio igitur de jure verior est sententia plerorumque Neotericorum, Connani *lib.* 5. *comm.* 10. Donell. ad *dict. l.* 8. *C. de revoc. donat.* Ant. Fab. 7. *conject.* 14. & 15. Bachovii *in Treutl. disp. de donat.* asserentium in solis patronis hanc revocandæ donationis speciem a Constantino introductam atque approbatam esse: quamquam contraria sententia communis est. VINN. Et expresse confirmatur *l.* 8. *tit.* 4. *Part.* 4. quare tota auctoris disputatio nullum apud nos locum habere potest. ADDIT.

TEXTUS.

De donatione ante nuptias vel propter nuptias.

3. *Est & aliud genus inter vivos donationis quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem á junioribus Divis Principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur, & tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset cum matrimonium esset insecutum. Ideoque ante nuptias vocabatur, quod ante matrimonium efficiebatur; & numquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem Divus Justinus pater noster, cum augeri dotes & post nuptias fue-*

rat permissum, si quid tale eveniret, & ante nuptias augeri donationem & constante matrimonio sua constitutione permisit; sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur post nuptias autem tale accipiebat incrementum. Sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes, & consequentia nomina rebus esse studentes, constituimus ut tales donationes non augeantur tantum sed etiam constante matrimonio initium accipiant; & non ante nuptias sed propter nuptias vocentur; & dotibus in hoc exæquentur, ut quemadmodum dotes contante matrimonio non solum augentur sed etiam fiunt, ita & istæ donationes quæ propter nuptias introductæ sunt, non solum antecedant matrimonium sed eo etiam contracto augeantur & constituantur.

L. 1. *tit.* 11. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

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. Et n.* 5.

4 *Rei propter nuptias donatæ dominium revera in uxorem non transire.*

5 *Constitutionem Justin.* de æqualitat. dotis & donat. propt. nupt. *publica consuetudine repudiatam.*

DOs & donatio propter nuptias genera sunt impropriæ donationis inter vivos. Dotem ab antiquis inter donationes numeratam testis est ipse Justin. *l. ult. C. de donat. ant. nupt.* ut mirum sit nihil de ea hoc loco tradi. Est autem dos donatio nomine uxoris in maritum collata ad onera matrimonii sustinenda, *l.* 20. *C. de jur. dot.* Donatio propter nuptias vice versa est, quæ à parte mariti in uxorem vel sponsi in sponsam confertur in securitatem dotis & quasi remunerandæ dotis causâ; unde quæ ita donantur, à Græcis ἀντιφερνα dicta sunt, hoc est, quæ vice mutua pro dote dantur, *d. l. ult. in pr.* Est igitur donatio propter nuptias veluti contraria dos mariti, hostimentum ἀντισήκωμα (*compensatio*) dotis uxoriæ: ἕδνον (*sponsale munus*) *in Basilic.* Hujus donationis origo & incrementum hìc 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 Justiniani frequentabatur Veteribus incognita fuit: utpote quæ demum post translationem Imperii in Orientem excogitata est, sensimque ita formata ut vera donatio & juris gentium esse desierit, factaque sit species donationis impropriæ & quæ omnino sit juris civilis. Sciendum enim est prioribus temporibus donationes sponsalitias, hoc est, quæ à sponso in sponsam conferebantur vel contra à sponsa in sponsum (nam & hoc aliquando fiebat, *l.* 1. §. 1. *ff. hoc tit. ll.* 12. & 16. *C. de don. ant. nupt.*) habitas fuisse non tamquam nuptiarum causa, sed perinde ac si pure atque absolute factæ fuissent, eamdemque earum fuisse vim quam habent donationes ceteræ quæ ex mera liberalitate fiunt, nullo scilicet ut casu ad donatorem reverterentur, *d. l.* 1. §. 1. *l.* 8. *cum aliquot. seqq. C. d. tit.* Itaque ne eo quidem casu revocare hujusmodi donationem licebat quo nuptiæ secutæ non essent, *d. l.* 1. §. 1. *ll.* 2. & 12. *C. d. tit.* nisi ea lege nominatim facta esset donatio, aut id actum evidenter appareret ut nuptiis non secutis res donatæ redderentur.

2. Postea ex constitutione Constantini hoc jure uti cœperunt, ut donatio omnis inter sponsum & sponsam facta intelligeretur tacitam in se habere conditionem futurarum nuptiarum, *l.* 15. *C. eod. tit.* Et optima sane ratione: nam donatio sponsi in sponsam merito præsumitur proficisci à singulari affectione qua sponsam ut futuram uxorem, complectitur, sine spe nuptiarum haud facile 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 antea fiebat, cum id expresse cautum fuerit *d. l.* 1. §. 1. *hoc tit.* Ceterum non in omnem eventum quo nuptiæ secutæ non fuerant repetitionem donati Constantinus concessit; sed ita distinxit, ut si per eum eamve qui quæve donationem accepit steterit quominus nuptiæ sequerentur, donatori aut donatrici condictio daretur ob causam dati causa non secuta; sin vero per donantem factum esset, non solum donati esset retentio verum etiam exactio, *d. l.* 15. Quod si mors alterutrius spem nuptia-

tiarum sustulisset, tunc si quidem sponsa donasset omnimodo & integri quod donatum erat repetitio foret, sive osculum intervenisset sive non; at si sponsus, tum non aliter ipsi aut heredibus ejus jus esset repetendi totius quod donatum esset quam si osculum non intercessisset; interveniente vero osculo partem tantum dimidiam repetere liceret, *l. 16. C. eod.* quasi osculi jure augeatur jus sponsalium, & qui osculum accepit quasi maritus sit, aut certe plus quam sponsus; non enim satis est *maritum osculo putari*, ut ait Fabius *declam.* 279. Porro nuptiis secutis nulla donati repetitio erat, sed res pleno jure atque irrevocabiliter ejus cui donata erat facta intelligebatur.

3. 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, cujus remuneratio quædam censetur, in hoc similis est, quod quemadmodum uxor soluto matrimonio dotem recipit, *l. 2. sol. matrim.* ita & vir donationem propter nuptias, *cap. ult. x. de don. inter vir. & ux.* Deinde nec revera ex hac donatione dominium rei donatæ transit in uxorem, sed alia jura consequitur, veluti juris specialis hypothecæ; nam res donatæ propter nuptias pro securitate dotis mulieri speciatim obligatæ esse intelliguntur, *l. 29. C. de jur. dot. Nov. 61. cap. 1.* & hic præcipuus hujus donationis finis est ut dos mulieri sit cautior; unde recte D. Wesemb. notat res propter nuptias donatas potius hypothecæ subjici videri quam vere alienari. Item hoc, ut viro temere divortium faciente donatio hæc aut tota aut pro parte lucro uxoris cedat; in quo doti quoque respondet: nam mulier sine justa causa divortens & ipsa amissione dotis plectitur, *l. 8. §. 4. C. de repud.* Novissime etiam hoc constitutum, ut quibus casibus maritus ex pacto dotem vel partem ejus lucratur iisdem & uxor lucretur donationem propter nuptias partemve ejus, *Nov. 61. cap. 1. Nov. 91. cap. 2. Nov. 97. cap. 1.*

4. Doctores vulgo etiam dominium rerum propter nuptias donata um uxori adquiri affirmant, quos sequuntur Schneid. *hic n. 5.* & Gudel. 1. *de jur. noviss.* 8. arg. *d. l. 29. C. de jur. dot. d. Nov. 97. cap. 1. vers. non enim.* Sed si mulier harum rerum domina efficitur prorsus absurde facit Justinianus quod jus pignoris mulieri in his constituit; item quod nominatim marito interdicit harum rerum alienationem & oppignorationem, *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 quod de dote statuamus; neque 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 marito adquirantur, ut recte tradunt Schneid. *n. 4.* Gomez. in *l. 50. Tauri & 3. seqq. 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 matrimonii sustinet careat omni commodo dotis, maxime postquam placuit ut donatio propter nuptias doti & in quantitate & in pactis respondeat, *Nov. 97.* Plane Justinianus 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 ferme & D. Bachov. *hic.* VINN. Immo non opus est postrema responsione. Nam cum ipse fateatur auctor uxori in rebus propter nuptias donatis competere jus pignoris, quidni eadem habeat actionem in rem, puta quasi Servianam? An si mihi actio in rem competit inde sequitur ut sim dominus? Idem dicendum ad *l. 29 C. de jur. dot.* ubi *vindicare* dicitur uxor donationem propter nuptias *Vindicationes* enim Veteribus dictas esse actiones omnes in rem vel ex §. 15. *Inst. de action.* manifestum est. HEIN.

A junioribus 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 nuptiis adhuc plenissimo jure quod donatum erat manebat conjugis qui accepisset; nec à sponso solum verum etiam à sponsa Constantiniana ante nuptias donatio fiebat, *l. 16. C. eod.* At donatio de qua hic agitur à solo sponso fit, nec ita umquam ut sponsæ aut uxori pleno ac perpetuo jure res donata adquiratur; alioqui non recte Justinus permisisset ut constante

matrimonio augeretur, quoniam tali augmento incidisset in donationem inter virum & uxorem. Intelligit igitur haud dubie 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 solum nuptiis non secutis nullius momenti est, sed nuptiis etiam secutis & postea distractis resolvitur re donata ad virum redeunte vel potius apud eum remanente: quia, ut modo probavimus, mulier per hanc donationem nec proprie nec vere 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.* 8. §. 4. *de repud.*

Primus Divus Justinus pater noster] Initio donationes ante nuptias post contractum matrimonium nec inchoari nec augeri poterant. Primus Justinus, quem hic patrem suum Justinianus appellat, ut & *infr.* §. *pen. Inst. 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.* 19. *C. de don. ant. nupt.* Justinianus autem etiam inchoari hujusmodi donationes post nuptias permisit, *l. ult. C. eod.* Ceterum hæc ita, ut si post contractas nuptias fierent vel augerentur dotis quantitatem minime excederent, ne fraus fieret Senatusconsulto quo inter virum & uxorem donatio prohibetur.

5. *Sed etiam constante matrimonio initium accipiant*] Hoc à Justiniano 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 mulier sibi lucro cedere ex ante nuptias donatione post mortem mariti, tantam maritus ex dote sibi stipularetur ab uxore, *l.* 9. *C. de pact. conv. tam sup. dot.* Cui Justinianus addiderat, si pacta lucrorum paria non esse contingeret, ut major lucri pars ad minorem reduceretur, *l.* 10. *d. tit. d. l. ult. vers. simplices*, quæ confirmantur adhuc *Nov.* 22.

6. Tandem Justinianus *Nov.* 97. unde sumta *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 quam 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. Ceterum hanc constitutionem cum sua exæquatione & donandi necessitate jam pridem repudiavit publica consuetudo, ut notant Accur. *d. auth. æqualitas* Bald. Salic. *in summa d. l.* 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. VINN. Donationum, quæ inter virum & uxorem nuptiarum causa intercedunt, longe alia apud nos est ratio, ac inter Romanos fuit; quod ut plenius intelligatur, quæ de hisce donationibus nostro jure statuta sunt, paucis exponemus. Tria harum donationum genera jure nostro probantur: Dos, Arrhæ, & sponsalitia Largitas. De dote non est hic dicendi locus. Arrhas non eas dicimus quæ apud Romanos in usu erant, quorum jure arrhæ erant firmamentum sponsaliorum; sed arrharum nomine intelligimus donationem quandam ab sponso in sponsam collata in remunerationem dotis, vel virginitatis, vel nobilitatis ejus, quam lucratur uxor soluto matrimonio. Hoc autem dotis incrementum, quod arrhas appellamus, excedere non potest decimam bonorum mariti partem, *leg.* 1. *tit.* 2. *lib.* 3. *Fori legg.* cui legi renuntiare vir non potest, *l.* 50. *Taur.* Postremo sponsalitia largitas est vetus illa inter sponsos donatio, cujus hic meminit Justinianus, & late de ea Vinnius agit initio commentarii. Differunt tamen (1) quod cum jure veteri solum inter sponsum & sponsam de futuro hujusmodi donatio fieri posset; ex *leg.* 52. *Tauri* etiam inter sponsos de præsenti hæc donatio valet. (2) differunt quod hodie hæc sponsalitia largitas excedere non potest octavam dotis partem. Illud summopere advertendum est, non posse uxorem simul arrhas & sponsalitiam largitatem lucrari, sed optionem habere ut ex his alterum 20. dierum spatio eligat; quod si electionem intra id tempus omiserit, optio devolvitur ad heredes mariti, *d. l.* 52. Et hæc sunt præcipua quæ de donationibus inter virum & uxorem jure nostro sta-

statuta invenimus; infiniti enim operis esset omnia recensere. Adi Gom. ad *ll.* 50. *& seq. Taur.* & Interpp. nostros passim ad *dd. ll.* ADDIT.

Sed propter nuptias vocentur] Justinianus 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 ἀντιφερνή. Ceteroquin & dos propter nuptias donatio est, *d. l. ult.*

TEXTUS.

De jure accrescendi.

4. *Erat olim & alius modus civilis adquisitionis per jus accrescendi quod est tale : si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit vel vindictâ 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 invidiâ 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 liberalitatis stabilitate gaudente, & socio indemni conservato, pretiumque servi secundum partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.*

L. 3. tit. 5. Part. 5.

COMMENTARIUS.

ALius modus civilis adquisitionis] Vel hinc apparet superiores adquirendi modos inter adquisitiones civiles à Justiniano numerari. Subjicit autem hic pro conclusione alium civilis adquisitionis modum sed antiquatum, & quem ipse jam antea abrogaverat, quo scilicet pars unius domini communem servum manumittentis socio quærebatur jure accrescendi. Quod jus donationi valde affine erat, quoniam & ipsum causa erat mere 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. VINN. Sed suppetunt plures, veluti in usufructu, *tit. ff. de usufr. accr.* & in socio liberalitatis Imperialis, *l. 1. C. si lib. imp. soc.* HEIN.

Vindictâ vel testamento] Meminit dumtaxat manumissi vindicta aut testamento; quia alio modo, puta per epistolam aut inter amicos, manumissus huc non pertinebat. Sic enim jus erat, ut quibus modis servum proprium manumittens civem Romanum faciebat; iisdem modis communem manumittens 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. Ulpian. *tit. 1. de libert.* §. 18. Paul. 4. *sent.* 12. *in pr.* VINN. Immo ex Ulpiani loco patet circa manumissos per epistolam aut inter amicos dissensisse Veteres; & non omnes sed plerosque tamen existimasse manumittentem nihil egisse. Cui sententiæ & Paulus favet. HEIN.

Eo casu pars amittebatur] Nam cum ea à domino manumissore abiret, nec tamen aut libertas communi servo ab uno è dominis in præjudicium socii sui dari posset, aut quisquam pro parte servus pro parte liber esse, quoniam status hominis individuus est : necessario 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. tit. Inst. de usufr.*

Per nostram constitutionem mederi] *L. 1. C. de comm. serv. man.* ubi quod in solis militibus antea obtinebat jus commune fecit; sancitque generaliter ut servus communis ab uno ex dominis manumissus liber omnino fiat si manumissor alteri domino pretium suæ partis persolvere paratus sit. Neque inter modos manumittendi hic distinguendum, cum quævis manumissio nunc civem Romanum faciat, §. 3. *Inst. sup. de libert.* & generaliter loquatur Imp. *d. l.* 1. §. 1.

Contra communes regulas] Jure communi nemo rem suam vendere aliove modo alienare cogitur, *l.* 11. *C. de contr. emt. l.* 16. *C. de jur. del.* Ab hoc jure in casu proposito recedendum putavit Justinianus propter favorem li-

libertatis ; neque hoc ut novum carpendum esse , cum etiam Veteres juris conditores multa pro libertate contra rationem juris constituisse notum sit , *l.* 24. §. 10. *de fideic. libert.* Plures casus quibus quis rem suam vendere cogitur notavimus ad §. *ult. Inst. sup. de his qui sui vel al. jur.*

Quod nos definivimus] Ne de pretio partis domini non manumissoris contentio esset , Justinianus servorum pretia pro ætate atque artificio cujusque quod exerceret certò definivit: crescuntque à decem solidis usque ad septuaginta , *d. l.* 1. §. 5. *C. de comm. serv. man.* quod tamen nonnulli non satis prudenter factum existimant, definitionemque pretii in singulis causis arbitrio magistratus potius permittendam fuisse.

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 maxime naturalis est cum dominus rem suam ita alteri tradit ut eam velit fieri accipientis , §. 40. *Inst. sup. de rer. div.* Ceterum cum hoc non semper procedat propterea quod non omnes qui domini sunt , jus alienandi rem suam vel etiam administrandi habeant ; deinde quia quandoque etiam contingit , ut is qui dominus non est dominium in accipientem transferat, eo quod alienandi potestatem à lege accepit : utrumque hoc Justinianus exemplis sibi declarandum putavit proprio titulo , quem idcirco etiam statim superioribus subjicit. In *princ.* & §. *ult.* profert exempla eorum qui cum domini sint jus tamen alienandi non habent ; in §. 1. exemplum contrarium.

TEXTUS.

Summa tituli. De marito , qui licet fundi dotalis dominus sit , tamen alienare nequit.

Accidit aliquando ut qui dominus rei sit alienare non possit ; & contrà qui dominus non sit alienandæ rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam probibetur alienare , quamvis ipsius sit dotis causa ei datum. Quod nos legem Juliam corrigentes in meliorem statum deduximus. Cum enim lex in solis tantummodo rebus locum habeat quæ Italicæ 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.

L. 4. tit. 2. For. legg. L. 7. tit. 11. Part. 4.

COMMENTARIUS.

1 *Prohibitionem legis Juliæ ad res dotales mobiles non pertinere , neque ad ullas æstimatò in dotem datas.*

2 *Solum maritum verum justumque rei dotalis dominum esse plenissime probatur , remotis omnibus objectionibus.*

3 *Alienandi verbum quam late pateat ex sententia legis Juliæ.*

4 *Cur lex arctius prohibuerit fundi dotalis oppignorationem quam alienationem.*

Dotale prædium maritus probibetur alienare] Primum exemplum quo ostenditur eum qui dominus est aliquando alienare non posse , propositum judicio dianoëtico syllogismi tertiæ figuræ partibus omnibus explicati. Est vero partium metathesis , qua sublata apparebit syllogismus integer in Felapton : *Maritus prædium dotale alienare non potest. Maritus est dominus prædii dotalis. Ergo quidam rei dominus eam alienare non potest.*

1. Ait *prædium.* Ergo rei mobilis alienatio marito prohibita non est ; quod etiam probant textus in *l.* 3. §. 2. *ff. de suis & legit. l.* 3. *C. de jur. dot. l. ult. C. de serv. pign dat. man. auth. sive à me* §. 1. *C. ad Sen. Vell.* utique tamen hoc ita si ma-

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 necdum solutum sit, *l.* 24. *sol. matr. l.* 21. *de manum. l.* 29. *C. de jur. dot.* Prædium autem accipere debemus inæstimatum. Nam quæ res æstimato in dotem dantur, eas omnes sive mobiles sint sive immobiles libere 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. §. 4 *ff. de jur. dot. l.* 5. *l.* 10. *C. eod.* utique si æstimatio facta sit venditionis causa, secus autem si facta sit tantum intertrimenti, id est taxationis causa, ut constet quanti res sit, ut in *l.* 69. §. 7. *de jur. dot. l.* 50. *ff. sol. matrim. l.* 20. *C. de jur. dot.* Errat vero proculdubio Wesembecius contendens maritum non alias res mobiles alienare posse quam quæ servando servari nequeunt, arg. *l.* 22. *C. de adm. tut.* longe enim plus juris maritus habet quam tutor; & futilis collectio est ex *l.* 42. *de jur. dot.* rerum quæ pondere numero mensura constant maritus liberam alienationem habet: ergo ceterarum rerum mobilium non habet. Atque hoc tantum Jurisconsultus ibi docere voluit, quantitatem in dotem dari eodem jure & obligatione qualis est in mutuo.

Per legem Juliam] Quæ vulgo appellatur Julia de fundo dotali, *l.* 1. & 4. *de fund. dot.* Tulit hanc legem Augustus; est enim ea ipsa quæ de adulteriis & de pudicitia dicitur, ut constat ex Paulo 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.* §. 15. *C. de rei ux. act.* Adi Brisson. *lib. sing. ad leg. Jul. de adult.* ubi hujus legis capita, quæ quidem in libris nostris continentur, accurate collegit & exposuit. Causa prohibitionis est favor dotium, quas mulieribus salvas esse etiam publice expedire creditur, quo facilius iterum virum inveniant, *l.* 2. *de jur. dot.* Ac tametsi soluto matrimonio maritus heredesve ejus dotem restituere tenentur: præstat tamen mulierem rem habere salvam quam in personam agere, per *l.* 25. *de reg. jur. l.* 5. *de susp. tut.* Ceterum non de rebus dotalibus omnibus lex cavit, sed de prædiis dumtaxat; utpote quorum alienatio mulieribus maxime damnosa esse potest propter harum rerum pretium. Sed & prohibita rerum mobilium alienatione facile fieri posset ut multi deciperentur magnaque inde sequerentur incommoda.

2. *Quamvis ipsius sit*] Maritum esse rei dotalis dominum innumeris locis & perspicue proditum est, *l.* 1. §. 1. *l.* 13. §. 2. *de fund. dot. l.* 7. §. 3. *ff. de jur. dot. l.* 23. *C. eod. l.* 47. §. *ult. de pecul. &c.* causamque dotis habilem esse ad transferendum dominium non secus ac venditionem permutationem donationem, scriptum expresse est §. 40. *Inst. sup. de rer. div.* & probat *tit. π.˜ pro dot.* nam alias 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 Pub. in rem act.* Idem quoque arguunt effecta juris dominici propria, qualia sunt quod maritus solus rem dotalem vindicat, *l.* 9. *C. de rei vind.* quod servus dotalis heres ab aliquo institutus jussu mariti aut adit aut repudiat hereditatem, *l.* 58. *sol. matr.* quod dotali servo libertatem dare potest, *l.* 3. *C. de jur. dot.* Quibus etiam hoc argumentum accedit, quod ne mortuo quidem marito dominium rei dotalis ad uxorem revertitur, sed una cum universitate transit in heredem mariti, *d. l.* 1. §. 1. *de fund. dot.* ut proinde ex ratione juris veteris nec ad repetendam dotem mulieri competeret actio in rem, sed tantum personalis rei uxoriæ, aut ex stipulatu. Postremo si maritus dominus rei dotalis non esset, quid opus fuit lege qua marito interdiceretur fundi dotalis alienatio? Recte igitur Græci in *Basil.* 47. *tit.* 1. τῆς πρικὸς ἐν τῷ γάμῳ ὁ ἀνὴρ κύριος (*vir dominus est nuptialis dotis*). Non pauca tamen huic sententiæ obstare videntur, atque uxori non marito dominium dotis asserere. In *l.* 75. *de jur. dot.* dos dicitur esse ipsius mulieris: alibi proprium mulieris patrimonium, *l.* 3. §. 5. *de minor. l.* 16. *de relig. & sumt. fun. l.* 4. *de collat.* In *l.* 7. §. 22. *sol. matr.* de fundo dotali disserit Jurisconsultus quasi de re aliena respectu mariti. Maritus in rebus dotalibus dolum & culpam præstat, *l.* 17. *de jur. dot.* Penes mulierem esse dicitur etiam fundi dotalis possessio, ut satisdare ea de causa non teneatur, *l.* 15. §. 3. *qui satisd. cog.* Denique generaliter à Justiniano traditum est, res dotales in dominio uxoris permanere, *l.* 30. *C. de jur. dot.* Hæc nostri non uno modo componunt. Donellus *lib.* 14. *com.* 4. putat maritum rerum dumtaxat æsti-

æstimatarum & quantitatis in dotem datæ dominum esse, corporis inæstimatò dati mulierem. Vultejus *hic & 1. disc. schol. 19.* uxorem esse dominam rei dotalis, maritum dominum juris in ea re constituti. Vaudus 2. *var. quæst.* 3. & Joann. del Castill. *de usufr. cap.* 4. marito nihil ferme tribuunt præter jus rebus dotalibus utendi fruendi. Robertus 3. *sent.* 18. dominium dotis marito concedit, proprietatem negat. Nonnulli dominium bonitarium penes maritus fuisse contendunt, Quiritiarium penes uxorem, ut Perenot. 2. *animad.* 2. Alii contra, illud penes uxorem hoc penes maritum, ut Hotom. *hic.* Ceterum nemo horum quidquam affert quod mihi probari potest. Donelli distinctio aperte vitiosa est: nam cum per se dotis constitutio sit titulus idoneus ad transferendum dominium, *d.* § 40. *Inst de rer. div.* necesse est ut tam rei inæstimatæ in dotem datæ dominium in maritum transeat quam æstimatæ, aut si aliena res est usucapiendi conditio; quod etiam diserte traditur *l.* 3. §. 1. *de Pub. in rem act.* Hoc tantum interest, quod dominium mariti in re dotali non æstimata minus plenum nec perpetuum est: quippe cujus 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 jur. dot.* id ad votum dantis referendum est, quod ea intentione detur ut perpetuo apud maritum sit. At rei æstimatæ dominium plenissime atque irrevocabiliter in eum transfertur, ita ut pretii tantum debitor efficiatur, nisi forte electionem sibi mulier reservaverit, *l.* 11. *de fund. dot. l.* 5. *C. de jur. dot.* aut intertrimenti dumtaxat causa æstimatio facta sit, ut paulo ante notatum. Idemque est cum res fungibilis in dotem data est; perinde enim tunc maritus obligatur ac si mutuum accepisset, *l.* 42. *de jur. dot.* Quid quod admissa distinctione Donelli fatendum erit dominium rei dotalis non aliter transferri quam si venditio aut mutuum contractum sit; quod qui asserit vi ipsa simpliciter negat contra juris auctoritatem rem ex causa dotis transferri, aut dotem esse justum titulum transferendi dominii. Et vel unum hoc ad refellendum Donellum satis est, quod maritus dicitur dominus esse illius ipsius prædii quod lege Julia vetatur alienare, *l.* 13. §. 2. *de fund. dot. & hoc text.* Etenim legis Juliæ prohibitio ad fundum dotalem non æstimatum fere solum pertinet; ad æstimatum non pertinet nisi uno illo & altero casu quem supra indicavimus. Vulteji quoque distinctio tolerari non potest, & à juris ratione nimium quam abhorret. Res ipsa in dotem data non jus aliquod in ea re mariti effici dicitur, *l.* 7. §. 3. *de jur. dot.* prædium ipsum dotale mariti esse, dominium hujus prædii marito quæri, *d. l.* 13. §. 2. *de fund. dot. & hoc loc.* Quibus textibus atque aliis quos supra adduximus, refutatur etiam opinio Vaudi & del Castill. Pluribus atque ex professo distinctionem Vulteii confutat D. M. Lyclama 7. *membr.* 26. Roberti merum commentum est, atque inauditum alium dominium rei habere alium proprietatem. Perenotti sententia plus coloris habet, sed tamen & ipsam falsam esse existimo. Moveor quod distinctio illa dominii bonitarii & Quiritiarii non pendet à titulo aut causa adquirendi sed à genere & modo quo res in accipientem transferebatur. Potuit ergo maritus & ex jure Quiritium habere, puta si mancipatio aut in jure cessio intervenisset; potuit & in bonis tantum, si simplex modo traditio facta esset & res nondum usucapta, per ea quæ Ulpian. *tit.* 1. *de libert.* §. 11. Ac dominium quidem bonitarium semper penes maritum fuit, Quiritiarium plenum non semper, nudum numquam; in quo perspicue errat Hotom. Fac. *l.* 7. §. 3. *l.* 75 *de jur. dot. l.* 21. §. 4. *ad municip.* Una hujus dissidii conciliatio est, eaque simplicissima, ut dicamus solum maritum este rei dotalis etiam inæstimatæ verum justumque dominum; ceterum quia hoc dominium mariti perpetuum non est sed abiturum ab eo, solutoque matrimonio rediturum ad mulierem (quippe cui maritus facto divortio, quod apud Romanos frequenter contingebat, dotem restituere cogitur): hujus dissolutionis ac futuræ restitutionis intuitu dotem videri non tam mariti quam uxoris esse, & adhuc patrimonium uxoris appellari: deque marito, considerato eodem eventu, Jurisconsultos nonnumquam ita loqui tamquam 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 certo constat in patrimonium mariti transire, idque pleno etiam & perpetuo jure, *l.* 5. *C. eod.* Mirum vero non est Justinianum sic loqui dum scopo suo serviens colorem aliquem quærit constitutioni suæ, qua contra rationem juris

uxori

uxori pro rebus dotalibus tam æstimatis quam inæstimatis concedit actionem in rem. 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 Italicæ fuerant] In prædiis igitur provincialibus legi locus non fuit, sed potuit maritus ea libere alienare. Quod tamen absurdum merito videri potest, & maxime post constitutionem Antonini qua provinciales omnes civitate donati sunt, *l.* 17. *de stat. homin.* 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 certum vectigal prædiis impositum quotannis solvere tenebantur. Cur igitur magis in Italia quam in provinciis mulieribus prospectum, cum idem ubique sit aut esse debeat dotium favor? Existimo non defuisse alia remedia quibus nupturæ sibi in provinciis consulere potuerint. Lepidum vero est quod Dionys. Gothofred. in *notis ad Theoph.* scribit, fundum extra Italiam situm per legem Juliam ne volente quidem uxore alienari potuisse. VINN. Immo nec opus fuit prohibere alienationem fundi dotalis provincialis: quippe ab emtore usucapi non poterat, adeoque soluto matrimonio semper poterat vindicari, quod secus se habebat in fundo Italico. Lex 17. *ff. de stat. hom.* huc plane non pertinet. Communicato enim cum universo orbe Romano jure civitatis Romanæ, non ideo sublatum est discrimen soli Italici & provincialis, quod Justinianus demum abolevit *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll. l. un. C. de usucap. transform.* HEIN.

3. *Alienationes inhibebat*] Alienatio dicitur omnis actus per quem dominium transfertur; *l.* 1. *C. de fund. dot.* Itaque non tantum distrahi fundus dotalis prohibetur, sed etiam donari, permutari, in solutum dari, legari; ac ne quidem si miles legaverit ratum erit legatum propter legem Juliam, *l.* 16. *de testam. mil.* Sed & usucapio quoque appellatione alienationis continetur, *l.* 18. *de verb. sign.* & ideo ad hanc quoque speciem lex Julia pertinet, *l.* 16. *de fund. dot.* fac. *l.* 12. *de usuc. l.* 7. §. 5. *pro emt.* Alienatum autem proprie non videtur, quod adhuc in dominio nostro manet, quamvis venditum recte dicatur, *l.* 67. *de verb. sign.* sed tamen alienatione prohibita eos quoque casus comprehendi intelligimus quibus jus aliquod in re à domino 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 servitutis urbano prædio dotali debitæ ex cessione patientia ve mariti non competituram, ne per hoc prædii conditio deterior fiat, *l.* 6. *eod. tit.*

4. *Hypothecas earum etiam volente ea*] Lex Julia alienationes prædiorum dotalium prohibuit quæ invita muliere fiebant; oppignerationem etiam quæ fiebant ea consentiente, *l. unic.* §. 15. *C. de rei ux. act.* Hoc ideo, quia facilius mulier adduci potest ut consentiat obligationi ubi nullum præsens periculum est sed spes fore ut maritus rem luat, quam alienationi per quam rei ipsius dominium statim in alium transfertur. Quod igitur facilius mulier concessura erat arctius lex, immo solum prohibere voluit: ut passim videmus ea sola legibus prohiberi quæ facile fieri possunt, cum lex ea fieri non vult, non quæ difficulter. Hac ratione Seaatusconsulto Vellejano mulieri pro alio se obliganti succursum est, non donanti: nimirum quia, ut inquit Jurisconsultus, facilius se mulier obligat quam alicui donat, *l.* 4. §. 1. *ad senat. Vellejan.* Eadem ratio fuit legis Fusiæ Caniniæ infinitam manumissionem in testamento prohibentis, non inter vivos, *sup. tit. Inst. de leg. Fus. Can.*

Utrique remedium imposuimus] Justinianus legis Juliæ prohibitionem primum porrexit ad prædia provincialia, *d. l. un.* §. 15. *C. de rei ux. act.* quippe quorum nondum eadem causa quæ Italicorum erat, quod effectum constitutione posteriore, *leg. un. C. de usucap. transf.* Deinde alienationem eodem modo quo oppignerationem prohibuit, ut nec illa vel consentiente muliere fieri posset, quod lex Julia permittebat, *d. leg. unic.* §. 15. *vers. cum autem.* Hæc autem prohibitio in quibusdam casibus cessare creditur, quos collegit Christin. *volum.* 3. *dec.* 133. *n.* 20. & 28. *cum seqq.*

Ne sexus muliebris fragilitas] Ratio cur legi Juliæ hactenus derogarit, ut nec alienationem prædii dotalis quæ cum consensu mulieris fiat valere patiatur; quia scilicet succurrendum putavit facilitati mulierem, quæ vel fragilitate sexus vel mariti reverentiâ aut amore ductæ facile rerum suarum alienationibus consensum accommodant, τί γαρ εἰς ἀπάτην ἁπλοῦστερον γυναικός; (*Quid enim feminâ ut decipiatur simplicius?* Liban. *Declam.* 35. Pon-

tiones tamen hujusmodi alienationes si jurato mulier consenserit firmas manere præcipiunt, *c. cum contingat, π˜. de jurejur. c. licet mulieres eod. in 6.* VINN. Quod apud nos hodie observatur teste Anton. Gom. *lib. 2. var. cap. 14. n. 17.* arg. *l. 23. tit. 1. lib. 4. Recop.* ADDIT.

TEXTUS.

De Creditore.

1. *Contra autem creditor pignus ex pactione, quamvis ejus ea res non sit, alienare potest. Sed hoc forsitan ideo 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 temere 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 abundeque provisum est.*

LL. 41. 42. & 43. tit. 13. Part. 5.

COMMENTARIUS.

1 *Unam saltem denuntiationem requiri non tantum cum de pignore distrahendo non convenit, sed etiam cum convenit ut vendere liceat.*

2 *Quid si dies solutioni adjecta & solutio sua die facta non fuerit.*

3 *Formam vendendi pignoris á Justiniano præscriptam vix ullibi locorum observari.*

HIc ex adverso ostenditur etiam eum aliquando qui dominus non est alienandæ rei potestatem habere, exemplo creditoris pigneratitii. Magis autem huc pertinent tutores & curatores, quibus res pupillorum suorum & adultorum alienandi potestas non à domino sed jure tributa est, *l. 109. de verb. sign.* quamvis his non quævis permissa alienatio, nec omnium rerum absque decreto. De quo vid. *l. 9. § 5. l. 12. §. 1. l. 22. l. 46. §. ult. ff. de adm. tut. l. 16. l. 22. C. eod. l. 1. & passim ff. 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. ff. de pign. act.* Quin hoc ipsi naturæ pignoris inest. Atque hic casus potius ponendus fuerat quam cum pignus alienatur ex conventione atque expressa voluntate debitoris, per ea quæ statim sequuntur. Immo tantum abest ut pactio ad alienationem pignoris necessaria sit, ut etiamsi nominatim contrà convenerit ne liceret pignus vendere, adhuc tamen liceat, si modo ter (per justa intervalla, quod judex arbitrabitur, Negus. *de pign. 1. membr. 6. part. principal. n. 4.* Schneid. *hic n. 3.*) prius debitori denuntiatum fuerit ut solvat, & cessaverit, *d. l. 4 de pign. act.* alioqui si numquam liceret vendere creditori pignus esset inutile; ut adeo tale pactum sit contra naturam pignoris.

1. Enimvero nec illo casu quo nihil de distrahendo pignore actum est absque præcedente denuntiatione pignus vendi potest, sed una tantum denuntiatio sufficere putatur, arg. *d. l. 4. de pign. act. l. 3. C. de jur. dom. imp. l. 4. C. de distr. pign. l. 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. membr. 6. part. pr. n. 1.* Schneid. *n. 2.* contra Gloss. Salic. *in l. 1. C. de distr. pign.* Wesemb. *hic*, etiam tunc unam saltem denuntiationem requiri cum expresse convenit ut pignus vendere liceat; eum nec ante debitor constituatur in mora. Estque in eam rem textus apertus in *d. l. 3. §. 1. C. de jur. dom. imp.* & jure quoque veteri sic obtinuisse liquet ex *l. 10. C. de pign.* & *d. l. 4. C. de distr. pign.* Sed illud interest, quod ubi de distrahendo pignore convenit biennium post denuntiationem non expectatur, uti fit in duabus speciebus reliquis ex constitutione Justiniani, *d. l. 3. §. 1. C. de jur. dom. imp.* Schneid. *hic n. 3.*

2. Sed quid dicendum de iis casibus quibus mora contrahitur citra ullam interpellationem, puta si dies solutioni adjecta sit, & sua die solutio facta non fuerit? Hic enim adventu solius diei debitor in mora constituitur secundum communem sententiam, per *l. 12. C. de contr. stipulatione.* Negus. *d. loc.* & Schneid. *hic n. 1.* putant, hoc casu nulla opus esse denuntiatione, sufficereque 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 quam ut dies venerit: ergo hoc etiam sufficit ad jus distrahendi pignoris. Quippe

pe pignoris obligatio diversa est à principali; nec si ob moram debentur usuræ & rei debitæ periculum in debitorem transfertur, ideo statim etiam nulla præcedente denuntiatione licebat vendere pignus in gravissimum præjudicium debitoris. Nec obstat *d. l.* 8. §. 3. *de pign. act.* loquitur enim de jure vendendi pignoris, quod ex conventione competit ob non solutam sua die pecuniam: quo tamen & ipso casu non solum 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. *C. si vend. pign. agat.* Bald. in *l.* 4. *C. de dist. pign.* Castr. in *l.* 4. *de pign. act.* Ant. Fab. *Cod. suo de distr. pign. defin.* 13. add. Joan. à Sande *rer. jud. lib.* 3. *tit.* 12. *defin.* 20. Quid quod hoc ipsum quod DD. pro certa juris regula ponunt, solo diei lapsu citra aliam interpellationem debitorem constitui in mora non usque adeo certum est; & sunt qui falsum existimant. Ferret. *tract. de mora.* Charond. 3. *verosimil.* 10. Bachov. *in Treutl. disput. de usur. thes.* 7. quamquam horum argumentis solide mihi respondisse videtur D. Guiliel. Masius *sing. opin. lib.* 2. *cap.* 4.

Quamvis ejus res ea non sit] Pignus in bonis debitoris manet, *l.* 6. *C. 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 quam si procurator cui id dominus specialiter mandavit, rem alteri vendiderit & tradiderit. Nihil enim interest utrum ipse dominus rem alteri tradat dominii transferendi causa, an voluntate ejus alius, §. 42. *Inst. 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 Justinianeæ, quæ est *l. ult. C. de jur. dom. imp.* huc redit, ut si de vendendo pignore nihil convenerit (alioqui forma conventione præscripta in distractione servanda est) jus sit creditori altero demum post denuntiationem anno id vendere. Si emtor non extet debitorem ut moneat ut intra certum tempus pignus luat, aut non apparenti tempus quo id facere possit per judicem prascribat. Hoc autem frustra tentato, ut possit creditor à Principe petere facultatem pro domino possidendi: qua tamen impetrata adhuc biennium debitori detur, ut interim debitum cum eo quanti creditoris interest quæsita pecunia persolvere, & pignus luere possit; eo vero tempore sine solutione transacto, creditor justus pignoris dominus efficiatur.

3. Sed hæc forma vendendi pignoris vix ullibi locorum nunc observatur, vid. Bart. *d. l.* 4. *de pign. act.* & *d. l. ult. C. de jur. dom. imp.* Schneid. *hic n.* 6. Baron. *comm. part.* 2. Christ. *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. VINN. *Dict. l.* 41. *tit.* 13. *Part.* 5. statutum est ut pignorum distractio non clam ac privata creditoris auctoritate fiat, sed publica subhastatione auctoritate magistratus. ADDIT. ut & jure Rom. in iis pignoribus fiebat quæ in causa judicati capiuntur, *l.* 2. *C. si in caus. jud. pign.* in quibus quid juris sit, quid item in pignore prætorio disce ex *l.* 15. §. 2. *& seqq. de re jud. l.* 9. *C. de bon. auct. jud. poss. cap. quoad consultationem π̃. de sent. & re jud.* Dyn. in *l.* 15. §. 16. *de damn. inf.* Negus. *d. loc. n.* 7. *& seqq.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 165. Vide Merul. *lib.* 4. *tit.* 100. *c.* 1. *n.* 10. Neostad. *decis.* 90. *supr. cur.* Finis venditi pignoris est, ut ex pretio inde redacto creditori satisfiat: quod ultra consecutus est id restituere debet, teneturque eo nomine actione pignoratia: sicut vice versa in id quod deest creditori actio competit adversus debitorem vel fidejussorem ejus, *l.* 6. *de pign. act. l.* 9. §. 1. *ff. de distr. pign. l.* 3. *C. eod.* Illud postremo sciendum est, si creditor ipse pignus non possideat sed debitor vel alius, actione hypothecaria prius rem evincendam, ac tum distrahendam esse. Wesemb. *part. de distr. pign. num.* 1. & 10.

TEXTUS.

De pupillo.

2. *Nunc admonendi sumus, neque pupillum neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si mutuam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit non contrahit obligationem, quia pecuniam non facit accipientis; ideoque vindicari nummi possunt sicubi extant. Sed si nummi quos mutuo minor de-*

derit ab eo qui accepit bona fide consumti sunt, condici possunt; si mala fide ad exhibendum de his agi potest.

L. 17. *tit.* 16. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

1 *Corpora quæ mutuo dantur alienari. De quo cum D. Salmasio sermo.*
2 *Nummi quando consumti intelligantur.*
3 *Mutuum non confirmari consumtione nummorum facta mala fide.*
4 *Cur in casu consumtionis malæ fidei tantum actionis ad exhibendum hic mentio fiat: emendato errore Cujacii.*

REdit ad eos qui cum domini sint alienare non possunt. Meminit porro unius pupilli, sed sunt in hoc numero plures: nam & puberes minores curatorem habentes huc pertinent, *l.* 3. *C. de rest. in integ. l.* 22. *C. de adm. tut.* item is cui bonis interdictum est, qui cum de eo obligando aut alienando deminuendove ejus patrimonio agitur in eadem causa cum furioso habetur, *l.* 6. *de verb. obl. l.* 12. *in fin. de tut. dat.* tum etiam ceteri qui ob vitium morbumve corporis in curatione sunt, rerumque suarum administrationem non habent, de quibus in §. 4. *Inst. 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.* §. 5. *vers. filius, C. de bon. quæ lib.* Interdum causa ex qua res traditur alienationem impedit, ut donatio inter virum & uxorem, π^. & Cod. *eod. tit.*

Sine tutoris auctoritate alienare] Alienatio à pupillo facta sine tutoris auctoritate ipso jure nulla est: quippe cum nec obligare se pupillus sine tutoris auctoritate possit, *l.* 9. *& passim de act. tut. l.* 11. *de adq. rer. dom.* Ceterum auctore tutore & obligari potest, modo infantiam excesserit, & res suas recte alienat, *d. l.* 9. *l.* 5. *de reg. jur.* §. 9. *Inst. 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. ff. de reb. eor. qui sub tut. & tit. C. de præd. & al. reb. min. sine decr. non al. d. l.* 22. *C. de adm. tut.*

Ideoque si mutuam 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.*

1. 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 quam verum: quippe cum omnis actus per quem dominium transfertur vere & proprie 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 vindicari 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 novissime Fabrot. ad *Theoph.* & Grot. in *spars. flor.* De quo cum 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 forte materialiter; proprie 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 proprie substantia mutui consisteret, uti recte docuisset Car. Molin. *tract. de usur.* Et simul interventu aliorum sermo noster interruptus est. Potest autem admitti D. Salmasii sententia si appellatione mei & tui etiam obligationem & actionem comprehendas, ut fit interdum *l.* 1. *quod cert. loc. l.* 44 *de cond. ind. l.* 6. §. 6. *quæ in fraud. cred l.* 9. *de verb. sign.* Proprie tamen loquendo nec ipsa sors nostra manet; nec enim quod nobis debetur, quod est in credito proprie nostrum est, *l.* 27. §. 2. *l.* 34. *princ.*

princ. de aur. arg. mund. leg. Boët. *in Top. lib. 2. pecunia in nominibus debita non est nostra sed debitorum* : & ita in *l. 1. de lib. leg.* & ideo creditori non vindicatio sortis sed tantum condictio datur, qua intendat, verbi causa, centum sibi dari oportere; nemo autem rem suam condicit aut sibi dari oportere intendit, §. 14. *Inst. inf. de act. l. ult. in fin. usufr. quemadm. cav.* Non male igitur mutuum à Cujacio definitur, alienatio pecuniæ sub lege reddendæ quantitatis ejusdem, *parat. C. si cert. pet.*

Vindicari nummi possunt sicubi extant] Similis locus est in *l. 11. §. ult. de reb. cred.* At, inquies, de pupillo responsum est, eum nisi præsente tutore ne possessionem quidem quæ naturalis est alienare posse, *d. l. 11. de adq. rer. dom.* rationi autem juris non convenire ut possidenti detur vindicatio adversus eum qui nec naturâ possidet. Resp. ut vindicationi locus sit, satis esse rem ab alio quovis modo detineri & restitui posse, *l. 9. de rei vind.* adeoque pupillum, etsi animo desinere possidere non potest, corpore tamen posse, atque in alium possessionem, quatenus facti est, sine tutoris auctoritate transferre, *l. 29. de adq. poss.*

2. *Bona fide consumti*] Non est mirum nullos apud auctores plures & crassiores errores reperiri quam apud scriptores notarum: quippe quibus tempus non est vanno aut cribro utendi. Dion. Gothofredus ad *l. 9. §. 2. de auct. tut.* scribit, pecuniam in proposito intelligi consumtam, cum is qui accepit eam alteri credidit aut in solutum dedit; utiturque argumento *l. 19. §. 1. de reb. cred.* quo tamen loco hoc ipsum aperte negatur; & recte. Nam datio in solutum aut creditum non facit quominus pecunia adhuc extet & certo appareat; quamdiu autem extat & certo apparet non potest dici consumta; & apud quemcumque aut ubicumque extat in eadem causa & ejusdem manet, & à domino vindicari potest, ut proxime Imp. dixit. Quando igitur consumi intelligitur? Nimirum cum quis eâ sic utitur ut eo facto corpora ipsa nummorum quæ data sunt non appareant. Id vero contingit, primum corporibus sublatis: veluti si quis ex accepta pecunia vas aliquod conflaverit, quo facto pecunia extinguitur. Neque obstat distinctio §. 25. *Inst. 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. Plane possunt auctoritate Principis nummi ejusdem potestatis & eâdem figura inde cudi; sed nova hæc moneta & species est non illa quæ prius fuerat. Deinde etiam corporibus nummorum integris manentibus: veluti si quis nummos acceptos ita aliis miscuerit ut discerni non possint; nam etiam ea re eum qui accepit dominum fieri placet, *l. 78. de sol.* Don. ad *l. 11. §. ult. d. tit. n. 9.* Ait, *bona fide.* Quod ergo in *d. l. 19. §. 1. de reb. cred.* & si qui sunt alii loci similes dicitur simpliciter, si pupillus sine tutoris auctoritate credendi causâ pecuniam dederit, consumta ea nasci condictionem: id ex *hoc loco*, junct. *d. l. 11. §. ult. d. tit. l. 9. §. 2. de auct. tut.* sic interpretandum erit, si bona fide ab accipiente consumta sit, ignorante scilicet pupillum esse qui credidit.

3. Efficitque hoc etiam ratio juris: quia quæ dolo malo consumta sunt non alio loco jure habentur quam si adhuc extarent nec consumta essent, *l. 131. l. 150. de reg. jur.* ac proinde cum malæ fidei consumtio consumentem dominum non faciat, nec mutuum ea consumtione confirmabitur, Don. *d. loc. n. 7.* Quod vero D. Bachovius putat non obstare malam fidem quominus consumtione dominium quæratur, & tamen bona fide tantum facta consumtione mutuum quod ab initio non consistebat propter inutilem numerationem convalescere, id mihi plane ἀσύρατον (*parum cohærens*) videtur; & sententia Bachovii quod per consumtionem & similes adquirendi modos dominium adquiratur citra considerationem bonæ aut malæ fidei etiam extra causam accessionis, supra à me refutata est sub §. 25. *Inst. de rer. div.*

Condici possunt] Quod valet in nummis alienis mutuo datis, ut iis bona fide consumtis ei qui dedit condictio detur tamquam 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, consumtis nummis & illi condictio nascitur, *l. 19. §. 1. de reb. cred.* & omnino quæ translatæ ab initio pecuniæ vis est, eamdem esse placet & bona fide consumtæ, quasi translatæ; unde recte dicitur quod ab initio non valebat ex numeratione, confirmari pecuniæ consumtione bona fide facta. DD. in *d. l. 11. §. ult. & d. l. 19. §. 1.*

4. *Si mala fide ad exhibendum*] Puto tamen & condictionem in proposito dari, non qui-

quidem quasi ex mutuo, quia consumtio mala fide facta dominum non facit, ut paulo ante probavimus, sed condictionem sine causa, utpote quam constat etiam adversus prædonem fructuum consumtorum nomine dari, *l.* 3. *C. de condict. ex leg. l.* 4. *C. de crim. expil. her.* Ait, *ad exhibendum*; immo & in rem, inquit Cujacius: quoniam mala fides pro possessione est. Sed, inquit, in rem utilis est; ad exhibendum directa, quare commodius agi ad exhibendum quam in rem: quod falsum est, & inconsiderate à Cujacio prolatum. Non enim magis fieri potest ut contra eum qui possidere desiit detur directa ad exhibendum actio, quam directa in rem: cum ille non magis exhibendi quam restituendi facultatem habeat. Sed ut contra possidentem rem mobilem utraque directa est, ita contra eum qui dolo malo desiit possidere utraque utilis: nam quod dolus pro possessione est, id non ex vero sed ex interpretatione est & fictione juris, quæ utili tantum actioni locum facit. Cur igitur actionis ad exhibendum meminit dumtaxat? Quia utili judicio ad exhibendum semper consequitur actor id totum quod sua interest, §. 3. *Inst. inf. de off. jud.* vel permittitur rei petitæ æstimatio ipsius jurejurando, ut fit in eadem actione directa si possessor per contumaciam rem non exhibeat: quo casu per jusjurandum in litem petitoris possessorem damnari certum est, *l.* 3. §. 2. *ad exhib.* Cum igitur præparatorio judicio illud ipsum consequatur actor quod rem vindicando consecuturus esset, nihil superest quod alia actione persequatur. Ita in simili Jurisconsultus, *d. l.* 11. §. *ult. de reb. cred. Vindicari nummi possunt si extant, aut si dolo malo desinant possidere ad exhibendum agi.* Cujus loci lectionem frustra Donellus conatur emendare.

TEXTUS.

3. *At ex contrario, omnes res pupillo & pupillæ sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque si debitor pupillo solvat necessaria est debitori tutoris auctoritas; alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in consideratione quam ad Cæsarienses advocatos ex suggestione Triboniani viri eminentissimi Quæstoris sacri palatii 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 quam disposuimus solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus aut ex ea locupletior sit & adhuc eamdem pecuniæ summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si male consumserit aut furto aut vi amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio sed nihilominus condemnabitur, quia temere sine tutoris auctoritate & non secundum nostram dispositionem solverit. Sed ex diverso pupilli vel pupillæ solvere sine tutoris auctoritate non possunt, quia id quod solvunt non fit accipientis: cum scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.*

L. 4. *tit.* 14. *Part.* 5.

COMMENTARIUS.

1 *Debitorem pupillo sine tutoris auctoritate solventem non liberari, licet dominium rei solutæ transferat.*

2 *Pupillo in quem solutio collata recte solvi etiam sine tutoris auctoritate.*

3 *Quis sit sensus verborum hujus* §. ita licere tutori vel curatori &c.

4 *Adversus solutionem factam ex præscripto Justiniani pupillum aut adultum beneficio ætatis non restitui.*

5 *Quid si nummos sine tutore aut judice sibi solutos salvos habeat pupillus.*

6 *Cujus periculo sit pecunia quam pupillus sine tutoris auctoritate credidit aut in solutum dedit.*

Sine tutoris auctoritate dari] Pupillus quantum ad adquirendum non indiget tutoris auctoritate, *l.* 11. *de adq. rer. dom.* semper enim condictionem suam meliorem facere potest, *sup. tit. Inst. de auct. tut. in princ.*

Ideoque si debitor] Hotom. & Wesemb. pro *ideoque*, legendum censent *quamquam*: 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 recte detur sine tutoris auctoritate, ceterum 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 tu-

tutoris auctoritate pupillo recte solvatur. Quippe admissa solutione debitorem liberari, pupillumque obligationem & actionem quam habebat alienare aut perimere, *l.* 15. *de solut.* quod ut speciosius dicatur ex duobus hisce §§. unum faciunt. Sed pergamus. VINN. Forsan scriptum fuerat: *alioqui si debitor pupillo solvat*, idque librarii vel qui emendationis curam in se susceperant mutarunt in *ideoque*, quia *alioqui* paulo post videbant repeti. HEIN.

1. *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. tit. Inst. de auct. tut. in pr. l.* 13. §. 29. *de act. emt.* ita qui cum pupillo obligationem vult distrahere solvendo, licet ea solutione 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. jur.* Debet itaque debitor, si liberari velit, pupillo solvere cum auctoritate tutoris vel ipsi tutori: nam & hoc casu æque liberatio ipso jure contingit, *l.* 46. §. 5. *de adm. tut.*

2. Pupillum autem intelligimus creditorem: nam si pupillus solutionis causa tantum adjectus sit, hoc est, solutio sive jus solvendi in eum collatum, puta si quis stipulatus sit sibi aut Titio pupillo dari, promissor & sine tutoris auctoritate solvendo pupillo liberabitur, *l.* 11. *de solut.* scilicet quia ex hujusmodi stipulatione nullum jus obligationis pupillo quæritur; & solutio sic accipitur quasi ipsi creditori solutum esset qui ita sibi solvi voluit, *l.* 59. *d. tit.* de quo ex professo infra §. 4. *Inst. de inut. stip.*

In constitutione quam ad Cæsarienses advocatos] Missa est hæc constitutio ad Joannem Præfectum Prætorio; intelligit enim *l.* 25. *C. de adm. tut.* quod ipsa verba istius constitutionis, quæ huc translata sunt, ostendunt. Promulgata tamen hìc dicitur ad Cæsarienses advocatos, nimirum quia ad interrogata eorum & consultationem emissa est, ut arguunt multæ aliæ constitutiones, *l. ult. C. de pact. l.* 12. *C. de legit. hered. l.* 27. *C. de fidejuss. l.* 14. *C. de contr. stip.* junct. §. 12. *Inst. infr. de inut. stip.* quæ omnes ad diversas consultationes & quæstiones à Cæsariensi advocatione propositas scriptæ, & ad eumdem Joannem P. P. missæ sunt; quippe cujus auditorio advocati Cæsarienses militabant. Intelligi autem advocatos qui erant in urbe Cæsarea, non illa Cappadociæ, ut Balduinus Cujac. & Fabrot. existimant, sed Palæstinæ, perspicuum est ex *d. l.* 27. *C. de fidejuss.* ubi eadem advocatio, quæ passim Cæsariensis, Palæstina appellatur.

3. *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*, id est *numerare quod debetur*. Theophilus ποιήσασθαι τὴν καταβολήν (*fieri solutionem*) Anton. Fab. 13. *conject.* 13. & *jurispr.* 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 scilicet antea pupillo aut adulto solvit sine tutoris aut curatoris auctoritate, vel cum adhuc tutorem aut curatorem non haberent), *si prius judicialis sententia* &c. Sed præterquam quod hæc locutio non facile est obvia, *solvere debitorem* pro liberare obligatione, quamquam unus & alter locus occurrit in quo debitor solutus pro liberato dicitur, *l.* 116. *de verb. obl. l.* 16. *de accept.* pugnat illa Fabri expositio manifeste & cum sententia & cum verbis Justiniani, quæ ille mire 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; nihilominus tamen pecuniâ male consumta maleve 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. Maurit *de restit. in integr. cap.* 176. & *seqq.* Brisson. *lib.* 1. *de sol. sect.* 4.

Si prius judicialis sententia] Excipiuntur rediditus annui & ceterarum rerum pensiones, quæ minoribus tutore aut curatore auctore, aut ipsi tutori curatorive etiam sine judice tuto solvuntur, *d. l.* 25. *C. de adm. tut.* Siquidem & molestum esset quotannis adire judicem; & incommodum minori diu differri solutionem ejus rei unde fere ali solet. Quod tamen & ipsum sic postea Justinianus temperavit, si non excederent metas biennii aut summam centum solidorum, *l.* 27. *C. d. tit.*

Sine omni damno] Id est, ut Theophilus interpretatur, δίχα πάσης δαπάνης, sine ullo scilicet sumtu aut impensis in judicum scribarum viatorumve mercedes: nam iniquum es-

esset debitorem sumtu onerari ex persona creditoris.

4. *Sequitur hujusmodi solutionem plenissima securitas*] 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 præd. min.* nam debitor ex necessitate solvere tenetur, emtor potest non emere. Jure veteri quoque hoc obtinuit, ut solutio decernente ac statuente judice facta à debitore minoris plenissimam liberationis securitatem pareret; & procedebat hoc ita etiamsi minori curatorem non habenti decernente judice solutum esset, *l.* 7. §. 2. *de minor.* Ceterum liberatio nihilominus ipso jure contingebat; si tutori vel curatori solutio facta esset quamtumvis sine judice. Solum hic superaret adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, si forte pecunia male collocata & tutor vel curator solvendo non essent. Post constitutionem autem Justiniani dicendum videtur, solutionem sine judice factam aut ad liberationem ipso jure non prodesse, licet tutor vel curator intervenerit; aut si adhuc debitores ita liberari placet, minus quam olim hoc casu securos esse. Quippe olim prius tutores & curatores actione ordinaria conveniendos fuisse, & demum si illi solvendo non essent patuisse minoribus remedium extraordinarium; hodie vero esse quod de se querantur debitores, quod non solverit secundum præscriptum constitutionis Justinianeæ.

5. *Pecuniam autem salvam habeat*] Etsi solutione sine tutore judiceve facta eamdem 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 eum doli mali exceptione debitor removebit, quod iniquum contra bonam fidem lucrum captet, *l.* 15. *de solut. l.* 57. *de reg. jur. l. pen.* §. 1. *de reb. eor. qui sub tut.* Eodemque modo consumtis nummis, si ex his locupletior factus iterum petat exceptione repelletur, ne ditetur cum alieno detrimento, contra quam naturâ æquum est, *l.* 4. §. 4. *de dol. mal. exc. l.* 47. *de solut. l.* 14. *de cond. ind.* Qua de causa ex omnibus eum negotiis eatenus teneri receptum est, quatenus patrimonium ejus auctum sit; ut nihil mirum, si solutione locupletatus iterum petens exceptione summoveatur, cum etiam ultro adversus eum factum locupletiorem ex contractu negotiove gesto actio competat, *l.* 3. §. 4. *l.* 6. *in pr. de neg. gest. l.* 5. *in pr.* & §. 1. *de auct. tut. l.* 13. §. 1. *de cond. ind.*

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 ejus versa sit, *l.* 66. *de solut.* Hoc amplius, & si rem sibi necessariam ex nummis solutis pupillus emit quam alioqui de suo emturus fuerat, licet ea ante litem contestatam perierit quasi locupletior factus intelligitur; quia tantumdem de suo perditurus erat, etiamsi nummos solutos non accepisset, *l.* 47. §. 1. *de solut.* Utrum autem pupillus locupletior factus sit necne in hujusmodi quæstionibus eo tempore spectatur quo agitur, seu tempore litis contestatæ, *d. l.* 47. *in pr. l.* 4. *de except. l.* 37. *de neg. gest.*

Quod si male consumserit] Si pupillus cui sine tutore aut judice solutum est pecuniam salvam non habeat, neve ex ea locupletior factus sit, sed male, profuse, ἀσώτως (*luxuriose*) eam consumserit, non juvabit debitorem doli mali exceptio, sed iterum eamdem summam solvere cogitur. Plane si pupillus partem adhuc salvam habeat, aut pars in rem ejus versa sit, hactenus proderit debitori doli mali exceptio, ne ultra condemnetur quam pupillo abest. Ex his autem quæ disputata sunt intelligimus quid sibi velit Accursius, qui in *l.* 7. §. 2. *de minor.* scribit, debitorem pupillarem solventem 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 ejus versa, ut *hic* & *supr. dd. ll.* in quo effectum rei spectavit, nam vi ipsa debitor esse desinit qui exceptionem perpetuam sibi quæsivit, *l.* 10. *l.* 55. *l.* 108. *de verb. sign.* Pleniorem, si solverit tutori ejusve auctoritate pupillo non interveniente judicis sententia: quo casu quidem liberatio ipso jure procedit, ita tamen ut relinquatur adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, *l.* 1. *C. si advers. sol.* Plenissimam, si solutio facta sit auctoritate & decreto judicis, quod cum factum est etiam restitutionis metus omnis tollatur: quæ eadem Bartoli in *d. l.* 7. §. 1. ceterorumque Interpretum distinctio est, ab Antonio fabro multis quidem verbis sed nulla probabili ratione improbata *lib.* 17. *conject.* 13.

Ex

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. Ceterum qu emadmodum consumt is nummis, quos mutuo dedit condictio ei nascitur: ita & consumtis quos dedit in solutum contingit ei liberatio, *l.* 19. §. 1. *de reb. cred. l.* 9. §. 2. *de auct. tut. l.* 14. §. *ult. de solut.*

6. Quid ergo si nummi quos pupillus sine auctoritate tutoris credidit aut in solutum dedit casu apud eum qui accepit perierint? utrius periculum & jactura erit? Donellus in *d. l.* 19. §. 1. *de reb. cred.* Azonem secutus pupilli periculum esse putat: quoniam ita jus sit ut res pereat suo domino, *ll.* 6. & 9. *C. de pign. act.* Sed recte cum Gloss. & DD. comm. Zas. *ibid. n.* 8. contrarium defendit; ne quod favore pupilli introductum est, ut ne credendo aut solvendo dominium transferat in perniciem ejus vertatur, contra *l.* 6. *C. de legib.* & quod dicitur casus fortuitos spectare dominum, hanc exceptionem habere intelligi debet, nisi quis propter favorem dominus remaneat, aut jure singulari dominium non transferat. Hoc enim non debet conditionem accipientis meliorem facere; sed quoad cetera perinde habendum ac si quis alius credidisset aut solvisset.

TITULUS IX.

PER QUAS PERSONAS CUIQUE ADQUIRITUR.

Cod. lib. 4. tit. 27.

Ratio ordinis & argumentum tituli.

HIc titulus totius superioris disputationis quandam quasi ampliationem continet, ostendens, non solum nobis adquiri ἀμέσως (*immediate*) per nosmetipsos; verum etiam per alios ἐμμέσως (*mediate*). Personæ per quas adquirendi facultatem habemus enumerantur in principio: ex qua enumeratione perspicuum est, eos per quos nobis adquiratur oportere nobis subjectos 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 cum explicatum est removetur hinc persona extranea, utpote per quam, excepta causa possessionis, nihil adquiri possit; ac postremo ab adquisitione rerum singularum transitur ad modos quibus adquirimus res universas.

TEXTUS.

Summa.

Adquiritur vobis non solum 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 diligentius dispiciamus.

NOTA.

Quos bona fide possidetis] Ergo non tantum per eos qui revera nobis subjecti sunt adquirimus, sed etiam qui justa opinione nostra. Hæc suo loco exponuntur §. 5. *buj. tit.*

COMMENTARIUS.

Adquiritur vobis] In aliis libris hæc & quæ porro sequuntur leguntur in prima persona, *adquiritur nobis* &c. uti apud Gajum *l.* 10. *de adq. rer. dom.* unde hic titulus magnam partem descriptus est; eoque modo etiam Theophilus hunc locum reddidit, & legendum censent Cujac. Baro Wesemb. 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.* 215. *de verb. sign.* VINN. Attamen & liberos æque ac servos fuisse in dominio juris Quiritium certissimum est. Liberi enim poterant mancipari tamquam res mancipi, Gaj. *Inst. lib.* 6. *tit.* 3. poterant vindicari, *l.* 1. §. 2. *ff. de rei vind.* poterat iis surreptis actio furti institui, *l.* 38. §. 1. *ff. de furt.* Conf.

ill. Bynkersh. *de jure occidendi liberos cap. 1. p. 145.* HEIN.

TEXTUS.

De liberis in potestate.

1. *Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem quidquid ad eos pervenerat (exceptis videlicet castrensibus peculiis) hoc parentibus suis adquirebant sine ulla distinctione; & hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset iis licentia quod per unum vel unam eorum adquisitum esset alii filio vel extraneo donare vel vendere vel quocumque modo voluerant applicare. Quod 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 secundum antiquam observationem totum parenti adquiratur. Quæ enim invidia est quod ex patris occasione profectum est hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filiusfamilias adquisivit, hujus usumfructum patri quidem adquirat, dominium autem apud eum remaneat; ne quod ei suis laboribus vel prospera fortunâ accesserit, hoc in alium perveniens luctuosum ei procedat.*

L. 5. tit. 17. Part. 4.

COMMENTARIUS.

1 *Post occupatam demum Remp. filiisfam. primum militibus deinde etiam veteranis peculium castrense pleno jure concessum; procedente tempore & quasi castrense.*

2 *Quid sit peculium filiifam. quot ejus species, & quid singulæ.*

3 *Translato in Thraciam Imperio primum bonorum maternorum, mox etiam materni generis & lucrorum nuptialium, novissime omnium adventitiorum proprietatem filiisfam. concessam, solo usufructu apud patrem relicto.*

1. *Exceptis castrensibus peculiis*] Florente Republ. peculium filiifamil. uniusmodi fuit. Nam ut servus domino ita filius patri cuncta pleno jure adquirebat; idemque plane jus & in corpus & in bona liberorum pater habebat quod dominus in servos, cujus 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 arbitrioque permissa sunt; omniaque parentibus adquirunt quasi servi, ut ὑποχείριοι καὶ δοῦλοι τῶν πατέρων (subjecti ac servi parentum)*. Verum Imperatores, ut præmio aliquo adolescentes ad militiæ labores invitarent eorumque sibi conciliarent studia, castrense peculium filiisfam. pleno jure concesserunt, primum militibus, postea etiam veteranis seu à militia dimissis, *infr. tit. Inst. quib. non est perm. fac. test. in pr.* Ex quo filiifam. in hoc peculio jus ac vicem patrumfam. obtinere cœperunt, *l. 2. de sen. Mac.* idque significat Juvenalis *satyr. 16. v. 52.* his versibus:

> . . . . *Nam quæ sunt parta labore*
> *Militiæ, placuit non esse in corpore census,*
> *Omne tenet cujus regimen pater.*

Igitur quod ait, *olim quidem* &c. excipiens peculia castrensia, id ad tempora Julii aut Augusti & sequentia referendum est, *l. 1. de test. mil. d. pr. tit. Inst. infr. quib. non est perm. fac. testam.* Postremo, nec multo post, ad exemplum castrensis peculii etiam quasi castrense peculium exceptum & filiisfam. permissum est, §. *ult. Inst. infr. de mil. test.* Plane hactenus adhuc 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. VINN. Jus in peculio castrensi eodem tempore concessum videtur filiisfamilias quo militibus liberrima illa testamenti factio concessa est, cujus historiam habes in *l. 1. pr. ff. de test. mil.* Nec mutatum videtur quod pater bona filii intestati jure peculii occupet si liberos vel fratres non reliquit. Nam & bonis publicatis ea tamquam peculium penes patrem manent, *l. 3. C. de bon. proscr.* Utroque enim casu cessat favor filiifamilias militis, ob quem illi hujusmodi concessum est privilegium. HEIN.

2. *Sine distinctione*] Profectitii scilicet vel adventitii peculii, proprietatis & ususfructus, inter quæ primus Justinianus est qui differentiam generali lege introduxit. Ex his porro patet, quidquid 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, hujus profectitium & adventitium. Castrense est, quod per oc-

ca-

casionem armatæ militiæ filius sibi adquisivit, quo quid contineatur docent *l.* 11. *ff. 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. ll.* 4. *&* 14. *C. de adv. div. jud.* Liberalitatem quoque á Principe in filiumfam. collatam instar castrensis peculii haberi placuit, *l.* 7. *C. de bon. quæ lib. in potest.* Utrumque hoc genus ita proprium filiifam. esse placuit, ut de eo statuere possit non secus ac si paterfam. esset, *d. pr. Inst. inf. quib. non est perm. fac. test. l.* 1. §. 15. *de collat. bon. l.* 2. *de sen. Mac.* Adde quæ notabimus sub §. *ult. Inst. infr. de milit. test.* Profectitium peculium est, quod à patre sive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiscitur. Adventitium, quod aliunde filio obvenit, sive id laboribus suis adquisivit extra causam armatæ aut togatæ militiæ, sive prospera fortunâ ei accessit, puta ex maternis maternive generis hereditatibus, lucris nuptialibus, legatis & hereditatibus amicorum, *l.* 6. *C. de bon. quæ lib.* & *hoc text. in fin.* Illud totum patri secundum antiquam observationem adhuc adquiritur; hujus in universum proprietas filio data est constitutione Justiniani, solo usufructu patri relicto: de quo mox fusius.

Alii filio vel extraneo donare] Consequens hoc omnino rationi antiqui juris. Nam cum utriusque hujus peculii pleno jure pater dominus esset, licere utique etiam ei debuit pro arbitrio de utroque statuere, & quod labore Titii filii adquisitum esset Mævio donare, vel in proprias rationes convertere. Hinc porro etiam est, quod patre mortuo peculium paganum omne, nisi legatum esset, fratribus conferendum erat, *l.* 13. *C. fam. erc. l.* 12. *C. de collat.* quod in adventitio mutavit Justinianus, *l. ult. C. de collat.* convenienter priori suæ constitutioni, *l.* 6. *C. de bon. quæ lib. in potest.*

3. *Generali constitutione emissa*] Cum olim bona omnia adventitia non minus quam profectitia pleno jure patris essent Constantinus detraxit bona materna quorum usumfructum tantum patri, filio proprietatem tribuit, *l.* 1. *C. de bon. matern. ll.* 1. *&* 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 porro & Valentinianus, Leo & Anthemius hoc etiam ad lucra nuptialia & sponsalitia produxerunt, *ll.* 1. *&* 4. *C. de bon. quæ lib.* Postremo Justinianus generali constitutione emissa quacumque ex causa filio quid adquisitum esset quod adventitio peculio attribueretur id omne ejusdem juris esse voluit, *d. l.* 6. *C. de bon. quæ lib.*

Si quid ex re patris hoc secundum antiquam observationem] In profectitio peculio nihil Justinianus mutavit, sed quidquid ex re patris filio obvenit id totum vult patri adquiri secundum observationem juris antiqui. Plane potest nihilominus aliquid commodi ex concessione hujus peculii ad liberos redire: nam & emancipatos sequitur nisi nominatim ademtum sit, *l.* 31. §. 2. *de don.* & bonis patris publicatis separatur & conservatur liberis, *l.* 3. §. 4. *in fin. de minor.* Ait, *ex re patris*, in *d. l.* 6. *ex substantia patris.* Quid igitur dicemus si quid filio obvenerit non quidem ex re aut substantia patris sed patris occasione & contemplatione? Doctores *hic* & in *d. l.* 6. id quoque peculii profectitii esse volunt, arg. *l.* 21. cum *l. seq. de usufr.* ubi quod servo fructuario relinquitur aut donatur contemplatione fructuarii id fructuario adquiri dicitur tamquam ex re ejus quæsitum. Facit *l.* 10. §. 6. *in fin. de vulg. & pub. subst.*

Usumfructum patri adquirat dominium apud eum remaneat] Dominium posuit pro nuda proprietate, uti & in *d. l.* 6. Hæc autem proprietatis concessio non tribuit filio jus eam sine patris consensu alienandi, *l. ult.* §. 5. *C. de bon. quæ lib.* Si ususfructus filio relictus sit hic totus adquiretur patri; at eo mortuo redibit ad filium, *l. ult. C. de usufr.* Nonnumquam & plena proprietas filio adquiritur: quod Justinianus primo introduxit in hereditate quam 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 hereditate 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.* VINN. Immo & alii sunt casus quibus plena filio proprietas adquiritur, veluti si pater dolose versatus sit in bonis filio restituendis, *l.* 2. *ff. ad senat. Treb.* si Princeps filiofam. donarit, *l.* 7. *C. de bon. quæ lib.* HEIN.

TEXTUS.

De emancipatione liberorum.

2. *Hoc quoque á nobis dispositum est, & in*

ea specie ubi parens emancipando liberos suos ex rebus quæ adquisitionem 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 decresceret. Ideoque statuimus, ut parens pro tertia parte dominii quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum sed ususfructus retineat. Ita etenim res intactæ apud filium remanebunt, & pater ampliore summa fruetur, pro tertia dimidia potiturus.

L. 15. *tit.* 18. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

1 *Cur cum peculium profectitium si pater id non ademerit sequatur filium emancipatum, dimidia ususfructus adventitiorum etiam expresse non reservata patrem.*

Emancipando liberos suos] Cujac. Hotom. Wesemb. *liberum suum* numero singulari: quomodo etiam loquitur Justinianus *l.* 53. *C. de inoff. testam.* & *infr. tit. Inst. 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. *cap.* 13. quod & Gajus confirmat *l.* 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 Græco Lat. τέκνα, *liberi pluraliter tantum declinantur.* Quod autem Valla *lib.* 3. *elegant.* 8. scribit, *liberum* pro filio se & apud Paulum & apud Gajum reperire, existimo esse ἁμάρτημα μνημονικὸν (*memoriæ lapsus*), eumque Paulum & Gajum dixisse pro Modestino & Ulpiano. Nam apud Modestinum *l.* 34. *de pact.* legit, *nolle suum liberum esse*, ut vulgatæ editiones habent; sed Florentina nos docuit legendum, *nolle suum esse.* Apud Ulpianum *l.* 126. §. 1. *de reg. jur. qui liberum adquisierit.* Sed & hic in Florentino Codice est, *qui libertum adquisierit*, quomodo proculdubio legendum. Meminit Valla etiam Quintiliani, sed nec locum nec verba citat. VINN. Immo locus ad quem respicit Valla est apud Quintil. in *declam.* 11. Conf. viros cl. Muncker. ad Hygin. *fab.* 9. & Ducker *de Latin. JCt. p.* 585. HEIN.

Ex rebus quæ adquisitionem effugiebant] Id est ex iis bonis adventitiis quorum proprietas filio non patri adquirebatur ex Græcorum Impp. constitutionibus; quo in numero erant bona materna & materni generis, item nuptialia & sponsalitia lucra, ut notatum §. præc. Cave igitur intelligas peculia castrensia aut quasi; nam eorum nihil apud patrem emancipatorem relictum fuisse ipse Justinianus aperte testatur, *d. l.* 6. §. 3. *C. de bon. quæ lib.* unde hic §. descriptus.

Quasi pro pretio emancipationis] Constantinus *ll.* 1. & 2. *C. Theod. de bonis 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 adquirat, 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.* 6. §. 3. *de bon. quæ lib.* Præmium delatæ emancipationis appellant Theod. & Valent. *l.* 3. *C. de bon. matern.*

1. *Pro tertia parte dominii dimidiam ususfructus*] Justiniano durisculum 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 omnino remunerationis in vicem accepti beneficii liberos rependere. Qua de causa ipse sic statuit, ut pater pro tertia parte quam ex prioribus constitutionibus de bonis filii maternis & lucris nuptialibus pleno & perpetuo jure dominii retinebat partem dimidiam non dominii sed ususfructus consequeretur; idque locum haberet in ceteris quoque adventitiis, postquam hujus generis bona omnia ejusdem juris esse voluit. Ita factum, ut nec liberi quidquam de dominio rerum suarum amitterent, nec causam conquerendi haberent parentes concesso iis pro præmio emancipationis fructu tantæ partis bonorum. Hoc autem

ita

ita obtinere Justinianus censuit etiamsi pater in emancipatione sibi hoc præmium non expresse reservarit, *d. l. 6. §. 3. de bon. quæ lib.* cum tamen peculium profectitium, quod totum pleno jure patris est, filium emancipatum sequatur tamquam à patre tacite donatum si pater id non ademerit, *l. 31. §. 2. de donat.* arg *l. 53. ff. de pecul. l. un. C. de pecul. ejus qui lib. mer. §. 20. Inst. infr. de legat.* Differentiæ rationem hanc affert Joann. Faber, quod præmium emancipationis est ex provisione legis, quæ patri prospexerit in peculio cujus 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 id tacite intelligatur. Cui addit D. Bachovius, quod peculii profectitii naturalis possessio penes filium est, adventitii penes patrem utpote usufructuarium; itaque illud si ademtum 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 renunciaverit, vel donatione facta hoc ab sese in liberos transtulerit, *d. l. 6. §. 3. C. de bon. quæ lib.* VINN. Patrem filium emancipantem dimidium usus-fructus bonorum adventitiorum retinere decissum est in *l. 15. tit. 18. Part. 4.* Generalis tamen hæc decissio tot patitur exceptiones ut vix umquam locum habere possit. (1) Etenim qui non per emancipationem, sed propter dignitatem, vel alia ex causa è parentum potestate exeunt, nullam his usufructus partem relinquunt. Greg. Lop. in *gloss. ad d. l. 15.* Præterea liberis matrimonium contrahentibus integrum bonorum adventitiorum usumfructum parentes elargiri tenentur *l. 48. Tauri.* Demum qui justam 25. annorum ætatem adimplerunt, bona adventitia á parentibus petere possunt, arg. *l. 31. tit. 11. Part. 4.* quod animadvertit Azeved. ad *d. l. 9. tit. 1. lib. 5. Recop.* licet hanc sententiam dubiam relinquat. ADDIT.

TEXTUS.

De servis nostris.

3. *Item vobis adquiritur quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, sive ex donatione vel ex legato vel ex qualibet alia causa adquirant. Hoc enim vobis & ignorantibus & invitis obvenit. Ipse enim servus qui in potestate alterius est nihil suum habere potest. Sed si heres institutus sit, non alias nisi vestro jussu hereditatem adire potest. Et si vobis jubentibus adierit vobis hereditas adquiritur, perinde ac si vos ipsi heredes instituti essetis. Et convenienter scilicet vobis legatum per eos adquiritur. Non solum autem proprietas per eos quos in potestate habetis vobis adquiritur sed etiam possessio. Cujuscumque enim rei possessionem adepti fuerint id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio vel longi temporis possessio vobis accidit.*

L. 2. tit. 1. For. legg. L. 7. tit. 21. Part. 4.

COMMENTARIUS.

1 *Cur per servos nobis adquiratur & ignorantibus & invitis.*
2 *Cur hinc excepta hereditas.*
3 *An possessio per servum domino ignoranti adquiratur quacumque ex causa.*

DIctum hactenus est quatenus per liberos nostros adquirimus: sequitur de adquisitione per servos; in qua jus vetus per omnia servatur, traditum à Gajo *l. 10. §. 1.* & deinceps *de adq. rer. dom.* & huc translatum. Id tale est, ut quidquid servus adquirit, sive ex causa peculii (quod in persona servi unius generis est, nempe quod permissu domini separatum à rationibus dominicis habet, *l. 5. §. ult. de pecul.*) sive extra eam quacumque ex alia causa id totum adquirat domino.

Sive quid stipulentur] Subobscure hoc dictum videtur, pro *sive quid ab se stipulatum per traditionem nanciscantur.* Nam etsi verum est servos nostros stipulantes nobis obligationem ex stipulatione adquirere, *infr. tit. Inst. per quas pers. obl. adq. §. 1. Inst. inf. de stip. serv.* sub hoc tamen titulo non quæritur per quas personas nobis obligatio adquiratur, sed dominium sive proprietas & possessio.

1. *Ignorantibus & invitis*] *L. 32. de adq. rer. dom. l. 46. de jur. dot.* Hujus autem necessariæ adquisitionis non alia ratio quærenda quam quæ hic & apud Gajum *d. l. 10. §. 1. de adq. rer. dom.* relata est: nimirum quia ipse servus qui in alterius potestate est nihil suum habere potest. Fit ergo hæc adquisitio ipso jure, ratione scilicet potestatis, quæ facit ut ne momento quidem aliquo res subsistere possit in persona ejus qui in po-

tes-

testate est & per quem adquiritur; sed protinus & necessariò adquiratur ei qui in potestate habet, domino vel patri (nam & filiusfam. qua talis huc pertinet, *l. 79. de adq. her.*) quorum etiam vicem in adquirendo servus ac filiusfam. sustinent, & quibuscum hactenus una persona esse finguntur. Non obstat quod dicitur, nolenti & invito beneficium non adquiri, *l. 19. §. 2. de donat. l. 69. de reg. jur.* non enim beneficii sed juris ratio facit ut sic domino per servum adquiratur. Quod 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 adquisitione considerat, unum in persona adquirentis in qua adquisitionis initium, alterum in persona nostra in qua progressus quidam numeretur: ad initium quod attinet, ait, invitis nobis adquiri, quoad progressum atque absolutionem non nisi volentibus. Sed non est necesse ut eo confugiamus, & fit hæc adquisitio in momento, *d.l. 79. de adq. her.* frustraque alias exciperetur hereditas.

2. *Sed si heres institutus sit, non aliàs nisi vestro jussu*] Exceptio proxime præcedentis regulæ. Hereditas quidem & ipsa per servos nostros heredes institutos nobis adquiritur; ceterum non eodem modo quo ex ceteris causis per eos adquirimus, ut etiam ignorantibus nobis & invitis adquiratur, sed volentibus dumtaxat & jubentibus eos hereditatem adire. Quod si jussu nostro non expectato adierint nihil agunt, *l. 25. §. 4. de adq. her.* Hoc autem cur ita placuerit minime obscurum est, ne scilicet in potestate servi esset domini conditionem deteriorem facere ignorantem eum obligando æri alieno hereditario, quod sæpe excedit vires patrimonii defuncti, *l. 6. d. tit.* Illud enim notum est, eum qui heres efficitur non tantum adquirere sed etiam obligari & implicari oneribus hereditariis.

Et convenienter vobis legatum] Convenienter, non ei quod proxime præcedit de adquisitione hereditatis, quæ hoc proprium habere dicta est, ut non adquiratur per servum sine jussu domini; sed regulæ initio positæ, quod per servos nobis adquiritur ex omnibus causis. Si ex causis omnibus, igitur & ex causa legati. Ex hac vero causa proculdubio etiam ignoranti & invito domino per servum adquiretur, sicut ex ceteris excepta hereditate, *l. 32. de adq. rer. dom.* nam ratio exceptionis quæ in hereditate est cessat in legato, quod purum semper & liquidum lucrum affert, *l. 32. mandat.* Plane jejuna quædam hic repetitio est de legato, quippe cujus jam in pr. hujus §. mentio facta, sed Tribonianus hunc locum ex Gajo *d. l. 10. §. 1. de adq. rer. dom.* describens, incaute 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 adquiratur causa est cur dubites. Hæc enim res non juris sed facti est, *l. 1. §. 3. & 4. de adq. poss. l. 19. ex quib. caus. maj.* ea autem quæ facti sunt non transeunt ad dominum sed in personæ ipsius servi consistunt, *l. 44. de cond. & dem. §. 2. Inst. inf. de stip. serv.* ut proinde dicendum videatur, etiam possessionem in persona servi subsistere debere, nec domino per servum eam adquiri. Verum possessio non corporis tantum & facti est sed etiam juris, teste Papiniano in *l. 49. §. 1. de adq. poss.* aut potius, ut idem Papinianus in *pr. d. l.* hoc exprimit, ita facti est possessio, ut cum de ea adquirenda retinenda aut transferenda agitur plurimum ex jure mutuetur: inter quæ hoc etiam est, ut per eos nobis adquiratur possessio per quos res ceteræ, utique si nostro nomine possessionem apprehendant.

3. Cum autem generaliter & simpliciter tum hìc tum apud Gajum, *d.l. 10. §. 2. de adq. rer. dom.* scriptum sit, non solum proprietatem sed etiam possessionem nobis per servos adquiri, & cujuscumque rei possessionem adepti fuerint id nos possidere videri; apud Ulpianum *l. 34. §. ult. de adq. poss.* hoc etiam amplius, servum meum ignoranti mihi possessionem adquirere: hinc Gloss. & comm. DD. crediderunt æque per servum quacumque ex causa possessionem domino etiam ignoranti adquiri ac res ceteras excepta hereditate. Sed verior est eorum sententia qui in adquirenda per servum possessione putant causam peculiarem ab aliis separandam, ut siquidem ex causa peculiari possessionem nactus sit ea etiam ignoranti domino adquiratur; si extra causam peculii non nisi scienti: quæ distinctio aperte proponitur, *l. 1. §. 5. l. 3. §. 12. ll. 24. & 44. §. 1. de adq. poss.* Sed & ratio diversitatis iisdem locis perspicue indicatur: nimirum cum ea possessionis conditio sit ut non nisi animo & corpore adquiri possit, *d. l. 3. in pr.* & licet corpore alieno, animo tamen non nisi nostro nobisque volentibus, *d. l. 3. §. 12. l. 53. de adq. rer. dom.* hunc animum nostrum in earum quidem re-

rerum possessione quas servi ex causa peculiari adipiscuntur quodammodo & in genere saltem concurrere, eosque quasi voluntate nostra intelligi possidere, eo quod peculium eos habere permisimus; in rebus autem non peculiaribus nullam omnino voluntatem domini adquisitionem antecedere, ac propterea ad possessionem in his causis adquirendam specialem domini voluntatem certamque scientiam necessariam esse, *d. l.* 44. §. 1. Sic igitur temperandum erit, sicubi simpliciter quemadmodum hic, scriptum legamus per servos nobis adquiri possessionem, aut adquiri 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 adquiritur.* In peculiaribus rebus uti ignorantibus nobis possessio adquiritur, 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.* 47. *ff. de usuc. l.* 1. *C. de adq. poss.* quod plenius explicabimus sub §. *pen. hujus tit.*

TEXTUS.

De fructuariis & bona fide possessis.

4. *De iis autem servis in quibus tantummodo usumfructum habetis ita placuit, ut quidquid ex re vestra vel ex operis suis adquirunt id vobis adjiciatur; quod vero extra eas causas consecuti sint id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus heres institutus sit, legatumve quid ei aut donatum fuerit, non usufructuario sed domino proprietatis adquiritur.*

L. 23. *tit.* 31. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Cui adquirat servus fructuarius si dicat se domino proprietatis accipere ex re fructuarii.*

2 *Aditionem hereditatis non esse in opera servili; & quare.*

3 *Servum contemplatione fructuarii heredem institutum fructuario hereditatem adquirere, & jussu ejus non domini adire.*

QUæ de quærendo per servos dominio aut possessione dicta sunt §. *præc.* ea locum habent cum quis plenam in servo proprietatem habet. Quod si apud alium ususfructus servi sit apud alium nuda tantum proprietas, hic ex duabus causis fructuario per hunc servum adquiritur, ex re scilicet fructuarii & servi operis; ex ceteris causis proprietario. Idemque juris servatur in eo qui bona fide servit, ut ex iisdem causis adquirat bonæ fidei possessori, ex ceteris aut sibi si liber est, aut domino si servus: de quibus nunc porro sequitur.

Ex re vestra vel ex operis suis] *L.* 10. §. 3. *de adq. rer. dom. l.* 21. *de usufr.*] Ex re fructuarii, veluti si servus cum fructuarius eum dispensatorem fecisset rem aliquam ex nummis fructuarii comparavit, aut rem fructuarii locavit, pecuniam fœneravit &c. Hic enim res emta, merces locationis, usuræ pecuniæ creditæ quærentur fructuario, *l.* 1. *C. de rei vind. l.* 43. §. *ult. ff. de adq. rer. dom.* Ex operis servi, verbi gratia, si sutor sit, aut pictor aut faber, atque ex hujusmodi aut simili opera alii præstita aliquid paravit, mercedem scilicet operæ, *l.* 26. *de usufr.*

1. Sed quid si dicat servus se domino proprietatis accipere quod ex re fructuarii ei traditur? Hoc casu totum domino proprietatis adquiret. Nam & nominatim stipulando domino proprietatis ex re fructuarii aut operis suis eidem adquireret, *l.* 37. §. *pen. de adq. rer. dom. l.* 25. §. 3. *de usufr.* Et facit hoc quidem ratio summi juris; ceterum quod ita domino proprietatis quæsitum est placuit fructuarium condicere posse, *l. pen. de stip. serv.* Cur vero tantum ex duabus istis causis placeat adquiri fructuario ratio hæc est, quod quæ ex istis causis adquiruntur fructuum vicem obtinent, cetera in fructu non sunt.

Extra eas causas] Extra superiores causas habetur quod servus fructuarius ex re pecuniave alterius consecutus est, puta ex peculio quod à proprietario habet, aut si quid servo donatum legatumve sit, aut si heres sit institutus. Idcirco placet nihil horum per servum fructuario adquiri, sed omnia hæc adquiri domino proprietatis, *d. l.* 10. §. 3. *ll.* 43. 47. & 49. *de adq. rer. dom. l.* 25. *de adq. her.*

2. De hereditate à quibusdam olim dubitatum est, propterea quod in aditione factum servi interveniat, *l.* 19. *de adq. rer. dom.* & sine hujusmodi facto servi nec domino hereditas adquiri possit, *l.* 3. *C. de her. inst.* Sed obtinuit aditionem hereditatis non esse in opera servili, *l.* 45. *de adq. hered. l.* 47.

de

de adq. rer. dom. Et recte. Nam aditio factum quidem est sed opera non est: quippe cum opera non sit sine labore, qui in aditione nullus est. VINN. Posset & eadem reddi ratio quam reddit Ulpianus docens partum ancillæ non esse in fructu, *l.* 27. *pr. ff. de her. pet.* Quemadmodum enim ancillæ non ideo parantur ut pariant, ita nec finis primarius est eorum qui servos sibi comparant ut hereditates nobis adquirant. Usufructuarius autem capit tantum fructus ordinarios quoscumque. HEIN.

Si heres institutus legatumve quid ei &c.] Hoc etiam generaliter sic traditum est, *ll.* 10. 47. & 49. *de adq. rer. dom. l.* 25. *de adq. her.* Alibi tamen hæc extat exceptio, nisi servus heres institutus sit, legatumve quid ei aut donatum fuerit contemplatione fructuarii; quod enim ita relictum datumve servo fructuario est id per eum fructuario adquiri non proprietario, *ll.* 21. & 22. *de usufr.* eademque distinctio probata est in specie non dissimili, *l.* 63. §. 4. *ad sen. Trebell.* & in terminis hominis liberi bona fide possessi, cujus in hac causa & servi fructuarii eadem ratio, *l.* 45. §. *ult. de adq. hered.* Neque tam exceptio hæc est quam interpretatio & declaratio quædam superioris regulæ, quæ definit nihil per servum fructuarium fructuario adquiri præterquam ex re fructuarii aut ex servi operis. Docet nimirum ista distinctio quod contemplatione fructuarii datum aut relictum est extra illas duas causas non adquiri; quamvis enim hoc fructuario non adquiratur ex servi opera, intelligi tamen adquiri ex re fructuarii, cui qui donavit aut reliquit rem quæsitam voluit, *d. l.* 45. §. *ult. de adq. her.*

3. Ex quo etiam perspicuum est falli Glossam, Joann. Fab. Cantiunc. *hic*, Bart. *in d. l.* 25. *de adq. her.* & quotquot sunt qui scribunt, servum fructuarium, ut maxime contemplatione fructuarii heres institutus sit, non posse hereditatem jussu fructuarii adire, eamque per aditionem directo adquirere fructuario, sed adeundam esse jussu proprietarii, cui etiam stricta ratione hereditas adquiratur, sed restituenda fructuario condictione sine causa, ut in casu *l. pen. de stip. serv.* Fefellit eos quod putaverunt, prius esse ut aditio hereditatis contra expressi juris auctoritatem statuatur esse species operæ servilis, quam in casu proposito dici possit servum jussu fructuarii adeuntem hereditatem fructuario adquirere. Quod non ita est; neque enim ex causa operæ servilis hæc adquisitio defenditur, sed ex capite altero, quia scilicet hoc casu servus ex re fructuarii adquirere intelligitur, ex qua causa vel maxime fructuario adquiri constat, *d. l.* 45. §. *ult. de adq. hered.* ubi ex hoc eodem fundamento Jurisconsultus defendit liberum hominem bona fide à me possessum & mei contemplatione heredem institutum meo jussu adire & mihi adquirere hereditatem posse. Bonæ fidei autem possessoris & fructuarii eadem plane in his quæstionibus ratio est, ut mox docebitur: consent. Jas. *in d. l.* 25. *de adq. her.* Myns. Bach. *hic.* Movere autem neminem debet quod quibusdam locis generaliter definitur, servum fructuarium jussu ejus qui usumfructum in eo habet adire hereditatem non posse, ut *d. l.* 25. *in pr. d. l.* 45. §. *pen.* Hujusmodi enim loci accipiendi sunt de servo simpliciter instituto, non contemplatione fructuarii: quo casu si per servum fructuario adquireretur hereditas, adquireretur extra superiores duas causas, quod ratio juris non permittit. Sic cum in hoc nostro §. & *d. l.* 10. §. 3. *de adq. rer. dom.* generaliter scriptum sit, quod servo fructuario donatur aut relinquitur id adquiri proprietario, nemo tamen est qui neget admittendam hic esse illam sive exceptionem sive interpretationem, nisi quid servo donatum relictumve sit contemplatione fructuarii: quod alibi certo jure traditum est. Quod vero Paulus in *l.* 49. *de adq. rer. dom.* scribit, quod extraneus servo fructuario donat indistincte soli proprietario adquiri: id non eo pertinet ut excludat insignem & receptam distinctionem inter id quod contemplatione fructuarii aut simpliciter servo donatum est; sed eam quam ipse in pr. proponit in fructuario donante. Plane 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 tamquam 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 idem placet & de bonæ fidei possessore. Itaque quod extra istas duas causas adquiritur, id vel ad ipsum pertinet si liber est, vel ad dominum si servus est. Sed bonæ fidei possessor cum usu-

ce-

ceperit servum (quia eo modo dominus fit) ex omnibus causis per eum sibi adquirere potest. Fructuarius vero usucapere non potest: primum quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi: deinde quia scit servum alienum esse. Non solum autem proprietas per eos servos in quibus usumfructum habetis vel quos bona fide possidetis aut per liberam personam quæ bona fide vobis servit vobis adquiritur, sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona secundum distinctionem quam proxime exposuimus, id est, si quam possessionem ex re vestra vel ex suis operis adepti fuerint.

L. 5. tit. 29. Part. 3.

COMMENTARIUS.

1 *An bonæ fidei possessor quod ex operis servi paratum extat domino servum vindicanti restituere teneatur.*

2 *Verumne sit simpliciter quod Justinianus ait fructuarium non possidere.*

DE iis quos bona fide possidemus idem jus est quod de servis fructuariis, ut scilicet qui bona fide alicui servit, sive servus alienus est sive homo liber, quidquid ex re ejus cui servit adquirit, quidquid item ex operis suis, id adquirat ei cui servit & à quo bona fide possidetur, *d. l.* 10. §. 4. *l.* 19. *de adq. rer. domin.* Hactenus tamen quatenus possessor bona fide possidebit, & quamdiu ita possidebit: nam si scire cœperit eum qui bona fide servit hominem liberum aut alienum servum esse, continuo per eum adquirere posse desinit, *l.* 23. §. 1. *l.* 40. *eod.* Quod extra duas istas causas adquiritur, placet vel ad ipsum qui bona fide possidetur pertinere si liber est, vel ad dominum si servus est. Extra eas causas maxime est hereditas legatum donatiove, *d. l.* 19. *l.* 54. *de adq. rer. dom.* Ceterum & in persona ejus qui bona fide possidetur recipiendum temperamentum superius, nisi quid donatum relictumve sit contemplatione bonæ fidei possessoris, cui hoc casu etiam ista adquiri placet, *l.* 45. §. *ult. de adq. her.*

1. *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, uti & fructuarii. Quæri potest in persona bonæ fidei possessoris (in fructuarium enim hujusmodi 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 §. 35. *Inst. sup. de rer. div.* eodem modo etiam quod 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 quod ex re possessoris quæsitum est perpetuo atque irrevocabili jure possessoris efficiatur. At quæ possessori parantur ex operis servilibus ea cum fructibus fundi comparari passim videas, *l.* 25. §. 1. *de usur. l.* 40. *in fin. de adq. rer. dom.* Existimo tamen etiam hæc bonæ fidei possessori irrevocabiliter adquiri, eique cedere in compensationem alimentorum aliarumque impensarum quæ necessario in servum fiunt, nec certo æstimari queunt. Neque obstat prædicta comparatio: nam ex ea minime sequitur eadem harum rerum & fructuum in omnibus rationem esse; & in *d. l.* 40. conferuntur hæc cum fructibus consumtis, quos lucrari bonæ fidei possessorem certum est.

Sed bonæ fidei possessor cum usuceperit] Bonæ fidei possessor usucapione perfecta quacumque ex causa per servum adquirit, quia usucapio pleno jure dominum eum facit. Hoc ad hominem liberum bona fide possessum non pertinet, quippe cujus nulla usucapio est.

Fructuarius usucapere non potest &c.] Ait cum Gajo *d. l.* 10. §. *ult. de adq. 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, utpote quæ nec sine possessione nec sine bona fide possessoris putantis rem suam esse procedere potest, ut demonstratum *sup. tit. Inst. de usuc.* Et de scientia quidem fructuarii res certa est; neque enim ignorare potest se earum rerum quarum usumfructum habet dominum non esse; quin ipse alium dominum agnoscit cum se fructuarium profitetur.

2. Quod vero simpliciter negatur possidere, non est sine omni scrupulo. Nam alibi contrà dicitur possessor & possidere, *l.* 5. *in fin. pr. &* §. *ult. si usufr. pet.* & naturaliter possidere, *l.* 12. *de adq. poss.* Sed hæc non sunt contraria: nam & colonus & commodatarius & depositarius naturaliter dicuntur possidere, *l.* 2. §. 1. *pro hered. l.* 7. §.

11. *comm. div.* qui tamen alibi possidere absolute negantur ullamve habere possessionem, *l. 9. de rei vind. l. 33. §. 1. circa fin. de usuc. l. 6. §. 2. de precar. §. 5. Inst. infr. de interd.* nimirum nec hi nec fructuarius vere possident, id est, non possident civiliter, ψυχῇ δεσπόζοντες animo dominantis, sine qua possessione non procedit usucapio; sed in possessione sunt nomine alieno, apud quem possessio remanet, & qui per illos possidere intelligitur, *d. §. 5. Inst. infr. de interd. l. 9. l. 18. in pr. de adq. poss. l. 6. §. 2. de precar.* qui textus etiam in his terminis de fructuario loquitur; nec alia ratione dicitur retentio ususfructus species esse traditionis, quam quod qui retinet usumfructum desinat sibi & incipiat alii possidere. Itaque cum hi naturaliter possidere aut possidere simpliciter dicuntur impropria locutio est, qua corporalis tantum detentio significatur, *l. 49. ff. de adq. poss. l. 1. C. comm. de usuc.* Verum enimvero 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 ceteris qui in possessione sunt tantum denegantur, *l. 3. §. 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. §. 6. & 8. l. 49. in pr. de adq. poss.* nimirum quia etiam possessionem pleno domino servus adquirit ex omni causa, §. 3. *sup. hoc tit.* Ita vero jus est, ut quæcumque per servum quacumque ex causa adquiruntur ei qui plenum in eo jus habet, eadem placeat adquiri 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 non possidet; nam nec pater filium, *d. l. 1. §. 8. de adq. poss.* Sed nec procurator à nobis possidetur, nec tutor curatorve, per quos tamen possessionem nobis adquiri posse constat, *d. l. 1. §. 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.

De reliquis personis.

6. *Ex his itaque apparet, per liberos homines quos neque vestro juri subjectos habetis neque bona fide possidetis; item per alienos servos in quibus neque usumfructum habetis neque possessionem justam, nulla ex causa vobis adquiri posse. Et hoc est quod dicitur, per extraneam personam nihil adquiri posse: excepto eo quod per liberam personam (veluti per procuratorem) placet non solum scientibus sed & ignorantibus vobis adquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem; & per hanc possessionem etiam dominium si dominus fuerit qui tradidit; vel usucapionem aut longi temporis præscriptionem si dominus non sit.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur placeat possessionem per extraneam personam adquiri posse, jus aliquod non posse.*

2 *Per consequentiam quæsitæ possessionis necessario etiam dominium nobis adquiri, aut usucapiendi conditionem; sed hanc demum postquam scientia intervenit. Et n. 3.*

COncludit ab enumeratione personarum per quas adquiri hucusque docuit, quasi ab enumeratione partium, per extraneam personam nihil nobis adquiri posse. Sola causa excipitur possessionis. Personam extraneam vocat hominem liberum qui neque juri nostro subjectus 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 adquiri posse] Neque dominium aliudve in re jus neque obligationem aut actionem, *l. 1. C. hoc tit. l. 11. ff. de obl. & act. l. 3. in pr. quod vi aut clam, l. 73. §. ult. de reg. jur. l. 38. §. 17. de verb. obl.* Cujus rei ratio est, quod jus civile ita comparatum sit ut sibi quisque quod sua intersit negotium gerat non alteri, *d. l. 11. de obl. & act. d. l. 38. §. 17. de verb. obl.* An quas exceptiones hæc regula habeat in obligatione per extraneum adquirenda, & quid juris hodie hic obtineat videbimus in §. 4. *Inst. inf. de inut. stip.* VINN. At regulæ huic obstare videtur *l. 15. ff. de constit. pecun.* ubi particulam salutarem *non* intrudere non dubitat Fr. Hotoman. *observ.* IV. 12. Sed perperam: quum ibi exceptio à regula occurrat, puta, quando quis ministerium tantum præbet. HEIN.

1. *Excepto eo quod per liberam personam placet adquiri possessionem*] Excipit possessionem,

nem, quam placuit per quemlibet nobis adquiri qui eam nostro nomine apprehenderit, id est, hoc animo ut velit nostro nomine possidere, *d. l.* 1. *C. hoc tit. l.* 1. *C. de adq. poss. l.* 11. §. *pen. ff. de pign. act. l.* 20. §. *ult. l.* 53. *de adq. rer. dom.* Qui locus etiam rationem suggerit cur in possessione adquirenda singulariter hoc receptum sit: nimirum quia possessio adquiritur actu naturali & corporali rei apprehensione, in quo facilius alteri operam navare & ministerium præstare possumus quam in iis quæ civiliter adquiruntur citra istiusmodi actum, puta stipulando aut contrahendo relictumve agnoscendo. Et tamen hoc ipsum, ut per liberam personam possessio nobis quæratur, propter utilitatem contra stricti juris rationem constitutionibus introductum videtur, *d. l.* 1. & *l.* 8. *C. de adq. poss. d. l.* 11. §. *pen. ff. de pign. act.*

Veluti per procuratorem] Procuratorem intelligo cum Bart. in *l.* 13. *de donat.* Jas. & Zas. in *l.* 1. §. 20. *de adq. poss.* non tantum qui speciale mandatum habet, sed etiam cui universorum bonorum administratio permissa est. Etenim cum procurator generalis & exigere possit atque accipere, & emere ac vendere, utique quatenus ratio administrationis hoc exposcit, §. 42. *Inst. sup. de rer. div.* cum ibi notat. hactenus non video quid inter hunc & specialem procuratorem intersit. Plane extra causam administrationis ad adquirendam domino possessionem generale mandatum non sufficit; sed aut speciale requiritur, aut domini ratihabitio, *l.* 42. §. 1. *de adq. poss.*

Non solum scientibus sed & ignorantibus] Etiam ignorantibus possessionem per procuratorem nobis adquiri multis locis apertissime scriptum est, *l.* 13. *de adq. rer. dom. l.* 34. §. 1. *l.* 49. §. *ult. ff. de adq. poss. l.* 1. *C. eod.* Cui non obstat quod dicitur in *l.* 53. *de adq. rer. dom.* per quemlibet volentibus nobis possessionem adquiri. Hæc enim non pugnant, ignorantibus posse adquiri possessionem & non adquiri nisi volentibus. Ignorare possumus quo tempore procurator noster possessionem apprehendat: quandocumque autem hoc fit nostra fit voluntate, qui ut apprehenderet mandavimus.

Et per possessionem dominium] Ut possessio nobis per procuratorem adquiritur, sic & per possessionem dominium, si incipiat ab eo qui dominus fuit & dominium in nos transferre voluit, *d. l.* 13. *l.* 20. §. *ult. ff. de adq. rer. dom. l.* 8. *C. de adq. poss.* Etenim admisso eo ut per liberam 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 ejus rei statim efficiatur.

2. Cum autem dicimus possessionem & per hanc dominium per procuratorem nobis adquiri, non hoc intelligimus, adquiri hæc primum procuratori à quo deinde ad nos transeant, sed ministerio procuratoris rectâ nobis adquiri possessionem, & per consequentiam quæsitæ possessionis eo casu quo diximus etiam dominium. Ex quo apparet ἄτοπον, (*absurdum*) esse & alienum quod DD. plerique hìc afferunt, ideo facilius dominium ministerio alieno quæri quam obligationem, quia jura personalia & obligationes magis inhærent ossibus hominum.

3. *Vel usucapionem*] Id est, usucapiendi occasionem. Hoc enim perpetuum est, ut quo casu dominium statim adquiritur si dominus sit qui tradit dominii transferendi causa, eo casu adquiratur jus usucapionis si dominus non sit. Prætermissa autem hoc loco à Triboniano est insignis inter hos casus differentia. Nam si is qui procuratori meo rem meo nomine tradidit dominus fuit, etiam ignoranti mihi dominium adquiritur, *d. l.* 13. *de adq. rer. dom.* si non fuit dominus, usucapiendi conditio mihi non quæritur nisi postquam scientia mea intervenerit, *l.* 1. *C. de adq. poss. l.* 47. *de usucap. l.* 49. §. *ult. de adq. poss.* Hoc ideo, quia eum quem usucapere volumus non sufficit possidere nisi & possideat bona fide, quam nemo dixerit eum habere qui se possidere ignorat.

Aut longi temporis præscriptionem] Potuerat hoc omitti. Nam postquam ex duobus his generibus adquirendi 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. VINN. Sententia hujus textus, quod per liberos homines qui imperio nostro subjecti non sunt dominium nobis adquiri nequeat, non solum generali Europæ consuetudine exolevit (Groënew. *de legg. abrog.*) sed etiam lege Regia expresse abrogata est; cum enim *l.* 8. *tit.* 8. *lib.* 3. *Ordin.* 2. *tit.* 16. *lib.* 5. *Recop.* obligationes personales alteri per alterum etiam ab-

senti adquiri possint, quin etiam dominium per alterum adquirere possimus dubitandum non est. Romani enim juris ratio prorsus inepta est: alteri adquirere, vel stipulari non possumus, quia quod alteri detur nihil interest nostra: falsum omnino; beneficio enim adficere hominem hominis vel maxime interest, *l. 7. de serv. export.* Præterea nemo tam demens futurus est, ut alteri adquirere velit, nisi cum id sua quoque interesse existimaverit. Vid. Anton. Gom. *lib. 2. var. cap. 11. n. 18. & seqq.* & quæ dicemus infra §. 4. *de inut. stip.* ADDIT.

TEXTUS.

Transitio.

7. *Hactenus tantisper admonuisse sufficiat quemadmodum singulæ res vobis adquirantur. Nam legatorum jus, quo & ipso singulæ res vobis adquiruntur; item fideicommissorum, ubi singulæ res vobis relinquuntur opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc quibus modis per universitatem res vobis adquirantur. Si cui ergo heredes 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 hereditatibus dispiciamus. Quarum duplex conditio 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.*

COMMENTARIUS.

1 *Verbis*, per universitatem, *non titulum adquirendi sed rem quæ adquiritur significari.*
2 *Ex veteribus adquirendi per universitatem modis solos supereſſe quatuor; quos Justinianus commemmorat.*
3 *Quid sit hereditas.*
4 *Quibus modis deferatur.*

EXpositis modis quibus jure civili adquiruntur res singulæ, transit Imperator ad eos modos quibus eodem jure adquiruntur universæ, sive quibus adquirimus per universitatem. Non minus autem hic spectandi modi ipsi & causæ adquirendi quam universitas adquisitionis: nam & legari & donari bonorum universitas potest, *l. 26. §. 2. de legat. 1. l. 8. C. de revoc. donat.* potest & vendi, *tot. tit. de hered. vend.* sed tituli hi nihilominus naturâ sua singulares sunt, hoc est, comparati dumtaxat ad adquirendum res singulas, & ideo nec idem jus in universum adquirenti tribuunt, quod verbi causa hereditas; idque cernitur in actionibus directis tam activis quam passivis. Modi ipsi adquirendi soli universales sunt naturâ sua ad quos nunc se Princeps confert.

Legatorum jus, item fideicomm. opportunius inferiore loco] Occupat & tacite removet quod objici poterat de perturbatione ordinis, quod scilicet in disputatione de adquisitione juris civilis rerum singularum non omnes adquirendi modos qui eo pertinent exequatur, quod lex methodi videbatur exigere, sed parte eorum præterita ad aliud genus intempestive transeat; nam legata & fideicommissa non minus ad prius istud genus adquisitionis pertinere quam usucapionem & donationem. Id ergo se non ignorare significat, & consulto tractationem de legatis & fideicommissis in alium locum rejecisse, eumque qui longe sit opportunior: nam originem eorum, causam communem & exitum flagitare omnino ut de iis demum tractetur cognito jure testamentorum, *infr. tit. Inst. de legat in pr.*

1. *Per universitatem*] Hoc est, quibus universim & una adquisitione adquirimus bona alicujus omnia, res omnes & jus universum alterius, non separatim res singulas; ita enim paulo post: *Si cui ergo heredes facti sitis* &c. *ejus res omnes ad vos transeunt*; & Gajus *in Inst. lib. 2. tit. 2. in pr. Per universitatem*, ait, *hoc est, simul omnia bona adquirimus hereditate*: fac. *l. 62. de reg. jur. l. 24. de verb. sign. l. 3. §. 2. de bon. poss.* D. Vultejus putat his verbis *per universitatem* titulum adquisitionis significari non res adquirendas; sed oppido quam inepte. Quis enim umquam fando audivit titulo tribui universitatem, aut titulorum quosdam dici universos? Multorum ista collectionem arguunt: quæ affectio cum tantum rerum propria sit, nec tamen omnium, hinc est quod res quædam dicuntur singulæ quædam universæ; & rerum sive bonorum quædam universitas, non tituli. Ceterum quemadmodum actiones quibus bonorum universitatem petimus ex objecto appellamus universales, qualis est petitio hereditatis; quibus res singulis, qualis est rei vindicatio, singulares aut speciales, *ll. 1. & 73. ff. de rei vind. l. 15. C. de transact.* ita & titulos qui pertinent ad adquirendum per universitatem, id est,

est res alicujus universas, universales; qui ad res singulas, singulares dicimus. In summa, universitas non est causa sive titulus neque etiam modus adquirendi, sed illud ipsum quod adquiritur, veluti hereditas quam sibi delatam adquirit heres adeundo, §. *ult. Inst. infr. de her. qual.*

2. *Si cui ergo heredes facti &c.*] Olim modi quibus per universitatem adquiritur 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 liberæ mulieris in servitutem ex senatusconsulto Claudiano, *inf. tit. Inst. de succes. sublat. quæ fieb. per bon. vend. & ex senatusconsulto Claud.* item in manum conventio seu coëmtio, quæ itidem species erat successionis per universitatem. Nam olim cum mulier viro in manum convenisset omnia quæ mulieris erant viri fiebant dotis nomine, teste M. Tullio in *Top. cap.* 4. in quem locum de ritu coëmtionis vid. Boët. Soli manserunt hi quatuor, quorum idcirco etiam mentionem tantum facit Justinianus, susceptio hereditatis, bonorum possessionis agnitio, adrogatio, libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Annumeratur tamen his & successio fisci bona damnatorum vel eorum qui sine herede moriuntur occupantis, arg. *l.* 15. *de interd. & rel. l.* 1. *& passim de jur. fisc.* item ingressus monasterii. Nam Justin. *Nov.* 5. *cap.* 5. unde *auth. ingressi C. de sacros. Eccl.* constituit, ut universa bona religionem ingressi adquirantur monasterio, extra quam si liberos habent, inter quos substantiam suam dividere non prohibetur, una saltem parte sibi retenta in quam monasterium succedat. Ceterum neque fisci neque monasterii successio simpliciter universalis est, qualis est heredis, 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 ceteros succeditur defuncto.

3. *Prius de hereditatibus*] In hoc explicando pars reliqua hujus libri & novem priores tituli sequentis consumuntur, nisi quod tractatio de legatis & fideicommissis inseritur propter argumenti conjunctionem. Hereditas proprie nihil aliud est quam universum illud jus quod defuncto vel in defunctum tempore mortis ejus competebat. Hinc illa apud nostros: hereditatis appellatio universitatem quamdam ac jus successionis demonstrat, *l.* 208. *de verb. sign.* juris nomen est, & ideo damnosam quoque hereditatem continet, *l.* 119. *l.* 178. §. 1. *eod.* Item: hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, ut loquitur Papinianus in *l.* 50. *de her. pet.* Atque ut ostendant, eum heredem dici qui succedit in universum demortui jus suscipitque ejus rei commodum & incommodum, ideo hereditatem definiunt esse successionem in universum jus quod defunctus habuit, *l.* 24. *de verb. sign. l.* 62. *de reg. jur.* Proprie enim successio & succedere heredis est non hereditatis; hereditas vero illud jus quod per successionem heredi adquiritur, *tot. tit. de adq. her.* Atque ita ego definitionem istam explicare soleo, facem prælucente Ulpiano in *l.* 3. *in pr. de bon. poss.* Diligentius hæc excussi *sup. tit. Inst. de reb corp. & incorp.*

4. *Vel ex testamento vel ab intestato*] Adquisitio hereditatis duabus hisce rebus constat, delatione & delatæ susceptione. Ex delatione est jus & titulus adquirendi, in susceptione modus; & ideo non ante adquiri hereditas potest quam eum delata est, *l.* 21. §. 2. *de adq. her.* & retro delata esse intelligitur quam quis potest adeundo consequi, *l.* 151. *de verb. sign.* Defertur autem hereditas aut testamento, aut lege ab intestato, *l.* 1. & 2. *seqq. de her. pet.* unde heredes alii testamentarii alii legitimi; item hereditas testamentaria & legitima, *l.* 70. *de adq. her. l.* 6. §. 2. *quæ in fraud. cred.* Sciendum autem est, primum agi hic de delatione hereditatis directa: nam indirecto, hoc est, per fideicommissum, non testamento tantum sed etiam codicillis relinqui hereditas potest; nec solum testamento facto verum etiam ab intestato; & is cui ex fideicommisso restituta est hereditas ex senatusconsulto Trebelliano heredis loco habetur: de quo demum *tit. Inst. de fideic. her.* qui est antepenultimus hujus libri. Deinde agi de hereditate quæ defertur & adquiritur jure civili; ceteroquin jure prætorio & bonorum possessor effectu heres est, & bonorum possessio quæ hic ab hereditate separatur, vi ipsa nihil aliud quam hereditas. *ll.* 1. 2. & 3. *de bon. poss. l.* 138. *de verb. sign.* Tantum in tempore & modo adquirendi nonnulla dissimilitudo, ut videbimus suo loco *infr. tit. Inst. de bon. poss.*

Quæ ex testamento obveniunt] Ordinarium fuit

fuit antè de judiciis testantium, deinde de successione ab intestato loqui, ait Ulp. *l.* 1. *si tab. test. null. ext.* nimirum quia prior semper ratio fuit hereditatis testamentariæ quam legitimæ. Nam verbis legis XII. tabb. *Uti quisque legassit suæ rei ita jus esto*, sic confirmantur judicia testantium, ut quamdiu hæc proferuntur atque ex testamento adiri potest hereditas, ab intestato non deferatur, *l.* 39. *de adq. her.* Quoniam autem ad hoc ut testamento deferatur hereditas & adquiri possit requiritur ut testamentum justum sit, hoc est, secundum regulas & præcepta juris civilis ordinatum, ideo subjicit necessarium esse expositionem ejus rei ab ordinatione testamentorum inchoare. VINN. Ex omnibus per universitatem adquisitionibus quæ umquam apud Romanos invaluere, sola apud nos restat ea quæ fit per susceptionem hereditatis; hodie enim bonorum possessores nulli, sed heredes omnes sunt & appellantur qui defuncto succedunt sive ex testamento sive ab intestato. ADDIT.

TITULUS X.

DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

Dig. lib. 28. *tit.* 1. *Cod. lib.* 6. *tit.* 23. *Nov.* 66. *&* 119. *cap.* 9. *Part.* 6. *tit.* 1. *Recop. lib.* 5. *tit.* 4.

Genera testamentorum obiter exposita, & ratio ordinis Justinianei.

IN calce præcedentis tituli dictum est, cum quæritur de adquirenda hereditate quæ dicatur testamento delata in primis inspiciendum esse an testamentum valeat & rite ordinatum sit; eamque ob causam etiam initium hujus tractationis à doctrina de testamentis ordinandis sive de ratione & modo testandi Imperatorem capere. Ceterum cum 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 quam ultima voluntas qua quis heredem sibi sive bonorum successorem deligit; & geminæ ejus sunt species: unum commune omnium civium Romanorum, quod paganicum appellatur, alterum proprium militum, quod ideo militare. Utrumque rursus vel scriptum est, vel non scriptum seu nuncupativum, §. *ult. Inst. inf. hoc tit. &* §. 1. *tit. seq.* Et commune sive paganicum iterum vel publica fide ordinatur, *l.* 19. *C. hoc tit.* vel fide privata. Cum autem sola paganorum testamenta; quæ quidem fide privata fiunt, adstricta sint legibus quæ ad solemnitatem ordinationis pertinent, militaria his omnibus soluta: sciendum est, nihil eorum quæ de his in conficiendo testamento observandis hoc loco & passim aliis ejusdem argumenti simpliciter traduntur ad militaria testamenta pertinere; adeoque in toto jure cum simpliciter testamentum nominatur commune sive paganicum intelligi. Paganorum testamenta ut recte fiant & jure civili rata sint in hi ce tribus positum est: in persona testantis, in forma testandi & modo, in rebus quas testamentum necessario complecti debet. Quod Gajus *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 secundum regulas juris civilis testatus sit.* Regulæ vero istæ pertinent vel ad modum testandi, vel ad res quas testamento ut valeat complecti necesse est. Atque hæc omnia etiam à Justiniano ordine tractantur; verum orditur ille à testandi modo: de personis testantium agit secundo loco, *infr. tit.* 12. *Inst.* de rebus quarum insertio ad vim testamenti necessaria *tit.* 13. *&* 14. Recenset hic primum historiæ causa antiquas atque obsoletas testandi formas: deinde explicat quo ritu postea testamenta fieri cœperint, primum per scripturam, deinde sine scriptura voluntate palam nuncupata. Ceterum hæc omnia pertinent ad ea testamenta quæ fiunt fide privata. Publica autem fide si quis testari velit (quod hic à Justiniano omissum) poterit

id

id facere vel coram Principe per supplicationem, vel apud acta judicis aut municipum; & tunc neque testes neque alia solemnitas desideratur, *l.* 19. *C. hoc tit.* & ibi Gloss. & DD. Add. Mynsing. 6. *obs.* 29. Boër. *decis.* 228. Christin. *vol.* 4. *decis.* 7. *n.* 4. VINN. De testamento publico seu apud judicis acta vid. *l.* 5. *tit.* 1. *Part.* 6. ubi hoc testamenti genus probatur. ADDIT.

TEXTUS.

Etymologia.

Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis sit.

L. 1. *tit.* 1. *Part.* 6.

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 esse ex jure gentium; specialiter, ex jure civili.*

4 *Apud plerosque populos tam liberam non fuisse, neque etiam nunc esse testandi & legandi potestatem quam apud Romanos fuit.*

1. *Quod testatio mentis sit*] Allusione quadam etymologica ostendit rei & vocis convenientiam, imitatus Ser. Sulpitium, qui quo efficacius vim rei exprimeret testamentum dixit esse verbum duplex, compositum à contestatione mentis; estque hujusmodi allusiva derivandi ratio omnibus auctoribus admodum familiaris. In jocis venustas delectat, in rebus seriis etiam utilitate sua quam in re declaranda habet commendabilis, qualis est illa Ciceronis qui *lib.* 1. *de offic. cap.* 6. *fidem ex eo appellatam* scribit, *quia fiat quod dictum est*; item illa Augustini, quod *mentiri inde 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 adq. poss.* & Ulpiani qui ait novationem nomen accepisse à nova obligatione, *l.* 1. *de novat.* Ejusdem generis inveniuntur & in *l.* 3. *de damn. infect. l.* 35. §. 1. *de mort. caus. 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 quam veræ. Nullamque omnino causam video cur Servium allusionis propositæ auctorem carpat Aul. Gell 6. *noct. Attic.* 12. aut in Justinianum tam inclementer invehatur Valla *lib.* 6. *elegant.* 36. ut dicat eum explosam atque derisam etymologiam denuo inculcasse: dignus profecto 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 aliis verbis per hujuscemodi formam productis idem evenire, atque ideo nec per similem allusionem declarari posse? Et irascor Gœddæo, qui in *l.* 164. *de verb. sign.* contendit, eamdem hanc derivandi rationem etiam accommodari posse verbis *vestimentum ornamentum calceamentum* & ejusdem productionis ceteris: Iepida 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 recte dici poterit quod vestitio mentis sit, calceamentum quod sit calceatio mentis. An igitur & excrementum quod sit mentis excretio? Mallem dixisset Cerberum se metuere quam hæc tam temere atque inconsiderate effutisset. Apparet autem ex verbis hujus textus & disputatione Gellii, Justinianum & Servium non definitionem aut descriptionem aliquam testamenti sive ipsius rei proponere voluisse, sed indicare rationem nominis, ὅρον ὀνοματώδη ἢ τοι ἐτυμολογίαν (*definitionem nomini congruam, aut etymologiam*): quæ & Theophili mens est, licet aliud videatur doctissimo Salmasio *lib. de usur. cap.* 1. VINN. Recte omnino auctor noster: cujus observationibus id adde quod auctores nostri hic Stoam suo more imitentur. Iis enim philosophis hujusmodi allusiones erant familiarissimæ. Cic. *de offic. lib.* 1. *cap.* 6. Seneca *epist.* 88. Vidit jam hoc vir eximius Em. Merill. *obs. lib.* 1. *cap.* 10. & ante eum summus Cujacius *obs. lib.* 11. *cap.* 37. Addenda etiam quæ hanc in rem contra Laur. Vallam disputant

tant viri docti apud cl. Duker. *de Latin. vet. JCt. p.23. seqq.* & *p.462.* Scip. Gentil. *orig. ad ff.* & Ægid. Menag. *amœnit. jur. cap.39.* HEIN.

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 Ulpian. *in fragm. tit. 20.* qui sic definit: *Testamentum est mentis nostræ justa contestatio in id solemniter facta ut post mortem nostram valeat.* Quod Modestinus voluntatis sententiam, Ulpianus contestationem dixit, uti & in *l. 20. §. 8. hoc tit.* contestationem supremam: 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 solemniter facta ut quem volumus post mortem nostram habeamus heredem.* Nam legata ad testamenti substantiam non pertinent, *l. 1. §. 3. de hered. instit.* Sunt autem hæ definitiones conceptæ de iis testamentis duntaxat quæ fiunt jure communi omnium Civium Romanorum, ad ea quæ fiunt jure proprio & singulari, qualia sunt militum *de quib. tit. seq.* & quorundam etiam paganorum de quibus nos obiter ad §. 4. *n. 2. inf. hoc tit.* non pertinent.

3. Quæri hoc loco solet cui juri adscribenda testamenti factio, utrum juri gentium an civili. Dicendum est, si generaliter simpliciter & indefinite usus testamentorum consideretur eum esse ex jure gentium; si specialiter & definite ex jure civili; neque aliud Interpp. sentiunt cum originem testamentorum ad jus gentium referunt formam ad jus civile: formam nimirum propriam & modum testandi peculiarem cujusque Reip. Nemo enim, opinor, tam ineptus est ut putet rem ullam esse sine forma, aut simplicem & secundum jus gentium testandi rationem, qualis in militum testamentis cernitur, formâ carere. Breviter, ut liceat morituris disponere de rebus suis ex jure gentium est; ut non aliter liceat quam hoc vel illo modo ex jure civili. Hujus rei non leve argumentum est licet à posteriori concludat, quod apud omnes fere gentes in usu testamenta fuerunt, sive jus cavendi de eo quod quis post mortem suam fieri nollet. Philosophorum supremas aliquot voluntates refert Diog. Laërtius in *vitis Philosoph.* Isaias Propheta annuntiat Ezechiæ Regi Judæ ut domui suæ præcipiat quasi mox morituro, *lib. 4. Reg. cap. 20.* & *Isai c. 38.* & Tacitus de Germanis nostris, ut singulare aliquid notat quod nullum apud eos testamentum esset, *lib. de morib. German. cap. 20* Idem quoque arguit, quod miles qui secundum jus gentium testari creditur deportatum heredem instituere potest, *l. 13. §. 2. de testam. mil.* junct. *l. 17. §. 1. de pœn.* Et secundum hæc ad populum Constantinus: *Nihil est*, inquit, *quod magis hominibus debeatur quam ut supremæ voluntatis (postquam jam aliud velle non possunt) liber sit stilus, & licitum quod iterum non redit arbitrium, l. 1. C. de sacros. Eccles.* Reperiuntur tamen qui testamenti factionem toto suo genere juris mere civilis esse contendunt, ac ne illud quidem nobis concedunt, quod dicimus, rem ipsam simpliciter & per se consideratam esse juris gentium. Nugant 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 assumtio 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 quam si quis bona sua omnia alicui donaret ea lege ut ipse quoad vivat usum possessionemque eorum retineat. Nam, ut recte docet D. Grotius *lib. 2. de jur. bell. & pac. cap. 6. n. 14* testamentum vi ipsa nihil aliud est quam 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, male colligas alienum 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. § 40. *Inst. sup. de rer. div. d. l. 1. C. de sacros. Eccles.* quem naturæ legis ordinem etiam in deferenda hereditate lex XII. tabb. secuta est. Reliqua quæ contrà objiciuntur parvi ponderis sunt, quale est illud quod Papinianus scribit, testamenti factionem non privati sed publici juris esse, *l. 3. hoc tit.* Nam

si

si jus publicum proprie accipimus quod utilitate publicum est, ut in divisione juris proposita §. *ult. Inst. sup. de just. & jur. l.* 1. §. 2. *ff. eod.* testamenti factio juris privati est. Publici autem juris esse dicitur oppositive ad contractus & conventiones, quia auctoritate publica est, *l.* 1. *ad leg. Falc. l.* 120. *de verb. sign.* nec, ut contractus, privati cujusque arbitrio sed legum potestate regitur, *l. ult. de suis & legit. hered.* quamquam & quæ ad jus publicum proprie pertinent magnam partem ex moribus & institutis aliarum gentium Romani petierunt: quod pluribus exposui ad *d.* §. *ult.* Neque majoris momenti est quod de deportato profertur, eum nec testamentum facere nec ex eo capere posse, *l.* 8. §. 1. *ff. hoc tit. l.* 1. *C. de her. inst.* qui tamen omnia quæ sunt juris gentium retinet, *l.* 17. §. 1. *de pœn.* Nam nec matrimonium contrahere potest, nec patriam potestatem nec tutelam nec jus successionis cognationi tributum retinet. Nimirum etsi hæc omnia ex jure gentium tamquam ex communi fonte populus Romanus hauserit, propria tamen sibi fecit, & à communione eorum arcuit peregrinos. Neque enim hoc dicimus, testamentum esse juris gentium quo modo contractus & commercia juris gentium esse dicuntur; sed ex jure gentium & 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 mere 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 διαθήκας συγγράφεσθαι (*testamenta conscribere*) *tit. Inst. de jur. nat. gent. in pr.* revise ad ea quæ sub §. 1. *ejusd. tit.* à nobis tradita sunt. Illud plane ridiculum est, quod ex eo quod Tacitus scribit, apud Germanos suo tempore usum testamentorum non fuisse, nonnulli colligunt testamenti factionem cum jure gentium non consentire: nam usum quoque emtionis & venditionis Germanos ignorasse idem Tacitus eodem loco prodidit, cum apud eos nummus non esset: & elleborosi hominis est ex usu unius populi & rudis adhuc de jure gentium judicare. Add. doctiss. Vigl. ad §. 2. *hoc tit.* VINN. Non adeo expedita res videtur testamenti factionem esse juris gentium: sive per illud intelligas jus quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, sive quod usu & necessitate exigente homines inter se constituisse dicuntur. Nec rationes Vinnii id evincunt. Nam (1) multæ gentes condiderunt testamenta, sed non omnes. Non Germani, Tacitus *de morib. Germ. cap.* 20. non Athenienses ante Solonem, Plutarhc. in *Solon. p.* 90. non Hebræi, Seld. *succes. in bon. Hebr. c.* 24. non Indi denique, veluti Siamenses, De la Loubere *du Royaume de Siam tom.* 1. *part.* 3. *ch.* 7. *n.* 9. Deinde (2) omnino rationi naturali repugnat alicui jus esse statuendi de rebus suis ita ut voluntas post mortem valere incipiat ubi jam velle desiit & mors omnia solvit. Quod animadvertens vir acutissimus Leibnitius in *nova methodo Jurisprud. p.* 56. *seqq.* ad animarum immortalitatem confugit, ut sic perdurare voluntas mortuorum videatur, quod nimis dilutum est. (3) Nec donationis exemplum à Vinnio adductum quadrat. Nam qui donat inter vivos statim dominium transfert, quamvis sibi ussum possessionemque reservet. (4) Grotii definitio non exhaurit naturam testamenti de quo nobis quæstio est. Quis enim dixerit testatorem quoad vivit tantum jus possidendi & fruendi sibi reservare, cum res suas vendere, donare, quin & ipsam ultimam voluntatem mutare posset? Et quis dixerit eam alienationem esse revocabilem qua nihil alienatur, & quæ revocari potest antequam valere cœpit? (5) Denique nec usu & necessitate exigente testamenta inventa sunt, cum nulla necessitas fingi possit quæ homines adegerit ad testandum, cum jam leges extent de successione; immo hæc testamenti factio sæpe incommodis oneret Rempublicam. Vid. Hert. *elem. polit. part. II. sect.* 11. §. 53. HEIN.

4. Adjicio, ἐν παρόδῳ (*in transitu*) multis visum è Republica aliquando esse nimiam testandi & legandi libertatem præcidere præsertim in Optimatum statu, & hactenus ut ne cui liceat prædia paterna aut avita legare. Quin etiam Bodinus *lib.* 5. *de Repub. cap.* 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 jus esto*, *l.* 120. *de verb. sign.* Ceterarum autem gentium omnium unam legem fuisse, ne prædia testamento legare liceret; eoque jure adhuc Polonos Danos Suecos aliosque populos uti. VINN. Apud Hispanos item libera de omnibus rebus testandi facultas est præterquam de bonis majoratui aut fideicommisso addictis. ADDIT.

TEXTUS.

De antiquis modis testandi civilibus.

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 comitiis appellabant; altero cum in prælium exituri essent, quod procinctum dicebatur. Accessit deide tertium genus testamentorum quod dicebatur per æs & libram, scilicet quod per emancipationem, id est imaginariam quamdam venditionem agebatur, quinque testibus & libripende civibus Romanis puberibus præsentibus, & eo qui familiæ emtor dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera testamentorum ex veteribus temporibus in desuetudinem abierunt; quod vero per æs & libram fiebat licet diutius permanserit, attamen partim & hoc in usu esse desiit.*

COMMENTARIUS.

1 *Comitiorum genera obiter exposita, & ostensum quibus comitiis 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 Justinianus à primordio rem totam repetere. Et sunt sane multa in jure novo & posterioribus temporibus constituta quæ sine veteris notitia perfecte intelligi non possunt; idque non tantum in re hìc proposita sed etiam in plerisque aliis juris Justinianei partibus accidit. Accommodari huc potest illud Senecæ *lib. 6 de benef. cap.* 1. *Etiam quod discere supervacuum est prodest cognoscere.* Ait autem, primis temporibus duo genera testamentorum populo Romano in usu fuisse, quorum altero, quod calatis comitiis dicebatur, utebantur in pace & otio; altero, quod procinctum, cum 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 comitiis in concione populi fieret: alterum quod in procinctu cum viri ad prælium faciendum in aciem vocabantur: tertium per familiæ emancipationem, cui æs & libra adhiberetur.* Idem quoque tradit Ulpian. in *fragm. tit.* 20.

1. *Quod calatis comitiis appellabant*] Tribonianus 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 Justinianus Ulpianus & Gellius calata appellant, fuerint; & unde hoc iis solis nomen, quod videtur omnibus communiter convenire. Patet ex scriptis Veterum, maxime Ciceronis Livii & Dionysii Halicarnassensis, tria fuisse eaque diversa comitiorum genera: curiata centuriata & tributa, quorum antiquissima curiata. Nam ex quo Curiæ primum à Romulo institutæ sunt usque ad tempora Servii Tullii sexti Romanorum Regis, omnia quæ suffragiis populi à Regibus committebantur curiatiis comitiis peracta fuere, ut ex eo intelligi potest quod necdum centuriæ nec tribus erant quæ suffragium dicere possent. Itaque non modo Reges sed ceteros etiam magistratus curiatis comitiis creatos fuisse interpretandum est, cum apud auctores repetimus à populo eos creatos; & leges omnes quæ ad illud usque tempus latæ sunt curiatæ fuerunt; & judicium Horatii à populo curiatis comitiis peractum est. At post classes à Servio Rege institutas, tum duo cœperunt esse comitiorum genera, curiata & centuriata; atque illis duobus tantum usus est populus usque ad judicium Coriolani; qui fuit A. U. C. 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 sententiam 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 ratumque esset. Hæc intra pomœrium haberi non poterant: locus eis destinatus erat campus Martius. Tributa comitia dicta cum populus tributim sive per tribus divisus suffragium iniret, in quibus quod plures tribus jussissent aut vetuissent spectabatur. Hæc autem diversa fuisse à curiatis argumento est, quod tri-

tribus à curiis semper diversæ fuerunt, quodque intra aut extra pomœrium haberentur nulla religio erat. Jus habendi comitia solis magistratibus fuit, nisi de sacris esset agendum; & quidem solis patriciis & majoribus magistratibus curiata & centuriata; tributa etiam tribunis plebis. Sacrorum autem causa Pontifices jus habuerunt vocandi comitia tam centuriata, puta creando Regi sacrificulo, quam curiata: nam fallitur D. Wesembecius dum existimat magistratus coëgisse centuriata comitia, calata Pontifices. Causæ habendorum comitiorum variæ: ad creandos magistratus aut confirmandos: ad leges ferendas, judicia exercenda, sacerdotes inaugurandos: detestationis sacrorum, adrogationum & testamentorum faciendorum causa; nec tamen unæ omnium nec eædem omnium omnibus temporibus. Singula exequi ad institutum non opus est: adeundi Nicol. Gruchius & Carol. Sigonius, qui de comitiis Rom. scripserunt ex professo. Cum igitur præter ea quæ diximus nulla alia fuerint comitia, necesse est calata, quorum hic mentio fit, speciem unam ex his fuisse. Non fuere autem centuriata; alioqui sequeretur nec in urbe testari Quirites potuisse, nec omnino primis temporibus testari ante tempora Servii Regis à quo primum 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 cum in concione testamenta fiebant in urbe haberentur. Idque etiam Gellius non obscure indicat loco superius citato, cum ait, iisdem comitiis calatis sacrorum detestationes & testamenta fieri solita. At ante legem Papyriam quæ vetuit ædes, terram, aram consecrare injussu plebis, teste Cicerone *pro domo*, consecrationes à Pontificibus 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.* 15. existimare licet initio comitia omnia calata fuisse, sed postea cum id verbum in usu esse desiit, nomen calatorum comitiorum in his tantum quæ pro collegio Pontificum haberentur retentum esse, idque religionis & antiquitatis causa. Gellius sane, *d. lib.* 15. *c.* 27. refert, in libro Lælii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum esse, Labeonem scribere, calata comitia esse quæ pro collegio Pontificum haberentur, aut Regis sacrorum, aut fluminum inaugurandorum causa. Et paulo post, iisdem comitiis & testamenta condita. Ac credibile est, ideo Pontifices testamentorum factionibus præfuisse, quia sacra quæ ad eos pertinebant una cum hereditatibus transferrentur. Vicem horum testamentorum exhibere scribit D. Viglius, quæ precibus Principi oblatis inseruntur, juxta *l.* 19. *C. hoc tit.* Nam Principem post legem regiam quodammodo universum populum repræsentare. Sed & testamentum quod in acta magistratus municipumve refertur, ejus quod calatis comitiis fiebat quadantenus locum subit, quia & ipsum publica fide fit & quasi totius civitatis, *d. l.* 19. *C. hoc tit.* VINN. Quæ hic Vinnius perspicue refert, ea maximam partem recte se habent, & plenius exponuntur à Gruchio & Sigonio. In eo tamen falli videtur (1) quod comitia calata testamentorum causa convocata putat. Convocabantur enim legum ferendarum magistratuumque creandorum causa, immo & ob alia negotia publica, bellum pacem judicia &c. Testamenta autem nihil aliud tum erant quam leges rogatæ à magistratu, & curiarum suffragiis confirmatæ. Unde vocabulum *legare* quasi legem ferre νομοτεθεῖν, *Nov.* 22. *cap.* 2. *legis modo relinquere.* Ulp. in *fragm. tit.* 24. §. 1. Deinde neque id (2) admittendum videtur, quod testamenta Principi oblata, vel in acta magistratus municipumve relata in testamentorum quæ calatis comitiis facta sint locum successisse existimat: cum complura ante sæcula obsolevissent comitia calata, testamentaque in iis fieri solita, cum hæc testamenta Principi vel magistratibus oblata invenirentur. HEIN.

2. *Quod procinctum dicebatur*] Alterum testamenti genus antiquitus usurpatum, cum ad pugnam ituri essent incerti an essent redituri procinctum appellatum esse ait: pro quo malim *in procinctu*: nam testamentum inepte 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 opponerent, sed procinctum militem, procinctum exercitum, procinctam classem dicebant, id est multitudinem hominum ad

præl um instructam & paratam; eo quod togis incincti olim pugnabant quo expeditiores essent, teste Festo. Hinc *procinctus* pro *exercitus*. Ammian. *lib.* 18. *procinctus adventans*. Testamenta autem quæ pugnaturi instructa acie nuncupabant, *endo procinctu* vel *in procinctu* appellabant. Gloss. Lat. Græc. *endo procinctu*, ἐζωσμένοι ἐν πολέμῳ (*cincti ad bellum*) Lucilius Balbus apud Cic. 2. *de nat. Deor.* non procul à principio: *Itaque maximæ Reipub. partes, in his bella quibus Reipub. salus continetur nullis auspiciis administrantur, nulla perennia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur ex quo in procinctu testamenta perierunt*; & *lib.* 1. *de orat. cap.* 53. apud eundem Antonius: *Qui duos filios tuos parvos tutelæ populi Romani commendasset, ac se tamquam in procinctu testamentum faceret sine libra atque tabulis, populum Romanum tutorem instituere dixisset illorum orbitati.* Ita quoque Festus, Gellius, Ulpianus *dd. loc.* Plutarchus *in Coriolan. p.* 198. ita hanc rem explicat: *Erat eo tempore*, inquit, *mos Romanis prælium inituris scutaque sumturis*, περιζώννυσθαι τήβεννον simulque διαθήκας ἀγράφους *testamenta sine scripto facere, & tribus aut quatuor audientibus heredem nuncupare.* VINN. Immo in textu Plutarchi est τριῶν καὶ τετράων, qui conficiunt septem. Forte καὶ pro ἢ ponitur, particula copulativa pro disjunctiva, quod sæpe & alibi fit. Vid. Joan. Strauch. *Lexic. partic. in voce* Et. HEIN.

3. *Quod dicebatur per æs & libram*] Α' παίριον, ut scribit Theophilus, hoc est *inauspicatum*. 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 tantum in anno, si eidem Theophilo credimus, fiebat. Sed cum hinc eveniret, ut ne ægrotantibus quidem semper libera esset testamenti factio; nec feminæ, quibus nulla comitiorum communio erat, teste Gellio *lib.* 5. *cap.* 19. ulla ratione testari possent: excogitata postea est tertia testandi ratio, secundum quam & quamvis loco ac tempore & feminis etiam suprema judicia ordinare liceret. Hic modus testandi per æs & libram dictus, quia per mancipationem in qua æs & libra adhibebatur fiebat; unde heres per æs & libram apud Ciceronem 2. *de legib.* Et scindum est, Romanos primis temporibus ære gravi atque argento rudi non signato usos fuisse pro pecunia, atque hæc appendere non numerare solitos: signata pecuniâ demum post Pyrrhum Regem devictum uti cœpisse eamque numerare, auctore Plinio *lib.* 33. *cap.* 3. Verba tamen vetera etiam postea retenta sunt, ut pendo appendo expendo, nominaque ab his derivata; & imago quædam vetusti moris in venditione atque alienatione rerum mancipi, quæ uno verbo mancipatio dicitur (Cicero *in topic. cap.* 10. traditionem nexu vocat, propterea quod hæc mancipationem sequebatur) nimirum ut is in quem hæc res transferebantur eas emeret à domino ære & librâ, appenso ei νόμου χάριν dicis causa nummo uno. Atque hoc modo plenissimo & optimo jure dominium in accipientem transferebatur, pleno scilicet jure Quiritium; cum alioqui bonitarium dumtaxat transiret. Quo accommodandum illud Horatii *epist. lib.* 11. *ep.* 2. *v.* 158.

Si proprium est quod quis librâ mercatur & ære.

Aderant præter libripendem quinque testes cives Romani puberes, certisque verbis hic actus perficiebatur. Vid. Ulpian. *in fragm. tit.* 1. §. 11. & *tit.* 19. §. 2. & Boët. *in top. Cic. lib.* 3. apud quem etiam extat mancipationis formula. *Is*, inquit, *qui mancipio accipit æs tenens ita dicit: Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emtus est hoc ære æneaque libra. Deinde ære percutit libram, indeque æs ei dat à quo mancipio accipit, quasi pretii loco.* Ita rectè eum locum emendat vir omni prædicatione dignus, sed omni major Claudius Salmas. *lib. de usur. cap.* 8. Traductum hoc postea & ad translationes universitatis bonorum, ut futurus successor familiam, id est, universam substantiam testatoris εἰκονικῶς (*repræsentative*) emeret, quo post mortem ejus hoc tamquam justo titulo bona possidere intelligeretur. Eadem quoque solemnitas adhibita fuit in adoptionibus & emancipationibus liberorum, ut alibi vidimus. VINN. Immo vera ratio paulo altius repetenda cur Romani testamenta condenda putarint per æs & libram. Leges extabant de successione ab intestato. Leges privata cujusque voluntate mutari non poterant, *l.* 38. *ff. de pact.* sed alia lege opus erat qua prior abrogaretur. Hinc testamenta olim fiebant in comitiis calatis per modum legis. Postquam autem leges XII. tabb. cuivis concessissent libertatem testandi lege notissima: *Paterfam. uti legassit super pecunia tutelave suæ rei ita jus esto*: opus erat fictione quadam, ne privati hominis voluntate leges viderentur mutari. Itaque fingebant testatorem hereditatem tamquam rem man-

mancipi vendere, addita secreta lege: *Hæc uti in his tabulis scripta sunt, ita do ita lego ita testor.* Facem hic præfert vir ill. Corn. van Bynkersh. *obs. lib. 2. cap. 2.* HEIN.

Quod per emancipationem] Ita quoque Theophilus. Aul. Gellius *lib. 15. cap. 27. per familiæ emancipationem*; nec video cur potius legendum *mancipationem*, quod vult D. Bachovius. Etenim Veteres non minus verbo *emancipare* quam *mancipare* utuntur, pro mancipio dare tradere vendere alienare. Cicero *de senect. cap. 2. ita senectus honesta est si nemini emancipata est.* Plaut. in *Bacch. act. 1. scen. 2. v. 60.*

Nunc mulier tibi me emancupo, tuus sum.

Horat. *epod. 9. v. 11.*

Romanas (heu posteri negabitis)
Emancipatus feminæ
Fert vallum & arma miles.

id est, δεδυλωμένος τῇ γυναικί (*servus mulieris factus*). Tranquillus *in Othone c. 4. Cuidam cum vicino de parte finium litiganti adhibitus arbiter totum agrum redemit emancipavitque.* Plinius *lib. 7. epist. 18. Agrum ex meis longe pluris exactori publico emancipavi.* Cicero *2. Philip. cap. 21. Tum iste venditum atque emancipatum tribunatum consiliis vestris opposuit*: quo tamen loco non ignoro etiam *mancipatum* legi.

Imaginariam quamdam venditionem] Duabus de causis venditionem hanc imaginariam fuisse scribit Hotomannus: primum quia revera venditio non erat, sed liberalis bonorum omnium translatio, cum dicis tantum causa nummus unus appenderetur testatori; deinde quia familiæ emtor, in quem tamquam in heredem ea bona per emancipationem transferebantur, heres non erat sed alius ab herede. At oportebat distinguere tempora, nam quo tempore hæc testandi ratio primum introducta est, ipse heres futurus familiam emebat: quod bis hoc loco testatur Theophilus, & intelligere licet ex §. 10. *inf. hoc tit.* Progressu autem temporis, cum, ut credibile est, quod Veterum simplicitas & probitas antea non consideraverat experimentis compertum esset, eam rem testatori periculosam esse; atque insuper etiam causam odii in testatorem, invidiæ in heredem legitimis successoribus præbere, receptum est, ut palam quidem solemnitatis adimplendæ causa familiæ emtor adhiberetur, sed qui ut manceps fiduciarius heredi seorsum in tabulis clausis scripto, mortuo testatore, familiam remanciparet. Cujus rei causam cum Plutarchus non intelligeret, in libro cui titulus est, *de sera Numinis vindicta*, de Romanis loquens sic scribit: ὅταν διαθήκας γράφωσιν, ἑτέρους μὲν ἀπολείπουσι κληρονόμους, ἑτέροις δὲ πωλοῦσι τὰς οὐσίας ὁ δοκεῖ παράλογον· (*Quum testamenta scribunt, alios quidem relinquunt heredes, aliis vero vendunt hereditatem: quod videtur rationi non consentaneum*) Transferantur huc verba Ulp. ex *fragm. 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 cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor; itaque vos Quirites testimonium perhibetote*: quæ nuncupatio & testatio vocantur.

4. *Priora duo genera in desuetudinem abierunt*] 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 postea mansisse: quod colligere mihi videor ex verbis Labeonis, qui apud Gellium *d. lib. 15. cap. 27.* sic scribit, *Iisdem comitiis 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 adeo Gellii testamenta calatis comitiis adhuc in usu fuisse, nam eâdem ratione colligas eodem tempore viguisse adhuc testamenta in procinctu, quod falsum esse constat ex dicto loco Ciceronis. Illud utique certum est, tempore mediæ jurisprudentiæ comitiis testari desitum fuisse, testis Ulpian. *in fragm. d. tit. 20. §. 1.* VINN. Immo latis tabulis XII. desiisse testamenta in comitiis calatis fieri verosimillimum est. Quis enim voluisset voluntatem suam submittere populi suffragiis cum libere suoque arbitrio testari posset? Et quis maluisset publice & palam heredem nuncupare quam jure uti legibus XII. tabb. concesso? HEIN.

Quod vero per æs & libram &c.] Priora illa duo testamentorum genera jam diu exoleverat, cum per æs & libram adhuc frequentaretur. Ulpianus dicto loco scribit, suo tempore id solum in usu fuisse, nimirum ex

tes-

testamentis quæ ad jus civile pertinebant, scilicet prioribus illis duobus abolitis; nam secundum formam à prætore introductam, & juris mixti eo tempore testamenta quoque fieri solita multis auctoritatibus doceri potest, *l.* 22. §. 4. *l. pen. hoc tit.* cum similibus; & apud Ciceronem quoque non uno in loco mentio fit testamentorum obsignatorum. Ait, *partim & hoc in usu esse desiit.* An hoc ideo dicit, quia familiæ emtor postea alius esse cœpit ab herede? Sed hoc factum jam olim & stante adhuc Republica. Arbitror Justinianum hoc significare voluisse, cum in testamento quod per æs & libram fiebat duæ res antea agerentur, familiæ mancipatio & nuncupatio testamenti: solemnitatem familiæ mancipandæ paulatim exolevisse, solum alterum, nuncupationem scilicet testamenti sive solemnem voluntatis contestationem & quodammodo numerum testium usque ad sua tempora mansisse: sicut apparet ex mixta testandi forma qua posteritas uti cœpit, §. 3. *infr. hoc tit.* quo loco hoc innuit ipse Justinianus. Illa mera somnia sunt quæ à quibusdam afferuntur, ideo testamenta per æs & libram desiisse fieri, quia emtio ista bonorum testatoris visa sit esse contra bonos mores, & pactum de futura successione, quod votum captandæ mortis inducat; neque enim vera emtio erat, aut hic ejus affectus ut testamentum mutare non liceret; nec idem jam olim heres qui familiæ emtor; & Theophilus, quem ajunt eamdem hujus desuetudinis rationem reddere, tantum indicat cur alium emtorem familiæ alium heredem esse placuerit: quamquam & ipse fallitur dum id Justinianum hoc loco sentire existimat.

TEXTUS.

De antiqua testandi ratione prætoria.

2. *Sed prædicta quidem nomina testamentorum ad jus civile referebantur. Postea vero ex edicto prætoris forma alia faciendorum testamentorum introducta est. Jure etenim honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa sufficiebant, cum jure civili signa testium non essent necessaria.*

COMMENTARIUS.

1 *Nimiæ curiositatis esse velle indagare, cur in omnibus mancipationibus placuerit minimum quinque testes adesse, confutatis plerorumque rationibus.*

AD jus civile referebantur] Opponitur hoc loco jus civile prætorio: quod cum fit ceteras 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 prætorio jure hic comparari existimat id tantum jus quod auctoritate prudentum, à quibus & formulæ aliæque solemnitates profectæ sunt, introductum est: nam testamentorum usus in comitiis & procinctu antiquior est ipsis XII. tabulis, quibus tamen posterius est jus quod à Consultis compositum est, & communi nomine appellatum civile, *l.* 2. §. 5. *de orig. jur.* Et modi alienandi per nexum & mancipationem ex lege XII. tabb. descendunt. Plane imaginariæ mancipationes inventum sunt Jurisconsultorum; nec dubito quin etiam testamentum per æs & libram, solemnitate mancipationis rerum singularum inter vivos producta ad alienationem bonorum omnium per ultimam voluntatem.

Jure honorario nulla mancipatio desiderabatur, sed septem testium signa] Testandi ratio jure prætorio introducta simplicior est atque expeditior quam illa juris civilis per nexum & imaginariam mancipationem: quippe cum prætor nihil aliud desideraret ad vim testamenti quam ut id septem testibus propositum atque ab iis obsignatum esset. Licet enim tale testamentum jure civili non subsisteret propter defectum mancipationis: tamen prætor secundum illud bonorum possessionem scriptis in eo heredibus dabat. Ulpian. *in fragm. tit.* 28. §. 5. Ait, *septem testium signa.* In eo quod jure civili fiebat per æs & libram non plures testes necessarii quam quinque, qui numerus legitimus erat in omni mancipatione. Sed prætor ut solemnitatem juris civilis contemserit, numerum tamen civium quem adesse in testamentis oportebat minui noluit; ideoque duos testes in locum libripendis & emtoris familiæ surrogavit. Simile huic est quod apud Gajum *lib.* 1. *Inst. tit.* 6. §. 3. legimus, *in emancipatione liberorum cum antea quinque testes cum libripende & antestato intervenirent, postea pro libripende & antestato duos alios testes adhibitos, ut septem testium numerus impleretur.*

1. Nimiæ autem curiositatis est indagare velle, cur placuerit in omnibus mancipationi-

nibus minimum quinque testes præsentes esse. D. Giphanius & Bachovius suspicantur originem hujus quinarii numeri ductam à numero quinque clasium quas Servius Tullius instituit: atque ad hujusmodi actus confirmandos singulos testes è singulis clasibus initio accitos fuisse, ut quodammodo coram universo populo celebrari viderentur: proinde quasi singuli testes suam classem, universi populum universum repræsentassent. Nec obstare ait D. Bachov. quod Dionys. Halicarnassensis scribit, non quinque sed sex classes à Servio Rege institutas; nam sextam classem quæ infimi census erat contentam & nullo pene loco habitam fuisse. Mihi hæc conjectura 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 quod plures classes, sed quod 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 Bachovii rationem sequamur potuit vel unus testis sufficere, ut actus coram majore 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 quod 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 clasicos testes Festum intellexisse homines primæ classis aut primæ dignitatis; nam satis fuisse constat si viri honesti essent & integræ famæ; quamquam antiqui etiam ita locuti sunt ut classicos dicerent non omnes qui in classibus erant, sed primæ tantum classis homines: unde per translationem auctores classici appellati primæ notæ, assidui non proletarii scriptores. Vid. Gell. *lib.* 7. *cap.* 13. & *lib.* 19. *cap.* 8. Sunt qui ideo quinque testes adhibitos scribunt, quia totidem tribubus populus constabat. Timæ. Fab. *disp. annivers.* 18. Hopper. *hic in not.* qui magna in antiquitatis ignoratione versantur; nusquam enim invenias populum unquam 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 sexs 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 modo equitum centuriæ ex omni multitudine selectæ, quarum numerum Tarquinius quia videbat equitem maxime suis viribus deesse postea auxit. Et eodem auctore primum 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. Subjicit tamen, Venonium memoriæ prodidisse triginta & unam tribus sub Rege Servio fuisse. Libro autem septimo apud eumdem de judicio Coriolani sic scriptum reperimus: *cum una & viginti tum tribus Romæ essent quæ missæ sunt in suffragium novem habuit Martius, à quibus absolutus est.* Proinde longe majorem numerum testium adhiberi oportet si per eos tribuum numerum repræsentari volumus, & post expletum triginta quinque tribuum numerum testes quinque & triginta. VINN. Non sane absurdum est quod de classibus suspicatur Bachovius. In mancipatione agebatur de dominio juris Quiritium transferendo, & hinc nihil videbatur æquius quam ut Quiritium arbitrio res gereretur. Quirites tempore XII. tabb. erant descripti in sex classes; sed sexta classis ex proletariis & capite censitis constabat. Cum vero *proletarii* testes nullius auctoritatis haberentur, iisque opponerentur testes *classici*: probabile est ideo sufficere creditum esse testes quinque, tamquam qui totidem Quiritium classes repræsentarent. Id addo, mancipationis ritum esse XII. tabulis antiquiorem, cum in iis mentio illius fiat tamquam jam noti & recepti. Putarim à Servio inventum, qui & divisionis populi in classes auctor est. Eum enim leges de contractibus tulisse docet Dionys. Halicarn. *lib.* 5. *p.* 278. unde & præcipuus sanctor legum dicitur à Tacito, *lib.* 3. *annal. cap.* 26. HEIN.

Cum jure civili signa testium non essent necessaria] In testamento quod fiebat per æs & libram. In eo enim duæ tantum res necessariæ erant, familiæ macipatio & nuncupatio testamenti sive voluntatis testibus exhibitæ

so-

solemnis contestatio, Ulp. *in fragm. tit.* 20. §. 8. quod postremum tamen tunc demum receptum videri potest postquam cœpit alius heres seorsum in chartis vel tabulis scribi, alii familia palam mancipari, nisi forte ad ea legata referas quæ ad familiæ mancipationem non pertinebant. Auctor enim Theophilus est, testatorem post mancipationem mox ordinasse quid post mortem fieri vellet, & familiæ emtori sive heredi dicere solitum: *Huic volo dari fundum; illi domum; alii centum nomismata.*

TEXTUS.

De conjunctione juris civilis & prætorii.

3. *Sed cum paulatim tam ex usu hominum quam ex constitutionum emendationibus cœpit in unam consonantiam jus civile & prætorium jungi, constitutum est, ut uno eodemque 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 eorumque 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.*

L. 1. *tit.* 1. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Recepto testamento mixto, quale hic describitur, non statim antiquata testamenta per æs & libram, neque vim testamenti prætorii enervatam.*

2 *Numerum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis, non cum quod obscurius dictum est postea testator explanat.*

3 *Subscriptiones testium jam 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 quam ex constitutionum emendatione*] Sensus est, cum duo essent simplicia testamentorum genera, unum civile alterum prætorium, usu homnium jus 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 Justinianus 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, Ulpian. *in fragm. tit.* 20. §. 8. neque prætorii testamenti vis aut usus sublatus: de quo sub §. 6. *Inst. infr. quib. mod. test. inf.*

Uno eodemque tempore] Hæc subtilitas ex jure civili est, *l.* 20. §. 8. *l.* 21. §. *ult. ff. hoc tit. l.* 28. *C. eod.* Est enim ex jure civili quod actus solemnes & legitimi continui esse debent, & uno contextu absolvi, *l.* 137. *de verb. obl. l.* 12. *de duob. reis.* Ait autem, *quod jus civile quodammodo exigebat*: *quodammodo*, id est, *fere.* Additum; quia ait, *septem testibus adhibitis.* Nam jus civile quinque tantum testes exigebat, reliqui duo pro libripende & familiæ emtore à prætore substituti; & ideo paulo post jure civili adscribit dumtaxat actus continuitatem & testium prræsentiam; numerum testium juri prætorio.

2. 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.* 21. §. 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.* 21. *C. hoc tit.* additumque, si testator literas ignoret vel subscribere nequeat, octavum ut subscriptorem adhibeat. Ceterum ex constitutione Justi-

tiniani si testator propria manu totum testamentum conscripserit, idque se fecisse in tabulis specialiter expresserit, nihil opus est vel ipsum vel alium ejus nomine subscribere, *l.* 28. §. 1. *C. eod.*

3. Quo tempore aut à quo primum Principe testium subscriptio introducta sit incertum est. Illud constat, jam apud antiquiores ita jus fuisse, atque adeo ætate Jurisconsultorum Pauli & Ulpiani, *l.* 22. §. 4. *l. pen. hoc tit.* quos Papinianum assessores habuisse à Lampridio proditum est.

4. *Ex edicto prætoris signacula*] Obsignationem testium esse ex edicto prætoris indicant *l.* 23. *hoc tit.* §. 6. *Inst. infr. quib. mod. test. infirm.* Ulpian. *in fragm. tit.* 23. §. 6. Quamobrem quod M. Tullius 3. *in Verr.* meminit tabularum testamenti obsignatarum è lege, legem intelligens Corneliam testamentariam, recte D. Wesembecius sic accepit, Syllam quod jam ante ex edicto erat lege sua comprehendisse, non ut edictum tolleret atque ex lege à se lata in posterum signa adhiberi vellet, sed potius ut 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 frequentius ob rei memoriam scripturam intervenisse: quod & tutius esse cœpit postquam heres emtor familiæ esse desiit. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria est, ut deficiente alterutra testamentum injustum sit, *l.* 22. §. 4. *hoc tit.* teneaturque falsi crimine tabellio qui non utramque adhibendam curavit, *l.* 29. *C. eod.*

5. *Et testes quidem & eorum præsentia*] Quod testium præsentiam requirit non videtur esse proprium testium testamentariorum, sed commune omnium qui ad actum aliquem celebrandum adhibentur. Non est autem satis corpore testes præsentes esse, nisi & animo sint intelligantque voluntatem testatoris. Neque tamen sermonis intelligentiam requirimus, sed placet sufficere si vel sensu quis percipiat cui rei adhibitus sit. Enimvero durare testes debent donec suprema contestatio peragatur; invitos tamen retinere non licet, & si recenti sint testamentum non subsistit, *l.* 20. §. 8. *& seqq. eod.*

6. Adhæc, rogati adesse debent aut saltem, si alterius rei causa collecti sint, ante testimonium certiorari se ad testamentum adhiberi, *l.* 21. §. *pen. ff. hoc tit. l.* 21. *C. eod.* neque hæc solemnitas cum sit extrinseca præsumitur intervenisse, etsi in testamento scriptum sit, *præsentibus testibus infra scriptis*, sed juxta communem sententiam probari debet, nisi additum sit, *& cetera*, aut notarius nominatim rogationis fecerit mentionem. Viv. *comm. op. verbi testes tam in testamento.* Farinac. *lib.* 2. *de testib. tit.* 6. Vasq. *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 13. *req.* 8. *n.* 53. Grass. §. *testamentum q.* 58. Mantic. 2. *de conj. ult. volunt. tit.* 11. Hoc amplius, & in conspectu testatoris testimonii officio fungi necesse est, *l.* 9. *C. eod.* Quapropter non est satis, ut quidam tradiderunt, testes oculatos esse si testatorem ipsi non videant, forte velo aut cortinâ interjecta conspectum adimente, licet vocem ejus audiant; sed necesse est ut faciem ejus videant, ne qua fraus fiat, alio forte 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. §. 8. *de aq. pluv. arc.* contrà sentientem communiter reprobari. Add. Clar. §. *testamentum q.* 59. Christin. *vol.* 4. *dec.* 7. *n.* 5. Grass. *d.* §. *testamentum q.* 59. *n.* 4.

7. *Uno contextu*] Μιᾷ ὑφῇ, ἀδιαλείπτως, (*uno tenore sine intermissione*) uno eodemque die ac tempore, *l.* 21. *C. hoc tit.* nulloque actu ab instituto negotio alieno interveniente, *l.* 21. §. *ult. ff. hoc tit. d. l.* 21. *C. eod.* nisi forte talis sit actus quem ratio morbi testatoris vel necessitas naturæ efflagitet, etiam in testibus: quod pluribus explicat Justinianus, *l.* 28. *C. eod.* ut tamen si quid supervenerit ob quod aliquis è testibus diutius abesse cogatur alius testis substitui debeat, *d. l.* 28. Ceterum hæc non eo pertinent ut testator teneatur eodem tempore & testes adhibere & testamentum scribere vel dictare ac finire; sed ad nuncupationem testamenti sive ipsam testationem & declarationem voluntatis, cum scilicet testamentum subscribendum & obsignandum testibus in eam rem adhibitis offertur: nam quin alio tempore testamentum conscribere & scriptionem sæpius interrumpere, alio vero testes ad solemnia adhibere possit non ambigitur, *d. l.* 21. *C. hoc tit.* Cum igitur uno actus contextu testari oporteat, negotioque alieno aut ad testamentum non pertinente interposito actus ille interrumpatur vitieturque testamentum: hinc facile colligere est quid judicandum sit de quæstione

ne quæ vulgo moveri solet, an contractus celebrari inter testandum possint. Nam si contractus est actus extraneus & alienus à testamento, uti revera est, neces e est actum testandi celebratione contractus interrumpi: veluti si testator cum 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 cum 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 adsignare licet, *l.* 1. §. 3. *de adsign. libert.* §. *ult. Inst. inf. eod. tit.* siquidem adsignatio liberti, licet proprie neque legatum sit neque fideicommissum, *l.* 7. *d. tit.* vim tamen legati habet, dum jus patronatus quod alioqui commune futurum erat uni in solidum relinquitur. Sic pignoris, *l.* 26. *de pign. act.* duorum reorum, *l.* 9. *de duobus reis*: ususfructus, §. 1. *Inst. sup. de usufr.* servitutum, §. *ult. Inst. sup. de serv. præd.* testamento constitutio contractus non est; neque enim cum hæc testator constituit cum alio contrahit, neque etiam ullo modo naturam contractus aut conventionis sapit; sed ut cetera quæ testamento caventur legantur aut relinquuntur revocari possunt.

8. Gravissima hìc moveri solet quæstio, an si legitimus numerus testium adhibitus non fuerit, aliudve quid meræ solemnitatis in testamento omissum, veluti si testes rogati non sint, aut tantum subsignaverint sive subscripserint non etiam obsignaverint, tale testamentum saltem in foro conscientiæ heredem ab intestato cui de voluntate testatoris constat non obliget ad restituendam hereditatem heredi scripto & ad legata præstanda. Obligare negat Domin. Soto *lib.* 4. *de just. & jur. quæst.* 5. Clar. 3. *sent. quæst.* 90. Covar. in *cap. cum esset x. de testam.* Ajunt Ludov. Molin. *de just. & jur. tract.* 2. *disp.* 81. Mantic. *lib.* 2. *de conject. ult. vol. tit.* 14. Vasq. *de succes. creat.* §. 1. *n.* 23. *& seqq.* & *de succes. progress.* §. 3. *n.* 3. Diod. Tulden. *C. de testam. n.* 8. Christin. *vol.* 4. *decis.* 34. quibus assentior. Nam cum in foro conscientiæ sola veritas spectetur secundum simplicitatem juris naturalis, *cap.* 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 heredibus certo constet de voluntate defuncti, nullamque fraudem intervenisse, ad quam avertendam solemnitas omnis juris civilis comparata est, non potest non subesse naturalis obligatio. Fac. *l.* 2. *C. de fideicomm. l.* 84. §. 1. *de reg. jur. l.* 5. §. 15. *de don. int. vir. & uxor.* §. *ult. Inst. inf. de fideicom. her. l. ult. C. eod.* Quod etiam bene intellexit Plinius, qui ob id sæpissime scripsit, voluntatem defunctorum etiamsi jure deficiatur bonis heredibus pro jure esse, *lib.* 2. *epist.* 16. *lib.* 4. *epist.* 10. *lib.* 5. *epist.* 7. eoque pertinet & illud Senecæ: *Angusta innocentia est, secundum leges* (intelligе *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 cum in corde loquatur, & dictet voluntatem defuncti quamvis irritam si juris solemnitatem respicias servari oportere, utique qui eam non servat contra conscientiam facit. Non obstat quod lex civilis quæ solemnitates 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 heredi 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 solemnitatis alicujus jure civili invalido. Mant. & alii *ubi sup.* Grot. *lib.* 3. *de jur. belli & pac. cap.* 7. *n.* 6.

TEXTUS.

Solemnitas addita á Justiniano.

4. *Sed his omnibus à nostra constitutione propter testamentorum sinceritatem, ut nulla fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manus testatoris vel testium nomen heredis exprimatur, & omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.*

COMMENTARIUS.

1 *Quod hoc §. constituitur pugnare cum principali fine testamenti scripti; tollere etiam id*

id quo hoc testamentum maxime differt á nuncupativo.

2 *Quibus in testamentis paganorum & quatenus solemnitates remissæ.*

3 *Jure Canonum ut ratum sit testamentum satis esse duos testes cum Parocho adhiberi; quod mores hodierni fere sequuntur.*

1. *A nostra constitutione*] Extat in *l. 29. C. hoc tit.* Jubet autem Justinianus, ut præter ceteras solemnitates quas supra commemoravimus etiam hæc adhibeatur, ut testator nomen heredis vel in sua subscriptione aliave parte testamenti exprimat, vel coram testibus nuncupet si litterarum imperitus sit aut propter morbi acerbitatem scribere nequeat. Quæ Justiniani constitutio prope est ut pugnet cum principali fine ob quem testamenta per scripturam fieri initio utile visum fuit, scilicet ut testator securitatis suæ causa nomen heredis 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 maxime differt à nuncupativo, cujus proprium est ut præsentibus testibus nomen heredis nuncupetur, §. *ult. infr. hoc tit. l. 21. pr. eod.* Atque ideo etiam, ut opinor, quod & hic & in *d. l. 29.* de suo Justinianus adhibuit, iterum demsit ac remisit *Nov. 119. cap. 9.* ut jam summa solemnitatis in testamento scripto requisitæ iterum ad ea redeat quæ comprehensa sunt §. *præc.* & apertius paulo constitutione Theodosii, *l. 21, C. eod.*

2. Ex hac tamen solemnitate 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 de ea constet ut de ceteris rebus, id est, saltem duobus testibus; scripto autem declarata, si & tempus testamenti facti & nomina liberorum & uncias & res quas inter liberos distributas velit expresserit; idque clare & plenis literis, non notis aut signis; debetque parens aut ipse hæc scribere aut saltem manu sua subscribere, *Nov. 107.* unde *auth. quod sine C. eod.* & ibi DD. Clar. §. *testamentum q. 8.* Myns. *5. obs. 28.* Gail. *2. obs. 112.* Christin. *vol. 4. decis. 7. & 8.* Grot. *2. manuduct. 16.* Dekher. *dissert. 2. lib. 2.* D. Jac. Coren. *rer. jud. obs. 39.* plenissime Gudelin. *lib. 2. de jur. novist. cap. 5.* add. nostra *lib. 1. sel. quæst cap. 17. & seqq.* (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 solemni numero testium quid remittendum censent Interpretes, vid. Myns. *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 quæst. 56. n. 3.* Christin. *vol. 4. decis. 6. n. 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) In omni testamento ad pias causas quævis voluntas suprema vel coram duobus testibus testata Canonibus rata habetur, *cap. relatum 11. x. hoc tit.* Postremo in testamento posteriore in quo scripti sunt heredes qui ab intestato ad hereditatem vocantur placuit sufficere quinque testium juratorum depositiones; ac infirmato priori testamento posteriorem hanc valere voluntatem, non tamquam testamentum sed tamquam voluntatem ultimam intestati, *d. l. 21. §. pen. C. hoc tit.* & ibi DD.

3. In universum autem jure Canonico ut ratum sit quodlibet testamentum sufficit duos testes cum Parocho adhibuisse, *cap. cum esses 10. x. 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 longe recedente ab eo quod scriptum est: *In ore duorum vel trium testium stet omne verbum.* Et licet nonnulli existiment causam nullam fuisse cur Pontifex id quod bene, ut ajunt, ad fraudes hominum avertendas, *l. ult. C. de fideic.* jure civili constitutum fuit mutaret: tamen constitutionem Pontificiam usus fere probavit, qui & alias ægre patitur nimis se longe abduci à simplicitate juris naturæ.

TEXTUS.

De annulis quibus testamenta signantur.

5. Possunt autem omnes testes & uno annulo signare testamentum. Quid enim si septem annuli una sculpturâ fuerint, secundum quod

Papiniano visum est? Sed & alieno quoque annulo licet signare testamentum.

L. 1. *tit.* 1. *Part.* 6.

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 *Utrum annulo dumtaxat testamenta signare liceat, an & alio instrumento characterem habente.*

1. CUm testes omnes testamentum solemne quod per scripturam ordinatur signare oporteat, quæsitum est an necesse sit singulos testes singulis annulis & unumquemque proprio signare; an vero & 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.* 22. §. 2. *ff. hoc tit. l.* 12. *C. eod.* Quod quamquam Interpretes vulgo 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 ejus rei in subscriptione fiat, ceterum & eo omisso testamentum nihilominus subsistere putant, propter simplicem & generalem definitionem juris civilis hoc loco & supra *dd. ll.* traditam. Pœnam vero non mereri quod fit lege permittente, *l.* 4. *C. 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 cum id in subscriptione annotatum est, cum tamen & sine eo recognosci possit, & vel ex eo etiam facile, quod quisque testis ex constitutionibus subscribere debet, quis & cujus testamentum signaverit, *l. pen. hoc tit.* non putaverim vitiari testamentum signatum annulo alieno ob id quod signator non adjecerit annulo alieno se signasse. Unde tamen minime efficitur quod docuit Bart. in *l.* 2. *test. quemadm. aper.* mortuo uno ex testibus ante apertas tabulas testamentum concidere: nam cum inspectio sigillorum non pertineat ad formalem aliquam testamenti solemnitatem sed ad probationem dumtaxat 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 §. 7. *hoc tit.* ubi multas contra Bart. allegat auctoritates.

2. Plane quod hic de usu annuli alieni in signando traditur, trahendum non est ad personas publicas quæ sigilla ex officio instrumentis appendunt, & verbi causa notarios. Nam ab his præcise requiritur ut sigilla sua apponant, idque auctoritatis & fidei publicæ causa, atque ut in dubio ex unius cum altero comparatione cognosci possint, *Nov.* 73. *cap.* 6. Testium autem in testamento non sigilla sed obsignationem lex requirit, ut cum opus est signum recognoscentes se id apposuisse testificentur. Nam ita institutum fuit, ut cum ad aperiendas tabulas testamenti ventum esset, priusquam resignarentur prætor signatores convenire cogeret & sigilla sua recognoscere, *ll.* 4. & 7. *testam. quemadm. aper.*

Quid enim si septem annuli una sculpturâ fuerint] Quasi dicat, nemini mirum videri debere quod testibus permissum sit signare uno eodemque annulo; fieri enim posse ut septem annuli, quamtumvis singuli singulorum sint eamdem habeant figuram, ἓν καὶ τὸν αὐτὸν χαρακτῆρα (*unum eundemque characterem*): neque tamen ob id minus testamentum consistere. Potest vero id etiam hodie contingere, veluti si plures ex eadem familia ad signandum adhibeantur, cum nunc agnatorum omnium eadem sint insignia, nec amplius nomen in circumferentia annuli signatorii poni soleat.

3. *Sed & alieno annulo*] Qui scilicet nullius è testibus sit. Ex eo autem quod annuli plerumque mentio fit non satis recte colligitur alio instrumento signatorio testamenta signari non potuisse; dici enim potest idcirco id fieri quia frequentius annulis Veteres signabant. Et tamen de eo dubitatum fuisse obtinuisseque ut tantum annulo signare liceret, constat ex *l.* 22. §. 5. *hoc tit.* quod ad scrupulosam testandi subtilitatem Cujac. *lib.* 14. *obs.* 11. refert; alii etiam ad facilitatem probationis, *quia notio sit character* annuli qui in digitis gestari solet; sed ista ratio nullius pretii: nam & alieno annulo signare licet. Et quid si idem sit character instrumenti & annuli? tunc enim nullo modo dignosci poterit utrum annulo an alio instrumento signa-

natum sit. Et puto, Jurisconsultum in *d. l.* 22. §. 5. annuli appellatione non tam intelligere figuram annuli geometricam quam sculpturam; nec excludere voluisse instrumentum quod eamdem sculpturam cum annulo habeat, sed aliud signum impressum diversum à charactere annuli: cujusmodi forte instrumentis Veteres usi ad alia quam litteras aut tabulas obsignandas: id quod etiam verba Jurisconsulti indicant: *varie enim*, inquit, *homines signant*, quod omnino accipiendum est de varietate characteris non de materia aut forma instrumenti signatorii geometrica. Etenim qui in signando eodem semper charactere utitur, licet diversis instrumentis quibus insculptus est, non varie signat sed uniformiter. Et quæso, si idem character est quid interest utrum 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. Wesemb. ad hunc §. & Donello 6. *comm.* 8. qui locum Ulpiani in *d. l.* 22. §. 5. legendum putant interposita negatione, *& magis est ut non tantum annulo*: quod & temperamentum subjectum, *dum tamen habeat* χαρακτῆρα, (*characterem*) quodammodo postulat; & ita quoque Bartolus legisse videtur argum. summarii *d.* §. & Joann. de Platea qui istum §. citat ad probandum quod scribit, non annulo tantum sed alio quoque instrumento signatorio posse signari. Mich. Attaliat. *synops. tit.* 31. ἐπὶ δακτυλίῳ, ἢ τοι βυλλωτηρίῳ (*uno annulo aut sigillo*) atque ita & doctiss. Salmas. *lib. de mod. usur. cap.* 10. *pag.* 456. Alii malunt, retenta lectione cum D. Connano 9. *comm.* 2. Ulpianum intelligere de testibus qui plura signa habent, unum in annulo alterum & diversum in re alia impressum; ut hi potius annulo signare debeant quam alio ullo instrumento: quia id signum quod in annulo est magis cujusque proprium esse putatur, magisque notum & certum est. Hodie hæc quæstio supervacua est, cum testes subscripsisse sufficiat, signa eorum non requirantur, sed solius sigillum notarii. Jac. Verwey *art. testand. cap.* 9. De more & modo signandi apud Veteres usitato adi D. Salmas. *lib. de mod. usur. cap.* 11. VINN. Cave aliquid mutandum, vel particulam salutarem *non* intrudendam existimes in *l.* 22. §. 5. *ff. qui test. fac. poss.* Nec enim Codices addicunt, nec verba *dum tamen habeat* χαρακτῆρα (*characterem*) id flagitant; dantur enim & annuli qui non habent χαρακτῆρα. Quod autem annulos abscisse exigerent Veteres, ejus rei rationem eadem lex videtur reddere: *varie enim homines signant*, inquit Ulpianus. Alio typo utebantur domi in signandis cellis pecuniariis, lagenis, cujus usus etiam patebat matribusfamilias: alio utebatur paterfamilias in obsignandis litteris & instrumentis, eumque fere annulo insculptum circumferebat. Loca Veterum non adscribo. Adi Lips. ad Tacit. *ann.* II. 2. & adde Suet. in *Aug. cap.* 50. Non itaque annulus in *l.* 22. opponi videtur typario alterius formæ, sed alterius usus, veluti quod domi ad signandas cellas utebantur. HEIN.

TEXTUS.

Qui testes esse possunt.

6. Testes autem adhiberi possunt ii 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 ii quos leges jubent improbos intestabilesque esse possunt in numerum testium adhiberi.

L. 9. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Communem testium habilitatis notam esse si sit cum iis testamenti factio; & quid hoc sit.*

2 *Cur à testimoniis testamentariis arceantur mulieres.*

3 *Cur non admittatur surdus, cum adhiberi possit qui sermonem testatoris non intelligat.*

4 *Utrum 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 cujusque inspici & non nisi idoneos admitti placuit. Et recte: quippe cum fides testationis non tam firmetur numero testium quam auctoritate, per *l.* 3. §. 2. & 3. *de testibus.* Estque fere tota hæc tractatio de habilitate testium nuncupativo testamento cum scripto & mystico communis.

1. *Cum quibus testamenti factio est*] Hæc communis nota est testium habilitatis, si sit cum

cum iis testamenti factio, id est, si heredes institui aut ex alieno testamento vel sibi vel alii adquirere possunt. Nam quatenus quis jus habet faciendi testamenti, non recte dixeris esse tibi cum eo testamenti factionem, ut bene Recentiores notant. Et proprie item loquitur Imperator cum dicit, *cum quibus testamenti factio est*, non qui testamenti factionem habent: siquidem testamenti factio activæ significationis est, ut proprie dicatur testamenti factionem; habere qui faciendi facultatem habet, *ll.* 3. 4. & 8. *in fin. l.* 18. *l.* 19. *hoc tit. l.* 1. §. 8. *ff. de bon. poss. sec. tabb. l.* 3. *C. de apostat.* At qui ipsi testamentum facere non possunt sed tantum ex testamento capere, cum iis rectius dicitur esse vel haberi testamenti factio, ut in §. 2. *Inst. inf. de her. inst.* §. 24. *Inst. inf. de legat. l.* 31. *l.* 49. §. 1. *de her. inst. l.* 7. *pro legat.* quam eos habere testamenti factionem; quamquam hæc verborum proprietas perpetuo non observatur, ut videre est in *l.* 16. *hoc tit. l. ult. pro her.* §. 4. *Inst. inf. de her. qual.* quibus in locis testamenti factionem habere dicuntur etiam illi qui tantum capere ex testamento possunt: unde factum, ut docendi gratia Interpretes testamenti factionem distinxerint in activam & passivam. VINN. Sed si exempla convenire debent regulæ, dicendum est cum iis fuisse testamenti factionem qui olim in comitiis adesse & suffragium ferre de aliorum testamentis poterant. Cum iis enim etiam postea erat testamenti factio per æs & liberam, non cum aliis. Ex hoc fundamento facile reddes rationem cur testes esse non potuerint mulieres, impuberes, servi, furiosi, cum tamen heredes institui possint. HEIN.

2. *Sed neque mulier neque impubes &c.*] Enumeratio personarum quæ varias ob causas in testamento testes esse prohibentur, & quidem simpliciter in testamento cujusvis. Cur mulier hic testis non admittatur, cum alias jus dicendi testimonii habeat, *l.* 20 §. *6. hoc tit l.* 18. *de test.* non una ratio reddi potest. (1) Quia cum certum numerum testium ad actum aliquem lex requirit, intelligitur requirere testes graves & omni exceptione majores, in quos judici non liceat postea 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 tantum requiritur ad probationem actus sed etiam ad constitutionem; leges autem veteres, teste Scholiaste ad Harmenopulum, *lib.* 1. *tit.* 6. §. 52. ἐν ταῖς συστατικαῖς μαρτυρίαις μὴ μαρτυρεῖν τὰς γυναῖκας ἀποφαίνονται· (*manifestum est mulieres in testimoniis constitutivis testes esse non posse*). Συστατικὰς μαρτυρίας, hoc est, *testimonia constitutiva*, quæ faciunt ut negotium consistat (Mercerus vertit *commendatoria*) opponit ἀποδεικτικαῖς id est, *demonstrativis*, sive quæ adhibentur dumtaxat probationis causa. (4) Quia testatio supremæ voluntatis non est actus repentinus aut fortuitus, ut nihil necesse sit ubi viri honesti haberi possunt accire feminas, per *Nov.* 90. *cap.* 1. Quibus rationibus item moveor ut credam ne in codicillis quidem mulierem testem esse potuisse, contrà quam sentiunt Vigl. & comm. DD. Mitto quod solemnis 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 turpe & verecundiæ sexus minime conveniens putaverunt feminas cum viris hujusmodi negotiis interesse. Impubes testis non admittitur propter imperfectum animi judicium: quam ob causam nec aliis in negotiis testimonium ejus recipitur, *l.* 3. §. 5. *l.* 19. §. 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; cum in aliis causis testamenti dictionem habeat post pubertatem de his quæ impubes vidit: utique si testetur de iis quæ verisimiliter ab impuberibus capi possunt, & quæ vidit cum jam esset pubertati proximus. Joann. Fab. Vigl. *hic.* Oldend. *part.* 4. *de testib. n.* 12. ex sententia communi. Servum excludit conditio personæ, quia nullam juris civilis communionem habet, *d. l.* 20. §. 7. quæ ratio etiam peregrinos removet, *l.* 17. §. 1. *de pœn.* & nominatim lex desiderat cives Romanos. Furiosus nihil intelligit; ceterum si remisionem habet poterit eo tempore adhiberi, *d. l.* 20. §. 4. Mutus pro testimonio quid actum sit eloqui non potest.

3. Surdus quid dicatur sensu non percipit; immo nec moneri potest quid testator acturus sit, plurimumque qui surdus idem & mutus; testes autem in dicendo testimonio interrogandi, per *l.* 1. *testam. quemadm. aper.* nec testimoniis sed testibus credendum, *l.* 3. §. 2. *de testib.* Hinc etiam intelligitur cur potius quam surdus admittatur qui sermonem testatoris non intelligit: nimirum quia

hic

hic alia lingua moneri potest cui rei adhibeatur, & ipse testimonium dicere; singula enim percipere nihil necesse est, *d. l.* 20. §. *pen.* utique cum testamentum per scripturam fit: nam in nuncupativo hoc locum habere non puto, in quo totum negotium palam explicatur, auribusque & sermoni testium permittitur.

4. De cœco nihil traditum; sed non posse eum adhiberi recte censent Wesemb. & Bachov. quoniam testatorem videre non potest, quod in omni testamento requiritur, *l.* 9. *C. eod.* nec signum recognoscere, quod in scripto, *ll.* 4. & 7. *testam. quemadm. aper. fac. l.* 1. §. 5. *vers. casum de postul.* Prodigis notam inurit administrationis bonorum interdictio, fidemque testimonii eorum elevat; atque adeo in toto pene jure civili prodigi pro furiosis & eâdem conditione qua furiosi habentur, *l.* 1. *de curat. fur. l.* 12. *in fin. de tut. dat. l.* 40. *de reg. jur.* congruit *l.* 18. *in pr. hoc tit.*

5. *Improbos intestabilesque*] 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.* 18. §. 1. *l.* 26. *hoc tit.* Ex Senatusconsulto intestabilis qui ob carmen famosum damnatus est, *d. l.* 18. §. 1. *l.* 5. §. 9. *de injur.* Ex constitutionibus apostatæ & hæretici, *l.* 3. *C. de apostat. l.* 4. *C. de hæret. & Manich. l.* 44. *C. Theod. de his qui sup. reb.* Ex XII. tabulis antestatus & libripens si postea testimonium perhibere detrectassent. Verba legis refert Gellius *lib.* 15. *cap.* 13. *Quoi se sierit antestarier, libripensve fuerit, nei testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto.* Ita locum istum obscurum & depravatum antea restituit Marcilius *cap.* 5. *leg.* XII. *tabb.* quod male processerat Cujacio. De eo quæsitum, an is qui intestabilis dicitur nec heres institui potuerit aut aliàs ex testamento alieno capere: nam ceteros omnes quos hìc commemorat Justinianus, constat testamenti factionem passivam habere. Et quidem hæreticis nominatim hæc tria denegantur, testimonii dictio, testamenti factio, successio tam ex testamento quam ab intestato, *d. l.* 3. *C. de apostat.* De aliis expresse cautum non est ne heredes instituantur. Ex eo tamen quod Gajus scribit, cum lege quis intestabilis esse jubetur hoc etiam eò pertinere ut ne ipsi dicatur testimonium, *d. l.* 26. *hoc tit.* sequi omnino videtur ut nec heres institui possit; neque enim arbitror defendi posse testatori dumtaxat, non etiam heredi de cujus solius commodo agitur, testimonium perhiberi. Facit huc *l.* 23. §. 3. *C. de nupt.* qua permittitur mulieribus scenicis post impetrationem Principalis rescripti & condere testamentum & aliis succedere. Inde enim duo colligimus, & scenicas feminas intestabiles habitas fuisse, & qui intestabiles essent heredes non potuisse institui. Itaque non satis accurati sunt Compilatores, qui intestabiles cum superioribus, quos omnes heredes institui posse constat, una exceptione à regula eximunt, quasi & ipsi alioqui ad regulam pertinere videantur.

TEXTUS.

De servo qui liber existimabatur.

7. *Sed quum aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur postea autem servus apparuit, tam Divus Hadrianus Catoni quam postea Divi Severus & Antoninus rescripserunt, subvenire se ex sua liberalitate testamento, ut sic habeatur firmum ac si ut oportebat factum esset: cum eo tempore quo testamentum signaretur omnium consensu hic testis liberi loco fuerit, nec quisquam esset qui status ei quæstionem moveret.*

L. 9. in fin. tit. 1. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Conditionem testium tempore testamenti facti spectari: non nocere si quid eis postea contigerit.*

2 *Idem observari in habilitate putativa.*

3 *Confutatur eorum error qui putant testamentum corruere si quis è testibus ante apertas tabulas moriatur aut inhabilis fiat.*

4 *Quid verba hæc* omnium consensu *hìc significent.*

1. NOn tantum numerus testium sed eorum etiam qualitas & requisita conditio est de forma testamenti substantiali, ut loquuntur, non de forma probatoria dumtaxat: adeo ut si vel in uno è testibus hujusmodi qualitas deficiat testamentum per se nullum sit. Enimvero conditionem testium inspici placuit cum testamentum signarent, non tempore mortis: nam si tempore testamenti facti tales omnes fuerint ut adhiberi possint, nihil nocet si quid postea eis con-

contigerit, puta si quis postea servus factus sit aut intestabilis, furere cœperit aut prodigus esse, *l.* 22. §. 1. & ibi 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: puta si servus abhibitus 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. Ceterum quod per se momentum nullum habet, Imperatores ex humanitate sustineri voluerunt, atque ut Justinianus hic loquitur, ex liberalitate sua hujusmodi testamentis subvenerunt, ut perinde firma sint ac si omnibus suis numeris ac partibus constarent. Ridiculum vero est, quod vulgo ex hoc loco colligunt, communem errorem jus facere; non enim error sed in errore summa Principum auctoritas jus hoc benigne & speciali favore ultimæ voluntatis constituit.

Tam Divus Hadrianus Catoni (quidam Codices habent *Catonio*, Theophilus *Catonio Vero*) *quam Divi Severus & Antoninus*] Rescriptum Severi & Antonini non extat; Hadriani est in *l.* 1. *C. 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 Hadrianus sua constitutione hoc tantum 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 Hadriani non ita accepta esse quasi casus iste semper in hisce quæstionibus requiratur, sed expressa, quia id in ea controversia forte acciderat de qua consultus erat; aut constitutione Severi & Antonini rem plenius postea definitam. Sane Jurisconsultus simpliciter ait testium habilitatem tempore testamenti facti spectandam; quod postea accidit non nocere, *d. l.* 22. §. 1. *hoc tit.*

2. Hoc autem non tantum 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 apertissime ostendit, satis esse liberum quem existimari tempore faciendi testamenti; nec ex eo quod postea esse apparuit testamentum vitiari.

3. At dicat aliquis, cum signatores tempore aperiendarum tabularum sigilla sua apud prætorem recognoscere & pro testamento testimonium dicere debeant, *l.* 4. *& seqq. test. quemadm. aper.* an non ex eo necessariò sequitur testamentum corruere, si quis è testibus qui cum conderetur testamentum pro libero adhibitus fuit, nunc cum aperiendum est servus appareat? arg. *l.* 11. *C. de testib.* quo loco scriptum est, servos testimonii dictionem in judicio non habere. Non magis, inquam, quam si quis è testibus ante apertas tabulas vita functus sit, aut furiosus cœcus mutus surdus &c. factus. Nam, ut recte D. Viglius, sigillorum ista inspectio requisita fuit non ut formalis aliqua testamenti solemnitas, sed ad certiorem probationem voluntatis, & tunc cum testes adhuc viverent aut tales essent qui testimonium perhibere signis inspectis & recognitis possent; testibus autem mortuis aut inhabilibus ante id tempus factis non idcirco statim voluntas defuncti concidit, cum adhuc aliis argumentis & conjecturis sigillorum fides confirmari possit, maxime accedente adminiculo subscriptionis testatoris & testium: nam manus cujusque & subscriptio pluribus nota esse solet; potestque etiam in dubio probari per litterarum comparationem. Fusius 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 pene abolita sit, cœperintque 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 heredes scripti fieri procurabant, ne si casu materia in qua primum testamentum scriptum esset intercidisset, proximi ab intestato negotium iis facesserent: nam publicatum testamentum priori scripturâ casu amissa plenam fidem sine alio adminiculo faciebat, vid. *l.* 2. & *l.* 18. *C. hoc tit.* & ibi D. Donell. Quod autem de servo rescriptum est, id non dubito quin recte producatur ad defectus aliarum quoque qualitatum quæ in testibus testamentariis requiruntur, si eadem ratio

tio est : puta 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 testamentum quod summo jure inutile defendunt. Josep. Ludovic. *commun. opin. 69. in 4. fallent.*

4. *Omnium consensu*] Donellus in *l. 1. C. hoc tit.* consensum sive opinionem ceterorum testium intelligit, quod non placet. Quid enim si hi nesciant servum esse aut status controversiam pati, quod alii omnes in civitate sciant? Nec magis verba *omnium consensu* ad testes solos restringi possunt quam illa quæ mox sequuntur *nec quisquam esset qui status ei quæstionem moveret* : quæ itidem expressa sunt rescripto Hadriani. Omnium igitur consensu sic potius accipiemus, consensu omnium qui in civitate sunt, opinione totius populi aut certe majoris partis, quia publice liber à plerisque habebatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, arg. *l. 3. in pr. de sen. Mac. l. 3. §. 2. de testib.* Quam ob causam Joann. 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 quam duo habiles sint & idonei. Latius hic exspatiantur DD. dum quærunt, an gesta ab his qui se pro scribis aut notariis gerunt, cum non sint sed communi errore tales habeantur, & instrumenta ab his facta valeant. Et sic vulgo distinguitur, ut referat utrum alicui publica auctoritate hujusmodi persona per errorem imposita sit, an quis ipse sibi privatim eam assumserit : illo casu valere quod gestum est, per *l. 3. de off. præt.* hoc casu acta non valere, & speciale esse quod in casu hujus §. testamento succurritur. Vid. Sichard. ad *d. l. 1. C. hoc tit. sub fin.* Jason ad *d. l. 3.* qui de eo disputat accuratissime.

Textus.

De pluribus testibus ex eadem domo.

8. *Pater , necnon 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.*

L. 16. *tit.* 16. *Part.* 3.

Commentarius.

Hic locus sumtus est ex *l. 17. de testib.* add. *l. 22. pr. hoc tit.* Ulp. *in fragm. tit.* 20. §. 5. Dubitandi causa, ut mox indicatur, esse potest quod plurium ex una domo testimonium suspectum videatur, propterea quod hi facile colludere atque in unam eamdemque 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 adeo indulgendum esse ut quisquam gratuito malus esse præsumi debeat. Quapropter quod dicitur in *l. 6. de testib.* testes idoneos non esse quibus imperari potest ut testes sint, recte 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 testimonii dictionem habeat, cum publica auctoritate testimonium denuntietur, cujusmodi in causis jura patris interquiescunt, arg. *l. 9. de his qui sui vel al. jur.* Illud etiam hic notandum, patrem & filium, item duos fratres qui in ejusdem patris potestate sunt in alienis negotiis (non enim in testamento dumtaxat hoc obtinet, *d. l. 17. de testib.*) diversarum personarum numero haberi.

Textus.

De his qui sunt in familia testatoris.

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 recte adhibetur testis, nec is qui in potestate ejusdem patris est ; reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.*

LL. 14. *&* 15. *tit.* 16. *Part.* 3.

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; & quid de filio emancipato &c.*

3 *Cur in testamento filiifam. post missionem de castrensi peculio testantis pater testis non admittatur, qui tamen ad tabulas filii emancipati recte testis adhibetur.*

4 *Dissentire Justinianum in proposita specie ab Ulpiano & Marcello.*

5 *Domesticum testimonium hoc loco æstimari ex unione personarum quæ per potestatem contingit; etsi in aliis causis domestica testimonia interpretamur testimonia personarum domesticar.*

HActenus de personis quarum ea est inhabilitas ut nullius in testamento testes adhiberi possint. Sunt etiam quædam quæ cum per se habiles sint & recte adhibeantur, non tamen recte adhibentur in testamentis omnium, idque ob causam aliquam privatam quæ eas κατά τι (*ex parte*) inhabiles facit. Causa hujus inhabilitatis duplex : conjunctio testis & testatoris per potestatem ; item negotium testamenti ad eum qui testis adhibetur pertinens. Prima hoc §. altera seq. explicatur.

1. *Qui in potestate testatoris est*] Igitur nec filius testatoris nec nepos ejus ex filio qui in potestate sit ; nec is quem testator ab hostibus redemerit, *l.* 20. *in fin. pr.* & §. 1. *hoc tit.* Sed enim cum constet filium qui in potestate sit aut heredem instituendum esse aut nominatim exheredandum, silentio eo præterito testamentum ipso jure non consistere : absurda potest videri hæc disputatio. Nam fingamus esse institutum, jam alia & propria ratione testis esse non potest quia heres, §. *seq.* Fingamus exheredatum, & nihil videtur obstare quominus recte testis sit qui sua se manu exheredem scribere potest, salvo testamento *l.* 8. §. 6. *de bon. poss. cont. tabb.* nec ullæ hic metuendæ technæ, cum in suam nemo perniciem ingeniosus sit. Quod si dicas durum videri ut filius palam testis adhibeatur exheredationis & ingratitudinis suæ: quid si testamentum quo exheredatus est clausum proponatur, in quo quid scriptum sit à testibus omnibus ignoretur ? ita enim in proposito quæstio formanda est ut jam illud objici non possit.

2. Quid est igitur quod hic obstet quominus filius testis sit ? Nihil aliud quam jus potestatis quod fictionem quamdam unitatis personarum inducit inter eum qui habet in potestate & qui in potestate habetur, §. 4. *Inst. 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 eo pertinens in §. *seq. in fin.* Addunt nonnulli, hoc etiam referendum quod generaliter placuit idoneos testes non videri quibus imperari potest ut testes fiant, *l.* 6. *de testib.* Ego vero arbitror, definitionem istam valere tantum in testimoniis judicialibus; quamvis verum sit hic quoque quæri de adhibendo eo cui imperari potest. Ait, *qui in potestate.* Igitur á contrario, qui in potestate testatoris non est, puta filius emancipatus, recte testis adhibetur, ut pater vicissim in testamento illius ; neque enim credendum est verba illa frustra 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 quod parentes & liberi hoc ipso quod parentes & liberi sunt invicem testes esse prohibentur, *l.* 9. *ff. de testib. l.* 6. *C. eod.* Nam ista prohibitio pertinet tantum ad illa testimonia ex quibus lucri aliquid accedere potest parenti vel filio cui testimonium dicitur, qualia sunt testimonia judicialia, de quo paulo diligentius postea.

3. *Sed si filiusfamil. post missionem &c. neque pater ejus recte adhibetur*] Filiusfam. testamentum facere non potest præterquam si testetur de castrensi peculio : *inf. tit.* 12. *Inst.* ac proinde eo solo casu quæstio hæc locum habere potest, an pater ad testamentum ejus testis adhiberi possit. Sic autem hoc loco distinguitur, si filiusfam. militans adhuc testamentum faciat de rebus castrensibus pater recte testis adhibeatur ; si post missionem non æque. Ceterum quod ad priorem casum amplius adhuc distinguendum existimo, utrum scilicet militans adhuc testamentum faciat jure militari in castris aut expeditione, an extra castra jure communi : ut illo demum casu pater recte adhibeatur propter liberrimam quæ militibus data est in castris testandi facultatem ; hoc autem casu non magis quam si testetur post missionem, arg. *pr.* & §. 3. *tit. seq.* & verba illa *post missionem* non ideo 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 ad-

adhiberi diximus, non alia ratione quam 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 fere responderi solet, multum interesse utrum quis revera & sine exceptione sit patrefam. & patri suo extraneus, qualis est filius emancipatus; an quis in re aliqua pro paterfam. habeatur, manens revera ὑπεξούσιος, (*sub potestate*) & domesticus patri suo: qualis est qui peculium castrense habet. Etenim peculii hujus concessionem non eximere filium de domo & potestate patris, §. 4. *inst. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* & consequenter non efficere ut una persona cum patre censeri desinat: tantum liberam filiofam. de iis rebus disponendi facultatem tribuere & heredem etiam in iis instituendi, in quo patrisfam. comparetur. Ceterum ut ipse pater propter vinculum unitatis, quod retinetur, hunc filium ad suum testamentum adhibere non potest, ita nec in illius tabulis patrem adhiberi posse.

4. Equidem fateor, hæc ita pro Justiniano, & si qui Veterum fuere quos ille secutus est, speciose disputari; video tamen aliud placuisse Marcello, cujus auctoritatem etiam Ulpianus secutus est in *l.* 20. §. 2. *hoc. tit* Ita enim scribit: *Per contrarium quæri potest, an pater ejus qui de castrensi peculio potest testari adhiberi ab eo ad testamentum testis possit: & Marcellus lib.* 10. *Digestorum scribit, posse: & frater ergo poterit.* Contraria omnino sententia & directo pugnans cum eo quod hoc loco tradit Imperator, ut bene animadvertitur D. Hotomannus. Nam quod ceteri 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. (1) 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 oppositive ad præcedentem, quæ oppositio in dissimili genere testamenti plane inepta foret. Negaverat in §. 1. ejusdem *l.* 20. filium qui in potestate est testem esse posse in testamento patris. Hoc dictum omnes intelligunt de testamento solemni, nec ad testamentum militare pertinere. Mox per contrarium quærit, an pater ejus qui de peculio castrensi testari potest adhiberi ab eo ad testamentum testis possit; & ait posse, ex sententia Marcelli. At hæc quæstio minime præcedenti contraria est, nisi de eodem genere testamenti ad quod præcedens pertinet accipiatur. (3) Notanda sunt verba Jurisconsulti. Non quærit de testamento filiifam. militis aut in castris agentis, sed quæstionem generaliter atque indistincte proponit de omni filiofam. qui de castrensi peculio testari potest; at potest non solum miles in castris agens jure militari, sed idem etiam extra castra jure communi; potest eodem jure & veteranus seu militiâ missus. (4) De testamento jure militiæ facto ne dubitari quidem juste potest; quippe cum verba privilegii quod militibus indultum est, *quomodo velint, quomodo poterunt, l.* 1. *de test. mil.* facile hanc in personis testium differentiam absorbeant, & reciprocationem testimoniorum patris & filii admittant; immo ne testem quidem desiderent ubi de militis voluntate constet: de quo amplius, §. 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 peculii sustinere debeat; id enim receptum est cum de adquirendo ex causa hujus peculii agitur, in quo fere solo alioqui fictio illa, quod pater & filius pro una persona habeantur, locum habeat.

5. *Ea in re domesticum testimonium*] Mysticus horum verborum sensus est, ne quis ex his colligat in aliis causis domestica testimonia non reprobari. Quin in causis judicialibus multo magis reprobantur, & tanto quanto major est reprobationis causa. Sed nimirum hæc Justiniani sententia est: licet in testamentis de lucro aut commodo ejus qui testes adhibet non agatur ut fit in causis forensibus, ac proinde hìc verendum non sit ne propter affectionem aut reverentiam veritas celetur, quam ob causam etiam personæ conjunctissimæ & amicissimæ hìc invicem jus dicendi testimonii habeant: nihilominus 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 cum alteri testimonium præstat sibi quodammodo præstare videatur: hac sola juris subtilitate testimonia in proposito vetari, non aliqua falsi suspicione propter

pter cognationem aut affectum. Atque hanc esse Justiniani sententiam hic ipse locus satis perspicue indicat, quem idcirco etiam his verbis extendit Theophilus; τὴν δὲ δικιακὴν, inquit, μαρτυρίαν οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας, ἀλλ' ἐκ τῆς ἑνώσεως τῆς ἐν ὑπεξουσιότητι λαμβάνομεν (*porro domesticum testimonium non cognatione intelligimus, sed ex personarum unitate quæ per patriam potestatem contingit*): eademque fere ratione Justinianus, *Inf. tit. Inst. de her. qual.* §. 2. suos heredes appellatos esse ait, quia domestici heredes sunt, quibus opponit extraneos, id est omnes qui in potestate morientis non fuerunt. Cum igitur prohibendi hujus testimonii non alia causa sit quam 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 caritas. Itaque & patrem recte testem adhiberi in testamento filii emancipati, avum in testamento nepotis ex filia & contrà: item virum in testamento uxoris; multoque magis patronum in testamento liberti, & patremfam. in testamento mercenarii, & vice versa libertos & mercenarios in testamentis illorum; ac proide errare Intepretes, & inter hos Ant. Matthæum, qui testimonia testamentaria cum judicialibus confundunt. In judiciis nulli parentes & liberi invicem idonei testes, *l. 9. ff. de testib. l. 6. C. eod.* suspecti omnes quibus quovis modo imperari potest, *l. 6. ff. de testib.* qualis est etiam libertus in domo patroni degens; item qui mercede conducuntur, ut famuli & coloni in villis, aut id genus alii qui domi famulantur. In his enim causis domestica testimonia interpretamur testimonia personarum domesticarum, hoc est, eorum omnium qui de domo rei qui in eos imperium habet producuntur, *l. pen. de testib.* fac. *l.* 11. §. 1. *de pœn. l. 6.* §. 4. *C. de his qui ad Eccles. conf.* Discriminis ratio jam ante à me indicata hæc est, quod in ceteris causis agitur de commodo pecuniario ejus cui testimonium dicitur, ut merito in his testes omnes rejiciantur quos vel affectione vel reverentiâ aut obsequio veritatem celaturos suspicio est; in testamento autem non de commodo testatoris sed heredis agitur, ut non tam illi quam hic testimonium testes perhibeant.

TEXTUS.

De herede & his qui sunt in ejus familia.

10. *Sed neque heres scriptus, neque is qui in ejus 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 & heredem agi. Licet autem totum jus tale conturbatum fuerat, & Veteres quidem familiæ emtorem & eos qui per potestatem ei conjuncti fuerant á testamentariis testimoniis repellebant: heredi autem & iis qui per potestatem ei conjuncti fuerant concedebant testimonia in testamentis præstare; licet ii qui id permittebant hoc jure minime abuti eos debere suadebant: tamen nos eamdem observationem corrigentes & quod ab illis suasum est in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familiæ emtoris, merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiæ emtoris 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 permissimus.*

L. 11. *tit.* 1. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Cur Veteres fiduciarium familiæ emtorem à testimonio removerint, heredem admiserint.*

2 *An ad testamentum recte adhibeatur pater heredis cujus in potestate non est, filiive heredis emancipati &c.*

CAusa privata altera quæ testem inhabilem facit est negotium testamenti quod cum teste agitur. Negotium testamenti dicitur id cujus præcipue causâ testamentum ordinatur, nimirum institutio heredis sive universi juris successoris. Nemo igitur testis abhiberi potest in eo testamento in quo heres scriptus est: quod ideo placuit quia in testamento negotium heredis recta & principaliter agitur, utque his solus sit juris successor. Herede autem summoto consequens fuit ut una removeaetur qui in potestate ejus est, & pater quoque qui eum habet in potestate, & denique frater qui cum eo in ejusdem patris potestate est, propter vinculum illud unitatis de quo dictum §. *præc.*

1. *Veteres familiæ emtorem repellebant: heredi autem concedebant*] Ceterum est, olim cum primum forma testandi per æs & libram inventa est, neque heredem neque eos qui per potestatem ei conjuncti erant ad testimo-

monium in testamento præstandum admissos fuisse: quippe cum negotium testamenti palam & aperte cum ipso herede ageretur. Nam ut ostendimus in explicatione §. 1. *hujus tit.* initio ipse heres futurus emebat familiam à testatore, isque eam heredi mancipabat, ut ille hoc tamquam justo titulo bona post mortem testatoris pleno jure Quiritium consequeretur. Procedente autem tempore ob causas quas ibidem indicavimus hoc mutatum fuit, institutumque ut solemnitatis implendæ causa familiæ quidem emtor palam adhiberetur, sed alius ab herede & fiduciarius, qui heredi forte clam in tabulis scripto familiam remanciparet. Quo recepto cœpit familiæ emtor à dicendo in testamento testimonio summoveri & heredis admitti; quasi negotium testamenti jam non tam cum herede quam cum familiæ emtor gereretur, & absurdum sit eum cum quo negotium aliquod geritur aut contrahitur, licet imaginarie, testis officio fungi. Atque hoc etiam obtinebat etsi heres scriptum se non ignorabat. Cicero in *orat. pro Milon. cap.* 18. *Cyri testamentum palam obsignavi cum Clodio: & illum heredem & me scripserat.* Ceterum ab eo jure postea iterum recessum fuisse arguit *l.* 20. *pr. hoc tit.* nisi locus ille à Triboniano interpolatus sit, aut de alio genere testamenti quam quod per æs & libram flebat accipiendus, arg. §. 2. *tit.* 20. *fragm. Just.* Ulpian. VINN. Immo cum temporibus Ulpiani testamenta rarius facta videantur per æs & libram faciliore testandi ratione à prætore inventa: non opus est ut interpolatam à Triboniano existimemus *d. l.* 20. *pr. ff. qui testam. fac. poss.* Commode enim accipi potest de testamentis tunc frequentioribus, puta de prætoriis. HEIN.

Minime hoc jure abuti eos debere suadebant] Etsi testimonium heredes apud Veteres licitum esse cœpit cum alius familiam emeret: existimabant tamen minus verecunde heredem facturum si sciens se heredem 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 heres 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.*) heredem amplius testem esse non potuisse in ullo testamento: quippe cum ex eo tempore negotium testamenti non tantum serio sed recta etiam cum ipso herede agi cœptum sit, quod antea simulate agebatur cum emtore familiæ in testamento per æs & libram; quod etiam ratio initio hujus textus prolata, *quia totum hoc negotium &c. creditur hodie inter testatorem & heredem agi*, perspicue ostendit; ut adeo non admodum necesse fuerit suasionem istam Veterum in legis necessitatem à Justiniano transferri: quod tamen hic se fecisse profitetur.

Neque aliis personis quæ ei, ut dictum est, conjunctæ] Scilicet per potestatem, quod antea expressit; ea enim sola conjunctio efficit ut omnes ita conjuncti pro una persona habeantur, atque ut sibi quodammodo, quod ait, testimonium præstent. Ex contrario igitur etiam hinc recte colligas, eos qui in potestate heredis non sunt, puta liberos emancipatos, item patrem heredis in cujus potestate non est, & fratres ejus ad testimonium in proposito admitti posse. Nam cum hi omnes diversæ sint ab herede personæ, non potest dici negotium testamenti propter heredem etiam cum his agi, eosve sibi aut in re sua testimonium dicere, licet forte ex eo commodum aliquod herede mortuo consequi possint; nam nec legatariorum testimonium rejicitur, quamvis & ipsi in consequentiam lucrum ex testamento capiant. Fatendum tamen est, esse aliquid in personis heredi 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 heredis commodo hic agatur, ut quamvis non testatoris, heredis tamen parentes aut liberi suspicione graventur. Verum in contrarium considerandum est, ignorari plerumque quis heres scriptus sit, idque non tantum cum signatur testamentum sed etiam cum testes jubentur signa sua recognoscere, quod fit ante aperturam tabularum *l.* 4. *test. quemadm. aper.* Sed etsi sciatur quis heres scriptus sit, aut si palam heres nuncupatus, non putarem tamen statim testamento obesse debere quod dicantur inter testes adhibiti parens aut filius aut frater heredis (demta conjunctione per potestatem). Nam primo, si quam suspicionem necessitudo inducit ea facile reliquo testium numero deletur. Deinde etsi negotium heredis 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

cum testamentum ordinaretur. In quam sententiam etiam D. Viglius inclinat.

TEXTUS.

De legatariis & fideicommissariis & his qui sunt in eorum familia.

11. *Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus; immo 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.*

L. 11. *tit.* 1. *Part.* 6. *Et l.* 8. *tit.* 5. *lib.* 3. *For. legg.*

COMMENTARIUS.

1 *Divinatorium esse quod quidam prodiderunt. legatarios testes esse vetitos senatusconsulto Liboniano, & contrarii juris primum auctorem fuisse Scævolam.*

2 *Ratio Justiniani cur legatariis & fideicommissariis jus testimonii non denegetur exposita.*

3 *Afferuntur complures aliæ & certiores.*

4 *Dispositionem hujus §. non tantum in testamentis scriptis sed etiam in nuncupativis obtinere, confutata singulari opinione Auton. Fabri.*

5 *Fideicommissarios universales huc non pertinere.*

1. LEgatum aut fideicommissum testamento alicui relictum eum testem inhabilem in eo testamento non facit, sed placuit legatarios & fideicommissarios testes in testamento adhiberi posse *l.* 20. *in pr. hoc tit.* fac. *l.* 14. *ff. de reb. dub. l.* 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.* 22. *C.* 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 vero credat, si verum est quod Gothofredus scribit, Scævolam responsurum fuisse contra auctoritatem recentis senatusconsulti? Plinius vero loco citato non illud improbum falsi genus appellat si quis testimonium dicat in testamento ex quo legatum capit, sed si quis ejusmodi technis quibus usum esse scribit Marcum quemdam Regulum nequissimum omnium bipedum, aliisve malis artibus testatorem aggrediatur & legatum extorqueat: quem eumdem Regulum intelligit Juvenalis *satyr.* 1. *v.* 67.

Signator falso, qui se lautum atque beatum
Exiguis tabulis & gemmâ fecerat uda.

Ceterum locus ipse evidenter ostendit jam tum legatarios testes recte adhibitos, aut testibus legatum recte datum. Quin etiam diu ante tempora Plinii hoc jus obtinuisse liquet ex *d. l.* 14. *de reb. dub.* ubi auctoritate Trebatii illud defenditur.

2. *Quia non sunt juris successores*] Ratio à posteriori ut videtur: unde intelligamus, non ut cum herede ita cum legatariis & fideicommissariis negotium testamenti geri; ac proinde non eodem modo hos ut illum à testimonio testamentario repellendos; quod enim dixit §. *præc.* negotium testamenti inter testatorem & heredem geri, & ideo heredem non debere testem adhiberi in eo testamento in quo heres instituitur, id hanc rationem habet, quia heres universi juris successor est: quippe successoris universi juris habendi gratia testamentum ordinatur, ejusque designatio caput est & fundamentum totius testamenti. Uti igitur heredis testimonium rejicitur ob id quod negotium testamenti est negotium successoris juris, ita legatarii admittitur, quia hoc negotium ad eum non pertinet qui successor juris non est: ille removetur ad illius negotii tamquam suæ rei testimonio; hic admittitur in illo negotio testes tamquam 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 & heredem de juris successione agitur signatorum testimonio confirmari, non attento legato ex illa juris successione pendente. Sed esto: ne sint legatarii juris successores, legata ad constitutionem testamenti non pertineant, & hactenus dicatur negotium

tium testamenti ad legatarios non pertinere: fatendum tamen utique est saltem aliquo modo etiam de re legatarii in testamento agi; quippe qui emolumenti ex testamento percipiendi spem habet, cujusque propterea pecuniariter interest testamentum confirmari ne relictum coincidat, *l.* 14. *C. de fideicomm.* Hoc ipsum vero satis causæ est ad arcendos à testimonio legatarios. Nam etsi non principaliter & rectà in rem suam testimonia ferant sed heredis; per consequentiam tamen confirmati testamenti & hereditatis aditæ hoc etiam ad ipsorum commodum pertinet; ac proinde quod nemini concessum est, *l.* 10. *ff. de testib.* & *l.* 10. *C. eod.* in re & causa propria nihilominus testimonium dicunt: siquidem palam est causam propriam esse eam cujus emolumentum aut dammum ad aliquem quoquo modo suo nomine pertineat, *l.* 1. §. 11. *quand. appell.* DD. in *d. l.* 10. & *l. seq. C. de testib.* Quamobrem etsi ratio Justiniani hoc efficit ut magis heres repellendus sit quam legatarius: tamen non satis idonea videtur ut propter eam legatarius debeat admitti. Et vero ita est nec dubitandum quin certiore aliqua & speciali ratione hoc jus receptum fuerit, quamvis nulla præter hanc Justiniani in libris nostris aperte tradita inveniatur.

3. Interpretes complures afferunt. Prima est, quod numerus reliquorum testium & ceterarum rerum diligentissima observatio testimonium legatarii ab omni falsi suspicione tuetur; neque tam ob testimonium legatarii quam ob reliquorum ad quos ea res non pertinet legatum sustineatur. Secunda est, quod in proposito legatariis res sit cum herede, qui cum hoc debeat testibus quod testamento eorum testimonio confirmato ipse hereditatem & bona universa defuncti consequitur, improbe 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 dumtaxat & suo facto deponunt; postea vero cum legatum petunt cum solo herede iis negotium est, qui non potest non improbe fidem derogare testimonio eorum quorum fidem in sua causa secutus est. Hanc attulit Bachovius, eaque mihi non minimi ponderis esse videtur. Et fortassis hoc potius est, quam quod ante dixi, quod Marcianus sensit in *d. l.* 14. *de reb. dub.* cum ex Trebatii & Pomponii sententia legatum signatoribus sive testibus (nec enim hi diversi sunt) relictum ideo valere scribit, quia ipsum testamentum testibus adhibitis confirmatur. His accedit & tertia, quod Veteres suprema ordinaturi amicis fere signatoribus utebantur, quibus amoris testificandi gratia nihil relinqui posse durum sane atque inhumanum esset. In quam rem elegans locus est Symmachi *lib.* 10. *epist.* 55. *Quis*, inquit, *non familiarissimum quemque signandis adhibet cum extrema conduntur? Jam quid mirum est si in oculis positus mereatur aliquod monumentum religionis qui meruit advocari?* Porro 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 qui jus in dubium vocabat. Facit *l.* 39. §. 1. *de leg.* 3.

4. Atque his ego rationibus adducor ut credam, hoc jus non tantum in testamentis scriptis servandum esse verum etiam in nuncupativis; licet dissentiant Durat. ad *tit. qui testam. fac.* & Ant. Fab. *decad. 66. err.* 1. & *seqq.* Et quidem in testamento nuncupativo, quod uti nunc mos est per notarium in scripturam redigitur, ea res minorem dubitationem videatur habere: quia privatum legatarii testimonium publicæ personæ juvatur fide, Joann. Fab. Aretin. Imol. Vigl. Zypæ *not. jur. Belg. de testam.* utut Groënew. *d. ll. abrog.* hic subsistat; sed in mera simplicique nuncupatione causa est cur dubites, cum hic testes rectà tam de legato quam de jure heredis deponant, nullaque 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 fals.* Et tamen magis est ut hic quoque testimonium legatarii admittatur, cum ceterorum testium fides suspicionem tollat, legataque ac fideicommissa etiam codicillis relinqui possint, in quibus constat quinque testes sufficere: utut mutua hic futura sint testimonia, quod notat D. Hotom. add. Dion. Tuld. *ad hunc tit. cap.* 9. quamquam haud gravate admiserim nonnihil hic tribuendum religioni judicantium. Singularis opinio est Ant. Fabri *d. decad. 66. err.* 3. qui putat, *Nov.* 1. *cap.* 1. in totum ab hoc jure recessum esse, ut hodie nec in scripto testamento testimonia legatariorum & fideicommissariorum admittenda sint: quoniam Justinianus eo loco caverit contra veteris juris re-

regulam, ut si scripti heredes hereditatem adire recusarent ipsis legatariis & fideicommissariis potestas adeundi esset: unde colligit jus testimonii dicendi nunc iis plane denegandum esse, locumque in iis nunc etiam habere rationem hujus §. quia juris successores fieri possunt. Ego vero malim dicere hoc curandum non esse, quia ex accidenti est: *casus adventitii*, inquit Scævola, *non sunt computandi, l. 6. qui & à quib. man.* & eleganter Græci: Οὐ χρὴ τοῖς ἔξωθεν συμβαίνουσι θέμασι προσέχειν ἡμᾶς (*non expedit curare nos casus qui fortuito eveniunt*).

5. Plane locus hic accipiendus est de fideicommissariis particularibus: nam universalis fideicommissarius, id est, cui ex fideicommisso restituitur hereditas loco heredis est, & post Senatusconsultum pro successore juris habetur, §. 3. & 4. *Inst. inf. de fideic. her. ll.* 1. & 3. *de fideic. her. pet.* D. Tulden. *cap.* 8. *in fin.*

Quadam constitutione nostra] Calumniantium inquitas sæpe flagitat ut ea quæ certo jure constituta sunt novis subinde constitutionibus specialiter sint confirmanda; quod etiam in proposito accidit. Constitutio autem Justiniani, quo hic se refert, haud dubie priori Codici inserta fuit. Ceterum 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.* 22. *C. hoc tit.* aut responsum Juriconsulti *l.* 20. *in pr. ff. eod.* quando enim ita loquitur Justinianus? At sæpe in his libris constitutionum meminit quæ in posteriori Codice non habentur, ut in §. 27. *Inst. inf. de leg.* §. *pen. Inst. inf. de legit. agn. succ.* §. 3. *Inst. de succ. libert.*

TEXTUS.

De materia in qua testamenta scribuntur.

12. *Nihil autem interest testamentum in tabulis an chartis membranisve vel in alia materia fiat.*

L. 12. *tit.* 1. *Part.* 3.

COMMENTARIUS.

1 *Vunde tit quod ceram pro tabulis Veteres dixerint.*

2 *Testamenta non notis sed litteris scribenda esse.*

1. ANtiqui fere in tabulis ligneis testamenta & quaslibet cautiones scribere solebant. Ex quo est, quod prætores in edictis suis de testamenti tabulis tantummodo loquuntur; & quod bonorum possessio quæ liberis præteritis datur vulgo dicitur dari contra lignum, *l.* 19. *de bon. poss. cont. tabb.* & inde Juvenalis *satyr.* 13. & 16. adulterinas & mendaces cautionum tabulas appellat *vana chirographa ligni.* Tabulæ autem illæ cera illitæ erant, litterasque stylo primum ferreo postea osseo in iis exarabant, unde factum ut etiam cera pro tabulis diceretur. Sueton. in *Jul. cap.* 83. *Quintum Pædium ex quadrante heredem instituit; reliquos in ima cera.* Horat. 2. *satyr.* 5. *v.* 53.

Sic tamen ut limis rapias quid prima secundo
Cera velit versu.

Juvenalis *satyr.* 15. *Accipe ceram, scribe puer*, id est, accipe tabulas ceratas aut ceratos pugillares, eoque nihil apud hunc poëtam usitatius. Ceterum etiam alia materia usos fuisse constat, veluti chartis membranis sive pergamenis, foliis & libris quarumdam arborum, *l.* 52. *de leg.* 3. add Plin. *lib.* 13. *cap.* 11. & 12. Alex. ab Alex. 2. *genial. dier.* 30. Hotom. 4. *obs.* 1. Si quis curiosior is adeat D. Salmas. *lib. de mod. usur. cap.* 10. Quamvis autem prætor in dandis bonorum possessionibus tabularum dumtaxat mentionem faciat: non eo tamen minus bonorum possessionem peti posse placuit, si in alia materia quæ ad scribendum idonea sit figurâ tabularum testamentum scriptum fuerit, *l.* 1. *de bon. poss. sec. tabb.* atque adeo etsi in charta deletitia & opisthographo, *l.* 4. *eod.* Hodie notarii qui fere in testamentis adhiberi solent in conficiendis instrumentis pergamenis uti solent: quamquam si in charta papyracea scripserint non ideo 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.* 21. §. *ult. l.* 15. *C. de testam.*

2. Ceterum 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 hereditaria aut summa legati expressa fuerit institutio aut legatum non vitiabitur, *l.* 9 §. 1. *de her. inst.* VINN. Quam tamen periculosa ali-

aliquando sit notarum interpretatio exemplo Galbæ discimus, de quo Sueton. *cap.* 5. *Observavit ante omnes Liviam Augustam: cujus & vivæ gratia plurimum valuit, & mortuæ testamento pene ditatus est. H. S. namque quinquenties quum præcipuum inter legatarios habuisset, quia vero notata non perscripta erat summa, herede Tiberio legatum ad quinquaginta revocante, ne hæc quidem accepit,* HEIN.

TEXTUS.

De pluribus codicibus.

§ 3. *Sed & unum testamentum pluribus eodicibus conficere quis potest secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis: quod interdum etiam necessarium est, velut si quis navigaturus & secum ferre & domi relinquere judiciorum suorum contestationem velit; vel propter alias innumerabiles causas quæ humanis necessitatibus imminent.*

L. 12. *tit.* 1. *Part.* 6.

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.* 24. *hoc tit. l.* 1. §. 5. *de bon. poss. sec. tabb.* aut pluribus tabulis, *l. ult. quæ in test. del.* Ait, *unum testamentum.* Nemo enim paganus cum duobus testamentis decedere potest, sed prius semper rumpitur à posteriore. Testamentum vero quod quis pluribus codicibus consignavit atque eodem tempore solemniter complevit unum atque idem testamentum est, *l.* 1. § 6. *de tabb. exhib. l. ult. quæ in test. del.* Sed & si quis in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit & utrumque extet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio; quia unis pro tabulis habetur & utrumque pro supremo, *d. l.* 1. §. 6. *de bon. poss. sec. tabb.* quem locum erudite interpretatur D. Salmas. *cap.* 10. *de mod. usur. pag.* 417. & *seq.* ubi & alia minus trita.

1. An autem quemadmodum uni licet testamentum suum in plures codices referre, ita ex contrario pluribus liceat sua testamenta conferri 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.* 21. §. *ult. ff. hoc tit. ll.* 21. & 28. *C. eod.* In casu pupillaris substitutionis patris quidem & filii testamentum conjungi potest, unisque septem testium signis obsignari; sed hoc ideo receptum quia pro uno testamento habetur, *l.* 20. *de vulg. & pup. subst.* ut vel ex eo intelligere liceat singula testamenta singulas seorsum desiderare solemnitates. Dissentiunt tamen comm. DD. quorum sententiam ex professo contra Viglium tuetur Peckius *lib.* 1. *de testam. conjug. cap.* 19. & usus probavit; hodieque usitatissimum inter conjuges est ut simul & unis solemnibus adhibitis testentur, & tam in scriptis quam per nuncupationem: quod etiam Novellâ quadam Valentiniani permissum fuit, *tit. de testam. l.* 1. add. Gail. 2. *obs.* 117.

Secundum 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 tamquam 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 vulgo loquuntur, *d. l.* 1. §. 7. *secund. tabb.* Quia si ex apographo sive descriptione bonorum possessio daretur, magna aperiretur fenestra improbis hominibus ad testamenta subjicienda, fac. *l.* 2. *de fid. instrum.* Quid vero juris erit si ex binis tabulis ejusdem testamenti unas testator deleverit aut inciderit? Responsum est, ex integris hereditatem adiri aut bonorum possessionem peti posse; nisi ki qui ab intestato venire desiderant probaverint hoc animo á 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, heredi parcendum esse & tantum quinquaginta deberi, *l.* 47. *de legat.* 2.

Quod interdum etiam necessarium] Κατά τι (*secundum quid*): si videlicet quis vereatur

ne si forte unum tantum exemplar fecerit voluntas exitum non sit habitura: quippe cum unum instrumentum facile amitti aut alias perire occultari aut supprimi ab heredibus venientibus ab intestato possit, *l.* 24. *hoc tit. l.* 10. §. *ult. test. quemadm. aper.*

TEXTUS.

De testamento nuncupativo.

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.*

L. I. *tit.* I. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Communia testamento scripto cum nuncupativo.*
2 *Qua in re præcipue alterum ab altero distet.*
3 *Veteres rarius heredem nuncupare solitos fuisse quam scribere; & quare.*
4 *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 á jure civili; nam prætorii testamenti præcipua solemnitas consistit in obsignatione testium, cui sine tabulis locus esse non potest. Ceterum prætor, ut custos juris civilis, etiam secundum nuncupationem bonorum possessionem dat, *l.* 8. §. *ult. ff. de bon. poss. sec. tabb. l.* 2. *C. eod.*

1. *Septem testibus adhibitis*] Testamento nuncupativo quædam communia sunt cum scripto, veluti numerus testium eorumque conditio, & testationis unus contextus. Oportet quoque hìc æque testes rogari aut certe admoneri cujus rei gratia collecti sint, *l.* 21. §. *pen. ff. hoc tit. l.* 21. §. 2. *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 cum ex ipsa nuncupatione satis appareat qua forma quis testari cogitet, Justinianus id sustulit *l.* 26. *C. eod.* Quid vero si de eo dubitetur? Finge, unum aut alterum è testibus adhibitis, cum testator ex scheda in qua memoriæ causa voluntatem exceperat recitato testamento heredem pronuntiasset, subsignasse & subscripsisse. Et vulgo rectè placuit propter superfluam solemnitatem non debere vitiari testamentum, quod utique amissa ea in vim nuncupationis valiturum erat. Plane, si constet scripturam quæ profertur ad testamentum faciendum paratam esse aliud dicendum erit, *l.* 29. *hoc tit.*

2. *Et sua voluntate nuncupata*] In hoc maxime distat testamentum quod sine scriptura fit à testamento scripto: nam scripturam testamenti potest testator, si ita illi videbitur, clausam coram testibus proferre, testarique suum hoc esse testamentum, celato nomine heredis; quam ob causam hoc testamentum mysticum dictum. Nuncupare heredem, est lingua & verbis pronuntiare; unde nuncupare heredem & heredem pronuntiare pro eodem usurpantur, *l.* 25. *hoc tit.* Gloss. Basil. *nuncupatio* ἐκφώνησις ἄγραφος (*declaratio sine scripto*). Palam autem voluntas hìc nuncupanda est; non utique publice aut in propatulo quod particula *palam* aliquando significat, veluti cum mulier dicitur palam corpore suo quæstum facere; sed clare & intelligenter sic ut à testibus exaudiri & intelligi possit, *d. l.* 21. *in pr. ff. hoc tit. d. l.* 21. §. 2. *C. eod. l. ult. de jur. cod.* ita Suetonius in vita Horatii: *Decessit herede Augusto palam nuncupato, cum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.* Proinde quod in testamento scripto necessarium non est, *l.* 20. §. *pen. hoc tit.* in nuncupativo omnino necessarium putamus, ut testes intelligentiam habeant sermonis testatoris; quo etiam fac. *l.* 209. *de verb. sign.* eoque jure hodie utimur. Fuit quidem etiam in scriptis testamentis usurpata nuncupatio; sed in his significat generalem illam testationem voluntatis, cum testator tabulas testamenti tenens apud eos qui ut testes essent rogati erant testabatur id suum testamentum esse, non nuncupationem heredis. Ulp. *in fragm. tit.* 20. §. 8.

3. *Perfectissimum*] Respectu scilicet effectus, quem non minorem habet quam testamentum scriptum; quod alioqui ratione solemnitatis perfectius est. Etsi autem ratio testandi per nuncupationem longe expeditior est quam per scripturam: tamen testamenta nuncupativa minus usitata Veteribus fuisse quam scripta, argumento est quod passim tabularum testamenti & heredem scriptorum in libris nostris mentio fit, raro nuncupationis. Cujus

ego

ego rei duplicem esse causam reor, tum quod in testamento scripto necesse non est pandere ea quæ scripta sunt, quæ celari sæpe interest & ipsius testatoris & heredum ceterorumque quibus aliquid relinquitur, quam utilitatem testamentum nuncupativum non habet; tum quia scripti testamenti fides subscriptionibus & signis testium confirmatur: ex quo fit ut etiam si testes decesserint ratum nihilominus illud maneat; nuncupativi autem testamenti fides tota pendet à depositione testium, quibus mortuis aut aliquibus eorum, cum non sint, aut pauciores sint quam requiruntur, qui sisti iterum possint & in judicio testimonium dicere, necesse est irritam fieri defuncti voluntatem. Sed huic incommodo postea 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 desinit esse testamentum nuncupativum, cum solius probationis gratia scriptura interveniat, non quod sit de substantia testamenti; quamquam non negaverim habere hoc genus testamenti nonnihil quod naturam scripti testamenti sapiat: de quo vide Sichard. in *l.* 21. §. 2. *n.* 2. *C. hoc tit.* VINN.

De solemnitate testamentorum jure Hispano paucis nunc agendum restat. Testamentum nostro jure duplex est nuncupativum, & in scriptis, quorum illud est quod fit voluntate palam coram testibus nuncupata, etiamsi postea in scripturam redigatur; alterum vero fit cum testator voluntatem testibus occultat, & in tabulis quæ coram testibus exhibentur contineri affirmat, *l.* 1. *tit.* 1. *Part.* 6. Quatuor prodiit sunt jure nostro modi testamenti nuncupativi conficiendi. Primus est, cum testator coram tabellione publico & tribus testibus vicinis seu incolis loci ubi testamentum peragitur supremam suam voluntatem declarat. Alter modus est, cum tabellio non adhibetur; tunc autem testamentum nuncupandum est coram quinque testibus vicinis quoque loci ubi testamentum fit. Tertius modus est, cum neque est copia tabellionis, neque inveniri possunt quinque testes vicini loci; & tunc sat est adhibere tres testes, itidem loci vicinos, & coram illis testamentum nuncupativum confici potest. Quartus demum modus est, cum eadem solemnitate conficitur ac jus civile in testamento nuncupativo exigebat; id est coram septem testibus idoneis, etsi non sint incolæ loci ubi testamentum celebratur. Et hæc de testamento nuncupativo caventur in *l. Ordin.* quæ est 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* Ad testamentum in scriptis, eo quod hominum fraudibus amplius expositum sit, majorem solemnitatem jus nostrum desiderat. Itaque ad illud perficiendum convenire debent septem testes una cum tabellione, qui omnes simul cum testatore subscribere debent scripturam testamenti, adeo ut in illa inveniantur octo subscriptiones & tabellionis sigillum. Quod si testator vel aliqui ex testibus subscribere nescierint aut non potuerint, tunc alii testes pro illis subscribere debent, ut quod modo diximus reperiantur in scriptura testamenti octo subscriptiones, & tabellionis sigillum. Et hæc de testamento in scriptis caventur *l.* 3. *Taur.* quæ est 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* De testium qualitate dictum est in §§. superioribus; easdem enim prorsus qualitates jus Hispanum exigit ac jure Romanorum desiderantur; quare duo examinanda nunc restant. Primum est an testes rogari oporteat; alterum est an uno contextu testamentum perfici debeat; ex quibus illud supervacaneum reputamus; hoc ad ipsam testamenti contestationem, quam nos *otorgamiento* appellamus, omnino necessarium esse censemus. Addesis Gom. ad *l.* 3. *Taur. nn.* 29. & 49. Quæstionis est, an testamenta inter filios vel ad pias causas vel tempore pestis celebrata minori cum solemnitate quam ea quæ superius exposita est hodie valeant, uti de jure veteri & Partitarum; sed certius est hæc jura abrogata esse *dd. ll.* 1. & 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* Vid. Gom. ad *d. l.* 3. Jam de testamento cæci aliquid addendum videtur. Cæcus ad testandum nuncupative (neque enim aliter testari potest) semper quinque testes vicinos loci adhibere tenetur *l.* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* quæ exceptio est eorum quæ supra diximus, testamentum nuncupativum confici posse coram tribus testibus cum tabellione, vel etiam sine eo ubi est testium & tabellionum penuria. Et hæc summa est eorum quæ de externa testamentorum solemnitate jure nostro statuta sunt. ADDIT.

4. Quæsitum est, an testamentum 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 requi-

quiruntur, uti in Frisia ubi sequuntur jus civile? Affirmant comm. DD. in *l.* 1. *C. de sum. Trin.* Viv. 1. *opin.* 36. Coras. *de jur. art. p.* 3. *cap.* 13. Covar. 2. *de spons.* §. 7. *n.* 8. Costal. ad *l.* 6. *de evict.* Anton. Perez *in C. de testam. n.* 21. & secundum hanc sententiam sæpissime judicatum. Guid. Pap. *decis.* 262. Thesaur. 2. *quæst. for.* 8. Myns. 5. *obs.* 19. & 20. Gail. 2. *obs.* 123. Joann. 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 ubicumque sunt ibi sint ex voluntate domini & pro libitu ejus transferri possint, personam sequi non leges locorum; immobilia vero, utpote quorum certus perpetuusque situs est, regi secundum constitutiones loci cujusque possessionis, per *l.* 4. *C. de jur. fisc. l. ult. de jurisd.* Ita constanter Mansuer. *in sua prax. tit. de success.* Bus. *ad l.* 6. *de evict.* Nic. Burg. *ad consuet. Flandr. tract.* 6. Christ. *vol.* 3. *decis.* 4. & 5. & *vol.* 4. *decis.* 5. & 10. Mihi prior sententia probabilior videtur, multumque referre utrum statutum disponat circa solemnitatem alicujus actus an circa rem, puta fundum locumve: quæ statuta in rem concipiuntur, qualia sunt quæ de successione ab intestato disponunt, rem ipsam haud dubie afficiunt ut ubicumque sit ejus loci ubi est legibus obstringatur: Idemque habendum de statutis quæ circa habilitatem personarum dispensando aliquid disponunt. Gail. *d. lib. observ.* 124. & alii *ubi sup.* Coras. *dict. par.* 3. *cap.* 14. Gomez ad *l.* 3. *Tauri n.* 20. Quæ autem statuta disponunt circa actus solemnitatem dumtaxat, cum neque rem afficiant neque personam actum celebrantis, sed ipsam solummodo dispositionem quæ fit in loco statuti vel consuetudinis, rationi & juri consentaneum est ut in ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita; quoniam actuum solemnia ad eorum spectant jurisdictionem in quorum territorio celebrantur, per *l.* 6. *de evict. l.* 3. *in fin. ff. de testib. l.* 2. *C. quemadm. test. aper.* fac. *l.* 9. & *ult. C. 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 secundum diversa loca dijudicari. Peck. *de test. conjug. lib.* 4. *cap.* 28. *in fin.* D. Joann. à Sande *d. defin.* 14. ubi contraria scite expedit, & prudenter temperat novam quamdam distinctionem Fachinæi. Adde quæ nos *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 19. Plane, si lex expresse 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. hoc tit.* & Perezius *dd. loc.*

TITULUS XI.

DE MILITARI TESTAMENTO.

Dig. lib. 29. *tit.* 1. *Cod. lib.* 6. *tit.* 21. *Et l.* 4. *tit.* 1. *Part.* 6.

Ratio ordinis. Militare testamentum quid hìc significet.

DIximus sub rubrica præcedentis tituli duo esse testamentorum genera: unum commune omnium civium, quod paganicum dicitur, alterum militum proprium quod ideo appellatur militare. Hactenus quæ tradita sunt de ordinandis testamentis ea solum pertinent ad testamenta paganorum; militaria de quibus porro nunc agitur legibus istis soluta sunt. Militaria autem testamenta hìc non accipimus omnia quæ facta sunt à militantibus, id est iis qui in numero relati sacramento tenentur; sed quæ facta sunt jure militari. Possunt enim & milites jure communi testari, *l.* 3. *hoc tit.* immo debent cum extra castra versantur; sed cum in expeditionibus occupati sunt proprio jure & privilegiato testandi facultatem habent, neglectis legibus omnibus quæ ad solemnitatem condendorum testamentorum pertinent. Itaque testamentum militis sive militare in causa proposita id solum intelligitur quod à milite factum est in expeditione, jure militum proprio.

TEX-

TEXTUS.

In militum testamentis solemnitates remissæ.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam eorum constitutionibus Principalibus remissa est. Nam quamvis ii neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint recte nihilominus testantur, videlicet cum in expeditionibus occupati sunt. Quod merito 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 citra expeditionum necessitatem in aliis locis vel suis ædibus degunt, minime ad vindicandum tale privilegium adjuvantur. Sed testari quidem etsi filii familiarum sint propter militiam conceduntur: jure tamen communi, eadem observatione & in eorum testamentis adhibenda quam in testamentis paganorum proxime exposuimus.

L. 4. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Imperitiam militum non esse causam principalem privilegii militaris, sed periculorum functionem.*

2 *Militibus remissa omnia quæcumque subtilitatem magis quam naturalem rationem habent, sive ea ad constitutionem testamenti pertineant sive ad infirmationem.*

3 *In hibernis aut præsidiis locatos jure privilegiario testandi potestatem non habere. Et 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.*

1. *Propter imperitiam eorum*] Causa beneficii, cujusmodi etiam mandatis inserta est eo capite quod extat in *l. 1. hoc tit.* & rescripto Antonini *l. 3. C. eod.* quibus locis hoc beneficium concessum traditur propter eorum simplicitatem, hoc enim est propter imperitiam. Nam cum simplicitati ut plurimum adjuncta sit rerum imperitia, immo vero cum ex imperitia nascatur simplicitas: hinc factum ut simplicitas Latinis interdum significet imperitiam, ut in illo Nasonis *Heroid. ep. 2. v. 63.*

Fallere credentem non est operosa puellam
Gloria; simplicitas digna favore fuit.

Idem quoque significatur in *l. ult. in pr. C. de jur. delib.* cum milites dicuntur arma magis quam jura scire. Atque huc accommodari aliquo modo potest quod Tacitus scribit in *vita Agricol. cap. 9. Castrensis jurisdictio obtusior est, ac plura manu agens, callidtatem fori non exercet.* At enimvero non est hac ratio adæquata, neque simplicitas militaris aut sola est hujus privilegii causa, aut principalis. Non sola: alioqui enim & feminis & rusticanis idem privilegium concedi oportuisset, & militibus concedi sine exceptione temporis aut loci; & cum proculdubio multi etiam legum & juris periti stipendia fecerint hos excipi. Non principalis, quia extra castra & tempus expeditionis privilegio uti non possunt. Principalis vero causa est quam Ulpian. expressit *l. un. de bon. poss. ex test. milit.* laborum & periculorum functio cum in expeditionibus & castris sunt, quo tempore armorum cogitatio pericula imminentia & sese continendi necessitas omnem aliam de jure cogitationem adimit. Et ideo nec militibus alio loco aut tempore suo jure testari licet; & aliis 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. de bon. poss. ex test. mil. l. ult. hoc tit.* VINN. Cum id privilegium militibus concessum sit ab eo tempore quo jam mercenaria militia loco selectæ invaluerat: non inepte credideris veram ejus causam esse ut homines allicerentur ad militiam & eo lubentius nomina darent. HEIN.

Constitutionibus Principalibus] Primus Julius Cæsar, ut auctor est Ulpian. *l. 1. hoc tit.* liberam militibus testamenti factionem concessit, ceterum eam concessionem ait fuisse temporalem; postea vero primùm Titum & post hunc Domitianum eamdem libertatem iterum dedisse; ac demum plenissimam indulgentiam in milites collatam à Nerva & qui eum secutus est Trajano: exinde hoc perpetuo privilegio milites usos ut quoquo modo testati essent rata esset eorum voluntas.

2. *Neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint*] Puta in continuatione actus, in rogatione subscriptione & signatione testium. Itaque quamvis uno contextu actus tes-

testati non sint, quamvis testes adhibiti rogati non fuerint, quamvis per scripturam testantes non curaverint tabulas subscribi aut signari: nihilominus tamen recte testati intelliguntur; placetque nudam voluntatem militum non minus pro testamento servari quam aliorum solemnem dispositionem, *l.* 1. & passim *hoc tit. & tit. C. eod.* Porro autem non in eo dumtaxat consistit privilegium militum quod testamenta militum non sint adstricta legibus quæ ad externas illas solemnitates numerum, rogationem, subscriptionem, obsignationem testium pertinent: sed in ceteris etiam partibus, sive illæ ad constitutionem testamentorum pertineant sive ad infirmationem, quæcumque subtilitatem magis quam naturalem rationem habent ea omnia militibus remissa sunt, ut in universum recte definit Duar. *cap.* 4. *ad hunc tit.* Proinde etsi miles liberos quos in potestate habet sciens præterierit, *l.* 9. *& seq. C. hoc tit.* sive heredem ex die aut ad diem instituerit, sive alias pro parte testato pro parte intestato decesserit, *l.* 6. *l.* 15. §. 4. *l.* 37. *l.* 41. *ff. eod. l.* 8. *C. eod.* sive eum quicum testamenti factio non est heredem fecerit, *l.* 13. §. 2. *eod.* sive filio emancipato aut cuicumque extraneo in secundum casum directò substituerit, *l.* 5. *d. l.* 41. §. 4. *eod.* sive hereditatem codicillis directo dederit, *l.* 36. *eod.* sive solis liberis non etiam sibi testamentum fecerit, *d. l.* 15. §. *pen. d. l.* 41. §. *ult.* nihilominus recte testatur & voluntas ejus prout jacet custoditur. Lege Falcidia ultra dodrantem jure communi legare non licet, militibus licet, *l.* 17. *in fin. hoc tit. l.* 12. *C. eod. l.* 7. *C. ad leg. Falc.* Jure communi numquam per se nuda voluntas testatoris ad infirmandum testamentum valet, invito eo multis modis infirmatur, *inf. tit. Inst. quib. mod. test. inf.* Ex contrario sola militis voluntas ad infirmandum sufficit, *d. l.* 15. §. 1. invito autem eo, extra casum maximæ aut mediæ capitis diminutionis, *l.* 6. §. 6. *& seq. de injusto rupt. test.* testamentum ejus non infirmatur. Non agnatione aut quasi agnatione sui heredis, *l.* 7. *& seq. hoc tit.* (quod tamen temperabis ex *l.* 9. & *d. l.* 36. §. 2. *eod.*) non ipsius adoptione aut adrogatione, *l.* 22. *& seq. eod.* §. *pen. Inst. inf. hoc tit.* non alio denique testamento postea facto, si modo & prius valere voluerit, *l.* 19. *eod.* Hæc summa est: quædam diligentius excutientur inferius.

In expeditionibus] Expeditio dicta, quod milites sint expediti ad confligendum cum hoste quandocumque 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 1. *var.* 17. *Hanc merito expeditionem nominavere majores, quia mens devota prœliis non debes aliis cogitationibus occupari.* Præsidia hyberna ceteraque loca in quibus militem extra castra commorari necesse est sedes appellantur. Veget. *lib.* 3. *de re mil. cap.* 4. *& ult.* Sallust. *in Jugurth. cap.* 37. *Milites mense Januario ex hibernis in expeditionem evocat.*

3. *Quod merito nostra constitutio introduxit*] *L. pen. C. hoc tit.* An igitur ante hanc constitutionem Justiniani quamdiu milites in numeris manebant quocumque 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.* 15. *C. eod.* quæ est Constantini, expeditionis expressa fit mentio; & ratio privilegii periculorum functio, quam affert Ulpian. *l. un. de bon. poss. ex test. mil.* cessat cum in castris & expeditione non sunt. Putarem tamen olim milites qui in provinciis habebantur jure militari illic testari potuisse, quasi in expeditione. In exceptionibus quoque declinandis & petendis in integrum restitutionibus ea tantummodo tempora militibus prodesse Justinianus voluit quæ in expeditione currunt, *l. ult. C. de test. mil. l. ult. quib. non objic. long. temp. præscr.*

4. *Quoquo enim modo voluntas ejus sive scripta sive non scripta*] Et scripta quidem valebit etiam nullis testibus adhibitis; nuncupata duobus probari poterit. Quinimmo militi jamjam in hostem pugnaturo vagina clypeus pulvis humus chartæ vel tabularum loco esse possunt, & notæ pro literis, *l.* 40. *hoc tit.* sanguis pro attramento, ensis pro stylo penna aut calamo, *l.* 15. *C. eod.* Ceterum hoc casu crediderim aliquo opus esse testimonio ut de eo constare possit; cum vix sit ut ex hujusmodi scriptura manus alicujus agnosci queat aut per comparationem literarum probari. Etsi enim voluntas militis quomodocumque declarata rata est: ea tamen legitimis probationibus ostendi debet, *d. l.* 40. quod & Joann. Faber notat.

Vel suis ædibus] Ita etiam legitur in utraque modo allegata constitutione, & *l. ult. C.*

de

de postl. rev. in Basilicis, teste Cujacio, ἐν τοῖς ἰδίοις οἴκοις (*in suis ædibus*). Theophilus pro eo habet, ἐν τοῖς λεγομένοις αὐτοῖς σεδέτοις· (*in his quæ sedeta vocantur*) Σέδετα autem esse Hotomannus scribit quæ Latini *stativa* appellant. Ant. August. in *l.* 18. *C. de Episcop. aud.* vertit *stationes*. Suidas *fossata* esse tradit; & ita σέδετον apud Ruffum *de legib. milit.* pro φοσσάτῳ. Ego existimo, Theophilum intelligere loca omnia in quibus milites commorandi potius quam pugnandi causa habentur, puta hibernacula, aut ubi in præsidiis sunt, ἔνθα διάγειν αὐτὸς ἀνάγκη (*ubi eos agere oportet*), 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; cum 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 & Wesembecius legunt: quomodo nonnullos etiam codices habere Viglius & Giphanius testantur.

5. Puto autem falsum esse Cujacium, qui ex facto consultus *consult.* 49. respondit, milites etiam in hibernis & præsidiis locatos ibidem jure privilegii sui testari posse. Nam qui sunt in hibernis aut præsidiis neutiquam dici possunt esse in expeditione aut castris, quod tamen expresse requiritur & hoc loco & §. 3. *inf. hoc eod. tit.* Cessante autem causa privilegii & ipsum cessat privilegium, per vulgat. Vinn. Cum Cujacio faciunt & alii, veluti Hœnon. *in Inst. hoc tit.* Gothofr. ad *l. pen. C. hoc tit.* Struv. *exerc. ad ff. hoc tit.* §. 4. Sed Vinnii tamen sententia magis consentanea est *l. pen. C. hoc tit.* juncta *l. un. ff. de bon. poss. ex test. mil.* Conf. Tim. Fab. *disp. anniv.* 18. §. 16. Hein.

6. *Et si filiifam. sint &c. jure tamen communi*] Ex his verbis Porcius colligit filiosfam. jure militari testari non posse: quo nomine merito reprehenditur à Viglio. Locus planus est & apertus, Restrinxerat antè privilegium militibus datum ad ea tempora quibus occupati sunt in expeditionibus; ne quis vero ex eo putaret milites & maxime 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, juste 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 cum in expeditione non sunt testari posse; verum tunc non aliter quam jure communi: significans eos idem jus utrobique habere quod patresfam. stipendia merentes habent. Ex præcedentibus autem apparet, quam inepti sint qui militibus Ordinum quorumdam, 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 proprie dicti rustici villani, κωμῆται, seu vicani. Hic autem & passim in libris nostris opponuntur militibus, eoque nomine significantur omnes ἀστράτευτοι (*à militia immunes*). Peculium paganum & castrense, in paganico & in castris ἀντικείμενα (*opposita*). A scriptoribus Ecclesiasticis & in constitutionibus Impp. Christianorum gentiles etiam pagani appellantur: quæ appellatio, ut credibile est, inde nata, quod cum urbes fere omnes sub Constantino fidem Christianam amplexæ essent, tamen adhuc diu pòst in agris & pagis hæsit religio gentilis & reliquiæ ethnicismi. Vinn. Alii paganos dictos Deorum cultores existimant, quod Christo non militent. Sed Vinnii ratio solida est. Nam & Orosius in *præf. lib.* 1. *Ex locorum*, inquit, *agrestium compitis & pagis pagani vocantur.* Et Prudent. *in Roman. v.* 296. eos ideo vocat *pago deditos*, itemque *pago implicitos*, adv. Symmach. *lib.* 1. *v.* 620. Hein.

Textus.

Rescriptum D. Trajani.

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 prius 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 locutus est ut declararet quem vellet sibi heredem esse & cui libertatem tribueret: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas

ejus

ejus rata habenda est. Ceterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui: Ego te heredem facio, aut bona mea tibi relinquo: non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest quam 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; & per hoc vera judicia subverterentur.

L. 4. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *In scripto militis testamento testibus opus non esse; in nuncupativo contrà.*
2 *Quot testes à milite per nuncupationem testante adhibendi.*
3 *An rogatio testium in testamento militari necessaria sit.*

Divus Trajanus ita rescripsit] Recitatur hoc rescriptum à Florentino in *l.* 24. *hoc tit.* Sententia rescripti hæc est, voluntatem militis qualemcumque, etiam eam quam sine scripto protulit, pro testamento observari; ceterum prius esse ut constet appareatque seriò atque animo testamenti faciendi militem verba pronuntiasse. Hoc ut doceatur ipsorum militum maxime interesse ne vera & seria eorum judicia subvertantur.

Et à non militantibus quoque] Giphanius legendum putat demta negatione, *á militantibus*: quia, ut ait, alienum sit hic agere de non militantibus. Sed ratio ista tanti non est ut propterea á 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 solemnitatem. Nam, ut ex verbis rescripti patet, consultus fuit Trajanus de testamento militis quod heredes ab intestato eo prætextu impugnabant quod id sine scriptura factum esset. Atque ita quoque Theophilus, quem falso Giphanius aliter legisse existimat. Fabrotus in *not. ad Theoph.* mavult legi: *ut à non militantibus quoque*, quod valde placet. VINN. Sed sensus idem manet si ET retineas. Nihil ergo opus est emendatione. HEIN.

1. *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 Viglio Cujacio Hotom. Bachov. scilicet interesse utrum miles per nuncupationem & sine scriptura testetur, an per scripturam: in nuncupatione omnino testibus opus esse, quod etiam hic locus expresse 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 quam ut de voluntate militis quocumque modo testata constet.

2. De numero testium adhibendo à milite per nuncupationem testante sic sentio: neque unum testem (quod putat Theophilus) sufficere, neque plures exigi quam duos. Illud, quia constitutio plurali numero utitur, neque unius testimonium legitimum est, quale tamen omnimodo requiritur, *l.* 40. *hoc tit.* Hoc, quia pluralis elocutio duorum numero contenta est, *l.* 12. *de testib.* Atque ex ratione juris gentium, quod solum in testamentis militum consideratur, ad probationem alicujus actus duorum testimonium sufficit.

3. De rogatione testium, quod tertium erat, eam non existimo in militari testamento esse necessariam. Primum, quia rogatio illa est illa pura puta solemnitas, in militaribus autem testamentis solemnitates omnes remissæ; deinde quia hæc omnium solemnitatum scrupulosissima est & subtilissima, longissimeque recedit à simplici ratione juris gentium, quæ sola regula est militarium testamentorum. Denique contraria sunt, dicere nudam & simplicem voluntatem sufficere & desiderari rogationem. Quamobrem non dubito quin falsum sit quod Hotomannus post Joann. de Platea & Angelum scribit, ne militem quidem sine certa testium advocatione, monitorum ut ei actioni operam dent, testamentum conficere posse. Nihil certe Hotomannum juvant verba hujus text. *convocatis ad hoc hominibus*: quippe quæ hic non dispositive sed narrative tantum ponuntur, atque ut exemplo aliquo declaretur quomodo de militis voluntate sine scriptura testati certo constare pos-

possit. De eo enim præcipue hìc agitur, atque hoc tantum cavetur ne quilibet militis sermo temere pro vero ejus judicio capiatur, cum sæpe soleant homines, præsertim merito alicujus provocati, jactare & dicis causa aliquid proferre ac civiliter magis quam ex animo loqui. At ubi certo 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 certius de eo constare posse concedamus, si testes ad hoc specialiter sint convocati aut cum alterius rei causa convenissent, prænoniti cui rei eos adhiberi placeret : constare tamen etiam potest sine formali ista sive rogatione sive prænonitione. Quid enim si miles forte postridie in aciem educendus in tentorio præsentibus aliquod commilitonibus suis dixerit: *Ego Titium heredem facio, ejusque rei vos mihi testes esse volo*? Certe hic præter testium fidem nihil requiritur aut requiri ex ratione juris gentium potest. Postremo si paganis rogandi testes necessitas in codicillis remissa est, *l. ult. in fin. C. de codicil.* quanto minus in testamento militis ea requirenda, quod iis ipsis etiam legibus quibus codicillos constitutio civilis adstringit solutum est?

Plerumque sermonibus fieri solet] Puta in conviviis circulis ac congressionibus familiarium, ubi nonnumquam leviter quædam effundimus & jactamus magis quam serio agimus aut loquimur. Et male ergo hinc colligit Hotomannus, ut ratum sit & pro testamento servandum quod miles nuncupavit non tam pendere ex militis voluntate, quamtumvis serio testibus exposita, quam ex convocatione testium & testimonii denuntiatione ; cum hoc tantum hinc recte colligatur, non quemvis sermonem militis quocumque loco coram quibusvis prolatum pro testamento continuò habendum esse ; sed inspiciendas esse circumstantias, nec aliter quam si ex his appareat animum condendi testamenti militem habuisse ratum esse oportere quod pronuntiaverit. Atqui de eo etiam constare potest sine testamenti denuntiatione. Et qui de præsentia sua falso deponunt eâdem opera se vocatos & rogatos esse mentientur.

Vera judicia subverterentur] Quamobrem merito notatur Domitianus quod alienissimas hereditates confiscabat vel uno existente qui diceret audisse se ex defuncto cum viveret heredem sibi esse Cæsarem. Sueton. *in Domitiano cap.* 12. Boni Principes ex jactatione aut nuda alicujus voce hereditatem numquam admiserunt, *l. ult. qui test. fac. l. pen. de her. inst. l.* 22. §. 2. *de jur. fisc.* §. *ult. Inst. inf. quib. mod. test. inf.*

TEXTUS.

De surdo & muto.

2. *Quinimmo & mutus & surdus miles testamentum facere potest.*

COMMENTARIUS.

1 *Naturâ 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 §. male à veteribus Interpretibus, Joann. Fabro, Porcio, Aretino acceptus est de eo milite qui natura surdus & mutus est. Nimirum cum paganis mutis & surdis quibus non naturalis calamitas sed morbus superveniens vocem abstulit auresque concluserit permissum sit testari, modo ei quibus hoc accidit scribere sciant, *l.* 10 *qui test. fac.* putaverunt illi, hìc militibus aliquid jure singulari concedi quod jure communi ceteris denegatum est : videlicet posse milites etiam mutos & surdos natos ex privilegio testari, ut voluntatem suam per signa ostendant: cujusmodi signa ajunt intelligi & explicari posse ab iis qui cum muto & surdo familiariter vixerunt.

1. Sed primum bene à Viglio ceterisque melioris ævi Interpretibus observatum est, naturâ mutum & surdum in numeros recipi aut in militiam legi non posse, utpote qui nec sacramentum præstare nec imperium Ducis aut signa audire tesseramve accipere & reddere queat; ejusque rei etiam argumentum est, quod milites qui in hanc calamitatem inciderunt ob eam causam ut bello inutiles dimitti solent, *l.* 4. *hoc tit.* ἄτοπον γὰρ, inquit Theophilus, τὸν τοιοῦτον στρατεύεσθαι (*absurdum enim est ejusmodi* homines *militare*).

2. Deinde non minus absurdum est quod putant, eum quem utraque illa facultate natura orbavit testamentum facere posse : nam de signis quod asserunt 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 παράδοξον (*incredibile*) hoc Fabro videtur, nobis autem ἀδύνατον (*impossibile*); cum quod natura negavit beneficio Principis concedi non possit. Quod cum probe animadverteret Jason in *add. ad Porc.* locum hunc repudiato exemplo communi accipiendum credidit de iis militibus qui ex accidenti, accepto puta vulnere aut morbo aliquo in castris affecti, facultatem loquendi & audiendi amisserunt.

3. Et quia paganis etiam casu aliquo mutis & surdis factis si literas sciat testari concessum est, *d. l.* 10. *C. qui test. fac.* privilegium militum isto vitio affectorum in eo consistere putant, quod iis etiam si scribere nesciant testari liceat & heredem per notas aut signa demonstrare, quod etiam Cantiunculæ placere video. Verum enimvero qui literis non potest, quibus ille notis certam dabit (hoc enim omnino necessarium est ex constitutione Trajani) voluntatis suæ supremæ significationem? Signis vero testari quemquam mortalium posse uti nusquam traditum est ita nec admittendum ut possit. Nam cum nulla signa idonea sint ad voluntatem ultimam alteri certo significandam, in re tanti momenti fides habenda esset divinationi quorumdam ineptorum hominum pro arbitrio suo hujusmodi signa temere interpretantium. Putaverunt igitur alii, nullum hic novum privilegium proponi, sed idem illud de quo supra dictum tantum porrigi ad eos milites qui muti & surdi facti sunt, ut nimirum his etiam liceat ante causariam missionem in numeris manentibus jure militari testamentum facere contemtis solemnitatibus juris communis, *d. l.* 4. *hoc tit.* ne quis forte putaret defectum sensus ac loquelæ solemnitate 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 tantum ad formam & remissionem solemnium pertinet.

4. Ego arbitror peccatum hìc aliquid esse oscitant à Compilatorum. Certum est, olim paganum 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 modo dixi) facultatem testandi dedit, *d. l.* 10. *C. qui test. fac.* ex quo cum etiam pagani hoc jus habuerint, id inter privilegia militaria, ut olim, amplius referri non debuit. Cum igitur nihilominus appareat id hoc loco factum esse à Compositoribus, oportet eos, cum hæc vel ex responso Ulp. in *d. l.* 4. vel ex alio veteri Jurisconsulto describerent, non meminisse constitutionis illius Justinianeæ: quæ tamen jam dudum edita erat, ut apparet ex subscriptione. Fallitur autem Bachovius qui eam etiam priori Codici insertam fuisse opinatur, cum primum edita sit biennio post editionem illius Codicis, anno scilicet primo post consulatum Lampadii & Orestis. VINN. Justo sæpius Compilatores vellicat Vinnius noster, & aliquando nihil tale meritos. Possunt surdi & muti pagani testari si vitium sit discretum; milites etiam si conjunctum, dummodo quid agant intelligant. Illi non nisi in scriptis; hi & notâ. Quidni enim miles vulneratus amisso linguæ & aurium usu præsentibus commilitonibus signis quibusdam evidentissimis ostendere possit quas res suas cuivis relinquere velit, si rationis usus ipsi salvus sit? Denique nec opus est ut id militibus vulneratis mortuis ante missionem concessum dicamus. Nihil enim impedit ut quæstio hæc oriri non possit si in eo periculo testatus miles missionem impetravit, & paulo post ex vulnere decessit. HEIN.

TEXTUS.

De militibus & veteranis.

3. *Sed hactenus hoc illis á Principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant & in castris degunt. Post missionem vero veterani, vel extra castra alii, si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum jure id facere debent. Et quod in castris fecerit testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid ergo si intra annum quis decesserit, conditio autem heredi adscripta post an-*

annum extiterit? an quasi militis testamentum valeat? Et placet valere quasi militis.

L. 4. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Falli tam eos qui putant huc §. solum pertinere ad milites surdos & mutos militia missos, quam 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.*

1. NUlla ratio est cur dubitemus utrum hic §. cum superiore connectendus sit, referendusque solum ad milites mutos & surdos, an generaliter ad omnes militiâ missos. Quippe cum justior causa dubitandi sit de mutis & surdis propter incertitudinem voluntatis eorum quam de reliquis; & quotquot sunt hac de re loci in π. illi generaliter loquuntur de omnibus qui honestam vel causariam missionem meruerunt, *ll.* 21. 26. & 38. *hoc tit.* neque absurdum est aut superfluum repeti quod semel dictum est, si id fiat alterius rei significandæ gratia quam 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: quod, ut unus error plerumque plures parere solet, ex eo natum est quod crediderunt, mutos & surdos milites sive ita natos sive factos etiam literarum ignaros jure militari testandi licentiam habere; quos si missos dicamus, non aliter testari posse quam jure communi. Negamus eos ullo modo posse testari: quia nec possunt jure communi, *l.* 10. *qui test. fac.* & hoc verissimum est: falsum autem quod pro vero assumunt, posse ejusmodi mutos & surdos jure militari testari, ut abunde probavimus §. *præc.*

2. *Post missionem vero*] Huic rei obstare videtur, quod etiam is miles qui capite damnatus est jure militari testandi licentiam habet, *l.* 11. *hoc tit.* qui tamen maxime pro misso & exauctorato haberi debet. Non unum est quod hic respondeatur. Nam primum miles capite damnatus privilegium testandi non retinet nisi id nominatim sententiâ comprehensum sit, *l.* 22. §. 1. *de legat.* 3. aut petierit & impetraverit ut sibi jure militari testari liceret, *l.* 32. §. 8. *de donat. int. vir. & ux. l.* 6. §. 6. *de injust. rupt. irr. test.* Deinde nec is miles retinet qui ex delicto communi capite puniri meruit, sed tantum qui ex militari, *dd. ll.* & *l.* 1. *de vet. & mil. succes.* nec eo quovis: non eo quod fidem sacramenti rumpat, *d. l.* 11. *hoc tit.* verum ex leviore aliquo; sunt enim multa militiæ delicta minus atrocia, quæ tamen ut capite puniantur rigor disciplinæ militaris postulat. Denique testandi jus his tantum conceditur de bonis castrensibus quæ non vindicantur Fisco, sed ab intestato ad proximos cognatos pertinent, *d. l.* 1. & *l.* 2. *de vet. & mil. succ.* quos cum unicuique permissum sit à successione sua excludere facto testamento, id militi etiam in proposita specie permitti placuit.

In annum &c.] Testamentum in castris jure militiæ factum jus suum etiam post missionem intra anni spatium retinet, vel eousque dum institutionis conditio extiterit, *ll.* 21. 26. & 38. *hoc tit.* De anni spatio hæc causa affertur, quod privilegia absentibus Reip. causa quales etiam sunt milites concessa post reditum usque ad annum perseverant, §. 2. *Inst. supr. de exc. tut.* De conditione hæc, quia conditio quandocumque existens retro trahitur atque exinde perinde habetur ac si ab initio pure institutio facta fuisset, *l.* 26. *de cond. inst. l.* 11. §. 1. *qui potior. in pign. l.* 8. *de per. & com. rei vind.* Ceterum 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.* 26. *hoc tit.* Consule de hoc *l.* 2. §. *de his qui not. infam.* Lipsium *in lib.* 1. *annal. Tacit.*

3. 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 *ll.* 20. & 25. *ff. hoc tit. l.* 4. *C. eod.* Et Africanus respondit non pertinere, sed statim atque successorem acceperint horum testamenta jure militari valere desinere, *d. l.* 21. *hoc tit.* Ait autem non pertinere, quantum ad verba constitutionum attinet, 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? Certe Ulpianus non dubitat edictum de iis qui notantur infamiâ, quod de missis loquitur, ad eos extendere quibus successores dantur, *d. l.* 2. §. 2. *de his qui not. infam.*

TEXTUS.

Si testamentum factum ante militiam.

4. *Sed & si quis ante militiam non jure fecit testamentum, & miles factus & in expeditione degens resignavit illud, & quædam adjecit sive detraxit vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est valere hoc testamentum quasi ex nova militis voluntate.*

COMMENTARIUS.

1 *Testamentum non rite á pagano factum jure militiæ valere si is miles postea & in castris degens recenti aliquo indicio priorem voluntatem comprobaverit.*

2 *Si nulla nova voluntatis declaratio intervenerit testamentum illud ad privilegia militum non pertinere.*

3 *Ulpianus secum & cum aliis conciliatur.*

1. ALiud privilegium militare spectans confirmationem testamenti ante militiam non jure ordinati, quod tale est: si quis cum paganus esset testamentum non jure communi civium fecit, & postea cum militare cœpisset in castris aut expeditione degens quovis recenti indicio & sive voce sive facto aliquo declaraverit se id testamentum valere velle, valebit ex nova militis voluntate; atque ita videbitur testatus per relationem. Est vero hoc superiori omnino consequens; nam cum militi nuda voluntate testamentum facere permissum sit, ei etiam permittendum fuit testamentum quod ante militiam fecit nuda voluntate postea comprobare: quoniam hæc militis voluntas testamentum est, *l.* 1. *in fin. pr. l.* 15. §. 2. *hoc tit.*

2. *Resignavit illud & quædam adjecit sive detraxit vel alias manifesta &c.*] Ad confirmationem testamenti quod quis inutiliter ante militiam fecit uti nihil amplius requiritur quam ut miles postea factus tempore expeditionis id valere voluerit, ita etiam necesse est ut hoc nova aliqua testatione voluntatis declaret. Duo enim semper in omni militari testamento exigimus: ut de voluntate militis constet: ut in expeditione testatus sit. At in proposito neque de voluntate militis constare potest si nulla nova testatio intervenerit, quin potius tunc censendus est priorem inutilem voluntatem qualem esse sciebat talem manere voluisse; nec dici potest in expeditione testatus á quo neque factum quidquam est neque dictum quod ad comprobationem prioris voluntatis pertineat. Enim vero non præcise requiritur ut miles recentem voluntatem aperte & verbis declaret, sed sufficit eam re aliqua & facto significari unde commode intelligi possit: cujusmodi facta sunt, si testamentum resignaverit legeritque ac rursus suo signo signaverit, si aliquid adjecerit detraxerit interleverit induxerit emendaverit. Alterutrum autem horum omnino necessarium est ut hic locus aperte ostendit & apertius adhuc Jurisconsultus, *l.* 20. §. 1. *hoc tit.* diserte scribens, si nihil eorum quæ diximus intervenerit testamentum ad privilegia militum non pertinere: quibus similia leguntur in *l.* 38. §. 1. *in fin. eod. l.* 8. §. 4. *de jur. cod.* Omnium autem apertissimus in hanc sententiam locus est Marcelli in *l.* 25. *hoc tit.* ubi sic scribit: *Testamentum quod (Titius) ante tribunatum fecisset, nihil si postea ab eo factum dictum esse probaretur, ad jus commune pertinet. Constitutionibus enim Principum non militum testamenta sed quæ á militibus facta sunt confirmantur.*

3. Cur igitur in re manifesta laboramus? Propter responsum Ulpiani quod extat in *l.* 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 Jurisconsultus exigit sed tantum ut nulla contraria voluntas secuta sit; atqui hoc etiam tunc fit cum nulla omnino secuta est. An dicimus, Jurisconsultum loqui non de eo qui cum paganus esset testamentum fecit, sed de milite qui testatus est ante militiam? Ita quidem Gloss. Joann. Fab. & alii. Sed ego hoc non capio, neque intelligo quomodo miles dici possit ante militiam testamentum fecisse, nisi militem accipiat κατ' ἀναφοράν (*relative*) qui nunc miles est cum tempore facti testamenti esset paganus; nec ulla Ulpiani verba,

tes-

testamentum ante militiam factum á milite, aliter accipi debent aut possunt, quam si dixisset testamentum à milite factum antequam miles esset seu cum adhuc esset paganus: quibus etiam verbis ille ipse utitur idem hoc rescriptum D. Pii referens in *l. 9. §. 1. eod.* Hoc cum animadverteret Franciscus Hotomannus, ἀντινομίαν (*legum contradictionem*) esse pronuntiavit, quem secutus est Ant. Matthæus. Verum enimvero si hic antimoniam admittimus ubi non admittemus? Mille loci sunt in quibus major in speciem cum aliis pugna est quam in loco Ulpiani cum iis quos antea allegavimus. Fatetur Hotomannus, Juhanum Marcellum Paulum atque adeo ipsum Justinianum hoc loco exigere argumenta recentis judicii & prioris apertam comprobationem; sed ait, ita jus vetus fuisse, novum autem constitutum esse à D. Pio sola taciturnitate, quasi perseverantiâ judicii contento, quod jus proferatur ab Ulpiano: quam ob causam etiam Justinianum reprehendit, quod contrà quam in proœmio recepit, jus obsoletum hic nobis obtruserit. Si à solo Juliano, qui ceteris antiquior fuit, id proditum esset, poterat videri speciem aliquam veri habere quod Hotomannus 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 *l. 9. §. 1. hoc tit.* diserte in hac eadem specie exigit prioris 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 vero hoc aliud est quam si dixisset, si miles factus indicio aliquo novæ voluntatis ostenderit se id velle valere? Significantiora certe sunt verba Jurisconsulti quam ut de simplici silentio aut voluntate in mente retenta intelligi possint. Atqui idem rescriptum est, idemque auctor qui ejus meminit in *d. l. 15. §. 2. eod.* ut proinde eumdem 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 eamdemque esse sententiam, quemadmodum ab uno eodemque prolata esse constat ad rem unam eamdemque significandam. Plus nimirum sensit Jurisconsultus in *d. l. 15. §. 2.* quam scripsit; quod cum 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 ajunt Ulpianum & secum & cum ceteris de re proposita convenire, contentionis quam veritatis cupidiores esse tam præcipites pronuntiaverint.

TEXTUS.

Si adrogatus vel emancipatus.

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.

COMMENTARIUS.

JUre communi testamentum irritum fit etiam minima capitis deminutione testatoris, puta si se adrogandum dederit, §. 4. *Inst. inf. quib. mod. test. inf.* militare non item. Sed & si filiusfam. miles à patre in adoptionem datus fuerit aut emancipatus, placet testamentum ejus valere, nec capitis deminutione irritum fieri, *l. 22. & l. seq. hoc tit.* Ut autem hic 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 cum quidquid extra peculium castrense est id adquiratur patri adrogatori; qua de causa etiam Jurisconsultus in *l. 23. hoc tit.* expresse meminit militis de castrensibus dumtaxat rebus testati. Quamvis autem quod 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 testantis, *l. 1.*

§.

§. 8. *de bon. poss. sec. tab. l. 6. §. ult. de injust. rupt. testam.* VINN. Hodie non puto minima capitis deminutione testamentum solvi etiam paganorum. Vid. Gloss. fin. ad *l.* 18. *tit.* 1. *Part.* 6. ADDIT.

TEXTUS.

De peculio quasi castrensi filiisfam. testari permissum, sed jure communi.

6. Sciendum tamen est, quod cum ad exemplum castrensis peculii tamen anteriores leges quam Principales constitutiones quibusdam quasi castrensia dederant peculia, & horum quibusdam permissum fuerat etiam in potestate degentibus testari, nostra constitutio id latius extendens permiserit omnibus in hujusmodi peculiis testari quidem sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est nihil eorum quæ ad præfatum jus pertinent ignorare.

L. 13. *tit.* 1. *Part.* 4.

COMMENTARIUS.

1 *Privilegium jure militari testandi etiam nostri temporis militibus competere.*

DE differentia & qualitate peculii filiorumfamil. actum §. 1. *Inst. per quas pers. cuiq. adq.* hic tantum quædam monentur propter id peculium quod ad exemplum castrensis filiisfam. concessum fuit, olim eorum quibusdam dumtaxat cum potestate de eo testandi, à Justiniano cum eadem potestate omnibus, *l. ult. C. de inoff. test. l. ult. C. qui test. 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 tantum, aut ad summum iterum, ut falso Mynsingerus existimat, sed sæpius hujus quasi castrensis peculii mentio fit, ut in *l.* 1. §. 6. *de senat. Treb. l.* 3. §. 5. *de bon. poss. l.* 1. §. 15. *de collat. l.* 7. §. *ult. de donat.* VINN. Recte Vinnius negat peculium quasi castrense esse ex lege liberâ Rep. condita, si de vocabulo quæstio sit. Id enim omnino inventum ad exemplum peculii castrensis. Res ipsa tamen locum habuit in Virginibus Vestalibus, Flaminibus Dialibus aliisque sacerdotibus qui veteri ritu capiebantur. Gell. *lib.* 1. *cap.* 12. Hi enim licet patriæ potestati subessent, tamen poterant de peculiis suis testamentum condere. Dicuntur quidem patria potestate exiisse, Ulp. *in fragm. tit.* 10. §. 5. sed Gellius addit: *sine capitis deminutione*, ne eos jura familiæ amisisse existimes. Cum itaque hoc privilegium Sacerdotum admodum simile fuerit ei quod postea constitutionibus Principum filiisfamilias in peculio quasi castrensi datum novimus: non absurde existimari poterit, has *anteriores leges*, hæc scribenti vel Triboniano vel Gajo vel alii cuicumque veteri JCto Antiquitatis gnaro in animo fuisse. HEIN.

Quam Principales constitutiones] Constitutiones intelligit recentiorum Imperatorum, quarum quædam extant in posteriore Codice, *l.* 7. *C. de assess. l.* 4. *C. de adv. div. jud. l. un. C. de castr. omn. palat. pec. l. ult. C. de castr. pec. lib.* 12.

Et horum quibusdam] Veluti consulibus proconsulibus legatis & præsidibus provinciarum, ceteris que in universum omnibus qui positi erant in eminentiore aliquo dignitatis aut administrationis gradu; patronis vero causarum, memorialibus, agentibus in rebus, magistris liberalium artium, archiatris & id genus aliis 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; ceterum jus de his rebus testandi iis datum non fuit, *l. ult. C. de inoff. test.* Hinc apparet, non satis validum esse argumentum quo nonnulli filiisfamilias jus testandi defendunt etiam in peculio adventitio iis casibus quibus plena ejus proprietas illis concessa est: de quo amplius *tit. proxime seq.*

Testari quidem sed jure communi] *D. l. ult. C. de inoff. test. d. l. ult. C. qui test. fac.* Quare filiifamil. omnes qui quasi castrense peculium habent, idem per omnia in eo jus habent ex constitutione Justiniani quod filiifam. 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 alias imaginariæ, cujus crebra mentio in tribus posterioribus libris Codicis. Illud nihil refert, utrum

quis

quis pedes mereat an eques. In classibus omnes naturæ & remiges milites sunt, *l. un.* §. 1. *de bon. poss. ex test. mil.*

1. 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 cum 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. *volum.* 4. *decis.* 3. Sichard. ad *rub. C. hoc tit. n.* 9. Grass. §. *substitutio quæst.* 66. Grot. 2. *introd.* 7. Perez *C. de test. mil in fin.* VINN. Milites apud nos hoc privilegio gaudere manifestum est tum ex *d. l.* 4. *tit.* 1. *Part.* 6. tum ex *Ordinationib. Milit. tract.* 8. *tit.* 11. *art.* 1. *& seqq.* ADDIT.

TITULUS XII.

QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

Dig. lib. 28. *tit.* 1. *Cod. lib.* 6. *tit.* 22. *Et ll.* 13. 14. 15. 16. *&* 17. *tit.* 1. *Part.* 6.

1 *Ut testamentum consistat quænam in persona testantis requirantur.*
2 *Damnatos capite olim certo jure testandi facultatem amisisse.*
3 *An novellis legibus ab eo jure recessum.*

REditus ad jus commune. Disseruit *tit.* 10. de forma & modo testandi: progreditur nunc ad personam testantis, quod est alterum ex tribus illis quæ in omni testamento consideranda esse diximus sub *rub. d. tit.*

1. In pessona testantis duo exiguntur: unum est, ut conditione sit civis Romanus; quod indicat primum & secundum caput legis Falcidiæ, *l.* 1. *ad leg. Falc.* Proinde testamentum facere non possunt peregrini aut ad peregrinationem redacti, ut deportati, *l.* 8. §. 1. *&* 2. *qui test. fac. l.* 1. §. 2. *de legat.* 3. nec servi aut capti ab hostibus, *d. l.* 8. §. *ult. l.* 16. *hoc tit.* §. *ult. Inst. 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 legat.* 3. Alterum est, ut sit sui juris, uno verbo paterfam. 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.* 18. §. 1. *l.* 26. *hoc tit. l.* 3. *C. de apostat. l.* 4. *C. de hæret. & Manich. l.* 6. *& auth. seq. C. de incest. nupt.*

2. 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. §. 6. *de injust. rupt. test. l.* 12. *l.* 26. *de pœn.* Ajo *damnati*: nam si quis indemnatus, quamtumvis post accusationem & in custodia decessisset, ejus testamentum valebat, *l.* 9. *hoc tit.* uti & damnati appellatione interposita, medioque tempore pendente appellatione testati & defuncti, *l.* 13. §. *ult. eod.*

3. Quæritur autem, an novellis legibus, *Nov.* 17. *cap.* 12. *Nov.* 22. *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. Grass. §. *testamentum quæst* 26. Clar. §. *testamentum quæst.* 21. VINN. Apud nos capite damnatos testamenta facere posse præterquam de hisce bonis quæ fisco addicta sunt expresse decissum est *l.* 3. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* quæ abrogat *leg.* 15. *tit.* 1. *Part.* 6. ADDIT.

TEX-

TEXTUS.

De filiofamilias.

Non tamen omnibus licet testamentum facere. Statim enim ii qui alieno juri subjecti sunt testamenti faciendi jus non habent: adeo quidem ut quamvis parentes eis permiserint nihilo magis jure testari possint: exceptis iis quos antea enumeravimus, & præcipue militibus qui in potestate parentum sunt: quibus de eo quod in castris adquisiverunt permissum est ex constitutionibus Principum testamentum facere. Quod quidem jus ab initio tantum militantibus datum est tam ex auctoritate Divi Augusti quam Nervæ necnon optimi Imperatoris Trajani; postea vero subscriptione Divi Hadriani etiam dimissis à militia, id est veteranis concessum est. Itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerunt. Si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum jure communi pertinebit. Ex quo intelligere possumus quod in castris adquisierit 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 adquisierit; quamquam jure civili omnium qui in potestate parentum sunt peculia perinde in bonis parentum computentur, ac servorum peculia in bonis dominorum numerantur; exceptis videlicet iis quæ ex sacris constitutionibus & præcipue nostris propter diversas causas non adquiruntur. Præter hos igitur qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfam. testamentum fecerit inutile est, licet suæ potestatis factus decesserit.

L. 13. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Cur filiifamilias testamenti factionem non habeant.*

2 *Cur ne patre quidem consentiente recte testentur, cum ita mortis causa recte donent.*

3 *An testamentum á filiofam. factum cum consensu patris, propter adscriptam clausulam ut id valeat cujuscumque ultimæ voluntatis vi, saltem sustineatur in vim donationis causa mortis.*

4 *Intestato filio mortuo peculium castrense jure Codicis ad patrem non redisse jure peculii; sed liberis & fratribus non extantibus jure successionis ad eum devolutum.*

5 *Peculio pagano adventitio cum castrensi communia.*

6 *Plenius ac planius quam vulgo ostenditur filiumfam. ne de iis quidem adventitiis testari posse, quorum fructus patri non quæritur.*

7 *An de his codicillos facere, aut sine patris consensu mortis causa hæc donare possit.*

1. *Qui alieno juri subjecti*] Lex XII. tabb. liberam testandi facultatem civibus concedens præcisse ac definite de patribusfam. locuta est. Extat integrum legis caput apud auctorem ad *Herennium lib. 1. cap. 13.* in hæc verba: *Paterfamilias uti legassit super familia pecuniave sua ita jus esto.* Ex eo quod Decemviri hoc jus nominatim concesserunt patrifamil. hoc est, civi Romano qui sui juris est, satis intelligitur idem eos filiisfam. permittere noluisse. Quinimo non potuerunt nisi ridicule testandi facultatem permittere is qui nihil suum habebant de quo testari possent: quippe notum est filiosfam. olim omnia parentibus quorum in potestate erant pleno jure adquisivisse; quæ etiam ratio cur filiifam. testari non possint reddita est ad Ulpian. in *fragm. tit. 20. §. 9.* duratque etiam nunc. Quidquid enim hodie filiifam. proprium est, in eo non ut filiusfam. sed ut paterfam. consideratur. Et peculius quidem castrense & quasi castrense sub qualitate patrisfam. ei plenissimo jure concessum est; ceterum & in adventitio quadantenus vicem patrisfam. sustinet; cum alioqui ne proprietas quidem hujus 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 jur. cod.* Denique in his etiam locum habet ratio Ulpiani, quod filiifam. nihil habent proprium.

2. *Quamvis parentes eis permisserint*] *L. 6. eod.* Atque hoc etiam ut consectarium ex superiori deducitur. Etenim permissio illa patris non efficit ut filiusfam. incipiat esse paterfam. Lex autem XII. tabb. non aliis quam patribusfam. testandi potestatem concessit; eoque pertinet quod Papinianus scribit *l. 3. eod. Testamenti factio non privati sed publici juris est:*

est ; hoc est, jus testamenti faciendi non privatorum auctoritate, sed jure publico & legibus cuique tribuitur. Adde quod ne sic quidem filiofam. quidquam adquiritur de quo testari aut in quo heredem habere possit. Ex quo jam 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 ; cum mortis causa donationes per omnia fere ultimis voluntatibus comparentur, §. 1. *sup. de donat. l. ult. C. de mort. caus. don.* Placuit tamen posse filiumfam. permittente patre mortis causa donare : nimirum quia donatio mortis causa etsi in plerisque jure ultimæ voluntatis censetur, in quibusdam tamen naturam negotii inter vivos & contractus habet, *l.* 35. §. 3. *de mort. caus. 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, privatorum arbitrio regi debet, perindeque habendum ac si pater ipse per interpositam fili 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. *l.* 2. §. 1. *de donat.* Ang. & Joann. Fab. *hic.* Nam quod traditum est de testamentis, ea non debere pendere ex alieno arbitrio, *l.* 32. *de her. 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.

3. Hinc jam illud quæsitum est, si filiusfamil. testamentum cum consensu patris condiderit adscripta clausulâ, *si non valeat jure testamenti valeat jure codicillorum, aut cujuscumque ultimæ voluntatis vi* : num in hac specie voluntas filii sustineri debeat saltem in vim donationis causa mortis. Et vulgo placuit debere : quoniam appellatione ultimæ voluntatis etiam mortis causa donatio continetur ; & in proposito clausula illa, *aut cujuscumque ultimæ voluntatis*, in nulla alia specie ultimæ voluntatis verificari potest quam in donatione mortis causa ; quæ utique patris consensu facta valet, ut jam demonstratum est. Ita D. Vigl. *hic n.* 10. Clar. §. *donatio, quæst. 6. n.* 8. Thessaur. *decis.* 150. Fachin. *5. contr.* 64. VINN. Ceterum in eo quod ne permittente quidem patre testari potuerunt filiifamilias, deterior fuisse videtur eorum conditio quam servorum, quos permittentibus dominis condidisse quasi testamenta docet exemplum apud Plin. *lib.* 8. *epist.* 16. HEIN.

Exceptis iis quos antea enumeravimus] Qui scilicet castrense & quasi castrense peculium habent. In his enim bonis filiifam. beneficio Principum testamenti factionem habuerunt, §. *ult. præc. tit. l. ult. C. de inoff. test. l. pen. & ult. C. hoc tit. l.* 7. §. *ult. de donat.* & quoad cetera quoque in hoc peculio plenissimo jure patrumfam. usi sunt, *l.* 2. *de sen. Mac. l.* 4. *de judic.* excepto quod intestati morientes in eo etiam exitum filiorumfamil. patiebantur, *l.* 2. *de castr. pecul.* de quo mox uberius.

Quod jus ab initio tantum militantibus &c.] Refert Imperator quibus gradibus ad summum ejus juris quod filiifam. in castrensibus habent perventum est. Initium ejus Augusto tribuit (Ulpianus Julio *l.* 1. *de test. mil.*) progressum Nervæ & Trajano (Ulpian. *d. loc.* etiam Titi & Domitiani meminit) ; patetque ex illo Juvenalis *sat. ult. v.* 52.

Solis præterea testandi militibus jus
Vivo patre datur &c.

sub Domitiano idem obtinuisse ; consummationem Hadriano : quippe illi militantibus tantum, hic etiam veteranis de eo quod in castris adquisiverunt, ceteroque 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 veteranorum 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, ceterorum immunes, nisi propulsandi hostis ; vel qui confectis legitimis stipendiis protinus dimissi erant, ἀφέσεως ἐντίμου τυχόντες (*honesta missione gaudentes*). Consule commentaria D. Lipsii in *lib.* 1. *annal. Taciti* ubi & de annis legitimæ militiæ.

Ad parentes eorum jure communi pertinet.] Utut pater in peculio castrensi vivente filio

nihil juris habuerit, ipsique filio concessum in eo quem vellet heredem sibi instituere: tamen diu jus vetus hactenus patri conservatum fuit, ut filio intestato mortuo jure peculii etiam bona castrensia ad patrem redirent, eademque hoc casu adhuc esset conditio castrensis peculii & pagani, nec in illo magis quam in hoc filiusfam. heredem ab intestato haberet, *ll. 2. & 9. l. 14. de castr. pec.*

4. Ceterum huic juri posteriorum Principum constitutionibus derogatum est; & primum liberis militis aut veterani intestato mortui, deinde fratribus bona castrensia jure hereditatis delata, & tertio ordine parentibus: id quod hic locus aperte ostendit, atque ex eo etiam perspicuum est, quod filiifam. etiam in bonis adventitiis maternis & materni generis, lucrisque nuptialibus eosdem heredes habere placuit, *l. 3. l. 4. C. de bon. quæ lib. l. ult. C. comm. de succ.* quibus tamen in bonis plus patri relictum quam in castrensibus. Igitur quod hic Imp. ait, filiorumfam. intestatò decedentium bona castrensia non extantibus liberis aut fratribus ad parentes pertinere jure communi, non sic accipiendum est, ut Cujac. Hotom. Pacius, Fabrotus & fere quotquot sunt fecere, jure peculii secundum jus antiquum, quo filii morte etiam peculium castrense non quasi hereditas sed quasi peculium & quasi à patre profectum ad patrem redibat; verum jure successionis seu hereditatis, quæ tertio loco parentibus 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 hereditario; sed pater tamquam jam 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 jure & ordine successionis. Adde quæ scripsi ad §. *ult. inf. de leg. agn. succ.* Plurimum 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 adquiri nec transmitti possunt: illo casu peculio tantum tenus creditoribus filii respondere tenetur; hoc in solidum nisi inventarium confecerit, §. 5. *Inst. inf. de her. qual.* illo denique casu matrem excludit, hoc casu non item. Hodie jus liquidum est, atque hæc disputatio penitus sublata. Constat enim ex *Nov. 118.* bona filiifam. sive castrensia sive pagana adventitia non amplius jure peculii sed hereditatis patri deferri; nec jam ordine tertio sed secundo, ita ut cum eo mater simul & fratres defuncti admittantur.

Ex hoc intelligere possumus &c.] Subjiciuntur hìc quædam alia jura 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 aliove 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 ante dictum est, filiusfam. in castrensi peculio in omnibus jure patrisfam. fungebatur, tantum intestatus tamquam filiusfam. decedebat, *l. 2. de sen. Mac. l. 4. de judic. l. 4. de castr. pec.* junct. *l. 2. eod.*

5. Quæ autem hic traduntur, olim erant castrensis peculi propria, hodie vero castrensi cum pagano adventitio sunt communia: nam nec adventitia bona pater filio nunc adimere potest; & quod olim in castrensibus juris erat, ut fratribus non conferrentur, *l. 1. §. 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 mansit, ita potest filio id pater adimere: ita patre mortuo cum fratribus communicandum: ita filius pati debet ut id creditores paterni sibi habeant. Nam quod ab Ulp. traditum est *l. 3. §. 4. in fin. de minorib.* si patris bona à fisco propter debitum occupata sunt peculium profectitium filio ex constitutione Claudii separari, id specialis humanitatis est. Princeps dum jus fisci minuit suum minuit; at alteri jus quæsitum auferre non debet, *l. 2. de his qui sui vel al. jur.* & fortassis debitum καταχρηστικῶς (*abusive improprie*) Jurisconsultus accepit pro debito ex causa delicti damnato patre. Nullam certe rationem habet quod D. Viglius putat, ex causa delicti peculium à fisco occupari, at non ex causa debiti; longe enim major ratio est ut peculium filii separetur patre damnato quam cum fiscus venit ut verus creditor: quippe cum in pœna nec privilegium habeat, sed creditoribus postponatur, *l. 11. l. 17. l. 37. de jur. fisc. l. un. C. pœn. fiscal. cred. præf. lib. 10.* Ergo, inquis, non fiscus sed filius damnato patre actio-

actione de peculio conveniendus est, contrà quam respondet idem Ulpian. *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.

Quamquam jure civili omnium qui in potestate] Perplexe & salebrose hæc traduntur. Jure civili antiquo filiusfam. omnia patri adquirebat haud secus ac servus domino, uti dictum est §. 1. *Inst. sup. per quas pers.* Primus Augustus excepit peculium castrense, aut potius milites in causa hujus peculii; Hadrianus etiam veteranos: mox & quasi castrense peculium exceptum: procedente tempore etiam adventitium, & præcipue constitutionibus Justiniani: non tamen ut per omnia eodem jure peculium adventitium apud filium esset quo castrense & quasi castrense; sed ut ille ejus proprietatem pater usumfructum regulariter haberet, *d.* §. 1. *l.* 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 adquirantur, atque à Justiniano in universum adventitiorum omnium proprietas filio concessa sit: in duobus tamen istis generibus dumtaxat jus testamenti faciendi ei permissum, non item in tertio. Non habet hæc res dubitationem, cum, quod regulare est, filius tantum nudam proprietatem in peculio adventitio habet, pater usumfructum; sed cum sint quidam casus quibus filio plena & solida proprietas adquiritur, anne tunc quidem de his bonis testari possit non satis convenit. Casus unus jam tum erat cum Institutiones componerentur. Nam in *l. ult. C. de bon. quæ lib.* sic à Justiniano constitutum est, ut si filio hereditas aut legatum fideivecommissum delatum sit, & pater filio consentire nolit ut hereditatem adeat aut relicta agnoscat, filius propria auctoritate patre invito id facere possit, & sibi hoc facto quod relictum est in totum adquirat. Novellis constitutionibus plures hujusmodi species introductæ.

6. Idem enim obtinere placuit in rebus filiofam. ea lege datis ut ne ususfructus ad patrem perveniat: item in hereditate fratris aut sororis, ad quam unà cum filio pater admittitur: postremo etiam in iis rebus quæ filio deferuntur patre divortium faciente sine causa, *auth. excipitur.* cum 2. *seqq. 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.* §. 5. *vers. filiis autem C. d. tit.* ubi Justinianus dumtaxat 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 sane collectio, nisi ipse Justinianus postea mentem suam clare exposuisset. Nam cum hæc ipsa quæstio jam tum ætate Justiniani nec multo post emissam *d. l. ult.* exorta esset, ipse nova constitutione edita dubitationi occurrit, quæ est *l. pen. C. qui test. fac.* qua declarat minime sibi in constitutione nuper à se promulgata propositum fuisse filiisfam. in bonis adventitiis 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, perspicue apparebit alteram alterius explicandæ, & *d. l. pen.* tollendi erroris gratia, cui verba §. 5. *d. l. ult.* causam dederant, scriptam esse. Non enim alia lex per eam quam in *d. l. pen.* ait à se promulgatam esse, intelligi potest, quam in qua extat distinctio illa cujus meminit, & ad quam se refert in *d. l. pen.* utrum 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 expresse 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, neque erat tunc alius casus quo ususfructus in hoc genere peculii ad patrem non pertinebat. Adhæc, jubet circa filiorumfam. testamenta per omnia observari legem antiquam. Nulla vero lege antiqua filiofam. testamentum facere permissum præterquam de bonis castrensibus & quasi castrensibus; neque concessio plenæ proprietatis mutat qualitatem peculii, quæ ex sola causa adquirendi æstimatur. Ridiculi autem sunt qui per legem antiquam intelligunt ipsius Justiniani aliquam constitutionem, & nominatim illam ipsam quam explicat *l. ult. C. de bon. quæ lib.* Non potuit nisi absurdissime antiquam appellare quam initio *d. l. pen.* profitetur nuper à se promulgatam, nec ullas suas ipsius leges antiquas, cum nulla tunc esset biennio aut triennio vetustior. Novissimo jure etsi filiofam. quædam alia ejusdem generis bona pleno jure proprietatis concessa sunt: nullibi

tamen jus de iis testandi ei datum legimus. *Nov.* 117. permittitur filio de hujusmodi bonis quovis modo disponere: at in Græco est διοικεῖν (*administrare*) quod testamenti factionem non comprehendit; & sine eo etiam apertissimum est eo loco intelligi tantum dispositionem inter vivos, & liberam horum bonorum administrationem: quippe cum hæc dispositio ei tantum permittatur qui perfectæ ætatis est, hoc est, filiofam. majori 25. annis; ceteroquin curatores ei dari jubentur, cum tamen minor 25. annis etiam 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 perpetuo veram esse, de quo vide Everhard. in *Top.* & procedere tantum in objecto præsupposita habilitate personæ, quæ deficit in filiofamil. Sic etiam non procedit in filiofam. argumentum ductum à jure plenæ proprietatis, quasi eo jure concesso omnia concessa intelligantur quæ patrifam. in re sua, ut ejus liberrimo moderatori & arbitro, permissa sunt. Patet hoc ex eo quod filiifam. patroni causarum, magistri liberalium artium &c. etsi plenam proprietatem peculii 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 ejus 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 heredem ab intestato habet; nam & in altera specie, cum nuda ejus est proprietas, habet. Potest ex lege heredem habere, etsi sibi heredem facere non potest; & in casu *Nov.* 22. *cap.* 26. ponendi sunt termini habiles filii emancipati; alioquin sequeretur, etiam de iis adventitiis filium testari posse, quorum ususfructus ad patrem pertinet. Postremo 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 quominus jus sit de proprietate testandi *inf. tit. Inst. de her. inst. in pr. l.* 25. *de verb. sign.* Atque hæc etiam communis est Interpp. sententia.

7. Porro hoc constituto, filiumfam. de bonis adventitiis testamentum facere non posse, tractari tamen adhuc potest, an non saltem de his bonis codicillos facere possit, cum heredem in his bonis ab intestato habeat, quem onerari posse fideicommisso constat, §. 10. *Inst. inf. de fideicomm. her.* Sed magis est ut nec codicillos facere possit propter regulam juris: *Qui non potest facere testamentum nec potest codicillos*, *l.* 6. §. *pen. de jur. cod. l.* 1. §. 2. *de legat.* 3. Quem lex ei heredem dedit eum omnino omnia bona quæ post mortem relinqueret habere voluit, & quasi addixit; tum vi ipsa non multum interest heredem sibi quis testamento instituat, an per fideicommissum alicui hereditatem suam restitui jubeat. Plane mortis causa donationem in bonis de quibus agimus filio permittendum esse existimarem; & quod alias patris consensu potest, *l.* 25. §. 1. *de mort. caus. don.* id ei hic licere etiam sine consensu patris, arg. *Nov.* 117. & eorum quæ diximus in exegesi verborum hujus pr. *quamvis parentes eis permiserint.* Dissentit Anton. Fab *decis.* 43. *err.* 6. *& seqq.* ubi nec in bonis castrensibus donationem mortis causa filiofam. concessam fuisse contendit, contra expressum textum in *l.* 7. §. *ult. de donat.* vid. D. Guil. Mas. *lib.* 6. *sing. opin. cap.* 6. *& seqq.* ubi ex professo argumenta omnia Fabri diluit.

Licet suæ potestatis decesserit] *L.* 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. hoc tit. l.* 4. *eod. l.* 1. §. 8. *de bon. posses. sec. tabb.* obtinetque hic etiam regula Catoniana, *l.* 1. *de reg. Cat. l.* 30. *de reg. jur.* Interpretes communiter duos casus excipiunt quibus filiusfam. recte etiam de bonis adventitiis testetur, utique consentiente patre: si quid relinquat in pios usus; si liberos suos heredes faciat; illic voluntatem filii sustineri favore piæ causæ, hic favore liberorum. Tiraquel. *de priv. piæ caus. cap.* 78. Clar. §. *testamentum quæst.* 5. Tulden. *hic cap.* 11. Jac. Verwey. *art. test. cap.* 4. fac. *cap.* 4. *de sepul. in* 6. Christin. *vol.* 4. *decis.* 4. *n.* 6. ubi in casu posteriore nec consensum patris requirit. VINN. Recentioribus nost. Principum constitutionibus antiquum civile jus est *l.* 13. *tit.* 1. *Part.* 6. correctæ sunt; ac libera data est liberis qui in potestate parentum sunt, de rebus suis nedum castrensibus & quasi sed etiam adventitiis testandi potestas, *l.* 5. *Tauri*, quæ est *l.* 4. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* Ceterum si superstites habeant parentes, vel

alios

alios ascendentes, solum de tertia bonorum parte disponere possunt; reliquæ ad parentes & ascendentes jure legitimæ spectant *l. 6. Tauri*, *l. 1. tit. 8. lib. 5. Recop.* ADDIT.

TEXTUS.

De impubere & furioso.

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; certe eo quod ante furorem fecerint testamento valente. Nam neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte gestum postea furor intervenienss perimit.*

L. 5. tit. 5. For. legg. L. 13. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Impuberes nec tutore auctore testamentum facere posse.*

2 *Testamentum à furioso factum tempore dilucidi intervalli sustineri; & 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 recte constituta sunt resolvi cum in eum casum pervenerunt unde incipere non possunt.*

Quia 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 feminis annus est duodecimus, *l. 5. hoc tit.* Horum ait nullum esse animi judicium, nimirum nullum plenum ac solidum, nullum tale quale requiras in eo qui de omnibus facultatibus suis una perpetua dispositione statuere cogitat.

1. An igitur non saltem tutore auctore impuberi permittendum testamentum facere; uti potest eo auctore res suas alienare, hereditatem adire, bonorum possessionem petere, aliaque facere etsi perfectum animi judicium requirant, ut hic etiam quod impuberis judicio deest tutoris prudentiâ suppleatur? Nequaquam. Nam aliarum actionum periculum tutores præstant, & finita tutelâ earum rationem pupillis eorumve heredibus reddunt; hujus vero reddere non possunt. Deinde testamenta non arbitrio alieno, non precaria sed ipsorum testatorum prudentiâ fieri debent, ne quid temere & inconsulto per aliorum molimina in præjudicium familiarum & agnationis statuatur; & alieni potius quam cognati; cognati remotiores potius quam proximi hereditatem consequantur. Quin tutores si hanc potestatem iis permittimus semper operam dabunt ut non alii quam à quibus lucrum sperant heredes 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. 20. §. 1. de lib. leg.*

Item furiosi] Furiosi quid à mente captis differant docui *sup. tit. Inst. de curat. §. 4.* 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 cum sana mente non sit in quiete est, nec, ut furiosi solent, agitatur & fertur præceps. Ceterum nihil refert in ullo actu aut negotio demens quis sit simpliciter, an ad dementiam accedat & furor; constatque quamvis furiosi tantum hic mentio fiat, ad omnes qui mente carent hæc pertinere, *l. 2. l. 13. in fin. de inoff. test.*

2. *Quo furor intermissus est*] Furiosus per id tempus quo furor intermissus est testamentum jure facere potest, *l. 9. C. hoc tit.* quemadmodum & testis tempore intermissionis recte adhibetur, *l. 20. §. 4. hoc tit.* Ceterum ut valeat testamentum necesse est ut id uno eodemque tempore remissionis perficiat; nam si cœpto testamento & necdum perfecto 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 si quidem 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 cer-

tæ ac notæ insaniæ testamento, quod à centumviris confirmatum ait, *magis quid scriptum esset in tabulis quam quis scripsisset considerandum existimantibus.* Add. Boër. *decis.* 23. *n.* 81. Myns. 4. *obs. cent.* 2. Mantic. *de conj. ult. vol. lib.* 2. *cap.* 2. *n.* 7. Christin. *vol.* 4. *decis.* 4. *n.* 8. Diod. Tulden. *comm. hic cap.* 3. Grass. §. *testamentum quæst.* 21.

Eo quod antè fecerint testamento valente] *D. l.* 20. §. 4. *hoc tit.* Similiter nec interdictio bonorum succedens, nec auditus sermonisve amissio testamentum antè factum vitiant, §§. *seqq. l.* 6. §. 1. *l.* 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 cum Jurisconsultus in *l.* 1. §. 8. *de bon. poss. sec. tabb.* ait, prætorem exigere ut is ex cujus testamento bonorum possessio petitur utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cum faceret testamentum & cum moreretur: intelligere debemus eum non hoc velle, bonorum possessionem ex testamento non dari, si testator tantum tempore testamenti facti jus testandi habuerit; sed non dari si habuerit tantum tempore mortis non etiam tempore conditi testamenti, ut exempla illic proposita ostendunt. Sic autem jus est in mutatione quæ salvo statu & fortunis testatoris contingit, cujusmodi sunt superiora.

3. Quod si qua mutatio postea inciderit per quam capite testator minuatur, puta si servus fiat, in insulam deportetur, si se adrogandum det, testamentum infirmatur atque irritum fit, §. 4. *Inst. inf. quib. mod. test. inf. l.* 6. §. 5. *& seqq. de injust. rupt. test.* & ratio manifesta est: quippe his modis non tantum amittitur testamenti factio, sed etiam conditio personæ testatoris sic mutatur ut omnino testamentum habere non possit, ac ne heredem quidem. Furiosus vero & prodigus etsi testamentum facere non possunt, nihil tamen prohibet quominus heredem ex testamento antea facto habeant, & præcedens eorum voluntas exitum sortiatur.

Neque aliud negotium recte gestum] De matrimonio idem traditur *l.* 8. *de his qui sui vel al. jur.* In ceteris 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 alias se obligaverint, licet hic aliquid desit ad consummationem negotii; sed hoc à curatore expediri potest.

4. Neque enim in omnibus probata est sententia eorum qui ea quæ ab initio recte atque utiliter constituta sunt resolvi putaverunt cum in eum casum incidissent à quo incipere non poterant, *l.* 98. *l. pen. de verb. obl. l.* 85. §. 1. *de reg. jur.* §. 14. *Inst. inf. de legat.* sed tunc tantum cum casus incidens impedit quominus quod cœptum est perfici atque ad finem suum perduci queat, ut evenit incidente capitis diminutione testatoris: qua de re fortassis pluscula ad *d.* §. 14.

TEXTUS.
De prodigo.

2. *Item prodigus cui bonorum suorum administratio interdicta est testamentum facere non potest; sed id quod ante fecerit quam interdictio bonorum suorum ei fiat ratum est.*

L. 13. *tit.* 1. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

QUi bona sua profundunt nec modum nec finem impensarum habentes prope à furiosis absunt. Plane enim, quod ad bona ipsorum pertinet, furiosum faciunt exitum, ut inquit Jurisconsultus *l.* 12. *in fin. de tut. dat. ab his*: quam ob causam placuit hujusmodi hominibus bonorum administratione interdici, qua interdictione & testamenti factio ipsis ademta intelligitur; quippe qui non saniore judicio quid de rebus suis post mortem statuturi creduntur, quam eas tractarent si libera earum administratio ipsis permitteretur, *l.* 18. *hoc tit.* Puberum minorum 25. annis non eadem ratio est; neque enim his bonorum administratio interdicta est, ut male Donellus ad *l.* 6. *de verb. oblig. n.* 9. sed si velint curatores accipiunt; quibus quidem tum administratio permittitur, nec jam amplius ipsis minoribus: sed in hunc maxime finem ne minores in contrahendo circumveniantur, quod in testamento non metuitur.

Quod ante fecerit] *D. l.* 18. Testamentum enim quod interdictione vetustius est, eâdem 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 ejus esse jubet in quo mores prodigi non apparent: quod Viglio videtur naturalem æquitatem habere. Forte id admit-

mittendum fuerit si quædam non levia argumenta saniorum morum præcesserint, per *l.* 1. *de cur. fur.* Vide Sande *lib.* 4. *tit.* 1. *def.* 3. Groënew. *de ll. abr. hic.* Hic autem locus confirmat quod suprà §. 3. *Inst. de curat.* asseruimus, prodigum, quod attinet rerum administrationem & effecta juris civilis, non statim censeri eum qui ipso facto prodigus est; sed tunc demum cùm ei bonorum administratio interdicta est; interdici autem non ipso jure sed causa cognita decreto magistratus.

TEXTUS.

De surdo & muto.

3. *Item surdus & mutus non semper testamentum facere possunt. Utique autem de eo surdo loquimur qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit. Nam & mutus is intelligitur qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Sæpe enim etiam litterati homines variis casibus & audiendi & loquendi facultatem amittunt. Unde nostra constitutio etiam his subvenit, ut certis casibus & modis secundum normam ejus possint testari, aliaque 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.*

L. 13. *tit.* 1. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

OLim etsi quis mutus tantum erat aut surdus testamenti faciendi jus non habebat, nisi specialiter à Principe impetravisset ut sibi testari liceret, *l.* 7. *hoc tit.* junct. *l. pen.* §. 1. *unde cogn.* cujus juris ratio significatur à Paulo *lib.* 3. *sent.* 4. quia neque mutus testes rogare potest, neque surdus audire testimonium perhibentes. Unde cum nemo quidquam à Principe impetrare possit nisi qui ei preces suas aut voce aut scripto potest exponere: sequitur eos mutos qui scribere nesciebant omnino 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.* 10. *C. hoc tit.* Sic vero ille constituit, ut si quis mutus & surdus simul sit, siquidem naturâ, is omnino testamentum facere non possit; sin casu, ut possit, si modo antè literas didicerit ut scripto voluntatem supremam exprimere queat. At si quis tantum mutus sit aut surdus tantum, sive tales sint naturâ sive morbo, his jure testari liceat eo modo quo per rerum naturam voluntatem suam declarare possunt aut scripto aut linguâ. Quod ne muto quidem tantum qui literas nesciat testamenti factio hac constitutione permittitur, confirmat id quod modo dicebamus, eum qui talis sit nec à Principe testandi licentiam obtinere posse. Illud in eâdem constitutione absurdi est, quod Justinianus credidit eum qui surdus natus est loqui posse & articulatam vocem edere; cum nihil tam certum sit quam 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. *cap.* 69. Alex. Aphrodis. *problem.* 1. 138.

Qui omnino non exaudit &c.] Hæc plana sunt. Notum enim est, eum qui tarde aut difficulter exaudit non surdum sed surdastrum dici, ὑπήκωφον, subsurdum; & eos qui graviter aut ἀσαφῶς loquuntur, non mutos sed blæsos balbos μογιλάλους appellari; mutos autem dici elingues & fandi impotes, ἀλάλους. Plane muti etiam illi habendi sunt qui ἀσήμως loquuntur, hoc est, sine ulla certa significatione vocis, ἀνάρθρῳ φωνῇ (*inarticulata voce*) *l.* 9. *de ædil. edict. l.* 7. *in fin. de supell. leg.*

Sed si quis post testamentum factum &c.] Ob eamdem rationem ob quam placere diximus testamentum furiosi aut prodigi, quod furore aut interdictione bonorum vetustius est, non infirmari.

TEXTUS.

De cæco.

4. *Cæcus autem non potest facere testamentum nisi per observationem quam lex Divi Justini patris nostri introduxit.*

COMMENTARIUS.

IN cæco nihil est ob quod testamentum facere prohibeatur; nam & testes accire ac rogare potest, & audire sibi testimonium perhibentes. Quapropter & olim testamentum facere potuit. Paul. 3. *sent.* 4. & nunc quoque potest. Ceterum forma nunc accuratior

præ-

præscripta, & quædam singularia in testamento cæci, ut fraus omnis, cujus hic major metus, evitetur, constituta sunt lege illa Justini quæ hic commemoratur, & extat *l.* 8. *C. hoc tit.* Sententia legis est, ut cæcus heredem nuncupaturus (ineptum putavi monere cæcum non aliter quam per nuncupationem testari posse) præter numerum testium ordinarium adhibeat & tabularium, aut si tabularii copia non sit, alium octavum testem qui voluntatem nuncupantis scripturâ excipiat, cui deinde testes omnes & tabularius subscribant, eamque obsignent, uti fit in testamentis scriptis; aut si prius testamentum suum scriptò comprehendi curavit, ut tabularius coram testibus eam scripturam palam legat, eâque lectâ 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 antea scriptum recitet. (3) Quod is testis debeat esse tabularius publicus si ejus copia est. (4) Omnium subscriptio & subsignatio. VINN. Legem Imp. Justini qua solemnitas in cæci testamento observanda cavebatur, confirmavit *l.* 14. *tit.* 1. *Part.* 6. sed huic derogavit *l.* 3. *Tauri* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* qua decisum est in testamento cæci quinque omnino testes intervenire debere. Itaque testamentum cæci iisdem solemnitatibus perficitur jure nostro ac cetera testamenta nuncupativa conficiuntur, præterquamquod quinque testes semper requirit: quod perspecte observarunt Michael de Cifuentes ad *d. l. Tauri*, & Gregor. Lopez Gloss. 4. ad *d. l.* 14. *tit.* 1. *Part.* 6. ADDIT.

TEXTUS.

De eo qui est apud hostes.

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 postliminii, sive illic decesserit valet ex lege Cornelia.

L. 6. tit. 29. Part. 2.

COMMENTARIUS.

1 *Etsi testamentum apud hostes factum jure postliminii non convalescat, codicillos tamen ibi factos convalescere.*

2 *Hodie in orbe Christiano hujus* §. *usum non esse, præterquam, secundum quosdam, si qui á Turcis &c. capti fuerit.*

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 cum 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.* 31. *de jur. fisc.* Qui autem à prædonibus capiuntur, quia liberi manent, *l.* 19. §. 2. *de capt. & postl.* testamenti factionem retinent; ut & illi qui apud exteros legatione funguntur, *l.* 11. *in pr. &* §. 1. *hoc tit.* & ibi Cujac. Add. Grass. §. *testamentum q.* 25. Vasq. 3. *contr.* 103, *n.* 1. VINN. Immo & capti in bellis civilibus, *l.* 21. §. 1. *ff. de capt. & postl.* Hi enim non fiebant servi, sed proscribebantur, quod est inventum Sullæ. Vellej. *lib.* 11. 28. HEIN.

1. *Sed quod dum in civitate &c.*] Testamentum ante captivitatem recte factum, etsi reipsa irritum fit captivitate, fictione tamen juris sustinetur. Est autem duplex in hac re fictio: postliminii & legis Corneliæ, *l.* 6. §. *pen. de injust. rupt. test.* illa, si captus redierit locum habet; hæc, si in captivitate decesserit: illa fingit retro in civitate testatorem fuisse; hæc retro in civitate decessisse. Imperatores in *l.* 9. *C. de postlim. rev.* inconsiderate tribuunt legi Corneliæ quod est juris postliminii. Quærat autem aliquis cur 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.* 12. §. 5. *de capt. & postl.* Eâdem 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 justos liberos esse, *l.* 25. *d. tit.* nimirum quia nati sunt ex matrimonio in civitate legitime con-

contracto. Illud nullius momenti est quod Aretinus monet, esse regulam *media tempora non nocere*, *l. 6. §. 2. l. 49. §. 1. de her. inst.* §. 4. *Inst. inf. de her. qual.* ac proinde videri supervacuam fictionem juris postliminii ad testamenta conservanda. Quippe illa definitio ad heredem pertinet, non ad testatorem cujus 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? Porro non in hac tantum parte juris sed etiam in ceteris omnibus & postliminii & legis Corneliæ fictio servatur, *l. 5. §. 1. d. l. 12. §. 1. l. 16. l. 18.* & passim *de capt. & postlim.* & *C. eod. §. 5. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* Postliminio æquiparatur restitutio capite damnati, *l. 6. §. pen. de injust. rupt. test.*

Ex lege Cornelia] *L. 12. hoc tit.* Hæc lex mortis & captivitatis tempora conjungit: 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 conjectura est, nec satis probabilis. VINN. Immo probabilius est legem hanc Corneliam non aliam esse ac illam Cornelii Sullæ testamentariam, cujus meminit Cic. *in Verr. lib. 1. cap* 42. Et ita Hotomanno quoque videtur. Potuit ea lex & de postliminio aliquid sanxisse; adeoque fortassis culpa vacant Imperatores in *l. 9. C. de postl. revers.* ubi inconsiderate legi Corneliæ tribui, ait Vinnius, quod sit juris postliminii. Postliminii sane jus non solum moribus sed & legibus constitutum dicitur, *l. 19. ff. de capt. & postlim.* HEIN.

2. Hodie in orbe Christiano nullus hujus §. usus est nisi in iis qui à Turcis aut id genus aliis Barbaris capti sunt. Nam cum, quod olim tantum obtinebat in bellis civilibus, *l. 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. 118. de verb. sign.* Duar. *ad tit. qui test. fac. pag.* 318. Grass. *q.* 25. Zypæ *not. jur. 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.* VINN. Ne qua tamen vis, aut metus, invita à captis testamenta extorqueat, forma in iis observanda traditur in *d. l. 6. tit. 29. Part. 2.* ADDIT. Illud etiamnum observatur quod transfuga jus testandi non habeat, quoniam jura civium amittit, & hostium numero habetur, *l. 9. §. 4. de capt. & postl.* Jac. Verwey *art. test. c. 4.* Sande *ubi sup.*

TITULUS XIII.

DE EXHEREDATIONE LIBERORUM.

Dig. lib. 28. tit. 2. Cod. lib. 6. tit. 28. & 29. Nov. 115. Part. 6. tit. 7. Recop. lib. 5. tit. 6.

Ratio ordinis, & argumentum tituli.

HActenus de personis quibus jure publico potestate testamenti faciendi data aut denegata est; item de modo testandi sive externis testamenti solemnitatibus comparatis ad firmandam testationis fidem. Sequitur tertium, res quas in ipso testamento inseri & caveri oportet ut justum ratumque habeatur, quam intrinsecam testamenti solemnitatem appellare possumus; estque duplex: una communis omnium testatorum, heredis scilicet institutio; altera quorumdam dumtaxat propria, & maxime parentum qui liberos in potestate habent, videlicet eorum liberorum exheredatio, si ipsi heredes non instituantur: de quo idcirco etiam inter cetera quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur præcipiendum fuit, *l. 30. de lib. & posth. her. inst. vel exher.* Existimaverat aliquando Hotomannus inscriptionem hujus tituli corrigendam esse, legendumque, *De institutione vel exheredatione liberorum*: quod & Wesembecius tacite secutus est. Verum post-

postea idem Hotomannus ab hac sua sententia recessit. Mihi quidem nulla mutatio necessaria videtur; ceterum si secundum priorem sententiam Hotomanni inscriptio concipiatur, non eo minus proba erit, quod ostendit ἐπιγραφὴ (*inscriptio*) ejusdem argumenti in π̃. & *d. l.* 30. In præcepto quoque legis disjunctio est : *Pater filium quem in potestate habet aut heredem instituito aut nominatim exheredato.* Exheredare est, eum qui alioqui heres futurus erat ab hereditate repellere; & de solis suis heredibus proprie dicitur, qui nisi removerentur ipso jure heredes existerent, & vivo adhuc patre quodammodo domini existimantur, *l.* 11. *hoc tit.* de extraneis per abusionem. Jure civili antiquo non erat in omnibus liberis, etiam iis qui in potestate erant & sui heredes, exheredatio æque 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 subjicit quid ipse novi juris constituerit. Ad extremum agit de præteritione, quæ vim exheredationis habet. Continet autem hic titulus principia magnarum & difficillimarum quæstionum juris, qua veteris, qua novi; eoque diligentem atque accuratam desiderat partium omnium interpretationem.

TEXTUS.

Jus vetus. De liberis in potestate.

Non tamen ut omnino valeat testamentum sufficit hæc observatio quam suprà exposuimus; sed qui filium in potestate habet curare debet ut eum heredem instituat, vel exheredem eum nominatim faciat; alioqui si eum silentio præterierit inutiliter testabitur : adeo quidem ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo heres 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 heredes scriptæve, vel exheredati exheredatæve, testamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accrescendi eis ad certam portionem præstabatur. Sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter ceteros hoc facere. Nominatim autem quis exheredari videtur sive ita exheredetur : Titius filius meus exheres esto; *sive ita* : Filius meus exheres esto, *non adjecto proprio nomine, scilicet si alius filius non extet.*

LL. 3. *&* 10. *tit.* 7. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Filio qui in potestate est præterito testamentum jure civili prorsus inutile & nullius momenti esse; ac quatuor consectaria inde deducta.*

2 *Filia & nepotibus ex filia præteritis jure antiquo testamentum substitisse, dato his jure accrescendi scriptis heredibus.*

3 *Ad quam portionem hæ personæ præteritæ scriptis heredibus accreverint.*

4 *An eas præteritas ad bonorum possessionem contra tabulas prætor admiserit.*

5 *Filiam & nepotes ex filio exheredatos, licet non nominatim, neque jus accrescendi habuisse, neque à Prætore ad contra tabb. bon. possessionem vocatos, modo ceteræ leges exheredationis observatæ fuissent.*

6 *An testamentum in quo filius præteritus est prorsus inutile sit & jure prætorio.*

7 *Filio præterito se abstinente prætorem habere rationem testamenti, etiam cum extranei instituti sunt.*

1. REfertur hic differentia quæ in re proposita olim observabatur in sexu & gradu liberorum jam natorum. Meliore ceteris jure erat filius in potestate constitutus : siquidem hic solus à patre necessario aut heres instituendus aut exheredandus erat ut testamentum subsisteret, quod alioqui jure civili prorsus inutile erat & nullius monenti, *l.* 30. *hoc tit. l.* 17. *de injust. rupt. test. & hoc text.* Huic autem juri consequens est, (1) quod etiam hic expressit Justinianus, ex tali testamento heredem 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 ideo valere quia diutius vixerit, l.* 1. *de reg. Cat. l. pen. de reg. jur.* §. 32. *Inst. inf. de leg.* & generaliter quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere, *l.* 29. *de reg. jur.* §. 2. *Inst. inf. de inut. stip.* (2) Per hujusmodi testamentum non rumpi id quod antea à patre legitime factum est, *l.* 7. *hoc tit.* §. 2. *& pen. Inst. infr. quib. mod. test. inf.* (3) Non sustineri hoc testamentum ob id quod pater filio legatum quan-

quantumvis amplum reliquerit : nam utrum filius præteritus sit necne non ex legati datione sed ex institutione aut exheredatione æstimatur; præteritique omnes in hac materia habentur qui neque heredes instituti neque ut oport t exheredati sunt, §. 12. *Inst. inf. de her. 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 quæst.* 43. *n.* 3. existimat, jus hoc ob solum favorem filii constitutum esse, cui ille renuntiare possit. Immo forma paterni testamenti jure publico præscripta id modis omnibus exigebat : quod jus privatorum consensu mutari non potest, *l.* 3. *hoc tit.* junct. *l.* 38. *de pact.* cum simil. Vid. tamen Ant. Fabr. *Cod. suo de lib. præt. defin.* 6. Christin. *vol.* 4. *decis.* 19. *n.* 4.

Exheredem eum nominatim faciat] Non quævis exheredatio summovebat liberos ab hereditate patris, sed quæ rite facta essets non rite exheredati pro præteritis habebantur, *l.* 8. §. 2. *cont. tabb.* In ritu autem discrimen non faciebat sexus aut gradus, nisi quod hoc proprie in filio observandum erat ut nominatim exheredaretur, quod in reliquis non erat necessarium ut statim audiemus. Cic. *lib.* 1. *de orat. cap.* 38. *Quem pater neque heredem neque exheredem scripsit nominatim* VINN. Ex hoc loco patet jam Ciceronis ævo ab usu quodammodo recessisse promiscuam illam exheredandi prætereundique liberos libertatem, quæ olim ante & post XII. tabb. competebat. Vid. *l.* 11. *ff. de lib. & posth.* Liv. *lib.* 1. *cap.* 34. Add. vir. cl. Schulting. *Jurisp. vet. ante-Just. p.* 638. HEIN.

2. *Sed non ita in filiabus & aliis per virilem sexum descendentibus*] Non uti olim filio, ita & filia aut nepote nepteve ex filio (ex filia nati huc non pertinet, §. *ult. inf. hoc tit.*) præteritis testamentum inutile erat; sed firmo manente testamento jus accrescendi ad certam portionem his dabatur, ut quasi & ipsi scripti scriptæve essent numerum heredum augerent, *l. ult. C. hoc tit.* Ulp. *in fragm. tit.* 22. §. 12. 15. & 16. Accrescebant autem hæ personæ heredibus scriptis cum damno, hoc est, portionem hereditatis accrescendo iis auferebant; ut longe diversum hoc jus fuerit ab eo jure accrescendi quo res accrescunt, quod fit cum emolumento, cum scilicet non potentium partes accrescunt petentibus, seu portio omissa portioni agnitæ : de quo volente Deo tractabimus §. 8. *Inst. inf. de legat.*

3. Ad quam partem heredibus institutis accreverint docet Ulp. *d. l.* 22. §. 14. *Scriptis*, inquit, *heredibus accrescunt, suis quidem heredibus in partem virilem, extraneis in partem dimidiam*; atque ita quoque Gajus *in Inst. lib.* 2. *tit.* 3. §. 1. & Theoph. *hic.* Et notandum est, ita jus fuisse non tantum cum soli aut sui aut extranei scripti essent, sed etiam cum permixtim. Finge extraneum una cum filio æquis partibus heredem institutum, hic filia si præterita erat singulis accrescebat ad virilem. Quod si plures extranei pluresque 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 præterita quam filius aut filii instituti : quod aperte ostendit locus Pauli 3. *sent.* 4. ubi ita scribit: *Filio & extraneo æquis partibus heredibus institutis, si præterita accrescat, tantum suo avocabit quantum extraneo. Si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.*

4. Cum igitur filiabus & nepotibus ex filio præteritis 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 perspicue falsum est. Etenim prætorem nihil aliud considerasse legimus, quam an liberi præteriti essent an exheredati; summotisque exheredatis præteritos omnes insuper habito discrimine sexus & gradus admisisse, *l.* 1. *in pr.* & §. 1. *de bon. poss. cont. tabb.* junct. *l.* 2. *sec. tabb.* Quod & Justinianus significat §. 5. *inf. hoc tit.* cum ait, prætores in dandis bonorum possessionibus jus successionis ab intestato, quod liberi omnes sine discrimine sexus aut gradus ex lege XII. tabb. habent, secutos. Sed quid argumentis opus est ? Textus est apertus in *l. ult. circa pr. C. hoc tit.* verba sunt: *Ex prætore autem habebat* (filia præterita) *contra tabulas bonorum possessionem in totum*; & iterum paulo post : *Cum enim per contra tabulas bonorum possessionem vel jus accrescendi, semissem substantiæ filia præterita accipiebat* &c. Ait autem nunc *semissem*, quia ante dixerat constitutione Antonini beneficium prætoris coarctatum fuisse ad quantitatem portionis quam jure civili filiæ præteritæ accipiebant scriptis heredibus accrescentes. At cur filius præteritus testamentum valere non patiebatur, filia & nati ex filio non rumpebant ? Differentiæ rationem subobscure indi-

cat Ulp. *l.* 8. §. 1. *de injust. rupt. test. Filia vel nepos*, inquit, *quia cum emancipantur, una emancipatione exeunt de potestate, testamentum non rumpunt.* Quorum verborum hic sensus est, mirandum non esse si jus civile facilius præteriri filiam nepotemve ex filio patiatur quam filium: quippe filium arctiore necessitudine eo jure constringi cum patre quam filiam aut nepotem cum patre aut avo: id ex eo constare, quod ille tribus demum mancipationibus & manumissionibus, hi unâ de potestate exeunt. Videsis quæ notavimus ad §. 6. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

5. *Licebat inter ceteros hoc facere*] Græci ἀορίστως (*indefinite*) hoc scilicet modo: *Titius filius meus heres esto: ceteri exheredes sunto.* Gregor. Naz. in suo testamento, Εἰ δὲ λοιποὶ πάντες ἔστωσαν ἀποκληρούμαι (*ceteri omnes exheredes sunto*). Effectus hic erat, ut ita exheredati exheredatæve scriptis heredibus non accrescerent quod, præteritis tribuebatur, nec à prætore ad contra tabulas bonorum possessionem vocarentur, *l.* 8. *cont. tabb. in pr.* Tantum supererat ut testamentum inofficiosum dicerent, si nec quartam debitæ portionis accepissent, *l.* 8. §. 8. *ff. de inoff. test. l. ult. C. hoc tit.* Ceteras leges exheredationis, ut pure fiat, *l.* 3. §. 1. *eod.* junct. *l.* 18. *cont. tabb.* ut simpliciter, non ex re certa, *l.* 19. *hoc tit.* ut ab omnibus gradibus, *d. l.* 3. §. 2. & *seqq. eod.* vid. D. Perez in *Cod. hoc tit. n.* 9. & 10. etiam in filiabus & natis ex filio locum habuisse existimo, iisque neglectis non rite exheredationem factam & pro præteritione habitam fuisse. Illud constat, non eo minus exheredationem rite factam ex ratione juris veteris intelligi, & testamentum subsistere quod causa exheredationis testamento expressa non est, cujuscumque generis sint liberi exheredati; ac proinde etiam prætoris beneficium hic cessare, solamque relinqui exheredatis querelam inofficiosi. An vero id à Justiniano mutatum sit *Nov.* 115. *cap.* 3. alibi disputabimus.

Si alius filius non extet] Nam si plures sint filii, benigna interpretatione potius à plerisque respondetur nullum exheredatum esse, *l.* 2. *hoc tit.* Demonstratio autem ac definitio sufficit quamvis nomen taceatur, aut etiam filium dicere pater pepercerit: veluti si ex Seja natum dixerit alterve eum descripserit, vel cum convitio, *l.* 3. *pro eod.* Nam sermo omnis, ut in universum dicam, quo dilucide designatur persona de qua quis loquitur, exheredationem nominatim facit, arg. *l.* 34. *de cond. & dem.* Summa igitur discriminis quod inter liberos jam natos fuit, hæc est: quod præteritio filii testamentum infirmabat: quod non nominatim exheredatus pro præterito habebatur; at ceteri præteriti manente testamento scriptis heredibus accrescebant, & quamvis non nominatim exheredati, tamen si cetera observata essent pro rite exheredatis habebantur. Nondum me hinc abire sinunt Interpretes.

6. Illud prius investigandum est, an ut testamentum in quo filius est præteritus nullum est jure civili, ita quoque vim nullam habeat jure prætorio. Et video maximam partem censere tale testamentum neutro jure subsistere, atque in totum tam jure prætorio quam civili improbari. Cyn. Bald. Castr. *in l.* 2. *C. de bon. poss. cont. tabb.* Clar. §. *testamentum quæst.* 43. *n.* 1. Gomez. 1. *var. res. c.* 11. *n.* 5. quam sententiam prolixe tuetur Ant. Fab. 9. *conj.* 14. & *decad.* 37. *err.* 5. & 6. Argumentum eorum præcipuum 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 tabb. test. null. ext.* quasi nec prætor hic ullas tabulas agnoscat. Sed verior est sententia Gloss. *in d. l.* 2. *C. cont. tabb.* 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 recte petit bonorum possessionem contra tabulas, *l.* 1. *de bon. poss. cont. tabb.* §. 1. *Inst. inf. de bon. poss.* ut proinde necesse sit tabulas aliquas jure prætorio intelligi. (2) Quia scriptis in eo testamento heredibus datur bonorum possessio secundum tabulas, *l.* 2. *in pr. de bon. poss. sec. tabb.* ubi prætor dicitur hunc ordinem servare, ut primo velit ad liberos præteritos pertinere bonorum possessionem contra tabulas; mox si inde occupata non sit judicium defuncti sequatur, & scriptos admittat secundum tabulas. (3) Quod in danda bonorum possessione secundum tabulas hoc tantum prætor consideret, an testamentum septem testium signis signatum sit, licet solemnia quædam jure civili requisita desint, Ulp. *in fragm. tit.* 28. §. 6. (4) Quia prætor vix majorem suorum quam emancipatorum rationem habet; quod ex eo patet, quod etiam emancipatos institui aut exheredari jubet, §. 3. *inf. hoc tit.* & tamen si præteriti sint testamentum jure prætorio subsistit. (5) Huc facit

l.

l. 12. *in fin. pr. l.* 17. *de injust. rupt. test. l.* 12. §. 1. *de bon. poss. cont. tabb.* Ad argumentum autem modo propositum commode responderi potest, prætorem ita esse proprii juris auctorem, ut simul etiam sit custos juris civilis, quod etiam sequatur, si quando potentius jus est ejus qui jure civili vocatur. Nec magis absurdum videri debet eo jure dici testamentum valere quo etiam succeditur ab intestato, quam bonorum possessionem & secundum & contra tabulas eodem jure dari. Nimirum non uno modo, nec simul omnibus prætor consulit, sed successive; & quia prior ac potentior est conditio liberorum præteritorum in petenda bonorum possessione contra tabulas, hos prius admittit; quod si illi decesserint aut petere neglexerint, nihil absurdi se facturum putavit si tunc scriptis heredibus daret secundum tabulas. Quin & suos præteritos qui jure civili testamentum nullum dicere possunt admittit ab intestato ex capite unde liberi ut custos & administer juris civilis, *l. ult. hoc tit. l.* 1. §. *ult. unde liberi.*

7. Plane si filius præteritus ultro se bonis paternis abstineat: hic jam fatentur Interpretes, prætorem hujus testamenti rationem habere & scriptis in eo heredibus dare bonorum possessionem secundum tabulas, quamvis subtili juris civilis ratione non eo magis consistat, *l.* 17. *de injust. rupt. test.* idque procedit ex sententia majoris partis, sive scripti sint qui remoto filio rem ab intestato auferre possent sive extranei, teste Claro *d. quæst.* 43. *n.* 3. Verissima sententia, sed à plerisque aut non intellecta aut non bene explicata. Veram esse ostendunt tum cetera quæ disputavimus, tum evidentissime *d. l.* 2. *in pr. sec. tabb.* quo loco Jurisconsultus scribit, prætorem velle, si bonorum possessio contra tabulas à liberis præteritis occupata non sit, eam secundum tabulas reverti ad heredes scriptos sine ulla qualitatis eorum distinctione. Ita vero est: prætor ut simpliciter scriptis heredibus bonorum possessionem pollicetur, ita petentibus eam denegare non potest; sed sæpe 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 secundum tabulas aut cum re dari, hoc est cum effectu; ut is qui accepit bona retineat; aut sine re, cum alius jure civili evincere hereditatem possit, Ulp. *in fragm. tit.* 23. § 5. & *tit.* 28. §. *ult.* Finge ergo scriptum heredem in petenda bonorum possessione prævertisse filium qui præteritus erat: bonorum possessio quam petens à prætore accipit efficietur sine re, sive proximus ab intestato sive extraneus scriptus sit, ubi scilicet filius jure suo uti volet; quippe cujus jus potentius est quam heredis scripti, etiam ipsi prætori. Et ideo ne res sit sine effectu solet fere prætor differre secundum tabulas dare, *d. l.* 2. *sec. tabb.* Finge filium præteritum jure suo non uti, sed hereditate patris abstinere: hic quidem etiam extranei heredes in tabulis scripti secundum eas bonorum possessionem petere possunt; ceterum & hæc sine re futura est si agnati proximi hereditatem jure civili vindicabunt ab intestato, Ulp. *d. tit.* 23. §. 5. Verum enim est eo jure testamentum nullum esse. Sed & prætorem existimo proximos hic prælaturum ex edictis *Unde legitimi* & *Unde cognati.* Quapropter rarissime & uno dumtaxat 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.* 12. *de injust. rupt. test. si bonorum possessio data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit.* Atque ad hunc ferme modum etiam disserit D. Bachov. in §. 6. *Inst. inf. quib. mod. test. inf.* Ant. Fab. parum hic sibi constat, ut videre est *lib.* 1. *conjunct.* 19. & *lib.* 9. *cap.* 14. VINN. Apud Hispanos testamentum per filii præteritionem solum rumpitur quoad legitimam filio præterito debitam: cetera capita sicuti & prælegata tertiæ & quintæ bonorum partis (quæ nos *meliorationes in tertio & quinto* appellamus) firma manent, *l.* 1. *tit.* 4. & *l.* 8. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.* Azevedus ad *d. l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *n.* 94. & 148. *cum* 2. *seqq.* ADDIT.

TEXTUS.

De Postumis.

1. *Postumi quoque liberi vel heredes instituti debent vel exheredari. Et in eo par omnium conditio est, quod & filio postumo & quolibet ex ceteris liberis sive feminini sexus sive masculini præterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione postumi sive postumæ rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier ex qua postumus aut postuma sperabatur abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis heredibus ad hereditatem ad-*

adeundam. Sed feminini quidem sexus personæ vel nominatim vel inter ceteros exheredari solebant; dum tamen si inter ceteros exheredarentur aliquid eis legaretur, ne viderentur præteritæ esse per oblivionem. Masculos vero postumos, id est filios & deinceps, placuit non aliter recte exheredari nisi nominatim exheredarentur, hoc scilicet modo: Quicumque mihi filius genitus fuerit exheres esto.

L. 20. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Cur in postumis non distinguatur sexus & gradus quoad necessitatem exheredandi.*
2 *Cur placeat postumis præteritis testamentum ab initio valere.*
3 *Quam rationem habeat quod filia postuma inter ceteros non recte exheredabatur absque legato.*
4 *Quam item, quod nepotes postumi etiam nominatim exheredandi.*

DIctum est de liberis suis heredibus qui tempore testamenti facti jam nati sunt: sequitur de postumis, quo verbo hic intelliguntur omnes qui nondum nati sunt eo tempore quo parens testamentum condit, quamvis eo adhuc vivo postea nascantur, *l.* 3. §. 1. *l.* 12. *in pr. de injust. rupt. test.* Inter hos & liberos jam natos quadruplex discrimen hic animadvertitur. Primum est, quod postumis præteritis, cujuscumque 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.* Secundum, quod postumi omnes sive masculi sive feminæ si heredes non instituantur exheredandi sunt, præteriti agnascendo testamentum rumpunt & totum infirmant; filiæ autem natæ & nepotes ex filio præteriti non rumpunt, sed scriptis heredibus ad certam portionem accrescunt, ut dictum §. *præc.* Tertium, quod postumis filiabus inter ceteros exheredatis pater aliquid legare cogitur, jam natis non item. Quartum, quod postumi masculi non tantum primi gradus sed etiam inferiorum nominatim exheredandi sunt; quod non est necesse in nepotibus temporis testamenti natis.

1. *Valet quidem testamentum, sed postea agnatione rumpitur*] In hoc cernitur differentia filii postumi præteriti & jam nati, qui præteritus testamentum subsistere non patitur: item filiarum nepotumque postumorum & superstitum, qui præteriti testamentum non rumpunt, *l.* 8. §. 1. *de injust. rupt.* Gajus *lib.* 2. *Inst. tit.* 3. §. 2. Cur vero sexus & gradus non æque in postumis distinguitur ut in liberis natis, placetque non minus agnatione filiæ postumæ præteritæ aut nepotis quam filii testamentum rumpi? Nimirum cum benigne atque humaniter, quoad fieri potest, de parentum in liberos voluntate sentiendum 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 postumo præterito placet testamentum ab initio valere: nimirum quia fieri potest ut non nascatur, abortum faciente muliere ex qua sperabatur, *l.* 2. *C. de post. her.* Atque hactenus ergo nec pro nato habetur; frustraque objicitur, eum qui in utero est quoties de commodo ejus agitur pro eo qui in rebus humanis sit haberi, *l.* 7. *l. pen. de stat. hom.* nullum enim hic incommodum sentit, cum statim ut editus est testamentum rumpat; & regula ista sic temperanda est, si modo postea nascatur; tunc enim fictione juris nativitas retrotrahitur. Quamdiu vero quis in utero est proprie nondum homo vel animal est, *l.* 9. §. 1. *ad leg. Falc.* sed spes tantum 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 numquam filius appellari potuit, *l.* 129. *de verb. sign.* Sed etsi mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, placet testamentum non rumpi, *l.* 3. *C. de post. her.* quia liberi non sunt qui contra formam humani generis procreantur, *l.* 14. *de stat. hom.*

Sed feminini quidem sexus personæ &c.] Quamquam ad necessitatem exheredandi quod attinet par omnium postumorum conditio erat, nec sexus in postumis distinguebatur: in forma tamen exheredationis aliqua erat jure antiquo differentia inter mares postumos & feminas; nam illi omnes non nisi nominatim recte exheredabantur, hæ poterant & inter ceteros. Atenim si inter ceteros exheredatæ essent, non aliter rite exheredatio facta intelligebatur quam si quid eis legatum fuisset, Ulp. *in fragm. tit.* 22. §. 17.

3. Qua in re etiam elucet insignis differentia inter exheredationem postumarum & filiarum superstitum; hæ enim & sine legato in-

inter ceteros exheredari poterant; illæ non poterant, ne, ut ait hic Imp. viderentur præteritæ per oblivionem. Quippe pro postuma dici potest generalem clausulam ad eam non pertinere, cum potius præsumendum sit patrem ignorasse eam esse in utero; & ideo ignoratione potius præteriisse, quam clausulâ illa, *inter ceteros*, voluisse exheredari; uti semper benigne judicandum est de patrum erga liberos voluntate, quoad facultas fert. De filia autem superstite quam natam pater novit, dubitari non potest quin pater cogitaverit, & tacite eam comprehenderit sub simplici & indeterminata exheredatione: uti & de postuma cui inter ceteros exheredatæ legatum reliquit, quod præsumtionem oblivionis penitus tollit. Ex his autem quæ modo dicta sunt manifestum est recte judicare D. Cujacium ad *l.* 4. *hoc tit.* de interpolatione principii *l.* 3. *de injust. rupt.* & quod Ulp. scripserat: *Postumi virilis sexus nominatim exheredandi sunt*, Tribonianum, ut inserviret constitutione Justiniani de qua dicendum infra §. 5. sic immutasse: *Postumi per virilem sexum descendentes.*

Filios & deinceps] Ceterum est verbo *deinceps* intelligi nepotes postumos ex filio, & eos quidem solos qui nati sui heredes futuri sunt; nam alii testamentum non rumpunt licet in potestate avi nascantur, puta quorum pater adhuc vivit & in potestate patris sui est, §. *seq. l.* 13. *de injust. rupt.* Ait, *non aliter recte exheredari nisi nominatim.* Igitur nec si legatum adscriptum fuerit valebit, ne in nepote quidem, exheredatio non nominatim sed inter ceteros facta. Atque hic jam notandum, primo diversum jus hac in parte observatum fuisse in nepotibus nasciturís & natis. Etenim natos jam nepotes non tantum nominatim sed inter ceteros quoque exheredare licebat, quin & salvo testamento præterire; ejusdemque omnino conditionis erant cujus & superstites filiæ, §. *præc.* Ulp. *d. tit.* 22. Nepotes autem postumi utrisque meliore: quippe qui non modo non præteriri, sed nec inter ceteros tuto poterant exheredari.

4. Quæ juris varietas non aliam rationem habet quam eam quæ modo dicta est, filiam postumam à nata separare. Deinde notanda etiam differentia inter postumos nepotes & postumas filias, quæ inter ceteros recte exheredabantur, utique legato honoratæ; cum nepotis postumi exheredatio nominatim facienda esset, nec sufficeret inter ceteros exheredato legatum adscripsisse. At enim inquies, cum nepotes nati eodem jure cum filiabus natis uterentur, cur non similiter placuit nascituros eodem jure uti quo utebantur filiæ nasciturae. Jason aperte, & cum eo tacite Viglius fatentur, se hujus rei rationem ignorare; & sane, quod D. Hotomannus putat, ubi legatum adscriptum est, non potest esse locus benignæ præsumtioni de alia voluntate parentis, quasi hunc postumum nepotem non tam excludere voluisse videri debeat quam per errorem præteriisse. Una illa ex pluribus quas affert D. Wesemb. maxime probabilis est, quod etsi legatum avus adjecerit, nisi tamen nominatim postumum nepotem exheredaverit, videri possit & debeat de postuma filia potius nascitura (quæ inter ceteros cum adjectione legati exheredari solita erat) quam de postumo masculo cogitasse, spe propagationis nominis & familiæ suæ: cujusmodi voluntatis conjecturam non admittunt nepotis nati. Quid ergo est quod Ulp. *d. tit.* 22. §. 18. scribit, nepotes & pronepotes ceterosque masculos postumos præter filium, vel nominatim vel inter ceteros cum adjectione legati exheredandos, sed tutius tamen esse nominatim eos exheredari, atque id observari magis? Nimirum ex ratione juris, quod nepotes & filias fere eâdem vult esse conditione, *l.* 8. §. 1. *de injust. rupt.* posse & nepotes postumos sic ut filias postumas exheredari; ceterum propter benignam illam quam dixi in dubio voluntatis interpretationem aliud receptum fuisse. Vinn. Acutior est ratio hujus discriminis quam adfert vir. cl. Schulting. ad Ulpian. *l. c. p.* 641. quod jus circa feminas constitutum originem debeat rationibus Voconianis. Hein.

Quicumque mihi filius] Positum exempli causa; ne quis ex hoc loco colligat nepotem appellatione filii contineri etiam in re odiosa. Utendum autem necessario generali demonstratione, cum speciali nomine aut signo postumus demonstrari nequeat. At adhuc hodie postumi, & præsertim post *Nov.* 115. *cap.* 3. exheredari cum aliquo effectu possint alibi videbimus. Vinn. Postumus hodie exheredari nequit, *l.* 6. *tit.* 5. *Part.* 5. quin nec impubes exheredari potest, nisi pubertati proximus sit, id est nisi decimum cum dimidio impleverit annum; nulla enim culpa exheredatione digna in illis esse potest, *dict. l.* 6. Itaque quæcumque de exheredatione postumorum hic traduntur,

tur nullum usum habent.' ADDIT.

TEXTUS.

De quasi postumis.

2. *Postumorum autem loco sunt & hi qui in sui heredis locum succedendo quasi agnascendo fiunt parentibus sui heredes; ut ecce, si quis filium & ex eo nepotem neptemve in potestate habeat, quia filius gradu præcedit is solus jura sui heredis 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 ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, & eo modo jura suorum heredum quasi agnatione nanciscitur. Ne ergo eo modo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum filium vel heredem instituere vel nominatim exheredare debet, ne non jure faciat testamentum: ita & nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel heredem instituere vel exheredare, ne forte eo vivo filio mortuo, succedendo in locum ejus nepos neptisve quasi agnascendo rumpat testamentum. Idque lege Julia Velleja provisum est, in qua similis exheredationis modus ad similitudinem postumorum demonstratur.*

L. 2. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Quasi postumorum varia genera.*
2 *Qui agnascendo, qui succedendo seu quasi agnascendo rumpant.*
3 *Cur plus tributum nepti quasi postumæ quam filiæ aut nepoti qui tempore testamenti avo proximus est.*
4 *Jus antiquum circa institutionem & exheredationem postumorum.*
5 *Quid Gallus Aquilius circa nepotis postumi institutionem introduxerit.*
6 *Quid lex Velleja permiserit non permissum jure antiquiore.*

1. SI cui religio est scribere *postumus* is, per me licet, sine h. scribat *postumus*, cum Cujac. *lib.* 3. *obs.* 4. & in *comment.* ad *l.* 29. *hoc tit.* Illud tamen tenendum est, postumos à Veteribus proprie dici eos qui post mortem patris nascuntur, testibus Ulp. *l.* 3. §. 1. *de injust. test.* Varron. *lib.* 4. Fest. *lib.* 15. Plutarchus quoque in Sylla scribit, postumos à Romanis appellatos τὺς ὕστερον τῆς πατέρων τελευτῆς γενομένους (*natos post parentum obitum*) uti & in Coriolano. Et ideo Græcis interpretibus dicti κυοφορέμενοι (*in utero gesti*) quod mortis parentum tempore in utero fuerint. At post legem Juliam Vellejam qua & alii liberi, iique nati vivo adhuc parente testatore, heredes instituendi aut exheredandi sunt, ne agnascendo aut succedendo testamentum rumpant instar postumorum: cœperunt duo quodammodo esse postumorum genera: unum eorum qui vere & proprie postumi sunt & dicuntur, videlicet qui nascuntur post mortem parentum; alterum qui improprie & secundum quid, nempe quoad effectum rumpendi testamentum si non sint instituti aut exheredati: quos quasi postumos & postumos Vellejanos appellare possumus. Sed & in his qui post factum testamentum adoptantur, quæ in manum conveniunt, in filio qui ex prima secundave manumissione in potestatem patris revertitur, similitudo quædam agnationis suorum heredum est; & præteriti instar postumorum testamentum rumpunt, Ulp. *in fragm. tit.* 23. §. 2. Gajus *lib.* 2. *Inst. tit.* 3. §. 3, *l.* 23. *hoc tit.* junct. §. 1. *Inst. inf. quib. mod. test. inf.* Est & postumus Cornelianus, qui capto ab hostibus patre natus est in civitate; de quo in *l.* 15. *de injust. rupt. test. l.* 22. §. *ult. de capt. & postl.* Ant. Fab. 10. *conjunct.* 9. & 10. ubi disputat, an hic postumus & Vellejanus dici possit. Descriptus fere ad verbum hic locus est ex Gajo, *l.* 13. *de injust. rupt. test.*

2. *In sui heredis locum succedendo quasi agnascendo*] Nepotes præteriti qui demum post factum testamentum nascuntur patre mortuo, avo testatore superstite, non succedendo in locum patris & sui heredis sed agnascendo testamentum rumpunt. Nascuntur enim sui heredes, non fiunt successione; & ideo pertinent ad caput primum legis Vellejæ, 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 heres obstat quominus & ipsi jura sui heredis habeant: illi, inquam, præteriti, si vivo adhuc avo pater eorum suus heres esse desierit, testamentum rumpunt succedendo: hoc est, subeundo locum patris prædefuncti aut emancipati; non agnascendo (quoniam agnasci proprie dici non possunt qui ante testamentum nati sunt) sed quasi agnascendo, propterea quod successione in locum sui heredis sui heredes fiunt: nimirum quemadmodum

dum velut postumus aut postumi loco habetur qui in jus sui heredis succedit, ita & successio ejus velut quædam agnatio.

Quia filius gradu præcedit] Fieri potest non in persona filii sed in persona nepotis ut in avi potestate sit nec tamen inter suos heredes numeretur, eo quod pater eum in causa successionis præcedat, neque enim ad hoc ut quis jus sui heredis habeat sufficit in potestate esse, nisi simul proximum à defuncto gradum obtineat, hoc est, nemo enim in suo ordine antecedat, §. 2. *Inst. inf. de her. qual. & diff.* §. 2. *Inst. inf. de her. quæ ab int.* Et ideo nepos quem pater præcedit nec exheredari ab avo debet, sed firmum manet avi testamentum in quo hic nepos præteritus est, si vivo filio & in eodem statu manente avus decesserit, *l. 6. in pr. de injust. rupt. l. 7. unde lib.*

Sed si filius vivo eo moriatur] Filio de familia sublato statim nepos ex eo in locum & gradum ejus succedit, atque ita succedendo in familia avi jus sui heredis quasi agnatione nanciscitur: quapropter si eo se tempore præteritum deprehendat, exemplo postumi testamentum rumpit. Unde qui filium atque ex eo nepotem in potestate habet, ei, si omnino secure testari velit, necesse est etiam hunc nepotem similiter ut filium heredem instituere vel exheredare; alioqui si contingat filium vivente adhuc patre suo mori aliave ratione de familia exire, nepos mox patris locum occupans testamentum rumpet.

3. *Ita & nepotem neptemve ex filio*] Plus igitur tribuitur huic nepti quam filiæ, quæ præterita jure antiquo testamentum non rumpit, *sup. in pr. huj. tit.* Hoc ne cui mirum videatur animadvertendum est, agi hic de nepte quam pater tempore facti testamenti præcedebat, & quæ postea in illius sublati locum succedit instar postumæ. Itaque quod juris erat in filia postuma, ut præterita testamentum rumperet, id producendum erat ad hanc neptem, quasi postumam, simili conjectura pietatis: quippe quam, ut credi par est, heredem avus fecisset si tempore testamenti primum ab eo gradum obtinuisset. Eademque ratio est cur neptis hæc meliore etiam conditione sit quam nepos qui tempore testamenti avo proximus est. Quod cum non animadverteret D. Viglius, credidit, *in pr. huj. tit.* jus antiquum referri, quod postea lex Velleja abrogaverit: insigni & manifesto errore. Illud quoque notandum, quod particula *nominatim* quæ in propositione hujus comparationis exprimitur, non repetitur in redditione, uti nec in *d. l.* 13. *de injust. rupt.* Id quod consulto factum est, ut intelligamus, neptem quidem cum filio comparari in exheredatione quod ad necessitatem; at non in qualitate aut modo exheredandi. Etenim cum neptis ex filio ascendens in locum patris utatur jure postumæ, sufficere debet indefinite eam exheredari, utique cum adjectione legati: quandoquidem non plus juris habet filia postuma. Enimvero neptem, quem postumi jure uti placuit, eâdem forma qua filium exheredandum esse arguunt quæ Imperator dixit in calce §. *præc.*

Lege Julia Velleja provisum est] Legis hujus duo præcipua capita fuisse docet nos Scævola *l.* 29. §. 11. *& seqq. hoc tit.* quorum uno permissum fuit institui postumos etiam alienos dummodo sui nascerentur, licet vivo adhuc testatore: altero cautum, ne nepotes in locum sui heredis succedentes testamentum rumperent in quo ipsi instituti essent vel exheredati: cujus posterioris capitis explicatio à Justiniano hoc loco tradita est verbis Gaji in *l.* 13. *de injust. rupt. test.* Nihil adhuc intelligimus, nisi sciamus cur in eas res lata fuerit lex Velleja, & quid ea permiserit non permissum jure antiquiore. Exponam autem paucis quid in re obscura sentiam.

4. Cum lege XII. tabb. ita cautum esset: *Uti quisque legassit suæ rei ita jus esto*, *l.* 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. Absurdum enim visum fuit eam testatoris voluntatem jus 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 subjiciebat, neque heres institui neque legatum ex testamento capere poterat, §. 25. *Inst. infr. de legat.* Ulp. *in fragm. tit.* 22. §. 3. ubi & eamdem hanc ejus rei rationem reddit, quoniam certum esse debet consilium testantis. His porro consequens est, nec eum qui in utero est ex ejusdem legis sententia heredem potuisse institui, utpote qui & ipse persona incerta habebatur, aut ut Theophilus loquitur §. 26. *Inst. inf. de legat.* ἔοικε τοῖς ἀκρίτοις προσώποις (*similis est incertis personis*): propterea, credo, quod incertum est an nasciturus

aliquando sit necne : masculus an femina: unus an plures nasciturі. Et quamquam quod ad legitimas hereditates postumus pro jam nato semper habitus est, *l. pen. de stat. hom.* id tamen ob rationem quam diximus non obtinebat in hereditate testamentaria. Cum igitur ea ratione eveniret, ut sive institutus sive exheredatus sive præteritus esset is postumus qui suus heres testatori nasciturus erat testamentum agnascendo rumperet, & in totum voluntatem testatoris everteret: paulatim disputatione fori introductum ad conservanda suprema hominum judicia, ut & in testamentaria successione postumi sui, hoc est, qui si tempore testamenti nascerentur inter suos heredes futuri & præteriti testamentum omnimodo rupturi essent, pro natis haberentur, instituique atque exheredari possent: quod Gajus quodammodo significat *lib. 2. Inst. suar. tit. 3. §. 3.* ubi de institutione & exheredatione postumorum agens ait, in ea etiam re legitime conceptos pro natis haberi. In alieno postumo nihil visum cur à ratione juris veteris recederetur: quippe cujus institutio necessaria non est, cum natus testamentum numquam rumpat.

5. At enimvero quia fieri potest ut qui tempore testamenti alienus est suus tamen nascatur, atque ita rumpat, (nam cum quæritur an testamentum agnatione rumpatur non conceptionis tempus sed nativitatis inspicitur): Gallus Aquilius induxit (non legem ferens, ut perperam Viglius, sed quod nemo ante eum observaverat ostendens) posse etiam eos postumos, & nimirum nepotes qui testamenti quidem tempore alieni sunt, subducto autem patre sui heredes avo nascerentur, heredes institui sine fraude ejus juris quo placebat postumos alienos heredes institui non posse. Quam in rem concepit hujuscemodi fotmulam: *Filius meus heres 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, heres esto, l. 29. hoc tit.* Dices, nepotem hic institutum esse postumum alienum. Fatebor, si simpliciter consideretur ut postumus: quia si tempore testamenti facti nasceretur non esset suus heres avo testatori. Negabo, si ut postumus Aquilianus, sive eo modo quo à Gallo instituitur, qui institutionem hujus nepotis confert in id tempus quo suus erit: ea vis est articuli *tunc*, quod temporis 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 postumi vivo testatore nati institutio inutilis erat. Etenim cum ut postumos heredes instituere liceret eatenus dumtaxat receptum esset quatenus testamentorum favor & necessitas postulabat: eorum qui vivo testatore nascuntur institutio non videbatur necessaria, Quamvis enim & ipsi non eo minus testamentum rumpant: licebat tamen testatori aliud testamentum condere & rei suæ de integro prospicere. Porro nec is postumus qui tempore testamenti alienus erat pure poterat institui; hoc enim ut fieri posset Gallus non induxerat, neque adeo inducere poterat salva ratione juris. Postremo neque nepotis quem filius præcedebat nati ante testamentum factum institutio efficiebat quominus in patris remoti locum postea succedens testamentum rumperet: fortassis quia visum est non sufficere institutum esse tamquam extraneum eum qui tempore mortis testatoris reperitur suus.

6. Tandem etiam in istis omnibus testamentorum securitati prospectum est lege Julia Velleja: cujus legis, ut ante quoque diximus, duo capita fuerunt: quorum primo permittitur eorum postumorum institutio qui vivis nobis sui nascituri sunt, ut etiam pure institui possint; capite altero cavetur, ne nepotes jam nati tempore testamenti facti succedentes vivo testatore in locum sui heredis testamentum rumpant in quo ipsi sunt instituti aut exheredati, *d. l. 29. §. 11. cum seq. hoc tit.* Plura qui nosse desiderat, adeat commentaria quæ in *d. l.* extant doctissimorum hominum Salomonii, Goveani, Cujacii, Duareni, Alciati *lib. 3. paradox. c. 2. & seqq.* Ant. Fabri *lib. 9. conject. per tot.* & multis *capp. lib. 10.* sed nostra hæc ut præluceant. VINN. Obiter monere visum, hanc legem proprie non dici Juliam Vellejam, uti in hoc §. & apud Ulpian. *in fragm. tit. 22. §. 19.* scriptum reperimus, sed Juniam Vellejam, *l. 10. §. 2. ff. de test. tut. l. 13. ff. de injust. rupt. irr.* Unde auctores sunt Junius Silanus & Vellejus Tutor Coss. quibus & Sctum. Vellejanum tribuitur, *l. 2. §. 1. ff. ad senat. Vell.* add. laudat. Schulting. ad Ulp. *l. c. p. 640.* HEIN.

TEXTUS.

De emancipatis.

3. *Emancipatos liberos jure civili neque here-*

redes instituere neque exheredare necesse est: quia non sunt sui heredes. Sed prætor omnes tam feminini sexus quam masculini, si heredes non instituantur exheredari jubet: virilis sexus nominatim, feminini vero inter ceteros; quia si neque heredes instituti fuerunt, neque ita (ut diximus) exheredati, promittit eis prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.

COMMENTARIUS.

1 *Emancipatos sub colore quodam suitatis á prætore vocari ad bonorum possessionem.*

2 *Prætorem in modo exheredandi secutum distinctionem sexus & gradus quam jus civile fecit.*

3 *Absurdum non esse, quod filiæ emancipatæ melioris conditionis jure prætorio fuerint quam non emancipatæ jure civili.*

QUia non sunt sui heredes] Liberi emancipati exeunt è familia & potestate patris, §. 6. *Inst. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* ac sui juris ita effecti propriam familiam habere incipiunt, *l.* 195. §. 2. *de verb. sign.* Itaque jus omne quod in familia patris antea habebant amittunt: desinunt esse sui heredes & 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. *Inst. inf. de her. qual.* §. 9. *Inst. inf. de hered. ab int.* Quo posito sequitur nec ullam eo jure patri necessitatem imponi liberos emancipatos vel instituendi vel exheredandi, eorumque præteritione testamentum injustum aut nullum non esse.

1. *Prætor si heredes non instituantur exheredari jubet*] Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem, hoc est, emancipationem, desierunt esse sui heredes: tamen prætor naturali æquitate motus, & partim etiam ratione civili (quippe emancipati non minus naturâ liberi sunt & masculorum soboles, quod ex parte jus civile considerat, quam non emancipati) rescindit eorum capitis diminutionem, *l.* 6. §. 1. *de bon. poss.* &, si testamento facto præteriti sunt, pollicetur eis bonorum possessionem contra tabulas, *l.* 1. & passim *de bon. poss. cont. tabb.* & cum suis quoque heredibus ab intestato eos vocat ad bonorum possessionem unde liberi, §. 9. *Inst. infr. de her. ab int. d. l.* 6. §. 1. Itaque cùm effectu juris emancipati beneficio prætoris tantum consequantur quantum sui (bonorum enim possessio re ipsa & effectu juris ab hereditate nihil differt, *ll.* 1. & 2. *de bon. poss.*) ideo ait, jubere prætorem emancipatos quoque liberos heredes institui aut exheredari. Et notandum, quod Jurisconsultus in *d. l.* 6. §. 1. *eod. tit.* ait, prætorem rescindere eorum capitis diminutionem post mortem patris. Ex quo intelligimus emancipatos non simpliciter ut emancipatos sed sub colore quodam suitatis à prætore admitti, quasi de potestate numquam exiissent. Etenim rescissa capitis deminutione, quodammodo in integrum & in pristinum statum restituuntur. Fac. *l.* 3. §. 5. *cont. tabb.* & *ibi* Glossa.

2. *Feminini sexus inter ceteros*] Cujac. Hotom. Wesemb. & *inter ceteros*, quod magis placet: quasi dicat Imperator, vel nominatim, vel inter ceteros; aut, ut Ulp. *in fragm. tit.* 22. §. 13. *Masculos nominatim, feminas vel inter ceteros.* Voluit nimirum prætor in modo exheredandi servari differentiam quam in sexu jus civile faciebat; & haud dubie etiam quam idem jus faciebat in gradu, de quo in *pr. hujus tit.* Melioris tamen conditionis apparet fuisse filias emancipatas jure prætorio, quam erant filiæ non emancipatæ jure civili: quippe cum illæ præteritæ testamentum in totum jure prætorio rescinderent, hæ non rescinderent, sed salvo testamento ad certam dumtaxat portionem scriptis heredibus jure civili accrescerent.

3. Quod minime 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 supra ostendimus) & testamentum in totum evertebant: quamquam post constitutionem Antonini non plus per bonorum possessionem contra tabulas consequebantur, quam quantum jure civili capiebant per jus accrescendi, *l. ult. circa pr. C. de lib. prat.* & omnino verisimile est, post eam constitutionem nec emancipatas per eamdem bonorum possessionem plus accepisse quam accepturæ fuissent si mansissent in potestate: quod & Theophilus pro certo tradidit.

Promittit (ita legendum, non *permittit*, *l.* 7. *C. comm. de succ. in Basil.* ἐπαγγέλεται *eis prætor bonorum possessionem contra tabb.* Testamentum in quo emancipatus præteritus est, & civili & prætorio jure subsistit; &

ideo 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. cont. tabb.* neque aliud remedium emancipati præteriti habent. Cur vero suis præteritis, qui vel jure civili vel ex edicto *unde liberi* ab intestato succedere possunt, nihilominus hoc etiam remedium à prætore detur, dicemus suo loco *tit. Inst. de bon. poss.* Quod detur, satis argumenti est tale testamentum jure prætorio non esse nullum; est enim remedium hoc naturâ sua rescissorium; quod autem nullum est rescindi non potest, *l. 5. de injust. rupt. test.* de quo copiosius disseruimus in *pr. hujus tit.*

TEXTUS.

De adoptivis.

4. *Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate patris adoptivi, ejusdem juris habentur cujus sunt justis nuptiis quæsiti. Itaque heredes instituendi vel exheredandi sunt secundum ea quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati vero á 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 heredes instituere neque exheredare necesse sit; cum vero emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiant in ea causa esse, in qua futuri essent si à naturali patre emancipati fuissent.*

L. 20. tit. 1. Part. 6.

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 æque liberis adoptatis tribuat jus & nomen filiorumfamil. suorumque heredum ac natura naturalibus, *l.* 1. & passim *de adopt.* §. 2. *Inst. inf. de her. quæ ab int. l. 5. C. de suis & legit.* cum similib. consequens omnino est, ut & ipsi non minus quam liberi naturales heredes institui debeant aut exheredari; atque ut præteriti idem jus habeant circa parentum testamenta infirmanda quod naturales habent, *l.* 1. *in pr. contr. tabb.* Naturales autem liberos hìc intelligimus eos qui ex justis nuptiis procreati sunt; sic enim passim in collatione adoptivorum appellantur, ut notavimus ad *pr. supr. de adopt.* Ceterum legitimati quoque appellatione naturalium continentur: quippe quibus eadem jura per omnia data sunt quæ habent ii qui ab initio ex legitimo matrimonio nati sunt, *d.* §. 2. *infr. de her. quæ ab int. Nov.* 89. De his dictum §. *ult. Inst. sup. de nupt.*

Secundum ea quæ de naturalibus exposuimus] Et igitur filii adoptivi nominatim exheredandi, nepotes & filiæ vel inter ceteros. Item filio adoptivo præterito aut non rite exheredato testamentum ipso jure nullum est; filia & nepote præteritis firmum manet, sed præteriti institutis heredibus accrescunt ad eam portionem ad quam præteritæ filiæ & nepotes naturales, secundum ea quæ tradita sunt initio hujus tituli.

1. Dormitavit ergo Hotomannus cum putavit majus jus fuisse filiæ adoptivæ quam naturalis: quasi illius præteritio testamentum rupisset, hujus non rupisset, per *l.* 8. *in pr. de injust. rupt. test.* Alioqui certe vidisset, Ulpianum loqui eo loci non de præteritione filiæ quæ jam ante à testatore adoptata fuerat quam testamentum faceret; verum de adoptata vel adrogata demum post factum testamentum: quæ cum utatur jure postumæ, & in postumis sexus non distinguatur quod ad effectum rumpendi attinet, §. 2. *sup. hoc tit.* testamentum rumpit quasi agnatione sui heredis.

2. *Emancipati à patre adoptivo neque jure civili &c.*] Jura liberorum adoptivorum non diutius durant quam quamdiu constat adoptio: eâ per emancipationem dissoluta nullum amplius jus habent sed penitus extranei sunt patri quondam adoptivo; sive jus civile spectes, quia desierunt esse sui heredes; sive honorarium, quia & nomen liberorum amiserunt, ut cesset ratio naturalis & æquitas edicti, *l.* 4. *unde lib. l.* 1. §. 6. *l.* 3. §. 2. *cont. tabb.* Et igitur nec testamento facto præteriti contra tabulas admittuntur, *hoc text. &* §. 12. *inf. de her. quæ ab int.* nec ad bonorum possessionem *unde li-*

liberi ab intestato, *l.* 1. §. 6. *d. l.* 4. *unde lib.* §. 11. & §. 12. *Inst. de her. ab int.*

3. *Quamdiu sunt in adoptiva familia extraneorum numero*] Liberi adoptati quamdiu sunt in familia adoptiva jus liberorum non habent in familia patris naturalis; sed huic interim intelliguntur esse extranei, non tantum jure civili verum etiam eo jure quod pertinet ad edictum prætoris. Etenim prætor abunde eos habere censuit in familia patris adoptivi, cui jure civili succedunt, unde jacturam bonorum patris naturalis sarciant: absurdum autem esse unum atque eumdem 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, §. 10. *cum seqq. Inst. de her. ab int.* fac. *l. ult. unde lib.* tantum tertio ordine hoc casu admittuntur, ut cognati, §. 13. *d. tit.*

4. *Cum emancipati fuerint ab adoptivo patre, tunc incipiunt &c.*] Quoniam emancipati à patre adoptivo nihil in ejus familia juris retinent, uti modo relatum est, ne utriusque parentis successione fraudentur voluit prætor eos jus familiæ recuperare, *d. l.* 4. *unde lib.* hoc est, eo jure haberi ac si à vero & naturali patre emancipati essent, inque eo statu semper mansissent, ut nisi heredes instituti aut exheredati fuerint, bonorum possessionem contra tabulas petere possint. Nec interest, utrum qui á naturali parente in adoptionem datus sit, an qui emancipatus ab eo ipse se adrogari siverit, postea iterum à patre adoptivo emancipetur; dum tamen vivo adhuc parente naturali: quod omnino addendum est, *d.* §. 10. *infr. de her. quæ ab int. def.* VINN. Hic textus cum *l.* 20. *tit.* 1. *part.* 6. quæ adoptivis liberis idem jus ac legitimis tribuit, hodie nullum habere potest usum; non tantum quia adoptiones non frequententur, ut superius diximus, sed etiam quia par *l.* 5. *tit.* 5. *lib.* 3. & *l.* 1. *tit.* 22. *lib.* 4. *for. legg.* quæ ex parte referuntur in *l.* 12. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.* adoptivi ad clasem extraneorum redacti sint; extantibus enim legitimis solum quinta bonorum pars eis legari potest. ADDIT.

TEXTUS.

Jus novum.

5. *Sed hæc quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio inter masculos & feminas in hoc jure nihil interesse existimans, quia utraque persona in hominum procreatione simili naturæ officio fungitur, & lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod & prætores postea secuti esse videntur: ideo simplex ac simile jus & in filiis & in filiabus & in ceteris descendentibus per virilem sexum personis, non solum jam natis sed etiam postumis, introduxit: ut omnes sive sui sive emancipati sint, vel heredes instituantur vel nominatim exheredentur; & eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda & hereditatem auferendam, quem filii sui vel emancipati habent, sive jam nati sint, sive adhuc in utero constituti postea nati sint. Circa adoptivos autem filios certam induximus divisionem, quæ in nostra constitutione quam super adoptivis tulimus continetur.*

L. 3. tit. 7. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Sublatio differentiæ circa effectum præteritionis & modum exheredationis liberorum, ratione sexus.*

2 *Eorumdem circa eadem exæquatio ratione graduum.*

3 *Sublatio discriminis quod circa eadem erat in sexu inter postumos.*

4 *Falli qui putant hoc* §. *tolli differentiam suorum & emancipatorum.*

5 *Quid novi circa liberos adoptivos induxerit Justinianus.*

HUcusque relatio juris antiqui: sequitur novum introductum constitutione Justiniani, quæ extat *l. ult. C. hoc tit.* qua ille constitutione sustulit veterem in re de qua disputamus differentiam sexus & gradus liberorum, natorum & postumorum; jussitque omnes sive mares sint sive feminæ, sive filii sive nepotes, sive jam nati sive adhuc nascituri æquabiliter vel institui vel exheredari, 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 feminei.

Quia utraque persona simili naturæ officio] Prima ratio introducendi novi juris, quod feminæ in procreatione liberorum eodem cum maribus officio naturæ fungantur. Et ideo in con-

constitutione sua insurgit in auctores istarum differentiarum, quasi naturæ accusatores existant: quæ cur, inquit, non totos masculos generavit, ut unde generentur, non fiant? Ceterum 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 jus vetus tamquam iniquum mutari debuerit. Sane non ideo dicendus est naturam accusare qui masculos à feminis 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 jura familiæ & agnationis ob quæ meliore conditione mares esse in causa successionis quam feminas 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, legem 12.tabb. in successione liberorum ab intestato nullum discrimen in sexu agnoscere, filiasque non minus quam filios ad hereditatem intestati parentis vocare; quin & nepotes neptesque ex filio qui in potestate sunt, si filius suus heres esse desiit, *l.* 1. §. 2. *& 4. de suis & legit.* §. 2. *& 6. Inst. inf. de her. ab int.* & tamen distinctio inter sexum & gradum testamento facto est ex ratione ejusdem legis, arg. *l.* 8. §. 1. *de injust. rupt. test.* & certe plus est evertere testamentum, quam jus succedendi ab intestato habere. Ait, *Quod & prætores postea secuti videntur*: scilicet in danda bonorum possessione ab intestato; nam testamento facto filiabus inter ceteros exheredatis contra tabulas bonorum possessionem nec prætor dedit, non magis quam emancipatis aut filiabus postumis, quibus inter ceteros exheredatis legatum adscriptum erat, §. 1. *& 3. supr. hoc tit.* junct. *l.* 8. *in princ. cont. tabb.*

1. *Et in filiis & in filiabus & in ceteris non solum jam natis sed etiam postumis*] His verbis tollitur tota illa veteris juris differentia circa effectum præteritionis & formam exheredationis 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 quam filii, si heredes non instituantur, nominatim exheredari: præteritis aut non nominatim exheredatis datur idem jus ad infirmandum patris testamentum, quod filii sui vel emancipati præteriti aut non nominatim exheredati, 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. hujus tit.* ex jure veteri traditum est, filiabus quæ in potestate erant præteritis testamentum non fuisse nullum sed præteritas salvo testamento ad certam portionem accrevisse heredibus scriptis, hic jam abrogatur & testamentum jubetur esse inutile; uti & illud quod eodem loco refertur, potuisse & inter ceteros filias hasce exheredari, eo scilicet effectu ut & jus civile eas repelleret à jure accrescendi, & prætor à bonorum possessione contra tabulas, *l.* 8. *cont. tabb.* nullumque aliud remedium eis superesset præter unum querelæ inofficiosi, arg. *d. l.* 8. junct. §. *ult. inf. hoc tit.* Nunc enim post constitutionem Justiniani etsi exheredatæ sunt, dum tamen non nominatim sed inter ceteros, testamentum jure civili non magis subsistit quam si filius inter ceteros exheredatus sit; patebitque eis ut præteritis etiam prætorium, quod dixi, remedium, cessante querela inofficiosi testamenti, *d. l.* 8. §. 2. *cont. tabb.* junct. §. 2. *inf. de inoff. test.* Denique & illud quod prætori satis erat ad denegandam filiabus emancipatis bonorum possessionem contra tabulas, si inter ceteros essent exheredatæ: nunc enim tamquam præteritæ à prætore admittendæ sunt instar filiorum emancipatorum, quos non nominatim exheredatos pro præteritis & olim prætor habuit, §. 3. *sup. hoc tit.*

2. Secundo tollitur differentia graduum, liberique secundi gradus & inferiorum æquantur liberis primi gradus, hoc est, nepotes & deinceps per virilem sexum descendentes filiis quoad utriusque juris effectum; ac proinde quemadmodum filii sui, ita & sui nepotes deinceps vel instituendi sunt vel nominatim exheredandi; iisque præteritis aut non nominatim exheredatis perinde testamentum ipso jure nullum erit, ac si filius qui in potestate est præteritus aut non nominatim exheredatus esset; cessatque jus vetus accrescendi quod manente testamento nepotibus quoque suis præteritis dabatur. *d. pr. hujus tit.* & prætor etiam generali tantum clausula exheredatos tamquam præteritos nunc agnoscit. Deinde ut filio emancipato non instituto neque nominatim exheredato prætor dat bonorum possessionem contra tabulas, ita

&

& natis ex eo, qua pater eos non præcedit, per *l.* 3. *in pr.* & §. 3. *cont. tabb.*

3. Tertio tollitur differentia inter natos & postumos, & simul quæ in sexu quoque erat inter ipsos postumos; jubenturque & filiæ postumæ & neptes ex filio institui aut nominatim exheredari, perinde ut liberi jam nati & postumi masculi; idemque jus datur filiabus & neptibus postumis præteritis vel non specialiter exheredatis quod postumi masculi habent, scilicet ut agnascendo testamentum rumpant, etiamsi legatum acceperint: quod secus erat jure veteri, §. 1. *sup. hoc tit.* quo jure cum nec prætor bonorum possessionem contra tabulas daret, *d. l.* 8. *cont. tabb.* necessaria hoc casu erat postumis feminis querela inofficiosi testamenti, §. 2. *Inst. infr. de inoff. test.* nunc autem & jure civili tamquam præteritæ rumpunt, & à prætore non negliguntur. Atque hanc esse hujus loci sententiam, cùm sequentia demonstrant, tum apertissime *d. l. ult. ver. sancimus, & seq. C. hoc tit.*

4. *Ut omnes sive sui sive emancipati sint &c.* Hallucinatur Barth. *in auth. ex causa C. hoc tit.* & cum eo fere Interpretes vetustiores, qui teste Curtio Jun. *in d. auth. n.* 43. & Jul. Claro §. *testamentum quæst.* 42. *n.* 2. tolli quoque hoc loco putant differentiam liberorum suorum & emancipatorum. Palam enim est his verbis, *ut omnes sive sui sive emancipati eundem habeant effectum quem filii sui vel emancipati habent*, non comparari emancipatos cum suis; sed cum filiis suis ceteros suos liberos, cum filiis emancipatis ceteros emancipatos eorumque masculorum liberos, cum sexu virili sexum femineum, cum gradu primo gradus inferiores; ac proinde non hoc velle Justinianum, ut emancipati sublata necessitate auxilii prætorii redigantur ad conditionem filiorum suorum; verum ut filiæ, nepotes, neptes & deinceps per virilem sexum descendentes, redigantur ad conditionem filiorum, sui & suæ ad suorum & jus quod illi habent jure civili; alii aliævæ ad emancipatorum & jus quod illi habent jure prætorio: ut sui suæve præteriti præteritæve aut nominatim non exheredati exheredatæve, adinstar filii sui testamentum ipso jure evertant; alii aliæve adinstar filii emancipati per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiantur. Quibus fere verbis ipse Justinianus utitur in d. sua constitutione, *vers. sancimus.* Thalelæus ad *l.* 1 §. 2. *C. comm. de man.* ibi, *in aliis pene omnibus nulla est inter liberos discretio.* Καλῶς εἶπε, τὸ σχεδὸν, ἐπειδὴ, οἱ μὲν ὑπεξούσιοι γενόμενοι, ἀφανίζουσι παντελῶς τὴν διαθήκην, οἱ δὲ ἔχουσιν. (*Optime dixit* fere: *quandoquidem in potestate retenti* si prætereuntur *omnino evertunt testamentum*; emancipati vero, contra tabulas hereditatem *obtinent.*) Nihil pro Bart. facit, quod Justinianum impulit ad novi juris constitutionem, simplex & æquale liberorum jus in successione ab intestato. Immo contra. Nam ut in causa intestati lex XII. tabb. non distinguebat sexum & gradum in suis, prætor non distinguebat in emancipatis: ita nunc similiter in causa testamenti eamdem vult servari simplicitatem, jure civili in suis, jure honorario in emancipatis. Igitur nec in successione ab intestato par conditio emancipatorum & suorum fuit, nec par hic facta est à Justiniano; & alioqui sequeretur nepotem ex filio emancipato in potestate retentum post constitutionem Justiniani non potuisse amplius succedere in locum patris sui, & jura suorum heredum nancisci in familia avi, nec ab avo præteritum rumpere testamentum: quæ omnia perspicue falsa esse constat. Et demum longo tempore post in successione ab intestato Justinianum emancipatos suis exæquasse apparet ex *Nov.* 118. *c.* 1. quæ tamen exæquatio sic recte accepta est, ut nihil amplius tribuat emancipatis, quam ut jure civili hereditatem capere possint citra beneficium prætoris: non ut ipso jure, ut sui, heredes existant; sed ut fiant heredes hereditatem adeundo, sicut extranei; nec tamen hoc trahendum esse ad successionem testamentariam inde colligo, quod testamentum ipso jure evertere majus aliquid sit quam ut non suis heredibus præteritis concedi debeat.

5. *Circa adoptivos certam induximus divisionem*] *L. pen. C. de adopt.* Cujus sententia refertur §. 2. *Inst. sup. de adopt.* & iterum plenius §. 14. *inf. de her. quæ 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 tantum ut nec à prætore jure liberorum censerentur, sed cognatorum dumtaxat. Emancipati autem à patre adoptivo recipiebant jus naturale liberorum, quod beneficio prætoris habent emancipati à patre naturali, dum in eo statu manent; ceterum hoc ita, si vivo adhuc patre naturali emancipati erant, non si post mortem ejus; ne legitimis aut scriptis heredibus

se-

semel delata aut quæsita hereditas auferretur, §. 10. *Inst. inf. de her. ab int.* Unde cum fieri posset ut hic filius utriusque patris hereditate excideret: patris naturalis quod eo morientе adhuc esset in familia adoptiva; & simul etiam patris adoptivi si postea emanciparetur: huic incommodo à Justiniano occursum est, cautumque ne liberi à patre naturali in adoptionem dati jus successionis aliudve jus ullum in familia ejus amittant, neve transeant in potestatem patris adoptivi, extra quam 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 exheredandi, sive jus civile sive prætorium consideres, sive etiam extraordinarium remedium querelæ inofficiosi, sed patri naturali in cujus potestate manet; qui autem nepotem adoptat, eum debere hunc instituere vel nominatim exheredare, perinde ut antea juris erat in omnibus adoptivis; & denique hunc nepotem patri suo naturali interim pro extraneo esse, §. *præc.*

TEXTUS.

De testamento militis.

6. Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, & liberos suos jam natos vel postumos nominatim non exheredaverit, sed silentio præterierit non ignorans an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere, constitutionibus Principum cautum est.

NOTA.

6. Constitutionibus Principum] Gordiani in *l. 9.* & Philippi in *l. 10. C. de test. mil.*

COMMENTARIUS.

1 *An testamentum militis subjaceat querelæ inofficiosi.*

MIlitibus jure militari testantibus non solum remissæ sunt solemnitates 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 exheredatio; placetque præteritionem militis, dum non ignoret se liberos habere aut uxorem prægnantem esse, obtinere vim exheredationis, *ll. 9. & 10. C. de test. mil.* ad quem effectum respiciens Ulp. dixit, militem silentio exheredare, *l. 12. de bon. libert.* Ait, *in expeditione occupatus.* Igitur extra & citra expeditionis necessitatem si miles testamentum faciat, quia id juxta regulas juris communis ordinare debet, præteritio ejus pro exheredatione non erit, neque civili jure neque prætorio. Non obstat, quod scriptum 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 recte 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 postumis, ut nati non rumpant, §. 2. *inf. de inoff. test.*

Non ignorans an habeat liberos] Quod militis præteritio pro exheredatione habeatur voluntati ejus tributum est, quæ sola testamentum sustinet & pro jure servatur, *l. 1. ff. de test. mil. l. 1. C. eod.* Ut autem voluntas exheredandi obscura non est ubi quis scit se habere liberos iisque silentio præteritis alios heredes instituit: ita contrà deesse illa voluntas intelligitur, ubi cum id nesciret, forte quod falso rumore perlatum esset eos in rebus humanis esse desiisse, alios scripsit. Quod ex communi parentum omnium erga liberos affectu sumitur, quasi quod omnino credendum est, si scivisset se habere liberos eos ipsos non alios sibi heredes scripturus fuisset, *d. l. 9. & l. seq. C. eod. tit. l. 33. §. 2. ff. eod.* Quapropter pro diversitate liberorum per ignorantiam à milite præteritorum aut testamentum hoc nullum dici poterit, aut rescindetur remedio prætorio, aut rumpetur agnatione; & in tantum, ut nec legata ex eo præstanda sint, *l. 36. §. 2. de test. mil.*

1. *Pro exheredatione nominatim facta*] Sequitur ergo nec liberos suos scienter á patre milite præteritos testamentum posse nullum dicere, nec emancipatos admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, nec postumum præteritum agnascendo rumpere. An ne igitur saltem querela inofficiosi dabitur, quod unum est exheredatis perfugium? Nequaquam, *l. 27. §. 2. ff. de inoff. test. l. 9. l. 24. l. ult. C. eod.* Plane legitimam eos petere posse per conditionem ex lege, arg. *auth. Presbyteros C. de Episc. & Cler.* Glossa & Cyn. in *d. l. 9.* tradiderunt. Hoc autem totum jus cum sit singu-

gulare & militum dumtaxat ex privilegio, nulla ratio est quamobrem cum Claro §. *testamentum quæst.* 40. *n.* 6. Grass. §. *testamentum quæst.* 7. *n.* 3. & Interpp. vulgo dicamus id sublatum esse *Nov.* 115. *c.* 3. generalique constitutione etiam milites & militaria testamenta contineri, hoc est, eos etiam jure militari testantes redigi ad conditionem paganorum quantum pertinet ad necessitatem institutionis & exheredationis liberorum. Quod etiam D. Vigilius hic post Lud. Roman. in *d. l.* 9. observavit, & tandem re diligenter inspecta probat D. Tulden. in *Cod. de test. milit. n.* 6. item D. Perez *ibid. n.* 12. add. Vasq. *lib.* 3. *de succ. creat.* §. 24. *n.* 51.

TEXTUS.

De testamento matris aut avi materni.

7. *Mater vel avus maternus necesse non habent liberos suos aut heredes instituere aut exheredare, sed possunt eos silentio omittere: nam silentium matris aut avi materni & ceterorum per matrem ascendentium tantum facit quantum exheredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem neptemve ex filia, si eum eamve heredem non instituat, exheredare 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 quod paulo post vobis manifestum fiet.*

COMMENTARIUS.

1 *Quod matris præteritio vim exheredationis habeat, id facere conditionem liberorum.*

2 *Propter eamdem conditionem præteritos á matre jus antiquum scriptis accrescendi non habuisse.*

3 *Explicatur locus Pauli* l. 4. §. 2. cont. tabb.

4 *Quodnam sit illud adminiculum cujus in calce hujus text. fit mentio.*

1. QUod militis præteritio vim exheredationis habet ex privilegio est; quod matris & avi materni facit liberorum conditio, qui matri & avo materno jure civili pro extraneis sunt, §. 3. *Inst. inf. de her. qual.* Nimirum lex civilis, quæ magis familiarum conservationem spectavit quam naturam, non eodem modo matrna 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 heredem instituat filio præterito, nullam quod ad eam legem attinet injuriam filio facit: cum suum ei non adimat; & ideo frustra etiam requiratur exheredatio; immo nec proprie dici possit filium exheredare, cum exheredare sit suam filio hereditatem adimere: siquidem ubi non est habitus ibi non potest esse privatio. Igitur quia mater suos heredes non habet & nepotes ex filia non sunt sui heredes avo, ideo silentium matris & avi materni tantum facit quantum exheredatio patris; & hoc etiamsi ignoraverint se liberos habere, contrà quam in milite prætereunte jus est, *l.* 27. §. *ult.* & *l.* 28. *de inoff. test.* f. c. huc *l.* 4. §. 2. *de bon. poss. cont. tabb. l.* 13. *de suis & legit. her.*

2. *Sive de jure civili*] Quia, ut diximus, non sunt sui heredes, hoc est non tales qui vivo adhuc parente jus aliquod habeant quod post mortem illius in iis continuetur, nisi expresse exheredes esse jussi sint, *l.* 11. *hoc tit.* Quamobrem nec ad jus civile antiquum pertinent, quo solus filius suus præteritus testamentum infirmabat, ceteri liberi, sed sui item dumtaxat, præteriti portionem scriptis heredibus accrescendo auferebant, *sup. pr. huj. tit.* nec ad jus novum, quo omnes quidem liberi sui, sed soli præteriti, sive quod nunc idem valet, non nominatim exheredati, nullum dicunt aut rumpunt §. 5. *sup. eod.*

Sive de edicto prætoris] Paulus *l.* 4. §. 2. *cont. tabb.* scribit, edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinere ad testamenta feminarum, addita hac ratione, quia feminæ suos heredes non habent: quæ tamen ratio videri potest non esse sufficiens; non enim ad suos tantum heredes, sed etiam ad emancipatos, quos constat suos heredes non esse, & vel maxime id edictum pertinet; utpote quorum causâ principaliter comparatum est, §. 3. *sup. eod.*

3. Verum amplius quid significare Paulus voluit, nempe edictum istud non pertinere ad eos liberos non suos qui & numquam sui fuerunt: matrem autem ut suos heredes non habet, ita nec posse desinere habere: quod idcirco etiam à Gajo expressum videtur, *l.* 13. *de suis & legit. her.* Nimirum prætor quo minimum à ratione juris civilis recederet, eorum dumtaxat qui ex masculis progeniti essent rationem habuit, & jus suitatis quod emancipatis abstulerat capitis

diminutio, rescissa eâ restituit *l. 6. §. 1. de bon. poss.* Atque ita jus à se introductum specie quadam suitatis coloravit, cujusmodi colore tegere ex feminis natos non potuit.

4. *Aliud eis adminiculum servatur*] Potuisset totidem verbis adminiculumis tud indicare. Intelligit autem querelam inofficiosi testamenti: quod remedium cum initio tantum competeret liberis, qui eo quod à patre exheredati essent neque civili jure neque prætorio testamentum turbare poterant, *l. 8. inpr. cont. tabb.* postquam ex senatusconsulto Orficiano etiam matris successio liberis delata est, datum quoque est exheredatis, sive, quod hìc eamdem vim habet, præteritis à matre, suadente id eâdem pietatis ratione. Agitur de hoc remedio *infr. tit. 18. buj lib.* quo loco simul discemus, id etiam parentibus inique exheredatis vel præteritis, nonnumquam & fratribus dari. Cetera quoque in eumdem locum examinanda rejicimus quæ ab Interpretibus disputari solent: veluti an adhuc post *Nov. 115. cap. 3.* præteritio matris & per matrem ascendentium pro exheredatione sit: an liberis à patre præteritis testamentum adhuc sit irritum tam quod ad legata & ceteros articulos, quam quod ad institutionem: an formæ exheredationis aliquid adjectum, quo non observato testamentum quod jure veteri substitisset nunc sic nullum, aliaque ex eodem fonte manantia. VINN. Hodie mater & avus maternus tenentur liberos nominatim heredes instituere vel exheredare: præteritis testamentum nullum est, ut ex *l. 1. tit. 8. Part. 6.* deducit Gregor. Lopez in gloss. 9. ad *d. l.* Vid. quæ nos de tota exheredationis materia inferius dicemus *tit. de inoff. testam.* ADDIT.

TITULUS XIV.

DE HEREDIBUS INSTITUENDIS.

Dig. lib. 28. tit. 5. Cod. lib. 6. tit. 24. Et Part. 6. tit. 3. Recop. lib. 5. tit. 6.

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, heredis scilicet institutio. Ea caput & fundamentum testamenti esse dicitur, §. 34. *Inst. 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 quam ut quis heres institutus sit: utique extra necessitatem instituendi aut exheredandi certas personas. Inde dictum, eum qui neque legaturus quid est, neque quemquam exheredaturus, posse tribus verbis testamentum facere, ut dicat, *Lucius heres esto, l. 1. §. 3. hoc tit.* Heredem instituere est, scribere vel nuncupare testamento quem tibi velis bonorum & universi juris successorem esse. Quibus verbis institutio fiat parum refert modo per ea liqueat voluntatis intentio, *l. 15. C. de testam.* quo loco Constantinus abrogat differentiam quam faciebat Antiquitas inter verba directa & inflexa, auctore Ulpian. *in fragm. tit. 21.* Titulus hic noster tres partes continet, quarum in prima agitur de iis qui heredes institui possunt; in altera de quota hereditatis 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 bene aut perperam adjiciuntur.

TEXTUS.

Qui possunt heredes institui.

Heredes instituere permissum est tam liberos homines quam servos, & tam proprios quam alienos. Proprios autem olim quidem secundum plurium sententias non aliter quam cum libertate recte instituere licebat. Hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione eos heredes instituere permissum est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam æquius erat, & Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scriptis, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est ta-

tamen casus in quo nec cum libertate utiliter servus á domina heres instituitur, ut constitutione Divorum Severi & Antonini cavetur, cujus verba hæc sunt : Servum adulterio maculatum non jure testamento manumissum ante sententiam ab ea muliere videri quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, ut in eumdem à domina collata heredis institutio nullius momenti habeatur. *Alienus servus etiam is intelligitur in quo usumfructum testator habet.*

LL. 2. & 3. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Qui olim & in quantum hereditatem capere non potuerint.*
2 *Qui & in quantum hodie heredes institui vetentur.*
3 *Institutionem servi alieni sustineri ex persona domini; proprii ex consequentia libertatis.*
4 *Quid juris in servo communi ab uno è dominis heredè instituto.*
5 *Quid in instituto à domino nudæ proprietatis.*
6 *Quam rationem habeat casus specialis hìc relatus.*
7 *Quid si servus heres institutus sit á fructuario.*

1. *Tam liberos homines quam servos*] Τερατολογία; nam dicendum potius erat *tam servos quam liberos*, hoc est, non minus servos quam liberos, quomodo hoc expressit Gajus *l.* 31. *hoc tit.* quoniam de liberis res certior. De liberis autem hominibus nihil amplius hìc traditur quam quod heredes institui possunt. Et an ergo possunt omnes promiscue & sine exceptione? Nequaquam. Nam primum illi soli ex hominibus liberis institui possunt qui sunt cives Romani; peregrini non possunt, sive semper tales fuerint, sive per sententiæ severitatem ad peregrinitatem redacti sint, *l.* 6. §. 2 *ff. hoc tit. l.* 1. *C. eod.* fac. *l.* 17. §. 1. *de pœn.* Peregrinorum numero erant & dedititii : erat & Latinus Junianus, nisi quod hic capere hereditatem poterat si mortis testatoris tempore civis Romanum factus esset, Ulp. *in fragm. tit.* 22. §. 1. & 2. Ceterum Justinianus differentias libertinitatis sustulit data libertinis omnibus civitate, §. *ult. Inst. sup. de libert.* Sed nec qui cives sunt omnes institui aut olim poterant aut nunc possunt. Lege Voconia cautum erat, ne qui census essent virginem, neve mulierem supra quadrantem suorum bonorum heredes instituerent. Cic. *Verrin.* 3. *de prætur. urb. & in orat. pro Balb.* Dio *lib.* 56. Gell. *lib.* 20. *cap.* 1. Lege Julia de maritandis ordinibus vetabantur cœlibes, nisi qui genere essent proximi, quidquam ex testamento civis Romani capere, Ulpian. *d. tit.* §. 2. ita tamen nisi intra centum dies legi parerent, hoc est, matrimonium contraherent, idem Ulp. *in fragm. tit.* 17. Eadem lege vetabantur orbi plus capere ab extraneo quam dimidiam partem eorum quæ relicta erant: pars altera fiebat caduca, id est, fisco cedebat. Lege decimaria non amplius conjugi ex conjugis testamento capere licebat quam relictorum partem decimam, idem Ulpian. *tit.* 15. & *seq.* Hinc natæ cautiones illæ de instituendis in tempus capiendæ hereditatis iis qui vel omnino quidquam, vel solidum ex testamento capere legibus istis prohibebantur. Vid. *l.* 62. *l.* 78. §. *ult. hoc tit. l.* 42. *l.* 55. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 6. *l.* 11. *de vulg. & pup. subst. l.* 16. §. 15. *ad senat. Treb. l.* 13. §. *ult. de jur. fisc.* cum similib. quæ nisi hinc lucem accipiant intelligi non possunt. Postea pœnæ cœlibatus orbitatis & legis decimariæ sublatæ sunt, *ll.* 1. & 2. *C. de infirm. pœn. cœlib.*

2. Qui autem incestis nuptiis sese polluerunt, illi nec hodie aut se mutuo aut propudiosam sobolem instituere possunt, *l.* 6. *C. de incest. nupt.* nec mulier adulterum suum, aut hic illam, *ll.* 13. & 14. *de his quæ ut indign.* Add. D. Christin. *vol.* 1. *decis.* 200. Liberi naturales ex concubina nati, qui olim non minus quam ceteri cives non ab extraneis tantum sed etiam à patre idque in solidum heredes institui poterant, *l.* 45. *de vulg. & pup. l.* 16. §. 1. *de his quæ ut indign. l. ult. de jur. delib.* (vid. Palæot. *de noth. spuriisq. fil. cap.* 35. & *seq.* & contrà sentientes Alciat. 4. *parerg.* 5. Anton. Fab. *jurisp. tit.* 9. *pr.* 2. *ill.* 1.) ex constitutione Justiniani *Nov.* 89. *cap.* 12. unde *auth. licet C. de nat. liber.* unicam tantum unciam ex patris testamento capere possunt si superstites sint liberi legitimi, octo uncias si soli superstites testatori parentes. Qua in re mitior Justinianus erga liberos naturales fuit quam Constantinus, *l.* 1. *C. de natur. lib.* aut etiam Arcadius & Honorius, *l.* 2. *C. eod.* Vid. Grass. §. *institutio quæst.* 7. Palæot. *d. loc.* Constitutione Leonis & Anthemii vetitur conjux conjugi secundo plus relinquere quam uni ex liberis prioris matrimonii, & quidem cui minimum relinquit, *l.* 6. *C. de sec. nupt.* Por-

ro Principum Christianorum constitutionibus vetantur heredes institui 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 Justiniani *Nov.* 115. *cap.* 3. ubi ἑτεροδοξίαν ponit inter justas causas exheredationis & exclusionis à successione ab intestato. Rationis autem est, ut qui ab intestato succedere potest etiam heres recte instituatur. Hæc non debuerat Tribonianus intacta relinquere, qui de servis tam accurate disserit.

3. *Et tam proprios quam alienos*] Cum servis qua servis non est testamenti factio, sed quatenus per eos hereditas 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 hereditatis habeat, perinde quasi ipse per servum institutus esset, *ll.* 31. & 40. *hoc tit. l.* 10. *de adq. rer. dom.* Quod si mihi cum domino non sit testamenti factio, puta quia peregrinus est aut capere ex meo testamento vetatur, nec cum servo ejus erit, arg. *l.* 31. *hoc tit.* fac. *l.* 12. §. 2. *de legat.* 1. *l.* 55. §. 1. *de legat.* Ulpian. *in fragm. tit.* 22. §. 8. Vide tamen quæ notamus ad §. 4. *Inst. inf. de her. qual. & diff.* In servo autem proprio institutio eadem ratione defendi non potest, ut scilicet dicamus eam sustineri ex persona domini, quippe qui ipse testator est; sed aut nulla erit, aut si eam valere volumus, necesse est ut simul consequatur libertatem.

Olim non aliter quam cum libertate, hodie etiam sine libertate] Plerique Veterum in ea sententia fuere, ut putarent servum proprium non aliter recte heredem institui quam cum libertate: non ausi per consequentiam datæ hereditatis libertatem servo defendere ob rationem quam indicavimus *sup. tit. Inst. qui & ex quib. caus. manum.* §. 2. Justinianus vero etiam omissa libertatis datione institutionem valere voluit, & perinde haberi ac si simul liber esse jussus esset, *l. pen. C. de nec. serv. ber.* quod cum humanitas & favor libertatis suadet, tum etiam voluntati testatoris consentaneum est: quippe qui hoc ipso quod servum suum heredem esse vult, non obscure significat velle se etiam ut liber sit; cum absque eo nec hereditatem 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.* 32. §. 2. *de test. tut.* §. 1. *Inst. sup. qui test. tut. dar.* non admittatur itidem in servo simpliciter herede scripto eadem voluntatis conjectura? Ita argumentatur Justinianus *d. l. pen.* In tutore dato accedit quidem & favor pupilli, *l.* 10. §. *ult. de test. tut.* Ceterum quem testator heredem instituit, eum vicissim major prosequitur affectu atque honore quam quem liberis tutorem dat. Enimvero per consequentiam legati vel fideicommissi servo proprio sine libertate relicti libertas servo non defenditur, *d. l. pen.* §. 2. quantumvis & legatum sine libertate inutile sit, *l.* 76. *hoc tit.* neque enim hic idem favor est, & ex dicta constitutione Justiniani voluntas testatoris aliquo modo exitum habere potest.

Quod non per innovationem] Supra tamen §. 2. *Inst. qui & ex quib. caus. man.* profitetur se id nova humanitatis ratione constituisse. Utrumque suo sensu verum est. Nihil innovavit, quatenus spectamus sententiam paucorum, inter quos & Atilicinus fuit, quibus jam olim quod hic constituitur placuit. At novum jus constituit, quatenus spectamus id quod receptum erat ex plurium sententia, qui negabant servum proprium sine libertate heredem institui posse, Ulp. *in fragm. tit.* 22. §. 10. & sententiæ istius abrogationem. VINN. Adeo verum videbatur servum nisi libertatem plenam consecutum institui non posse, ut nec servus qui tantum in bonis erat institui posset, quamvis cum libertate. Manumissus enim testamento liber quidem fiebat, sed Latinus, adeoque nec heres esse poterat nisi intra centum dies jura Quiritium impetrasset. Ulpian. *d. tit.* 22. §. 8. HEIN.

4. *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; & iterum vel proprius est pleno jure, vel nuda tenus proprietate. Videamus ergo an quod hic constitutum est de servo proprio herede 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 libertatem ei imposuisset, eo casu pars ejus amitteretur & socio accresceret, §. *ult. sup. de donat.* ac proinde socio quoque hereditas adquisita fuit si is servus simul heres ab altero institutus fuisset. Justinianus autem, quod soli milites ex speciali concessione habe-

bebant, videlicet ut liceret militi servum communem 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 comm. serv. man.* Post quam constitutionem certum est, servum communem quem unus è dominis & liberum & heredem esse jussit, & libertatem & hereditatem consequi, pretio partis quam alter in eo habet oblato. At nihil definit constitutio de servo communi simpliciter ab uno herede instituto non facta mentione libertatis. An dicemus & hic libertatem perinde pro adscripta haberi ac si servus in solidum proprius heres simpliciter institutum sit, arg. hujus loci? Et id quidem D. Viglio placere video. Sed vereor ut defendi possit. Nam ut omittam ritum illud de non admittenda extensione in correctoriis: verba ipsa constitutionis in fin. §. 1. *Et hoc morituro dixerit*, extensionem istam non ferunt, ut bene observavit D. Bachovius. 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.* 63. §. 9. *pro soc. l.* 49. *in pr. ad leg. Falc.* idem dicimus de servo communi herede simpliciter instituto, socium nimirum per eum servum videri institutum & heredem fieri? VINN. Recte. Nam dum heres institutus est servus communis hereditatem totam adquirit domino socio: dum sine libertate institutus, servus ipse pro parte fit heredis, qui in jus defuncti succedit. Fr. Balduino Tribonianismum observanti in *l.* 63. §. 3. *ff. pro soc.* jam respondit vir clar. Schultingius ad Ulpianum *pag.* 637. HEIN.

5. De servo in quo testator nudam proprietatem alius usumfructum habet, ait hoc loco Justinianus eum etiam proprium intelligi testatoris, idque convenienter rationi juris, *l.* 25. *de verb. sign.* Et ergo etiam hic servus à domino nudæ proprietatis heres institutus, sive cum libertate sive simpliciter, ex constitutione Justiniani & liber & heres erit, *d. l. pen. C. de nec. serv. her. inst.* Neque enim quod de servo communi simpliciter instituto diximus, socium per eum heredem fieri, locum habet in fructuario, cui hereditas adquiri non solet, §. 4. *Inst. sup. per quas pers.* Quid ergo fiet de fructuario? An liber factus nihilominus operas fructuario interim præstare tenebitur, atque ex re ejus adquiret quamdiu durat ususfructus; an vero pretio ususfructus dato defungetur? Illud, si sequimur constitutionem *l.* 1. *C. comm. de man.* Hoc, si putamus ad hunc servum etiam pertinere quod pauco tempore post de communi servo constitutum est, *l.* 1. *C. de com. serv. man.*

6. *Est tamen casus &c.*] Refertur hic ex *l.* 48. §. 2. *hoc tit.* casus singularis quo servus proprius heres institui non potest, ne cum libertate quidem, cui locus est in muliere adulterii postulata. Hæc prohibetur servum suum suspectum criminis ante finitam cognitionem manumittere: quod ideo provisum est, ne mancipium per manumissionem quæstioni subducatur, *l.* 12. *qui & á quib. man.* Cum igitur lex manumissionem & libertatem impediat, nec institutio heredis in hujusmodi servum collata valere potest. Ait, *servum adulterio maculatum*, id est, suspectum, famâ & opinione vulgi inquinatum: siquidem duos adulterii reos simul marem & feminam ex eadem causa fieri lex Julia vetabat; ordine tantum peragi poterant, *l.* 8. *C. ad leg. Jul. de adult.* ac proinde etiam in *d. l.* 48. §. 2. unde hæc sumta sunt, eodem modo ut hic legendum esse arbitror; non ut ibi, *adulterii accusatum.* Theophilus vertit ἔνοχον ὁ τα τῇ μοιχεία, *obnoxium*, *implicitum* non dixit, κατηγορούμενον (*accusatum*).

7. *Alienus servus in quo usumfructum &c.*] Igitur hic servus à fructuario heres institutus nec heres nec liber erit, sed hereditatem adquiret proprietario adinstar servi plane alieni, §. *seq. vers. alienus quoque.* Et vero 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 Justinianeæ, *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 fructuarii jus illius omne extinguitur.

TEXTUS.

Si servus heres institutus in eadem causa manserit vel non.

1. *Servus autem à domino suo heres institutus, siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber heresque ei necessarius. Si vero á vivo testatore manumissus fuerit suo arbitrio adire hereditatem potest, quia non fit heres*

res necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequatur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet, & ea ratione per eum dominus fit heres: nam ipse alienatus neque liber neque heres esse potest, etiamsi cum libertate heres institutus fuerit, destitisse enim á libertatis datione videtur dominus qui eum alienavit. Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hereditatem debet. Si vero 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 hereditatem.

LL. 3. & 25. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Servo proprio herede instituto, quis circa adquirendam hereditatem institutionis effectus. Et num. 2.*

3 *Quid circa idem instituto servo alieno.*

1. HOc constituto, non minus servos posse heredes institui quam homines liberos, porro nunc quæritur de effectu institutionis servi circa adquisitionem hereditatis, primum in servo proprio, deinde & in alieno. In utroque autem ita distinguitur, ut referat utrum in eadem conditione servus manserit an non manserit, propterea quod vel manumissus sit vel alienatus. De servo proprio herede instituto ait, *Siquidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber heresque necessarius.* In eadem causa, hoc est, in eadem conditione servitutis, ut neque à domino post factum testamentum manumissus neque alienatus fuerit. *Heres necessarius*: ideo sic dictus, quia sive velit sive nolit post mortem domini protinus liber & heres fit, §. 1. *Inst. inf. de her. qual.* Quod cum in eorum gratiam initio institutum esset, qui cum solvendo non essent, ignominiam bonorum venditionis in heredes suos derivare quam suæ memoriæ reservare malebant, §. 1. *Inst. sup. qui & ex quib. caus. man.* postea generaliter obtinuit, ut ostendit hic locus. Ratio autem hujus rei aliud dubie hæc est: quod cum honori testatoris nonnihil decedat si repudietur ejus hereditas, visum sit id servo licere non debere, in quem testator simul cum hereditate contulit inæstimabile beneficium libertatis. Quin etiam ex constitutione juris civilis libertas & hereditas ita conjuncta sunt, ut neutrum separatim servo adimi possit, neque libertas sola, neque sola hereditas, *l.* 13. §. 1. *de lib. & postum. l.* 6. §. *ult. hoc tit.*

2. *Quod si á vivo testatore manumissus &c.*] Casus contrarius, quo scilicet servus proprius heres institutus in eadem conditione non mansit duplex est: vel quia post factum testamentum manumissus est, vel quia alienatus. Manumissus suo arbitratu hereditatem adibit: quia non fit heres necessarius qui hereditatem dumtaxat non etiam libertatem ex testamento domini consequitur, *l.* 90. *hoc tit. l.* 6. §. 3. *eod.* Utique tamen probe facturus est si pro beneficio libertatis antè adeptæ hanc gratiam patrono referat, ut suscipiat ejus hereditatem. Alienatus nec liber nec heres fit, etiamsi cum libertate heres 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 hereditatem adquiret, *l.* 9. §. 16. *l.* 50. *hoc tit. l.* 47. *de cond. & dem. l.* 91. §. 3. *de legat.* 1. Enimvero si testator eum postea redemerit, reviviscit, ut ita dicam, libertas & institutio, *d. l.* 9. §. 16. *d. l.* 50. *hoc tit.* Hinc autem intelligimus regulam juris civilis traditam *l.* 13. §. 1. *de lib. & post.* tunc solum procedere cum servus in eadem causa manet: nam si alienatus fuerit, necesse est fateri inutilem esse libertatis dationem; quod & Viglius notat.

Alienus quoque servus] Supra dictum est etiam servum alienum heredem institui posse; ceterum sustineri institutionem non ex persona servi sed ex persona domini, civis scilicet Romani, quasi ille ipse mediate 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, cum alioqui cum servis non sit testamenti factio, *l.* 31. *hoc tit. l.* 82. §. 2. *de legat.* 2. Nunc hic itidem de effectu istiusmodi institutionis quæritur, quemadmodum paulo ante quæsitum fuit de effectu institutionis servi proprii.

3. *Si in eadem causa &c.*] In alieno servo herede instituto iidem casus distinguuntur qui in proprio; nam aut mansit in eadem causa & dominium suum heredem facit, nempe si jussu ejus adierit, §. 3. *Inst. sup. per quas pers.* aut non mansit, vel quia alienatus est, & jubenti ei domino hereditatem adquirit,

rit cujus in potestate est tempore aditionis, *l.* 62. §. 1. *de adq. her. l.* 2. §. *ult. de bon. poss. sec. tabb.* quo loco Jurisconsultus ait, hereditatem sive bonorum possessionem ambulare cum domino: vel quia manumissus est, quo casu suo arbitrio hereditatem adire eamque sibi adquirere potest, Ulpian. *in fragm. tit.* 22. §. 11. Et igitur licet persona domini in hujusmodi institutionibus inspiciatur ut sit cum servis testamenti factio: videtur tamen simul & personæ servi ratio haberi, fac. *l.* 82. §. 2. *de legat.* 2. *l.* 5. *de serv. legat. l.* 40. *hoc tit.* Illud notandum est, servum alienum cum libertate frustra heredem institui, in tantum ut etsi is postea testatoris esse cœperit nihilo magis liber aut heres fiat, *l.* 49. *hoc tit.*

TEXTUS.

De servo hereditario.

2. *Servus etiam alienus post domini mortem recte heres instituitur: quia & cum hereditariis servis testamenti factio est. Nondum enim adita hereditas personæ vicem sustinet, non heredis futuri sed defuncti: cum etiam ejus qui in utero est servus recte heres instituitur.*

L. 2. in fin. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Diversa consideratione recte dici, jacentem hereditatem repræsentare & personam defuncti & personam heredis.*

2 *Cur servus postumi alieni heres institui potuerit, ipse postumus alienus non potuerit.*

CUm servi alieni institutio, ut dictum est, sustineatur ex persona domini, quæsitum est an servus alienus recte heres instituatur etiam post mortem domini, hoc est, servus hereditarius? Dubitandi causa ex eo quod in proposito persona domini, qui nullus est tempore facti testamenti, *l.* 64. *hoc tit.* servo accommodari non possit. Placuit tamen nihilominus recte hunc servum heredem institui, quasi per interpositam hereditatem à defuncto adhuc, ut ita dicam, personetur: quippe hereditatem jacentem defuncti locum interim obtinere, & pro domino tantisper fictione juris haberi, *l.* 31. §. 1. *hoc tit. l.* 34. *l.* 61. *de adq. rer. dom. l.* 13. §. 2. *ad leg. Aquil. l.* 15. *ff. de inter. in jur. l.* 9. *C. depos.* cum similib.

1. *Non heredis futuri sed defuncti*] Hoc totidem quoque verbis traditur, *d. l.* 34. *de adq. rer. dom.* alibi simpliciter dicitur, hereditatem obtinere defuncti locum, *d. l.* 31. *hoc tit.* & *inf. tit. Inst. de stip. serv. in pr.* Apud Pomponium tamen contrà scriptum legimus, hereditatem interim sustinere personam heredis, *l.* 24. *in fin. de novat.* quod & ratio juris efficere videtur. Siquidem qui postea heres extitit ex mortis tempore defuncto successisse intelligitur, sive quod idem valet, retro agitur hereditas quamvis postea adita, & cum tempore mortis continuatur, *l.* 54. *de adq. hered. ll.* 138. & 193. *de reg. jur.* Sunt qui putant, non satis inter Veteres hac de re convenisse, inter quos & D. Hotomannus est. Nolim ego temere eo decurrere. Videamus an non utrumque recte dici possit, hereditatem repræsentare & personam heredis & defuncti, diversa consideratione. Etenim si eventum spectamus aditæ hereditatis persona heredis repræsentari recte dicitur; hac enim consideratione servus hereditarius recte stipulatur heredi futuro, *l.* 28. §. *ult. l.* 35. *de stip. serv.* nullamque vim habere dicitur stipulatio servi hereditarii nisi adita sit hereditas, *l.* 73. §. 1. *de verb. obl.* item per servum adquiri hereditati, ac per hoc etiam heredi postea facto, *inf. tit. Inst. de stip. serv. in pr.* At si inspicimus tempus illud quo servis hereditarius heres instituitur, nimirum jacentis hereditatis, si actum valere volumus necesse est dicamus hereditatem sustinere personam defuncti; neque enim actus in suspenso esse potest; & incertum est an is qui scriptus est unquam heres extiturus sit; idque Gajus significat, *l.* 33. §. *ult. de adq. rer. dom.* cum ait, quotiens servus hereditarius stipulatur vel per traditionem accipit, actum ex persona defuncti vires sumere. Eademque consideratione Paulus in *l.* 52. *hoc tit.* servum hereditarium institui posse ait, si modo testamenti factio cum defuncto fuerit, licet cum herede instituto non sit. Et igitur hereditas qua jacens considerata defunctum repræsentat, adita retro videtur repræsentasse personam heredis.

2. *Cum etiam ejus qui in utero est servus*] Confirmat quod de institutione servi alieni post mortem domini dixerat, exemplo servi cujus dominus in utero est, sive servi postumi alieni; nam & hunc servum ait recte heredem institui. Javolenus contrà, hoc ex illo

illo probat, *l. 64. hoc tit.* Hic iterum videtur obstare ratio juris utique veteris, quo jure postumus alienus heres institui non potuit, *inf. pr. tit. Inst. de bon. poss.* Hoc enim posito, consequens omnino videtur nec servum hujus postumi recte heredem institui; cum, ut jam aliquoties dictum, testamenti factio cum servis ex persona domini introducta sit. Sed animadvertendum est, servum hic dici ejus qui in utero est, respectu habito ad casum quo is natus & heres factus erit; institutionem vero vires capere non ex persona ejus qui in utero est, sed defuncti, cum quo sufficit testamenti factionem fuisse, etiamsi cum herede scripto non sit, *l. 52. hoc tit.* Adhæc in universum institutio servi alieni non ita comparata est, ut institutus semper dominum in cujus potestate est tempore facti testamenti heredem faciat; nam alienato eo novus dominus heres fit; manumissus ipse ad hereditatem admittitur: quod & tunc obtinet, cum servus ejus qui capere non potest institutus est, *l. 82. de adq. her.* atque hinc clarissime patet verum esse quod diximus sub §. *præc.* in his servorum institutionibus etiam servorum qui instituuntur personam spectari.

TEXTUS.

De servo plurium.

3. *Servus autem plurium cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus heres unicuique dominorum cujus jussu adierit, pro portione dominii adquirit hereditatem.*

L. ult. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

DE servo communi herede instituto ab uno ex dominis egimus in explicatione principii hujus tit. sub fine: hic agitur de servo plurium qui heres institutus est ab extraneo. Ait, hunc servum unicuique dominorum cujus jussu adierit hereditatem adquirere, idque non pro parte virili, sed dominica. Jussum domini præcedere debere constat, ac sine eo servum hereditatem adeundo nihil agere; de quo sub §. 3. *Inst. sup. per quas pers.* Quid ergo si unius jussu adierit? Ne sic quidem hunc interim pro majore parte quam dominica heredem faciet; ceterum sociis postea non jubentibus adire, tacito jure partes ei accrescent, *l. 67. de adq. her.* add. *l. ult. de vulg. & pup. l. 50. de legat. 1. §. ult. Inst. inf. de stip. serv.*

Cum quibus testamenti factio] Hoc additum, quia ut jam sæpe diximus quos ipsos heredes instituere non possumus, eorum nec servos possumus, *l. 31. hoc tit.* Exceptio quod servi eorum qui non absolute incapaces sunt, sed κατά τι (*secundum quid*) dumtaxat, cujusmodi olim erant feminæ, orbi, cœlibes, vid. *sup. pr. hujus tit.* instituti ab eo ex cujus testamento domini capere non possunt, & antequam dominorum jussu hereditatem adeant alienati, novum dominum heredem faciant; manumissi ipsi ad hereditatem admittantur, modo nihil in fraudem legis factum sit, *l. 82. de adq. her.* fac. *l. 55. §. 1. de legat. 2.*

TEXTUS.

De numero heredum.

4. *Et unum hominem & plures usque in infinitum quot quis heredes velit facere licet.*

COMMENTARIUS.

Usque in infinitum] Εἰς ἀπέραντον. Infinitum autem accipi pro indefinito incertoque heredum numero, non pro multitudine quæ extremis careat: quomodo & alibi sæpe hoc verbum usurpatur, *l. 68. §. 1. de rei vind. l. 4. §. 2. de in lit. jur.* Sensus igitur hujus §. est, posse testatorem tot heredes instituere quot ei placuerit: nimirum certum numerum heredum 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.* Plane illud crediderim defendi posse cum D. Viglio, Rempub. institutam videri si quis simpliciter cives universos instituerit; & valere hujusmodi institutionem quando permissum est Rempub. aut civitatem heredem instituere. Non enim idem hic semper jus obtinuit. Legimus Reges aliquot exteros populum Romanum sibi heredem instituisse. Idem fecit & Flora meretrix. Plinius vero *lib. 5. epist. 7. ad Calvisium* scribit, palam esse nec heredem institui nec percipere Rempub. posse. Ab eo jure postea iterum recessum. Confer

fer Ulpian. *in fragm. tit.* 22. §. 4. & *tit.* 24. §. 26. *ll.* 2. & 20. *de reb. dub. l.* 26. *ad sen. Treb. l.* 122. *ff. de legat.* 1. *l.* 12. *C. hoc tit.* VINN. Poterat Respublica institui jure gentium. Et talis hereditas fuit Attali populo Romano relicta. Talis & Volcatii Moschi exsulis relicta Massiliensibus. Tacit. *annot. lib.* 4. *cap.* 43. Pertinuit itaque hæc prohibitio ad municipia, quæ jure civili tenebantur, non ad civitates αὐτονόμους (*liberas*). Præclara sunt quæ in hanc rem disserit amicissimus olim collega Nic. Hier. Gund. *diss. de Principe herede cap.* 3. §. 2. *seq.* HEIN. Hodie Respublica, civitas, Ecclesia & hujuscemodi alia corpora politica recte heredes instituuntur, *l.* 2. *tit.* 3. *Part.* 6.

TEXTUS.

De divisione hereditatis.

5. *Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quæ assis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assem; ut puta hæc, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot unciæ assem efficiunt quot testator voluerit; & si unum tantum quis ex semisse (verbi gratia) heredem scripserit totus as in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus & ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles cujus sola voluntas in testamento spectatur. Et è contrario potest quis in quantascumque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere.*

L. 16. *tit.* 3. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Assis ejusque partium usus quam frequens & quibus in rebus fuerit.*

2 *Licere testatori in quot voluerit partes hereditatem distribuere.*

3 *Quod unus tantum vel ex certa parte hereditatis vel ex certa re institutus omnium bonorum heres fiat, magis esse ex subtilitate juris quam ex defuncti voluntate.*

4 *Quam rationem habeat quod jus civile non patitur eumdem testato & intestato decedere.*

5 *An testator possit prohibere jus accrescendi.*

6 *In militaribus testamentis regulæ superiori non esse locum.*

7 *Quantum mores hodierni dissideant à jure civili Romanorum.*

SEquitur pars altera hujus tit. in qua agitur de eo quod vel unus vel plures heredes scripti ex ratione juris & voluntate testatoris consequantur: quæ res ut commodius proponi & perfectius intelligi possit, ante docere voluit in quot partes hereditas plerumque dividatur, civili scilicet & solemni distributione, earumque partium indicare nomina, quo ea in numerato haberent studiosi disciplinæ juris; idque fecit verbis Ulpiani in *l.* 50. §. *ult. hoc tit.*

In duodecim uncias quæ assis appellatione] As in re nummaria est minimus æris nummus. Hinc illa, ad assem reddere, ad assem omnia perdere. Cum sermo est de ponderibus, de divisione hereditatis aut fundi, solidum, id est, totum quid sive integrum significat constans ex duodecim unciis, & nimirum idem quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa, ex asse possidere, *l. pen. qui satisd. cog.* in assem vindicare, *l.* 40. §. 1. *de legat.* 3. Heres ex asse, pro quo etiam *libella* dixit Cicero *lib.* 7. *ad Attic.* & alia plura ejusdem generis. Scribit Volus. Metianus *lib. de pond. in pr.* necessariam cognitu esse assis in suas partes distributionem, non solum propter institutionem plurium heredum, sed etiam propter innumera alia.

1. Etenim assis ejusque partium & omnino numeri duodenarii frequentissimus apud Romanos usus fuit, non tantum in hereditatibus ponderibus aut mensuris, verum etiam in divisione corporum, veluti fundi, *l.* 8. *de rei vind. l.* 39. §. 2. *de evict.* item rerum incorporalium, ut obligationum & actionum, §. 9. *Inst. inf. de fideic. her.* Usuras quoque Romani partibus assis distinguebant, easque partiebantur in uncias, sextantes, quadrantes, trientes, quincunces, semisses, besses &c. ut videre est *l.* 7. §. 10. *l.* 47. §. 4. *de adm. tut. l.* 21. §. 4. *de ann. legat. l.* 3. §. *ult. ad leg. Falc. l.* 102. §. *ult. ff. de solut. l.* 26. §. 1. *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 hujus numeri, quæ à Jurisperitis tradita non est, Duarenus *lib.* 2. *disp.* 36. ex Galeno profert, nimirum quia nullus alius numerus in tot partes tam commode dividatur; καὶ γὰρ ἥμισυ ἔχει, καὶ δίμοιρον καὶ τέ-

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 partium proponit. Varro *lib. 4. de ling. Lat. sub fin.* nominum rationem reddit, originemque explicat; sed melius Salmas. *de mod. usur. p. 251.* Illud sciendum est, hereditatem etiam dividi in partes naturales, veluti in duas dimidias, *l. 2. §. 7. de collat.* in tres tertias, in quatuor quartas, §. 8. *inf. hoc tit.* in sex sextas, *l. 76. de adq. her.*

2. *Quot testator voluerit*] Licet solemnis & usitata assis distributio in duodecim partes sive uncias, uti dictum est, fiat: potest tamen paterfam. eam distributionem non sequi, atque in tot partes unciasve hereditatem distribuere in quot voluerit, sive in plures sive in pauciores, *l. 13. §. 1. 2. 3. & ult. hoc tit.* Proinde si, verbi causa, tres heredes scripserit singulos ex quincunce, rata est patrisfam. voluntas, ut substantiam suam partiti in quindecim uncias. Et si duos tantum, unum ex triente, alterum ex quadrante heredes scripserit, videbitur in partes septem hereditatem divisisse, *d. l. 13. §. ult. l. 18. eod. l. 13. in pr. de lib. & post.* 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 quidquam significasset, in tres partes videri voluisse hereditatem 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 resolvitur, *d. l. 13. §. 1. hoc tit.* VINN. Non absona videtur viri doctissimi A.A. Pagenstecheri conjectura in *aphor. jur. hoc tit. §. 109.* hanc assis distributionem arcessentis à ritu testandi per æs & libram: saltim as videtur datus pro asse hereditatis. Eo vero cum totus as hereditatis emeretur: posses inde & rationem reddere antiqui axiomatis: *nemo potest pro parte testatus pro parte intestatus decedere.* HEIN.

3. *Si unus ex semisse, totus as in semisse*] Quando unus tantum heres scriptus est, licet ex certa parte hereditatis, puta triente, semisse, vel etiam minima, is perinde ac si ex toto asse institutus esset, omnium bonorum hereditatem consequitur. Ceterum magis, ut opinor, ex subtilitate juris & propter regulam, qua nemini partim testato partim intestato decedere permittitur, quæ etiam mox pro ratione subjicitur, quam ex voluntate defuncti, quæ non tam facile ejusmodi interpretationem admittit, ubi unus tantum non dato coherede ex parte aliqua scriptus est, quam ubi plures ex pluribus. Nam si, verbi gratia, tres, singuli ex uncia scripti sunt, commodissime dicitur arbitraria distributione testatorem usum, atque in tres partes æquales universam hereditatem divisisse; quod secus est si unum tantum institutum proponas in quadrante sive quarta hereditatis parte. Quamobrem 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 dict. regulam quæ non militum sed paganorum potestatem coërcet, & uno tantum herede in certa assis parte instituto à pagano, hanc partem reliquas ad se trahere; si à milite, residuum heredes ab intestato laturos recte judicavit D. Viglius: quod & in Græcis Institutionibus diserte expressum est, & tantum non etiam in *l. 19. de test. mil.* Quod si quis solus institutus fuerit non ex parte aliqua hereditatis sed ex re certa, puta ex fundo, perinde quasi simpliciter ac sine ulla rei mentione scriptus esset, & hic bonorum omnium hereditatem obtinebit, *l. 41. in fin. de vulg. & pup.* Nam cum harum rerum quædam inter se pugna sit, successionis universi juris cujusmodi est hereditas, & adquisitionis rei singularis: potestate juris detrahitur rei mentio, & heredi sic quasi universaliter institutus esset succurritur, *l. 1. §. 4. l. 9. §. 13. hoc tit.* Sed & hoc secus 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.*

4. *Ex parte testatus ex parte intestatus*] Jus nostrum non patitur, inquit Pomponius, eumdem in paganis testato & intestato decessisse, *l. 7. de reg. jur.* quasi hæc duo testatus & intestatus inter se naturaliter pugnent, tamquam ajentia & negantia; & ideo eidem inesse, aut de eodem subjecto vere pronuntiari non possint, ex regula Logicorum de oppositione. Et quidem sine manifesta & natu-

turali rerum pugna dici non potest unum atque eumdem in totum, aut secundum eamdem partem, & testatum & intestatum decessisse; at nihil prohibet lex oppositionis, quominus dicamus eumdem testatum & intestatum decessisse, non secundum idem sed secundum partes diversas. Verum ut hìc quoque pugna sit efficit subtilitas juris civilis, per quam heres 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 heredes diversi generis partim ex testamento partim ab intestato; sed quisquis heres 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. cap. 21. unius pecuniæ plures dissimilibus de causis heredes esse non posse; nec umquam factum esse, ut ejusdem pecuniæ alius testamento alius lege heres esset.* Cujus rei hanc rationem affert Gomez *1. resol. 3. n. 3. & 10. n. 27.* quod absurdum sit, per qualitates contrarias quæ in uno & eodem homine naturâ esse non possunt, unum & eumdem per fictionem quæ naturam imitatur, §. 4. *Inst. sup. de adopt. l. 5. de acceptil.* repræsentari. Vid. & D. Hotom. *hìc.* Ego autem arbitror, *naturaliter* in *d. l. 7. de reg. jur.* 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 naturæ hæc est, ut qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur*: id est, lex consuetudinis generalis deducta 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 porro regula descendit, quamquam non tamquam ex causa proxima aut adæquata, jus accrescendi inter plures heredes testamentarios, videlicet ut uno deficiente pars ejus accrescat ceteris qui heredes extiterunt, *l. unic. §. 10. C de cad. toll. l. 59. §. 3 hoc tit.* Plane illud fieri potest, ut qui ab initio in totum testatus decessit, cujusque hereditas semel ex testamento adita fuit, ex accidenti & post facto pro parte intestatus vi ipsa efficiatur, heredique scripto portio emolumenti auferatur, rescisso pro parte testamento per querelam inofficiosi, *l. 15. in fin. l. 24. & l. seq. §. 1. de inoff. test.* Ceterum hoc regulam non subvertit: quippe cui satisfactum est, si ejus qui testamento jure ab initio facto decessit, hereditas ex testamento adita fuerit; ad ea quæ postea 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.

5. Sed quid si testator adscripserit nolle se ut heres scriptus reliquas partes ferat, & jus accrescendi expresse prohibuerit? Et quidem quemadmodum nemo sine observatione legum testamentum condere potest, *l. 4. qui test. fac. l. pen. §. 2. de castr. pec.* ita nemo quoque in suo testamento cavere potest ne leges in eo locum habeant, *l. 55. de legat. 1.* ut illud omnino manifestum sit, testatorem nulla cautione efficere posse ut contra regulam juris civilis dissimiliter ei succedatur, & ex testamento & simul ab intestato. Alterutrum ergo dicamus necesse est, vel cum Bart. in *l. 9. §. 13. hoc tit. & in l. 29. ad senat. Treb.* totum testamentum ob eam prohibitionem collabi; utique tamen heredes ab intestato teneri quasi ex fideicommisso partem testamento expressam restituere heredi scripto: vid. Gomez *1. resol. 10. n. 10 & seq.* vel rato manente testamento prohibitionem insuper habendam, residuasque partes quamtumvis vetante testatore accrescere heredi instituto: quæ sententia rationi juris magis consentanea est, ut ex iis quæ jam dicta sunt perspicue patet, & numero etiam suffragiorum vincit, testibus Vigl. *hìc* Clar. §. *testamentum quæst. 74.* Christin. *vol. 4. decis. 11. n. 6.* Non obstat huic sententiæ quod Ulpianus in *l. 9. §. 13. hoc tit.* scribit, & Vasquius *lib. 1. de succ. creat. §. 2. n. 6.* objicit, institutos ex certis rebus, quasi simpliciter instituti sint hereditate potiri, nisi voluntas patrisfam. manifestissime refragetur: quippe qua clausula non hoc Jurisconsultus significat, si testator prohibuerit reliquam hereditatem accrescere institutis, ob id aut vitiari institutionem aut partes eas relinquendas legitimis successoribus; sed quod scripti ex inæqualibus partibus certæ rei, qui alioqui ex ratione juris ex æquis partibus heredes forent, perinde ac si nec res nec partes nominatæ essent, *d. l. 9. §. 13. & l. seq.* in manifesta testatoris voluntate heredes 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 quam officio arbitri familiæ erciscundæ, *l.* 35. *in pr. eod.* Est tamen & media sententia, quam proponit & tuetur Salicetus in *l.* 13. *C. de her. inst.* & à qua non abhorret doctissimus Bachovius, nimirum prohibitionem supra dictam non efficere quidem quominus heres scriptus ipso jure ex asse heres fiat; ceterum hanc ejus vim esse, ut heres ille partes reliquas quas accrescere testator noluit, tamquam ex fideicommisso teneatur restituere iis qui ab intestato ad hereditatem ejus venissent, ducto argumento à simili, quale proponitur *l.* 7. *l.* 17. & *l.* 29. *ad sen. Treb.* & §. 3. *Inst. inf. quib. mod. test. inf.* Et hæc sententia mihi quoque non adeo displicet: quoniam favet voluntati morientium salva ratione juris; eoque accommodari potest clausula in *d. l.* 9. §. 13. de qua paulo ante. Mediam sententiam excogitavit & Viglius noster; sed ille dum servare cupit voluntatem testatoris manifeste facit adversus rationem juris, comminiscendo tacitam legitimorum heredum in partibus, quas testator scriptum heredem habere noluit, institutionem: qualis institutio jure nostro penitus incognita est; quod cum nec ipse dissimulare audeat, mihi argumento est, eum quoque omnino & sine cunctatione in Saliceti opinionem transiturum fuisse, si quis modo eam proposuisset.

6. *Nisi sit miles, cujus sola voluntas*] Quæcumque subtilitatem magis quam naturalem rationem habent, ea in militaribus testamentis eorumve interpretatione locum non habere ostendimus supra *tit. Inst. de mil. test.* Inter hæc autem est & regula proposita, quæ prohibet eumdem ex parte testato & intestato decedere; & ideo de paganis tantum eam concepit Pompon. *l.* 7. *de reg. jur.* Igitur si miles, verbi causa, unum ex fundo heredem scripserit, non detrahitur potestate legis mentio fundi, sed quantum ad residuum patrimonium intestatus decessisse intelligitur & locus fit legitimis heredibus, *l.* 6. *ff. de test. mil. l.* 2. *C. eod.* quod & tunc obtinere credimus, quando unum heredem scripsit ex parte aliqua hereditatis, per *l.* 19. *d. tit.* Sed etsi plures heredes instituerit & unus omiserit hereditatem, pars omissa ad alios non redibit, sed deferetur heredibus ab intestato, nisi contraria ostendatur militis voluntas, *l.* 37. *eod.* Et quod juris est in portione bonorum, hoc idem obtinet & in temporis spatio, ut usque ad certum tempus vel ex certo tempore heredem miles instituere possit, ut quo tempore heres scriptus non est intestati hereditas deferatur, *l.* 15. §. 4. *l.* 41. *in pr. eod.* vid. Duar. ad *tit. de test. mil. cap.* 4. Sich. *ad l.* 1. 2. & 3. *C. eod.*

7. In Belgio generali consuetudine passim receptum est, ut unicuique liceat partim testato partim intestato decedere contra dispositionem juris Romani. D. Grot. 2. *man. cap.* 18. Gudelin. 2. *de jur. noviss. cap.* 5. Christin. *vol.* 1. *decis.* 51. *n.* 48. & *seqq.* & *decis.* 312. & *vol.* 4. *decis.* 10. *n.* 3. Zypæ *not. jur. Belg. de testam. in pr.* Unde quæsitum est, an per hoc censeri debeat abolitum quoque esse jus accrescendi. Et quidem ubi unus tantum ex re certa vel parte aliqua hereditatis institutus est, non magis hic moribus nostris residuum accrescet heredi scripto, quam jure civili Romanorum in eadem specie ex testamento militis; sed ad heredes ab intestato pertinebit, arg. *l.* 6. *l.* 19. *ff. de test. mil. l.* 2. *C. eod.* idque etiam fatentur Christin. *d. decis.* 3. 2. & Gudelin. *d. loc.* quoniam, ajunt, in hujusmodi casibus jus accrescendi non ex conjunctione aut voluntate testatoris sed ex legis potestate proficiscitur. Idemque haud dubie 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 §. 8. *Inst. 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 heredes pertinere. Sed & si, verbi gratia, plures simpliciter instituti sunt aut in eamdem partem hereditatis vocati, & unus defecerit: adhuc dicendum videtur, non aliter partem deficientis jure consuetudinario ceteris accrescere debere, quam si ex verisimilibus saltem conjecturis appareat eam fuisse voluntatem defuncti: cujus rei probatio coheredibus incumbat, ne contra voluntatem defuncti pro parte omissa intestati aut exitum intestati passi, plus ad eos redeat quam eis datum est. Hanc enim interpretationem in eadem specie Veteres secuti sunt in testatore milite, *l.* 37. *ff. de test. mil.* cui non obstat *l.* 1. *C. eod.* quia ibi ex parte heres institutus proponitur, qui & ipse militi ab intestato successurus erat, nimirum frater militis; & ideo nisi alii heredes ab intestato probent militem noluisse ea bona de quibus quæritur ad fratrem institutum pervenire:

por-

portio deficiens hac ipsa ratione ad fratrem pertinebit, quia pro ea parte miles intestatus decessit. Cæterum contraria sententia prævaluit hac ratione, quasi jus accrescendi in proposito non descendat ex potestate juris sed ex voluntate testatoris, quæ ex sola conjunctione æstimetur. D. Grot. 2. *manuduct. cap.* 23. Gudelin. *d. cap.* 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 heredes legitimi de contraria voluntate testantis docuissent, arg. *l.* 1. *C. de test. mil.* in dubio enim hanc præsumtionem fuisse quod miles uti voluerit jure communi: qui perspicuus error est; nec Veterum hanc sententiam fuisse apparet ex *d. l.* 37. nam posito quod jus accrescendi ideo in militis testamento cessat quia militi concessum ut possit pro parte testato & pro parte intestato decedere: etiam ubi jure communi id permissum est idem est dicendum. Vid. Ant. Fab. *dec.* 72. *err.* 5. & 6. Don. in *d. l.* 1. *C. de test. mil.* Duar. *d. cap.* 4. Vasq. *lib.* 2. *de succ. prog.* §. 15. *n.* 100. & *lib.* 3. *de succ. creat.* §. 24. *n.* 41. & multis seqq. Vinn. Consultò hanc Vinnii disputationem retinui, quum apud Hispanos etiam dubitetur an sublatum sit jus accrescendi, *d. l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* nam cum ex ea possit paganus pro parte testatus pro parte intestatus decedere: jus accrescendi, quod ex potestate legis derivatur, ne quis parte testatus parte intestatus decedat, cessare videtur. Verumtamen cum *l.* 14. *tit.* 3. *Part.* 6. jus accrescendi expresse statutum sit, neque facile admittenda sit jurium correctio: *d. leg. Recop.* jus accrescendi non tolli tenet Burgos de Paz ad *l.* 3. *Tauri* (quæ est *d. l.* 1. *Recop.*) *n.* 857. & *seqq.* Oppositum tamen defendit Matienzo ad *l.* 2. *gloss.* 10. *n.* 46. quæ quidem sententia ex his quæ disputat Vinnius, verior omnino videtur. Addit.

Textus.

De portionibus singulorum heredum. Si testator assem non diviserit, aut partes in quorumdam persona non ultra assem expresserit.

6. *Si plures instituantur heredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si nolit testator eos ex æquis partibus heredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis ex æquis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorumdam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eamdem partem concurrunt. Si vero totus as completus sit, ii qui nominatim expressas partes habent in dimidiam partem vocantur, & ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nec interest, primus an medius an novissimus sine parte heres scriptus sit; ea enim pars data intelligitur quæ vacat.*

L. 17. *tit.* 3. *Part.* 6.

Commentarius.

1 *Inter institutos sine partibus pariter hereditatem 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 maxime conspicuus.*

Intelleximus quid juris sit si unus tantum heres scriptus proponatur, nimirum eum & solum heredem fore atque ex toto asse, non tantum si simpliciter aut sine parte scriptus sit, verum etiam si ex parte dumtaxat hereditatis, atque adeo si ex certa aliqua re. Pergit nunc hoc §. & 2. *seqq.* docere Imperator quid fiat pluribus heredibus institutis, quasque 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 hereditatis instituti, quidam indefinite 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. §. 12. *hoc tit.* qua de causa idem quoque servatur in re pluribus non expressis partibus legata *l.* 19. §. 2. *de legat.* 1.

1. Quinetiam eamdem voluntatis interpretationem æqualemque partitionem sequimur, & si qui sine partibus instituti sunt, non

non facto testamento in stirpes aut portionibus inæqualibus ab intestato fuissent successuri: quia testamento facto jam 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 Wesemb. *hic* & *in parat. eod. n. 6.* Mantic. *de conject. ult. vol. lib. 4. tit. 11. n. 11.* Illud in universum tenendum, si conjuncti & disjuncti commixti sint conjunctos unius personæ potestate fungi, *l. 34. de legat. 1. l. un.* §. 10. *vers. sin vero C. de cad. toll.* veluti in hac institutione: *Titius heres esto, Sejus & Mævius heredes sunto*: semissem Titius & tantum solus feret quantum duo conjuncti Sejus & Mævius, *l. 59.* §. 2. *hoc tit.* Conjuncti etiam & vel maxime sunt qui nomine collectivo instituuntur, *l. 13. in pr. ff. eod. l. ult. in fin. C. de impub. & al. subst.* de cujus conjunctionis potestate Mantic. *d. loc. n. 12. & 2. seqq.* Vasq. *lib. 3. de succ. prog.* §. 21. *n. 33.*

Partibus in quorumdam 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 quorumdam personis expressis adhuc aliquid assi deerit, id quod superest, 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. 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, ii qui nominatim expressas partes habent in dimidiam partem vocantur, & ille vel illi omnes in alteram dimidiam.* Nimirum cùm asse expleto alius sine parte heres scriptus est, hic quia ad nullam residuam assis partem restringi potest indefinite scripti institutio, verisimile est testatorem ad novum assem sive ad dupondium transire voluisse, atque in uncias 24. hereditatem distribuere. Et consequenter ergo qui sine parte scriptus est in alium illum assem veniet; aut si plures, omnes in eumdem, *d. l. 17.* §. 3. & 4. vel si dupondius ad assem revocetur, quo respexit Justinianus, venient indefinite scripti in semissem: eadem enim utrobique proportio est.

2. Similiter si quis dupondium distribuerit & tertium sine parte heredem scripserit, ad tripondium transitum fecisse intelligitur; & ideo qui sine parte institutus est in tertium assem veniet, sive re ad unum assem revocata in trientem, §. 8. *inf. hoc tit.* eaque mens est Jurisconsulti 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 solemnem unius assis rationem redacta efficiat semissem totius hereditatis, ut ille solus tantum capiat quantum alii omnes, uti fit cum quis sine parte scribitur expleto asse, de qua specie tractaverat §. 3. & 4. sed in eam partem dumtaxat, quæ ratione ad unum assem revocata efficiat illius assis trientem, atque in distributione testatoris sive in tripondio uni assi sive 12. tantum unciis ἀναλόγως (*proportionaliter*) respondeat.

3. Non est igitur ferenda Francisci Hotomanni confidentia, qui locum istum Jurisconsulti mendosum esse contendens, pro *trientem* reponi vult *tresem*, vel *tripondium*: quasi Jurisconsultus ita scripsisset, *Qui dupondio distributo sine parte institutus est, non in alium assem sed in tressem venit*: quæ oratio manifeste aut in totum falsa est, aut implicat contradictionem. Falsa, si tressem accipimus pro tribus assibus conjunctim sive pro unciis 36. in quas tota hereditas divisa proponitur; sic enim foret ut totum ferret solus qui sine parte scriptus est. Contradictionem 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*: aperte contraria est illa, *qui dupondio distributo sine parte scribitur venit in tressem*: si hoc est in tressem venire, in novum, in alium, in tertium assem venire. Quid est vero quod Hotomannum impulit ut textum hoc modo mutaret? Nimirum ut juvaret abnormem quamdam sententiam, cujus junior adhuc auctor fuit & quam refricuit jam senior summaque ope defendere conatus est *lib. 8. obs. cap. 2.* Putavit Hotomannus, quemadmodum asse completo is qui sine parte nominatus est in alterum assem venit reque ad unum assem revocata aufert semissem: simili modo impleto dupondio eum qui sine parte scriptus est, tripondio ad assem revocato semissem ferre debere; nec rationem pati ut hic tantum trientem,

tem, ille semissem ferat. Igitur Hotomannus cum huic opinioni suæ videret obstare dictum locum Ulpiani scriptum manifestissime in contrarium, lectionem loci ex cerebro suo mutavit, ut pro *in trientem venit*, substituerit *in tressem venit*: quæ verba, si Hotomanno credimus, significabunt, aufert pro portione sua indefinita ex tresse 18. uncias. Sed nihil est quod cum ratione aut proportione magis pugnet quam hæc Hotomanni opinio; nec hilum proficit mutata lectione: quippe cum in tressem venire duobus tantum modis quis dici possit, & iis quos paulo ante indicavi. Miror virum alias acutissimum non potuisse videre harum rerum minime obscuram dissimilitudinem. Quo plures in partes res quæque discerpitur, eo minus singuli ex toto ferant necesse est. Accidit hoc item in distributione hereditatis; ac proinde si hereditas distributa fuerit in uncias sive partes 36. ut in quæstione proposita, cum exhausto dupondio aliquis sine parte heres scribitur: non potest nec debet is cui pars adscripta non est tantum ex toto, hoc est, ex hereditate consequi, quantum is qui asse solum exhausto similiter sine parte scriptus est, ubi hereditas divisa est solummodo in uncias 24. Quid enim tam manifestum est, quam minores esse uncias in tripondio quam in dupondio, atque in hoc iterum minores quam in asse; omninoque ratione ad assem solemnem reducta unam unciam proportione respondere duabus in dupondio, tribus in tripondio sive tresse? Sumamus exempla facillima & prope puerilia cum Hotomanno: *Primus ex* 12. *unciis heres esto. Secundus heres esto.* Hic secundus sine parte institutus habebit 12. uncias. *Primus ex* 12. *unciis. Secundus item ex* 12. *unciis heredes sunto. Tertius quoque heres esto.* Hic tertius iisdem habebit 12. uncias, sed quæ in asse juris non tantum efficiant quantum casu priori; illic enim singulæ semunciam, hic binas solum sextulas sive tertiam unciæ partem valent.

4. Error Hotomanni in reductione & detractionibus faciendis maxime conspicuus est. Is in proposita specie tertio sine parte scripto initio nihil; primo & secundo singulis partis suæ dimidiam detrahit, id est, uncias sex de duodecim, quot singulis adscriptæ, ut efficiat dupondium; in quo cum tertius 12. primus & secundus singuli 6. tantum uncias habere reperiantur: ita dupondium deinde ad assem revocat, ut primo iterum & secundo singulis partis suæ quam in dupondio iis reliquerat dimidia, id est, ternæ unciæ detrahantur, tertio senæ; ut unum hic semissem solus, alterum illi duo conjunctim consequantur. Quod minime ferendum est. Nam cum tertius interpretatione juris non minus in certam partem vocetur quam duo illi in quorum persona partes expressæ sunt, & vocetur in partem partibus expressis æqualem, æqualem quoque detractionem cum ceteris pati debet; ideoque in proposito si tres asses distributos ad unum redigere volumus, binæ reductiones, totidemque gradatim & pares in singulorum portionibus detractiones fiant: prima sit tripondii ad dupondium, in qua singulis detrahenda pars tertia, id est, unciæ quatuor; altera dupondii ad assem, in qua singulis, ut as relinquatur, detrahenda est dimidia. Denique eadem ἀναλόγως (*proportionaliter*) ratio est, cùm dupondio superato aliquis sine parte scribitur, & cùm dupondio non superato sed expleto tantum. Itaque ut illic in id quod tertio assi deest sine parte scriptus vocatur, *l.* 18. *eod.* ita hic integrum quidem assem tertium, at nihil amplius capere debet. Add. Ant. Fab. 5. *conj.* 20. Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disp.* 11. *thes.* 4.

TEXTUS.

Si pars vacet aut exsuperet.

7. *Videamus, si pars aliqua vacet nec tamen quisquam sine parte sit heres institutus, quid juris sit: veluti si tres ex quartis partibus heredes scripti sunt. Et constat, vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere, & perinde haberi ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent. Et ex diverso, si plures heredes scripti in portionibus sint, tacite singulis decrescere: ut si (verbi gratia) quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeatur ac si unusquisque ex quarta parte heres scriptus fuisset.*

LL. 17. *&* 18. *tit.* 3. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1. *Explicatur constitutio Justiniani* in l. 23. C. de legat.

HIc locus pertinet ad articulum tertium, cum heredes omnes instituti sunt ex certis partibus. In hoc articulo si testator solem-

lemnem assis distributionem secutus, non pauciores neque plures partes sive uncias fecerit quam duodecim, nihil est de quo dubitari possit. Tantum si pauciores vel plures fecerit, & juxta rationem juris ad duodecim distributionem revocare volumus, quæri potest, quantum cuique adjici vel detrahi oporteat. Placuit autem adjectionem vel detractionem non æqualiter & in partes viriles fieri, sed pro rata ejus 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 hereditaria parte.* Hoc clarius apparet, cum adscriptæ sunt partes inæquales; veluti si testator ita dixerit: *Titius ex quadrante, Mævius ex semisse heredes 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 necessario & eadem ratione qua uni heredi ex parte scripto reliqua hereditas accrescit; quia scilicet juris ratio non patitur ut eidem partim ex testamento partim ab intestato succedatur. VINN. Sed cum Hispanici juris ratio id ferat, pars vacans heredibus ab intestato deferetur. Vid. quæ diximus sup. ad §. 5. ADDIT.

Si quatuor ex tertiis partibus &c.] Hoc est, si quatuor instituti sint singuli ex triente sive ex unciis quatuor. *Tacite singulis decrescere*: pro parte item hereditaria, ut quadrantem singuli in asse ferant. Et igitur si duo scripti sint, primus ex 12. secundus ex 6. unciis: primus ex sententia Veterum habebit hereditatis bessem, secundus trientem, *d. l.* 13. §. 4. *hoc tit.* Et ἀπαλίγωι, si primus ex 12. secundus ex 8. aut 9. scripti sint: portio primi major erit sescuplo vel epitrito, quam secundi.

1. A qui tamen Veterum sententia videtur recessisse Justinianus, *l.* 23. *C. de legat.* nisi dicamus cum Donell. *lib. 6. comm. cap.* 22. interesse, utrum asse sive duodecim unciis primo relictis, mox semis aut sex unciæ secundo relinquantur simpliciter, an sex unciæ aut dimidia nominatim ejusdem rei, aut totius quod relictum est; & hoc posteriore casu locum dumtaxat 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 hereditaria accrescat quod dupondio deest. Sed & tot partes quot à testatore factæ sunt in divisione servari possunt ut singuli suas ferant, *l.* 15. §. *ult. l.* 47. §. 1. *l.* 87. *hoc tit.* VINN. Constitutio Justiniani binas tractat species: priore ponitur, Titium fundum Cornelianum uni legasse in solidum, deinde alteri partem ejusdem dimidiam. Hic Sabiniani sequendam putabant proportionem geometricam, *l.* 8. *ff de leg.* 1. *l.* 13. *ff de lib. & postum. l.* 13. *ff. de her. instit.* Proculiani autem præferebant proportionem arithmeticam. Hinc illi priori legatario bessem, alteri trientem; hi utrique partes æquales adjudicabant. Quorum sententiam probat Justinianus. Posterior species ponit, Titium fundum Cornelianum bis legasse uni, deinde semel alteri; vel eumdem fundum primum Mævio separatim, deinde Mævio & Sempronio conjunctim legasse: hic denuo quidam priori bessem, posteriori trientem; alii utrique partes æquales adjudicabant ob easdem rationes. Horum sententiam Justinianus confirmat. Merill. *in lib. decis. cap.* 29. *p.* 372. Nullo modo ergo hæc constitutio adversatur doctrinæ hujus §. in quo non de legato sed de asse hereditario quæstio est. HEIN.

TEXTUS.

Si plures unciæ quam duodecim distributæ sunt.

8. *Et si plures unciæ quam duodecim distributæ sint, is qui sine parte institutus est quod dupondio deest habebit. Idemque erit si dupondius expletus sit. Quæ omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum.*

Vid. l. 19. *tit.* 3. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Casus aliquot hic omissi recensentur.*

RECtius hic §. subjectus foret §. 6. propter convenientiam propositorum in utroque casuum, qui ad eumdem articulum, atque ex tribus in quos præsens disputatio divisa est ad secundum pertinent, nempe cum quidam definite quidam indefinite scripti

pti 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 heredem scripserit, is quod ex dupondio deest habebit, ad quem testator assem excedens transire intelligitur, *l.* 18. *hoc tit.* Quamobrem si ita scripserit, *Primus ux unciis* VIII. *Secundus item ex* VIII. *heredes sunto. Tertius heres esto.* Hic tertius item octo uncias quod dupondio desunt feret : Eadem ratione, si ita scripserit : *Primus ex sex, Secundus ex octo heredes sunto, Tertius heres esto* : Tertius decem quæ supersunt in dupondio habebit, *l.* 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 quincuncm feret.

Idemque 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; quamquam utriusque eadem ratio, & tam is qui asse aut dupondio expleto alium sine parte heredem facit ad dupondium vel tripondium creditur transiisse, quam 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.

1. Sunt & alii casus, qui ad institutam disputationem pertinent, à Triboniano omissi, & fortassis de industria : veluti (1) si quis solus institutus sit, non simpliciter aut ex parte hereditatis, sed ex re certa, puta ex fundo, quam institutionem valere placet quasi mentio fundi facta non esset, & institutum bonorum omnium hereditatem consequi, *l.* 1. §. 4. *hoc tit. l.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* de quo dixi §. 5. *sup. hoc tit.* (2) Si plures instituti omnes item ex re certa; atque hoc casu similiter mentio rei & partium quoque nominatarum potestate legis detrahitur, etiam tum 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 cuique in rebus assignavit testator, hereditas singulis adjudicetur, *l.* 9. §. 13. *l.* 10. junct. *l.* 35. *in pr. eod.* (3) Si plures instituti, eorumque quidam ex re certa, quidam simpliciter aut ex parte hereditatis. Hoc casu placuit solos heredes fieri qui simpliciter aut ex quota, uti loquuntur, scripti sunt : ex re singulari scriptos legatariorum loco esse, *l.* 13. *C. eod.* Cur vero tam varie? Nimirum ideo, quia ubi soli sunt instituti ex re certa, hic si testamentum subsistere volumus, atque ex eo quod utique testator voluit deferri hereditatem, necessario detrahenda est rei mentio, cum hæc simul stare non possint, heredem esse, hoc est, universi juris successorem, & rem tantum obtinere singularem. At vero cum concurrunt cum his alii recte heredes scripti vel indefinite vel ex certa parte hereditatis, nulla necessitas cogi ut mentionem rei ex qua unus aut plures scripti sunt detrahamus, cum rem illam habere possint tamquam ex legato, idque salva ratione juris & defuncti voluntate, quæ per coheredes simpliciter vel ex parte scriptos sustinetur. Plane si heredes universitatis defecerint; quod adire hereditatem noluerint, aut antè mortui sint, tunc ex communi opinione Doctorum in *d. l.* 13. idem per omnia erit ac si instituti ex re singulari ab initio soli fuissent; quamvis nonnulli hanc sententiam non aliter admittant quam si coheredes defecerint vivo adhuc testatore, quos sequitur Bachovius hic. Vid. Gomez 1. *resol.* 10. *n.* 13. Grass. §. *institutio quæst.* 22. *n.* 3.

TEXTUS.

De modis instituendi.

9. Heres & pure & sub conditione institui potest, ex certo tempore aut ad certum tempus non potest; veluti post quinquennium quam moriar, *vel* ex Calendis illis, *vel* usque ad Calendas illas heres esto. *Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, & perinde esse ac si pure heres institutus esset.*

L. 2. tit. 4. & l. 15. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Captatoria institutio quæ Veteribus dicta.*

2 *Suos heredes omnes sub alia conditione instituti non posse quam quæ 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 adjectus ut terminus á quo non suspendat institutionem, similiter ut adjecta conditio.*

5 *In testamentis diem omnem incertum conditionem facere.*

6 *An si cui bonorum omnium ususfructus legatus sit & post mortem ejus alius heres institutus, legatum valeat.*

HIc se nunc offert tituli hujus pars tertia, in qua tractatur de forma & modo heredes instituendi, deque iis quæ institutioni utiliter vel inutiliter adjiciuntur, sed non omnia quæ eo pertinent Imp. tangit, contentus quæ præcipua sunt de conditione & die adjectis quædam indicasse: ante quorum explicationem monendi sumus, ad formam Institutionis omnino 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 test.* & ibi DD. Deinde ita fieri debere ut de persona heredis certo constare possit, vel ex nomine vel ex indubitabili signo; alioqui vitiari institutionem, *l. 9. in pr.* junct. §. 8. *& seq. l.* 62. §. 1. *ff. hoc tit. l.* 4. *C. eod.* Item inutilem esse institutionem si testator non certo consilio heredem scribat, aut quid alienum captet.

1. Unde improbata Veteribus tum institutio quæ in alienam voluntatem confertur, veluti si quis dixerit, *Quos Titius voluerit heredes sunto*, *ll.* 32. *&* 68. *eod.* tum captatoria, quæ fit captandæ alienæ hereditatis causa, cum testator suam hereditatem tamquam in hamo defert ut allectet alienam: puta hoc modo: *Qua ex parte Titius me heredem faciet ex eadem mihi heres esto*, *l.* 70. cum *l. seq. eod. l.* 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 heredem fecit ex eadem heres esto*: quoniam in præteritum collata est, neque ad captandum, sed ad remunerandum comparata, *ll.* 71. *&* 81. §. 1. *hoc tit.* Sed nec institutiones quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt pro captatoriis habentur, *d. l.* 70. *eod.* Valent itaque haud dubie & mutuæ conjugum institutiones, D. Tuld. in *cap. de test. mil. n.* 9. ubi obiter refellit Joann. Deckherum hanc sententiam oppugnantem *lib.* 1. *dissert.* 7. VINN. *L.* 9. *tit.* 6. *lib.* 3. *for. legg.* non solum mutuæ conjugum institutiones adprobantur, sed etiam pacta de mutua successione, modo liberos non habeat. ADDIT. De captatoria institutione eleganter Menoch. *consil.* 408. Ant. Fab. *Cod. suo de her. inst. defin.* 11. post Cujac. 16. *obs.* 11. Duar. *cap.* 3. *hoc tit.* Nunc accedamus ad explicationem textus. VINN. Sed reliquorum omnium industriam superavit vir ill. Corn. van Bynkersh. *de captat. instit.* quæ dissertatio inter reliqua ejus opuscula habetur. HEIN.

2. *Sub conditione institui potest*] Conditio est adjectio qua in futurum eventum quod dari aut fieri volumus suspenditur; eaque vel possibilis est vel impossibilis. Impossibilis inutiliter institutione adjicitur & pro non scripta habetur, de quo mox: possibilis utiliter, ut suspendatur interim institutio, atque existente conditione vires capiat perindeque habeatur ac si pure facta esset; deficiente, evanescat & hereditas deferatur ab intestato. Solius persona filiifam. excipitur, qui vetatur sub alia conditione heres institui quam quæ in illius potestate sit, nisi sub contraria conditione exheredetur; ne si conditio deficiat, reperiatur contra legem præteritus, *ll.* 4. 5. 6. *&* 86. *hoc tit. ll.* 15. *& ult. de cond. inst.* Tantumdem nunc dicendum de ceteris liberis qui in potestate sunt & sui heredes, postquam hi omnes filiofam. exæquati, §. 5. *sup. tit.* Falluntur ergo DD. qui putant ita jus nunc esse, ut si suus heres in incertum eventum institutus sit institutio non vitietur, sed potestate juris detrahatur conditio usque ad portionem legitimam, quæ gravari prohibeatur ulla dispositione moram aliudve onus afferente, per *l.* 32. *C. de inoff. test.* Non enim animadvertunt agi isto loco non de liberis institutis, sed exheredatis, quibus aliquid pro legitima relictum sit. Nam Justinianus cum in *ll.* 30. & 31. *C. eod.* jussisset cessare querelam inofficiosi si quid liberis omnino relictum esset, supplerique, si minus relictum, quod legitimæ deest, mutato veteri jure quo querela 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.* 32. quæ mox sequitur superiores sanctiones temperat, easque sic vult obtinere, ut liberi portionem legitimam plenam consequantur, & sine ullo gravamine aut mora. Novissime voluit & titulo institutionis legitimam relinqui, *Nov.* 115. *cap.* 3. de quo plura *tit.* 18. *huj. lib.*

Ex

3. *Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest*] Hujus rei explicatio plus difficultatis habet. Ait, *Ex certo tempore &c.* quibus verbis tacite 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, cum certum est & venturum esse & quando venturus sit. Hic dies bifariam institutioni forte opponi potest, vel ut terminus à quo veluti, *Post quinquennium quam moriar heres esto*; vel ut terminus ad quem, veluti, *Usque ad quinquennium heres esto.* Neutro autem modo apponitur utiliter; & hoc est quod Imp. ait, heredem ex certo tempore vel ad certum tempus institui non posse: non quod adjectione diei in totum vitietur institutio, sed quod dies ut vitiose adjectus rejiciatur & habeatur pro non scripto; ita enim se statim explicat, cum ait, diem adjectum pro supervacuo haberi, & perinde esse ac si pure institutio facta sit. Breviter Jurisconsultus *l.* 34. *hoc tit. Hereditas* inquit, *ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.* Quod dies tollitur benevolentiæ 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 §. 5. *sup. hoc tit.* Neque enim ad portionem bonorum tantum, verum etiam ad temporis spatium ea regula pertinet, *l.* 41. *in pr. de test. mil.* Peculiaris quoque ratio est, cum dies adjicitur tamquam terminus ad quem; quia juris nostro non convenit temporalem heredem habere, sed is qui semel heres extitit semper heres maneat necesse est, *l.* 7. §. 10. *de minorib. l.* 88. *hoc tit.*

4. De altero illo quæsierit aliquis, cur cum heres ex certo die instituitur non æque placeat suspendi institutionem, & antequam dies veniat nullum interim heredem esse, ac cum quis instituitur sub conditione; & quid intersit ita scribam, *Titius post quinquennium heres esto*, an, *Titius heres esto si uxorem duxerit*? Hoc interest: conditionis ea est vis ac natura ut actum omnem cui adjicitur jurisque effectum suspendat, ea deficiente nihil actum aut intelligatur, existente perinde habeatur ac si ab initio res sine conditione gesta esset, *l.* 8. *de per. & comm. rei vend. l.* 11. §. 4. *qui potior. in pign.* Proinde cum heres sub conditione institutus est in pendenti est tota dispositio testatoris, & siquidem defecerit conditio nulla dispositio facta intelligitur, statimque defertur hereditas ab intestato; si extiterit, eventus ejus retrotrahitur ad tempus mortis, ut quod sub conditione dispositum est pure dispositum intelligatur, *l.* 26. *de cond. inst.* Dies vero certus diversæ naturæ est, primum in hoc, quod numquam suspendit vim aut effectum juris; tantum ad hoc utiliter rei alicui veluti legato aut stipulationi adjicitur ut remoretur executionem, §. 2. *Inst. inf. de verb. obl. l.* 213. *de verb. sign. l.* 17. *de reg. jur. l.* 21. *quand. dies legat.* Quod si ergo heres ex certo tempore institutus ante id tempus heres esse impediatur, dies operabitur præter & contra suam naturam suspenso juris effectu; ideoque statim potius admittendus, præsertim cum certum sit diem extiturum esse, quod secus est in conditione. Ita post Jacob. de Aret. Bart. & Bald. disputat Gomez 1. *resol.* 2. *n.* 8. Deinde & in eo differentia est, quod dies non ita ut conditio existens retrotrahi potest, hoc est, quod aditio post diem existentem facta non potest conjungi & continuari cum tempore mortis testatoris, quam tamen continuationem jus requirit, *l.* 54. *de adq. her. l.* 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 heres sit; sed causæ intestati interim locum facimus, quod juris ratio non patitur. VINN. Hispaniæ mores hujusmodi subtilitates aspernantur; sed uti receptum est, ut unicuique pro portione bonorum & testato & intestato decedere liceat, ita & ad tempus quisque heredem instituere potest & ex certo tempore; ut aut post tempus, aut antequam dies veniat ab intestato hereditas deferatur; adeo ut quæ *l.* 15. *tit.* 3. *Part.* 6. statuta sunt in testamento militis, nunc ex *l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* etiam in paganorum testamentis locum habeant. Vid. quæ notavimus *sup. ad* §. 5. ADDIT. Hæc dicta sunt de die certo.

6. Dies incertus aut prorsus & simpliciter talis est, cum scilicet neutrum horum apparet, nec an venturus sit nec quando; veluti si ita testator dixerit, *Titius heres esto cum consulatum inierit, cum uxorem duxerit*; aut secundum quid, cum alterutrum incertum, est & vel ignoratur an venturus sit dumtaxat, veluti si ita scriptum sit, *Titius cum erit annorum quatuordecim heres esto*; vel tan-

tantum quando venturus sit, qualis est dies mortis cujusque. Et extat de die incerto generalis definitio Papiniani in hæc verba : *Dies incertus conditionem in testamento facit*, *l. 75. de cond. & dem.* cujus 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 si quidem vel utrumque ignoretur, an dies venturus sit & quando, vel etiam unum illud, an sit venturus : dubium non est quin hujusmodi dies pro conditione sit, *ll. 21. & 22. quand. dies leg.* At si certum sit extiturum esse, ignoretur autem quando : hìc referre puto utrum dies appositus sit extraneo an ipsi heredi. Si extraneo, puta hoc modo, *Titius heres esto cum Sempronius morietur* : diem pro conditione esse, quia fieri potest ut heres scriptus ante Sempronium moriatur : quo argumento tale legatum conditionale esse defenditur, *Heres meus cum morietur Titio decem dato*, *l. 1. §. 2. de cond. & dem. l. 4. in pr. quand. dies. leg.* Si vero ipsi heredi adscriptus sit, veluti, *Titius cum morietur heres esto*, non puto conditionem facere; quia nec si legatario adscribatur facit, *d. l. 4. §. 1. l. 79. in pr. de cond. & dem.* & ideo institutioni adjectum quasi diem certum, qui vivente adhuc herede omnino extiturus sit, detrahendum esse, institutionemque pro pura habendam : quæ & communis Interpp. sententia est in *l. 9. C. hoc tit.* teste Gomez 1. *resol.* 2. *n.* 11. Illud aperte falsum est, quod hoc loco scribit Bachovius, tale legatum *Titio cum morietur decem do lego* conditionale esse, contra textus expressos in *d. l. 79. de cond. & dem.* & in *d. l. 4. §. 1. quand. dies leg. ced.* Singularis casus institutionis ex die incerto est, cum quis instituitur in tempus capiendæ hereditatis, *l. 62. hoc tit.* qui tamen casus à doctioribus omnibus restringitur ad eos qui non simpliciter incapaces sunt sed secundum quid, quales sunt orbi, cœlibes; quos proculdubio heredes instituere licet, cum liberos susceperint, cum uxores duxerint. Angelo absurdum non videtur etiam deportatum sic institui, cum restitutus erit. Utique rectè idem Angelus responsum istud Jurisconsulti in *d. l. 62.* sic temperandum existimat, ut locum habeat cum incapacitas est ex parte instituti dumtaxat, non etiam simul ex parte testatoris; nam spurium hoc modo, *cum capere poterit*, à patre institui non posse.

6. De illo quæsitum est, si verbi gratia uxori bonorum omnium ususfructus legatus sit, & post mortem ejus Titius heres institutus, an legatum valeat. Et multis visum est tale legatum esse inutile; quoniam dies ususfructus legati non prius cedit quam hereditas adita sit, *l. un. §. 2. quando dies usufr. leg. ced. ll. 2. & 3. ff. quando dies legat. l. un. §. 6. C. de cad. toll.* in proposito autem hereditas adiri nequit quandiu uxor vivit, eo quod dies incertus pro conditione est; nec potest confirmari legatum ususfructus adita post mortem uxoris hereditate, quia ususfructus morte extinguitur. Pluribus tamen visum est valere, quibus assentior. Etenim in casu proposito institutio heredis conditionalis non est, sed pure in proprietate facta ex mente testatoris intelligi debet; utpote qui legatum pure deberi voluit, nec credendus est elegisse viam per quam dispositio ejus evertatur, contra *l. 29. §. 1. de lib. & post. l. 3. de test. mil.* Poterit itaque heres institutus statim hereditatem adire eamque transmittere, quia mortis tempus adjectum non est ad infringendam institutionem, sed ne heres interim turbet uxorem in usufructu. Quid si heres institus adire vivente uxore nolit? Posse eam in casu proposito de facto uti & frui Baldus respondit in *l. 9. C. hoc tit.* sed tutius est ut judicis officium super hoc imploret. Vide Covar. 2. *var. resol.* 2. *n.* 5. Gail. 2. *obs.* 143. *n.* 2. Grass. §. *legatum quæst.* 23. *n.* 2. Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 4. *tit.* 5. *n.* 22. Joann. del Castill. *tract. de usufr. cap.* 8. *n.* 23. *& seq.* D. Jac. Coren. *consil.* 15.

TEXTUS.

De conditione impossibili.

10. *Impossibilis conditio in institutionibus & legatis, necnon in fideicommissis & libertatibus pro non scripta habetur.*

L. 3. tit. 4. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Conditionem ἄπορον, aut difficilem propter personæ cui apposita est qualitatem &c. pro impossibili non haberi.*

2 *Ultimas voluntates appositione conditionis impossibilis non vitiari, conventiones contra; & cur tam varie.*

3 *Conditioni impossibili similem esse eam quæ quid*

quid turpe continet, & ideo hanc quoque pro non scripta haberi in ultimis voluntatibus.

1. IMpossibilis conditio est, definitore Justiniano, cui natura impedimento est quo minus existat; veluti, *Si digito cœlum tetigeris*, §. 11. *Inst. infr. de inut. stip.* Sed & quæ facta naturâ & per se possibilia sunt, possunt casu aut adjectione temporis fieri impossibilia; veluti exigere pecuniam, monumentum facere, Gadibus Romam pervenire, sunt δύνατα (*possibilia*); at exigere pecuniam á se, monumentum post mortem testatoris in triduo proximo facere, biduo Gadibus Romam pervenire, ἀδύνατα (*impossibilia*). Sive autem per se conditio impossibilis sit sive propter circumstantiam aliquam, hoc jure utimur, ut sub tali conditione facta institutio non vitietur, sed evanescat conditio & pro non scripta habeatur, *ll.* 1. 6. 20. *de cond. inst.* nisi forte conditio sit ἄπεφος, sive talis quæ efficiat ut ipsa institutio impossibilis aut potius perplexa atque inexplicabilis sit, ita ut voluntas defuncti exitum reperire nequeat; cujusmodi conditio institutionem vitiat, *l.* 16. *de cond. inst.* Sed & in alia quavis ultima voluntate, puta legato aut fideicommisso, conditio impossibilis pro non scripta est, *l.* 12. §. 1. *l.* 104. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 5. §. 4. *quand. dies leg.* generaliter enim quidquid in testamento scriptum impossibile est, placet nullam vim habere. *l.* 45. *hoc tit. l.* 3. *de condit. & dem.* Plane conditio difficilis huc non pertinet, quantumvis propter personæ cui apposita est qualitatem aliamve causam videatur impossibilis; sed nisi conditioni pareatur relictum in testamento non capitur. Finge libertatem servo relictam hac conditione, *si heredi milies dederit.* Hic non detrahetur conditio sed inutilis erit datio libertatis, ut responsum est à Paulo, *l.* 4. §. 1. *de statulib.* Idem juris est, si in tam longum tempus conditio collata sit ut eo temporis is cui libertas datur vivere vix possit; veluti si servo quatuor annos nato libertas detur cum erit annorum centum: de quo vid. Franc. Amaya *lib.* 2. *obs. jur. cap.* 11.

2. Alio autem jure utimur in stimulationibus & conventionibus: quippe quæ nullius momenti sunt & in totum vitiantur apposita conditione impossibili, §. 11. *Inst. inf. de inut. stip. l.* 7. *de verb. obl. l.* 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, omnino ea cogitatione esse ut nihil agi existiment. At testatorem in ordinatione supremæ voluntatis, in re tam seria & cogitatione mortalitatis non serio agere & ludere voluisse, quod in speciem impietatis cadit, credendum non est, sed mendum potius ei excidisse quod favore ultimæ voluntatis corrigitur & tollitur à lege, ne id heredi fraudi sit, cui nihil imputari potest, neve alia bene recteque constituta evertantur, arg. *l.* 2. *de cond. instit.* VINN. Apud Hispanos certa res est, conditiones turpes & naturá impossibiles pro non scriptis haberi; impossibiles vero *facto*, dubias & incertas vitiare institutionem, *ll.* 3. 4. & 5. *tit.* 4. *Part.* 6. De conditionibus tamen *facto* impossibilibus oppositum tenet Pichardus *hic.* ADDIT.

3. Impossibili conditioni similis est conditio turpis, quam interpretes vulgo ut speciem impossibili subjiciunt, & appellant impossibilem de jure. Ea est, quæ quid continet quod pugnet cum pietate bonis legibus aut moribus. Nam, ut bene & pie Papinianus noster in *l.* 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 cjusmodi testamento insertum sit, id perinde ac si quid impossibile adscriptum esset, placet pro non scripto haberi, *l.* 14. *de cond. inst.* veluti, *Si ab hostibus patrem suum non redemerit, Si parentibus patronove suo alimenta non præstiterit.* Paulus scribit hujusmodi conditiones remittendas esse, *l.* 9. *d. tit.* quod effectu juris eodem recidit; capitur enim semper hereditas legatumve perinde ac si adjectæ non essent. Plane filius qui in potestate est sub tali conditione heres scriptus testamentum patris infirmat, ac si conditio non esset in ejus potestate, *d. l.* 15. *eod.* quod etiam ad ceteros suos heredes nunc transferendum est, per ea quæ *sup.* §. *præc.* Pacta quoque & stipulationes turpi conditione apposita nullius momenti sunt, ut juris esse diximus cum his apponitur conditio impossibilis de facto, *ll.* 26. & 61. *ff. de verb. obl. l.* 4. *C. de inut. stip.*

TEXTUS.

De pluribus conditionibus.

11. *Si plures conditiones in institutionibus adscrip-*

scriptæ sunt, si quidem 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.*

L. 13. *tit.* 4. *Part.* 6.

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 conveniens est quod hic scribit Justinianus, si plures conditiones conjunctim institutioni adscriptæ sint omnibus parendum esse, ut scilicet, verificetur tota enuntiatio & institutio purificetur: quod & Paulus tradidit, *l.* 5. *de cond. inst.* & Scævola de stipulatione eodem modo concepta, *l.* 129. *de verb. obl.* Ait, *omnibus parendum est.* Parere, obtemperare dicimur conditioni quando eam implemus, & proprie hæc enuntiantur de ea conditione quæ posita est in nostra potestate quam quoties volumus implere possumus, nonnumquam 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 hereditatis unam existere aut impleri, sed omnium impletionem expectandam: quippe cum non minus in hanc speciem quam in præcedentem illam prædictum axioma Logicorum quadret, & utrique ex æquo conveniat ratio Pauli in *d. l.* 5. *de cond. inst.* quod plures conditiones conjunctim scriptæ unius loco habeantur; ideoque merito à reliquis Interpretibus notatus est Accursius, quod putaverit ex pluribus conditionibus casualibus conjunctim oppositis sufficere extitisse unam, arg. *l.* 17. *eod. tit.* quæ huc non pertinet, sed loquitur de pluribus institutionibus factis sub diversis conditionibus, repetita scilicet ejusdem institutione in diversa parte testamenti. D. Vigl. *hic.*

Si separatim cuilibet &c.] *D. l.* 5. *de cond. inst. d. l.* 129. *de verb. obl.* & ratio est, quia disjunctiva oratio unius partis veritate contenta est; unde regula juris Pontificii, *In alternativis sufficit alterum adimpleri; reg.* 70. *in* 6. Cujacius legit *cui libet*, voce divulsa, id est cui placet. Theoph. εἰ ἄν βούληται (*cuicumque volet*). Illud addo, ex casu pendentes conditiones omnimodo impleri oportere; quæ autem in potestatem nostram conferuntur etiam tunc pro impletis haberi cum per alium stat quominus impleantur; veluti si quis ita institutus sit, *Si Sejam uxorem duxerit*, & ea nolit nubere, *l.* 5. §. 5. *quand. dies leg. l.* 24. *de cond. & dem. l.* 161. *de reg. jur.* & ibi doctissime Pet. Fabr.

TEXTUS.

De his quos numquam testator vidit.

12. *Ii quos numquam testator vidit heredes instituí possunt; veluti si fratris filios peregrinantes, ignorans qui essent, heredes instituerit. Ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.*

COMMENTARIUS.

1 *Moribus multorum locorum nunc ad substantiam testamenti heredis institutionem non desiderari: quibusdam in locis ne locum quidem habere.*

ETiam qui nobis ignoti sunt heredes à nobis institui possunt, modo ne ex alio capite sint incapaces, puta quia peregrini, *l.* 9. *C. hoc tit. l.* 46. *ff. eod.* Poterat duplex hic esse dubitandi causa, tum quod certum esse debet consilium testatoris certaque persona instituti, Ulp. *in fragm. tit.* 22. §. 3. tum quod eos fere heredes instituere solemus quorum merita affectionem nostram provocaverunt. *l.* 9. *pro soc.* Verum enimvero ubi testatoris voluntas in personam aliquam certam destinata est incertum ejus consilium incertave instituti persona dici nequit, licet circa accidentia personæ, puta nomen, faciem, incertitudo sit; & potest quis etiam erga ignotum ita affectus esse ut optime ei velit, vel propter sanguinis necessitudinem ut in exemplo proposito, vel propter famam virtutis eruditionisve.

Peregrinantes] Peregrini non peregrinantes heredes institui vetantur, *l.* 1. *C. hoc tit.* Notissima autem est inter hæc duo differentia; peregrini enim civibus opponuntur. Jam vero Romani privato jure constituerunt ne quisquam qui civis non sit jus capiendæ hereditatis habeat. Qui autem ex civibus peregrinantur, hoc est peregre degunt, extra patriam suam in peregrinis regionibus versan-

tur

tur studiorum forte aut quæstus gratia, vel ut diversos hominum mores cognoscant, urbesve videant opulentas, cum hi cives esse non desinant, nulla ratio est cur non à suis domi heredes institui possint, licet de facie testatori noti non sint. Cujacius legit *peregri natos*, 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, cum etiam Theophilus habeat, ἐπὶ ξένης διάγοντα (*peregre degentem*). Verum si bona fide agit Bachovius, necesse est valde oscitanter Theophilum ab eo inspectum esse: quippe cum Theophilus non proponat fratrem ipsum ἐπὶ ξένης διάγοντα (*peregre degentem*) heredem institutum, sed liberos ex fratre, cum peregre ageret, procreatos.

1. Multorum locorum legibus aut moribus nunc ita comparatum est ut heredis institutio ad substantiam testamenti non videatur necessaria, quo sensu hodie testamenta appellamus; nam & id testamentum dicitur, in quo relictis tantum legatis nulla heredis institutio facta est. Joann. del Castillo Sotomayor *tract. de usufr. c. 60.* Quin etiam secundum quarumdam civitatum leges ne locum quidem in testamentis habet heredis institutio. Sic enim dictant leges Parisiensium, Aurelianensium, Gandavensium, Cortracensium &c. quod tamen ita passim accipitur, ut si heres institutus sit pro legatario tantum is habeatur. D. Gudelin. *lib. 2. de jur. Nov. c. 5.* D. Christin. *vol. 1. decis. 247. n. 8. & decis. 305. n. 17. & seqq.* VINN. Apud Hispanos celebris extat decisio in *l. 1. tit. 4. lib. 5. Recop.* qua nedum testamentum sine heredis institutione validum esse, sed etiam eo non adeunte testamentum quoad legata & cetera capita valere; præterea herede qui hereditatem restituere rogatus est, adire recusante recta posse fideicommissarium sive substitutum sibi relicta adipisci decisum est: qua eleganti juris decisione quamplurima Romani juris capita, & quidquid captiosas Jctorum subtilitates redolebat, abrogatum, ut suis locis adnotavimus. Tu vid. Azev. & Mat. in gloss. ad hanc leg. ubi plura recensent tum juris civilis tum Partt. loca hac lege tacite vel expresse derogata; quibus adde observationes nostras de interna jure Hispano testamentorum solemnitate, quas inferius dabimus. ADDIT.

TITULUS XV.

DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

Dig. lib. 28. tit. 6. Cod. lib. 6. tit. 25. & 26. Et Part. 6. tit. 5.

1 *Ratio ordinis: simul quam varie 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: ostenditurque, commodissime eam dividi in duo genera dumtaxat.*
5 *Summa eorum quæ hoc tit. explicantur.*

1. POstquam ea omnia Princeps tradidit quæ ad testamenta recte ordinanda & heredum institutionem pertinent, reliquum videbatur, ut protinus disputaret quibus modis testamenta recte ab initio ordinata postea infirmentur; ceterum cum testatori permissum sit non tantum heredem testamento instituere, sed etiam in locum decientis heredis instituti alios heredes substituere, ut primo gradu deficientes saltem ex secundo heredem testamentarium habeat; nonnumquam & cum sibi fecit, simul alii testamentum & heredem facere: hanc partem quæ substitutiones continent prius exequendam putavit. Quid in genere sit substitutio vix commode una generali definitione explicari potest; utuntur enim ea voce juris auctores non tantum cum loquuntur de institutione secundi heredis, verum etiam cum de secunda datione legati, *l. 6. C. de legat.* item cum agunt de fideicommissis tum hereditatis tum rerum singularum, ut videre est in *l. 41. §. de vulg. & pup. l. 64. l. 77. § penult. l. 87. §. 2. de leg. 2. l. 57. §. 1. & 2. ff. ad Senat. Trebel. l. 14. C. de fideic. l. 6. de instit. & subst.*

2. Atque hinc vulgo substitutio dividitur in directam & fideicommissariam. Directa est,

quæ

quæ fit verbis directis & civilibus, vel heredem heredi substituendo, veluti, *Titius heres esto*; *Si Titius heres non erit, Sejus heres esto*: vel legatarium legatario, veluti, *Titio fundum Cornelianum do lego*; *si Titius fundum quem ei legavi non ceperit, eumdem fundum Sejo do lego*, *l.* 50. *de legat.* 2. Nam & 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 heredem institutum rogat ut hereditatem partemve hereditatis aut rem aliquam alteri restituat, vel legatarium aut fideicommissarium ut restituant quod iis relictum est. Fidecommissariæ substitutionis mentio fit cum alibi, tum in locis istis omnibus quos modo allegavi; directæ directis & civilibus verbis factæ, in *ll.* 7. & 15. *ff. hoc t.t. l.* 5. *l.* 7. *C. de impub. & al. subst. l.* 14. *C. de fideicom.* §. *pen. Inst. infr. de codicill.* Neque tamen venditare velim hanc divisionem ut perfectam; accipiatur saltem ut generis πρὸς ἓν, & eo pertineat ut varium vocis usum quem in jure habet intelligamus.

3. Illud equidem certum est, nomen substitutionis simpliciter positum in usu juris (sive proprie sive per excellentiam) solam denotare substitutionem directam, atque eam qua heres heredi substituitur; unde passim videmus substitutionem opponi fideicommissis, *l.* 6. §. 5. *ad sen. Treb. l.* 39. §. 3. *de adm. tut. l.* 77. §. 13. *de legat.* 2. cum similibus: quorum etiam tractatio proprium locum atque hinc satis longe remotum occupavit circa finem hujus libri: in π^. *lib.* 36. cum 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 & simplicius, est secundi heredis institutio, *ll.* 1. & 43. §. 2. *in fin. hoc tit.* Nam omnem substitutum Veteres secundum heredem vocant, licet longa serie substitutio facta sit, & quis tertio vel quarto vel ulteriore etiam gradu locove 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. Vulgo hæc ratio affertur, quia omnis institutio quæ fit post primam & in locum primi heredis deficientis recte dicatur secunda, quemadmodum secundæ nuptiæ dicuntur quæcumque contrahuntur post primas. VINN. Non usquequaque vera est hæc Vinnii observatio. Qui enim substituti substitutis, si subinde vocati heredes tertii, quarti, quinti, non secundi. Hinc *tertiorum heredum* meminit Sueton. in *Claud. cap.* 6. HEIN.

4. Species substitutionis alii plures alii pauciores faciunt. Doctores communiter quinque vulgarem, pupillarem, exemplarem, breviloquam, & compendiosam. Exemplarem vocant substitutionem mente capti: breviloquam, quam alii melius reciprocam, cum heredes instituti invicem substituuntur: compendiosam quæ verborum hoc compendio, *Quandocumque decesserit*, comprehendit plures substitutionum species, plures casus & tempora; veluti si pater ad eum modum substituerit filio impuberi, continebitur hic & vulgaris & pupillaris, & si forte filius mente captus sit etiam exemplaris; postremo militaris quoque privilegiata, si miles sit quis substituit, Gom. 1. *resol.* 7. & 8. Grass §. *substitutio q.* 3. *q.* 51. & multis seqq. Sichard. in *l.* 8. *C. hoc tit.* Ant. Merend. 4. *cont.* 6. Duarenus autem ad hunc *tit. cap.* 3. & Soar. ad Gomez. *resol.* 3. ponunt hasce quatuor vulgarem, pupillarem, quasi pupillarem, & militarem, rejectis breviloqua & compendiosa ut modis substituendi, non speciebus substitutionis. Longe rectius nostro quidem judicio Vigl. Myns. Hotom. *hic*, Donell. 6. *comm.* 23. duas dumtaxat species statuunt vulgarem, & pupillarem, ad quarum alterutram formas omnes substituendi referunt & species revocant. Etenim si genera substitutionum à casuum differentiis distinguenda sunt plura poni non debent quam duo; sicut nec plures sunt casus in quos fit substitutio quam hi duo, unus si institutus heres non erit, qui casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis; alter, si heres erit, qui secundus & proprius pupillaris, *l.* 4. *l.* 45. *ff. hoc tit. 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 conceptas semper in primum vel secundum aut utrumque casum. Quod autem miles filio puberi vel etiam extraneo in secundum quoque casum directo substituere potest, abnorme atque ex privilegio est; neque ob id necesse est separatam speciem constituere. Ceterum nec hæc ipsa bipartita divisio alia est quam generis homonymi: quippe sola vulgaris substitutio proprie substitutio est, pupillaris non tam substitutio quam institutio prima, ut-

po-

pote per quam substitutus non testatori succedit & gradu secundo, sed pupillo & gradu primo tamquam 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 heredem, ut declarat Ulp. *l.* 2. *in fin. hoc tit.* sive quia substitutio impuberis pars est & sequela testamenti paterni, §. 5. *tit. prox. seq.* Hæc studiosis juris præmonstrare operæ duxi, ne Doctorum scripta adeuntes in vestibulo hærerent aut offenderent.

5. Præsenti in titulo agitur de substitutione vulgari, paucis sane & parce pro materiæ amplitudine & subtilitate. Proponuntur primo formulæ sive modi aliquot vulgariter substituendi; pòst 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 vulgo & promiscue omnibus heredibus à quovis testatore fieri potest. Quid ea sit jam pene cognitum habemus, mox autem certius intelligetur exposito casu & vi conditionis hujus substitutionis propriæ.

Textus.

De pluribus gradibus heredum.

Potest autem quis testamento suo plures gradus heredum facere; ut puta, Si ille heres non erit ille heres esto; *& deinceps in quantum velit testator substituere potest: ut novissimo loco in subsidium vel servum necessarium heredem instituere possit.*

Summ. tit. 5. *Part.* 6.

Commentarius.

1 *Substitutionem in codicillis factam sustineri in vim fideicommissi.*

2 *Gradus heredum non ex scripturæ ordine, sed ex successionis serie quam testator fecit æstimari.*

3 *Conditionem hanc* si heres non erit, *continere & casum impotentiæ & voluntatis; & an uno horum expresso contineatur & alter.*

4 *Conditionem* si heres non erit, *diversimode accipi pro diversa qualitate heredum & personæ instituti.*

5 *Suum heredem, accepto vulgariter substituto, ex necessario fieri voluntarium, salva tamen qualitate sui heredis.*

6 *Substitutionem vulgarem in suo herede non operari in casum impotentiæ, sed voluntatis & abstinentiæ.*

In testamento] Recte *in testamento*, ut & Marcian. *l.* 36. *hoc tit.* unde hæc descripta: nam in codicillis ut institui heres non potest, ita nec substitui; siquidem & substitutio institutio est, & utroque modo hereditas directò datur; quod in codicillis non licet, §. 2. *Inst. inf. de codicill. l.* 10. *de jur. codicill.*

1. Sciendum tamen est, etsi substitutio in codicillis facta non valeat jure directo, benigna tamen interpretatione sustineri in vim fideicommissi, quasi heredes legitimi rogati videantur hereditatem substituto restituere. Sententia communis & usu recepta non Doctorum tantum auctoritate, verum etiam legum, *l.* 76. *ad senat. Treb. l.* 13. §. 1. *ff. de jur. cod. l. ult.* §. 1. *C. eod.* Atque hanc tandem etiam, cum in contrarium multa disputasset, amplectitur D. Viglius, & pro axiomate quodam esse jubet multarum quæstionum arbitro.

2. *Plures gradus heredum*] Hoc est, plures heredum ordines, ut alii scribantur primo, alii secundo, alii loco tertio & ita deinceps, *l.* 2. §. 4. *de bon. poss. sec. tab.* In qua dinumeratione non scripturæ ordo sed successionis spectari debet, ut ecce, in hac formula: *Titius heres esto si Sejus heres non erit: Sejus heres esto.* Sejus qui ordine scripturæ secundus est, gradu & ordine delatæ hereditatis est primus, Titius secundus ac proinde substitutus, *l.* 28. *de her. inst. l.* 2. §. *pen. & ult. hoc tit.* Nec vero etiam coheredis adjectio gradum facit, sed omnes coheredes uno eodemque gradu habentur, & ideo 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 heredes esse, *l.* 37. *de her. inst.* nec substituto locus est quamdiu admitti potest prior heres institutus, *ll.* 3. & 69. *de adq. her.* idque omnino postulat ordo graduum pro affectu erga heredes à testatore descriptus, apud quem ut priore amoris gradu institutos esse apparet quam substitutos, ita dubium non est, quin ad illos malit quam

ad hos hereditatem suam pervenire.

3. *Si heres non erit*] Hic casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis propria. Non semper autem hic casus plena oratione exprimitur, ut fit hoc loco; sed sæpe uno verbo substituendi significatur, ut si testator ita dicat, *Titio Mævium substituo*; aut pluribus institutis ita, *eosque invicem substituo*. Casus autem iste, *Si heres non erit* generalis est, continens in se & casum noluntatis, ut loquuntur, *si heres esse nolit*; & impotentiæ, *si non potuerit heres esse*: fac. *l. 56. sol. matr.* Uterque casus speciatim exprimitur *l. 3. C. de her. inst.* Sub casu impotentiæ iterum sunt inferiores & veluti species infimæ, veluti *si mortuus sit*, *si deportatus*. Quorum omnium cum sit diversa ratio, non facile admittendum est quod ex communi doctorum sententia Gomez *1. var. resol. 3. n. 10.* refert & probat, uno casu speciali expresso aut noluntatis dumtaxat aut impotentiæ, alterum interpretatione supplendum esse, & perinde habendum ac si uterque expressus esset; & manifeste obstat huic sententiæ *l. 10. de lib. & post.* Sane non dixerim, eum qui expresse & specialiter substitutus est in casum deportationis heredis instituti, intelligi debere etiam substitutum in casum mortis. Quod autem in institutione nepotis Aquiliani casus mortis per interpretationem producitur ad casum deportationis & similium, mirum non est: quoniam omnium ex sententia Galli eadem ratio est, *l. 29. §. 5. d. tit.* Idemque responderi potest de substitutione facta impuberi filio, in qua placet casum primum seu vulgarem expressum extendi etiam ad alterum seu pupillarem non expressum, & contra: nimirum sumtum hoc ex conjectura voluntatis, ut pluribus docebimus *tit. seq.* quamquam non tam Prudentum interpretatio hoc jus introduxit quam specialis constitutio D. Marci *l. 4. hoc tit.* Add. Cujac. ad *d. l. 10. de lib. & post.* Duar. *cap. 9. hoc tit.*

4. Porro conditio hæc *Si heres non erit*, pro diversa qualitate heredum personæque instituti & ipsa diversimode accipitur. In extraneo herede qui sui juris sit hoc significat, si neque sibi hereditatem adquisierit, neque alium mutata conditione heredem fecerit. In ejusdem qualitatis herede qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significatur, si neque ipse heres erit, neque hereditatem ei cujus in potestate est adquisierit, *§. ult. hoc tit.* ubi hac de re latius atque ex professo. In suo herede eadem formula hoc significat, si se paterna hereditate abstinuerit, si cum effectu heres non extiterit, eo quod se bonis paternis immiscere noluerit. Nam etsi suus heres ipso jure heres existit, & ideo non esse sine herede dicitur qui suum heredem, licet se abstinentem, habet, *l. 30. §. 10. de fideicom. libert.* cujus rei notabilis effectus indicatur in specie *l. ult. de adq. her.* tamen cum de excludendo substituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum, *Si filius mihi heres non erit*, ex voluntate substituentis quam jus civile hic sequitur & approbat, non nuda ista existentia, sed immixtio filii cum aditione heredis extranei comparanda est; alioqui ne substitui quidem filio in istum casum posset: nam si nullo modo efficere filius potest ut non sit heres, frustra ei substitutus datur in eum casum quo heres non sit, quo proculdubio continetur etiam casus noluntatis.

5. Ac dicendum omnino videtur suum heredem, qui in vulgarem casum substitutum accepit, ex necessario herede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permissum necessitatem istam ut in suum solius favorem introductam remittere, & quam etiam tacite remisisse intelligatur dato filio in vulgarem casum substituto, ut quod alias 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 cond. inst. l. 86. de her. inst.* Doctores vulgo contendunt, per vulgarem substitutionem in totum tolli jus suitatis, arg. *d. l. 12. & l. 16. de lib. & post.* Grass. *§. substitutio quæst. 9. n. 3.* sed hoc nullo modo admitti potest; alioqui nec in pupillari substitutione expressa umquam inesse posset vulgaris, nec in vulgari pupillaris; & transmissio, quæ solius suitatis ante legem Theodosii effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisset impedita: quæ omnia falsa sunt, priora duo manifeste, tertium argumento *l. un. §. 5. & §. 13. C. de cad. toll.* ubi Justinianus demum substitutum vult admitti, cum desunt personæ quæ hereditatem non aditam transmittunt ex lege Theodosii, quæ unica est sub *tit. C de his qui ante ap. tabb. her. transm.* Nimirum jus transmittendi, quod soli antea sui heredes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti extendens ad personas d. lege Theodosii comprehensas. Et vero, quod omnino considerandum, in persona

sui

sui heredis duæ hæ sunt qualitates diversæ, necessarium esse, & suum esse, quarum hac salva aut saltem vulnerata tantum, illa tolli potest, uti factum videmus edicto prætoris, quo manente suitate data est abstinendi potestas.

6. Concludendum ergo, substitutionem vulgarem in suo herede non operari in casum & speciem impotentiæ, sed in casum noluntatis & abstinentiæ dumtaxat: utique si filius patri superstes fuit; nam si is vivo adhuc patre decesserit nullis liberis relictis qui quasi agnascendo testamentum rumpant, dubium non est quin substitutioni locus sit, Zas. *tract. subst. cap.* 1. *in quarto effectu.* Gomez 1. *resol.* 3. *nn.* 15. 16. & 24. Bachov. *in Treutl. vol. disp.* 11. *thes.* 7. Christin. *vol.* 4. *decis.* 16. *n.* 4. D. Joann. à Sande *lib.* 4. *tit.* 3. Illud quoque mihi plane persuadeo, abstinente filio suo herede substitutum heredem fieri jure civili, hoc est, directo ex substitutione venire, & hereditatem adire posse ex vi formulæ, *Si filius mihi heres non erit Sempronius heres esto*; quamvis hoc non placeat Anton. Fabro, qui substitutum non ipso jure heredem fieri, sed à prætore tantum 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 postremo loco instituere heredem necessarium: quod illi quoque facere solent quibus facultates suæ suspectæ sunt, ut auctionis infamiam quam metuunt deficientibus voluntariis heredibus modis omnibus à se avertant, & quod in alios non potuerunt in servos tandem transferant, §. 1. *Inst. infr. de her. qual.* Quid si servus non loco novissimo sed intermedio substitutus sit, aut ipsi primo instituto substitutus datus? Putarem contra Viglium cum Joann. Fabro defendi posse, dominum videri servo remisisse adeundi necessitatem, dando ei substitutum in eum casum quo heres non esset: utique si substitutus hereditatem adire paratus sit, arg. *l.* 12. *de cod. inst.*

Textus.

De numero heredum in singulis gradibus.

1. *Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli in singulorum, vel invicem ipsi qui heredes instituti sunt.*

L. 13. *tit.* 5. *Part.* 6.

Commentarius.

COmplures sunt formæ substituendi. Substituuntur vel extranei, vel ipsi heredes instituti. Prior species variatur quatuor modis: nam & singuli singulis, & plures pluribus, & plures uni, & pluribus unus substitui potest. Secundus modus hoc loco & apud Marcianum *l.* 36. §. 1. *eod.* omissus est, forte de industria, quia eadem illius quæ primi ratio est. Illud autem in his omnibus tenendum, ut substitutis locus fiat necesse esse ut antea primo gradu instituti defecerint, quocumque casu ex superioribus modis substitutio facta proponatur; hoc enim perpetuo exigit natura & ratio substitutionis, adeo ut nulla etiam videatur esse causa dubitandi, ne in postremo quidem casu ubi unus pluribus substitutus sit. Nam qui ita loquitur, *Octavius & Nonius heredes sunto; si non erunt, Decius esto*: is utique aperte significat se velle institutos & ambos & singulos substituto præferri, atque hunc non aliter admitti quam si neuter illorum heres fuerit; quod ipsum diserte 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.* 37. §. 1. *de her. inst.* Hæc est substitutio quam Modestinus reciprocam vocat, *l.* 4. §. 1. *hoc tit.* Papinianus mutuam, *l.* 64. *de legat.* 2. exemplum extat apud Suetonium *in Tiberio cap. ult.* Doctores vulgo appellant breviloquam, vocabulo non satis rei conveniente; neque enim ex verborum brevitate æstimatur, sed ex reciprocatione formulæ, quam nihil prohibet longiore oratione concipere, uti fecit Theophilus, & notavit D. Viglius. Modus autem substituendi est, non species substitutionis, ut superius diximus, & pupillari quoque convenit, *d. l.* 4. §. 1. *hoc tit.*

Textus.

Quam partem singuli substituti accipiant si partes in substitutione expressæ non sint.

2. *Et si ex disparibus partibus heredes scriptos*

ptos invicem substituerit, & nullam mentionem partium in substitutione habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse quas in institutione expressit; & ita Divus Pius rescripsit.

L. 3. tit. 5. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Heredes ex imparibus partibus institutos, atque invicem simpliciter substitutos, ex substitutione in partes hereditarias vocatos intelligi; & quomodo hæc regula temperanda n. 2.*

PLuribus heredibus 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 æqualibus heredes erunt, licet inæquales adscriptæ sint institutis: quippe cum hic discerni non possit quis cui substitutus sit. At si singuli singulis, tum eam quisque partem habebit quæ adscripta primo cui substitutus est. Dubium quoque non habet si testator heredes institutos mutuo substituens in substitutione easdem partes nominatim servari voluit quas in institutione expressit, aut si alias partes in substitutione fecit, quin voluntas servanda sit.

1. Sed hoc quæsitum est in substitutione reciproca, si testator heredes ex imparibus partibus institutos invicem simpliciter substituerit, hoc est, nullarum in substitutione partium mentione facta, utrum in partes viriles an in hereditarias ex substitutione vocati intelligi debeant. Et Divus Pius voluntatem testatoris in hac substitutione sic interpretatus est, ut videatur testator eos vocasse in portiones hereditarias, hoc est, ex iisdem partibus substituisse ex quibus instituti sunt, *l. 5. l. 24. ff. hoc tit. l. 1. C. eod.* & *hoc text.* Optima sane ratione; neque enim verisimile est testatorem plutis eos fecisse in gradu secundo quam in primo: cum substitueret quam cum instituerat; 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. 74. de legat. 1.* & clausula quoque sive conditio in institutione apposita in substitutione repetita, utique si eadem sit aut par utrobique ratio, arg. *l. 14. de legat. 1. l. 1. C. de impul. & al. subst.* Ant. Fab. *Cod. suo tit. 7. defin. 3.* Christin. *vol. 4. decis. 13. n. 7.*

Invicem substituerit] In duobus heredibus invicem substitutis huic quæstioni locus esse non potest: siquidem uno ex duobus deficiente, alterum semper quod reliquum est habere oportet, & in solidum heredem 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 male omnino Theophilum hunc locum interpretatum esse cum in duobus institutis invicemque substitutis exemplum posuit.

2. *Quas in institutione expressit*] Ulp. *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 heredum alicui ex coheredibus, puta hoc modo: *Si Titius heres non erit, quisquis erit, ex parte quoque Titii esto*, aut, *Ceteri quos primo loco scripsi sunto*; sed repetitis in substitutione propriis singulorum nominibus, veluti hoc modo: *Titius ex quincunce, Mævius ex triente, Sempronius ex quadrante heredes sunto. Si Titius heres non erit, Mævius & Sempronius ex parte quoque Titii heredes sunto.* Hic secundum communem sententiam Mævius & Sempronius in portione deficientis Titii viriles, hoc est, æquales non hereditarias partes habebunt; idque ex non obscura voluntate testatoris, qui in substitutione propria cujusque nomina repetens, jam non ad partes in institutione datas sed ad personas & numerum substitutorum substitutionem retulisse dicendus sit, arg. *l. 24. ad sen. Treb. l. 124. de legat. 1. l. 37. de stip. serv.* Atque hanc sententiam etiam D. Viglius probat, ac præceptori suo D. Francisco Curtio, cui ea displicebat, propterea quod Jurisconsultus in *d. l. 24. hoc tit.* requirit voluntatem evidenter expressam, respondet expressionem propriorum nominum ex interpretatione Prudentum vim expressæ voluntatis in hujusmodi quæstionibus habere. Idem probandum est si testator æquale onus substitutis imposuit, per *l. 23. ad sen. Treb.* Gloss. in *l. 1. C. de imp. & al. subst.* Gomez 1. *resol. 5. n. 20.* D. Tuld. *comm.*

comm. hic cap. 2. Christin. *vol.* 4. *dec.* 13. *n.* 7.

TEXTUS.

Si coheredi substituto alius substituatur.

3. *Sed si instituto heredi coherede substituto dato, alius ei substitutus fuerit: Divi Severus & Antoninus sine distinctione rescripserunt ad utramque partem substitutum admitti.*

COMMENTARIUS.

1 *An in specie hic proposita utraque pars defecta jure substitutionis ad secundum substitutum pertineat.*

2 *Scævola cum Papiniano conciliatus.*

SI paterfamilias Titio & Mævio heredibus institutis, Titium Mævio sine reciprocatione substituerit & Titio Sempronium, certum est deficientis Titii partem non accrescere Mævio coheredi Titii, sed ad Sempronium jure substitutionis pertinere: quippe cum verba illa, *Si Titius heres non erit*, generalia sint & utrumque casum complectantur, sive heres non erit ex institutione, sive non erit ex substitutione. Ceterum hæc species huc non pertinet. Et male Hotomannus tali exemplo usus est ad hujus loci declarationem. Hic enim non tantum quæritur de parte ejus qui coheredi suo substitutus alium substitutum accepit, sed etiam de parte coheredis cui ille alius expresse substitutus non est; & nimirum si uterque defecerit, an pars utriusque ad illum uni tantum substitutum jure substitutionis pertineat: quod hic affirmatur, & in *l.* 27. *l.* 41. *in pr. hoc tit.* Ex hoc igitur jure hæc regula fiat: *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

1. *Sine distinctione ad utramque partem*] Si scilicet neuter heres extiterit. Videamus primum 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 tamquam ad substitutum utrique. Nam si verbi causa Mævius, cui Titius coheres & substitutus datus est, ante Titium defecerit, Sempronius Titio substitutus deficiente deinde Titio ad utramque quidem partem sine dubio admittitur; sed ideo ad partem quoque Mævii, dixerit aliquis, non quod huic quoque substitutus intelligatur, sed quia vel deficientis Mævii pars Titio coheredi, cui Sempronius substitutus, jam prius accrevit; vel quia nunc ipsi accrescit Sempronio. Verum prius illud nullo modo dici potest, quia deficientium portiones non accrescunt aliis quam qui ex sua parte heredes extiterunt, *l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* unde portio portioni accrescere dicitur instar alluvionis, *l.* 33. *in fin. de usufr.* Quod si Titium heredem extitisse ponimus, expiravit substitutio, *l.* 5. *C. de impub. & al. subst.* Posterius teste Viglio visum est nonnullis veterum Interpretum, ut Dyno, Joann. Fabro, atque ex recentioribus Lancelloto Polito, qui, etsi dicatur Sempronius in utramque partem in specie proposita substitutus, neutiquam tamen dici posse contendit revera substitutum esse Mævio. Sed merito Doctores communiter, quos & Viglius sequitur, hoc improbant. Quæ enim potest esse dubitandi ratio, si dicamus partem Mævii accrescere Sempronio cui etiam accresceret etsi Titius Mævio substitutus non esset? Et igitur aut frustra & inepte talis casus proponitur quo Titius coheredi substitutus est; aut hoc operabitur substitutio Titii, ut Titio substitutus etiam ei cui Titius substitutus est tacite substitutus esse intelligi debeat. Atque hoc ipsum satis aperte docet hoc loco Justinianus, cum ait substitutum ad utramque partem admitti: admitti videlicet eodem jure, atque ex substitutione de qua sola hic disputatur; & quia, ut diserte ait Jurisconsultus in *d. l.* 27. *hoc tit.* in utramque partem substitutus intelligitur. Sed quid refert ex substitutione, an jure accrescendi dicamus portionem etiam Mævii Sempronio deferri? Nihil quidem admodum in casu proposito. Sed finge, præter Titium & Mævium Cajum quoque heredem institutum: hic jam Sempronio proderit jure substitutionis deferri portionem Mævii ut excludat Cajum, quem non excluderet in jure accrescendi. Illud non animadverto, quomodo huc applicari possit quod præterea Bachovius notat, jus accrescendi sequi heredem ejus qui portionem suam agnovit, quamtumvis ante decesserit quam ipsi quidquam accresceret; substitutionem autem ad heredem non transmitti, *l.* 9. *de suis & leg. l.* 81. *de adq. her.*

2. Quid autem illud est quod ait Imp. *sine distinctione admitti*? Nimirum hoc explicandum ex responso Papiniani *l.* 41. *in pr. hoc tit.* Primum nihil interesse ratione ordinis scripturæ, utrum ante primam substitutionem secunda facta sit an postea, veluti in hoc exemplo: *Titius & Mævius heredes sunto; Si*

si Titius non erit, Sempronius esto; Si Mævius non erit, Titius esto. Secundo nihil interesse, utrum prior substitutus post institutum an ante decesserit. Sed hic Papiniano objicitur Scævola, *l.* 47. *eod.* Species quam ibi Scævola proponit est hujusmodi: Qui filium & filiam impuberes habebat, instituto filio herede filiam exheredavit; &, si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit; filiæ, si antequam nuberet decessisset, uxorem suam, item sororem; & respondet, si filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes, hereditatem filii ad uxorem & sororem testatoris jure substitutionis non pertinere. Accursius, quem bona pars Doctorum sequitur, ait, Scævolam sic respondisse, quia in casu illic proposito secunda substitutio jam extincta erat pubertate filiæ; sic enim ille locum legit: *cum filia pubes prior decesserit*; & quia sciebat apud alios legi *impubes* (quomodo textus quoque Pisanus & Noricus habent) notat, *olim impubes, nunc pubes.* Sed in tali casu non debebat Jurisconsultus distinguere; cum nec si post institutum substitutus jam pubes & heres 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 coheres substituitur sed filia exheredata eamdem voluntatis interpretationem non admitti, ut scilicet substituti substitutæ videantur etiam substituti instituto. Atqui idem adhuc dicendum videtur favore pupilli, ad cujus utilitatem pertinere creditur ut substitutum habeat, *l.* 42. *de adq. her.* Deinde si in pupillari substitutione alio jure utebantur, cur non simpliciter Jurisconsultus respondet, hereditatem instituti jure substitutionis ex secunda substitutione non deferri? Nisi Compositorum socordiæ adscribendum quod responsum Scævolæ in Pandectas retulerint, cum rescripto Impp. Severi & Antonini distinctio illa qua Scævola utitur sublata esset. Mallem cum Viglio dicere, Imperatorum rescriptum loqui de duabus partibus unius hereditatis; Scævolam respondisse de duabus hereditatibus, ad quas rescriptum istud temere producendum non sit, sed in quibus vetus distinctio adhuc obtineat, utrum prior substitutus ante, an post institutum decesserit.

TEXTUS.

Si quis servo qui liber existimabatur instituto substitutus fuerit.

4. *Si servum alienum quis patremfamilias arbitratus heredem scripserit, & si heres non esset Mævium ei substituerit; isque servus jussu domini adierit hereditatem, Mævius substitutus in partem admittitur. Illa enim verba* Si heres non erit, *in eo quidem quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur,* Si neque ipse heres erit, neque alium heredem effecerit; *in eo vero quem patremfamilias arbitratur, illud significant,* si hereditatem sibi vel ei cujus juri postea subjectus esse cœperit non adquisierit. *Idque Tiberius Cæsar in persona Parthenii servi sui constituit.*

COMMENTARIUS.

1 *Si filiusfam. heres institutus sit, eique si heres non esset substitutus datus: utrum repudiante filio pater an substitutus admittendus?*

2 *Pleræque aliæ quæstiones quæ hic tractari solitæ, obiter excussæ & definitæ.*

3 *Utrum in casu hic proposito inter dominum instituti & substitutum hereditas ex æquo dividenda, an sic ut ille dodrantem, hic quadrantem dumtaxat ferat?*

IN explicatione pr. hujus tit. diximus, hæc verba, *Si heres non erit*, in persona patrisfam. significare si nec ipse heres erit nec alium heredem mutata postea conditione fecerit. In eo qui alieno juri subjectus est, eodem sermone hoc significari, si vel ipse heres non erit vel ei cujus juri subjectus est hereditatem non adquisierit. Et igitur si paterfam. heres institutus in eum casum substitutum accepit, *Si heres non erit*; isque vel in eodem statu manens sibi hereditatem adquisierit, vel mutata ante testatoris mortem conditione, servus aut filiusfam. factus dominum aut patrem heredem fecerit: in solidum excludetur substitutus. Similiter si servus aut filiusfam. heredes instituti & in casum quo heredes non erunt substitutum acceperint, & aut ipsi mutata conditione ante mortem testatoris sibi hereditatem adquisierint, aut in eo statu manentes dominum aut patrem heredes fecerint: substitutus itidem in totum repellitur, *l.* 40. *de her. inst. l.* 7. *ff.*

de

de adq. her. l. 5. C. de impub. & al. subst. & hoc tit. Ceterum hoc ita si testator non ignorabat eum quem heredem 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 partem admittatur, *d. l.* 40. *& seq. de her. inst. & hoc* §. Nam ex ratione juris dominus solus admittendus videbatur, cum magis sequendum id quod in veritate est quam quod in opinione. Pro substituto autem facit præsumta voluntas testatoris, qui non videtur domino consulere voluisse eum heredem instituens quem ignorabat dominum habere.

1. Quæsitum est, si filiusfam. heres institutus, eique hac conditione si heres non foret substitutus datus sit, utrum repudiante filio pater an substitutus admittendus. Duarenus in *comm. ad hunc tit. cap.* 10. pro patre respondet; Viglius ad *hunc* §. pro substituto. Ego cum Viglio censeo substitutum patri præferendum, quippe cum ille ex manifesto judicio testatoris veniat, hic non item; tum etiam, quia repudiante filio existit conditio substitutionis, quæ in extraneo herede instituto qui alieno juri subjectus est hunc sensum habet, si neque ipse heres erit, neque eum cujus in potestate est heredem fecerit, quorum neutrum fit in proposito, *l.* 3. *C. de her. inst.* Ad hæc si coheres filio datus repudiante filio patrem excludit, quanto magis substitutus; constat enim jus substitutionis potentius esse jure accrescendi, *l.* 2. §. 8. *de bon. poss. sec. tabb.* In contrarium movetur Duarenus his rationibus. Primum quia Justinianus *l. ult.* §. 2. *C. de bon. quæ lib.* filio repudiante jus adeundi patri concedit, perinde ac si ipse institutus esset. Sed respondemus constitutionem istam ut exorbitantem cancellis suis continendam, neque extendendam esse in præjudicium ejus qui venit ex testatoris expresso judicio, substituti videlicet; quem utique magis testator dilexit quam patrem, cujus contemplatione institutio facta non præsumitur, sed amore filii dumtaxat. Conservare quodammodo voluntatem defuncti voluit Justinianus, non evertere; & vulgatum est, provisionem hominis facere ut cesset provisio legis; adeoque non dubito, quin etsi coheres filio pater datus esset, nihilominus tamen filio repudiante à substituto excluderetur, *d. l.* 2. §. 8. *sec. tabb.* Aliud argumentum ducit Duar. à conditione substitutionis, quam putat non minus repudiante quam adeunte filio deficere propterea quod repudiatione sua patrem heredem faciat, arg. *d. l. ult.* §. 2. *C. de bon. quæ lib.* junct. *d. l.* 40. *de her. inst. & hoc nostr.* §. Verum in hoc manifeste errat; nam etsi per occasionem repudiationis filii pater hoc consequitur ut ipse hereditatem filio delatam adire possit; non tamen hoc consequitur per filium, sed beneficio legis, quod cessare debet ubi testator ipse alium heredem sufficit. Per filium ergo qui repudiavit pater heres non fit, sed sua ipsius aditione, ex persona propria vi constitutionis Justinianeæ, quæ eum habet pro instituto, ubi scilicet 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 heredes existere possunt, aut hi illos heredes facere quam adeundo; repudiando autem nequaquam, *l.* 7. *de adq. her. l.* 3. *C. de her. inst. & hoc text.* & alioqui etiam quivis heres institutus hereditatem recusans adire, dici posset eos qui ab intestato veniunt heredes facere, & coheres coheredem; atque ita fieret ut fere semper excluderetur substitutus contra manifestam voluntatem testatoris. Nec movere debet quod Ulpian. respondet, filium repudiando patri non nocere, *l.* 13. § 3. *de adq. her.* Hoc enim non eam sententiam habet, filio repudiante patrem nihilominus per eum heredem fieri; sed repudiationem filii non obstare quominus filius jubente postea patre adhuc adeat. Postremo hoc modo argumentatur Duarenus: Si pater & filius una eademque persona censentur, *l. ult. C. de imp. & al. subst.* nihil referre debet utrum filius ipse heres institutus an pater hereditatem adeat. Sed non animadvertit hoc argumentum in se retorqueri posse hoc modo: Si pater & filius una persona censentur, filio per repudiationem ab hereditate remoto etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verum hujusmodi fictionibus juris non est abutendum ad evertendas voluntates defunctorum, quæ in testamentis totum faciunt, *l.* 35. §. 3. *de her. inst.* Ita cum Viglio sentiunt & Salicet. in *d. l. ult. C. de bon. quæ lib.* Polit. *de vulg. subst.* Fachin. 4. *cont.* 63. Ant. Fab. *dec.* 33. *err.* 7. Don. 6. *comm.* 24. Bachov. in *Treutl. vol.* 2. *disp.* 11. *thes.* 7. Dissentiunt cum Duareno Bart. in *l.* 1. *hoc tit.* Gloss. Cyn. Castr. in *d. l. ult.* Merend. 4. *contr.* 8. Grass. §. *substitutio quæst.* 9. *n.* 4.

2. So-

2. Solent & aliæ quæstiones hoc loco agitari quas obiter excutiemus, nam instituti ratio non patitur ut singula exequamur accurate. Prima est, utrum indigno aliquo herede instituto eique substituto dato in casum quo heres non erit, fiscus potior sit an substitutus, hoc est, utrum in proposito fiscus hereditatem indigno auferat, an locus sit substituto? Ego cum Duar. *d. cap.* 10. & DD comm. Grass. *d. quæst.* 9. *n.* 8. pro fisco contra substitutum responderem, per *l.* 12. *de his quæ ut indign.* neque pœna instituti heredis debet esse præmium substituti, ut generaliter definit Papinian. *l.* 15. *de senat. Silan.* Non idem juris est in institutione plane incapacis, puta deportati; nam talis institutio cum pro non scripta habeatur, *l.* 1. *C. de her. inst.* testamentum à substitutione exordium capiet, arg. *l.* 3. §. *ult. de lib. & post.* Alia quæstio est, uter præferendus, substitutusne, an is in quem extra causam substitutionis hereditas non adita transmittitur. Jure veteri sui heredes potestate nudæ existentiæ hereditatem transmittebant in heredes quoscumque, *l.* 3. *C. de jur. del. l.* 8. *C. de suis & leg. her.* Ex constitutione Theodosii liberi omnes delatam sibi à parentibus hereditatem transmittunt ad descendentes suos, *l. un. C. de his qui ante apert. tabb.* Est item & tertium genus transmissariorum, in quos non hereditas sed jus deliberandi transfertur ex lege Justiniani, *l.* 19. *C. de jur. del.* Pro triplici ergo hac transmissariorum differentia primo quæritur, si suus heres, qui in casum quo heres non foret substitutum accepit, antequam se bonis paternis immiscuisset aut abstinuisset mortuus sit, utrum vi solius existentiæ hereditatem transmittat ad successores suos, an admittendus potius substitutus. Et communis quidem sententia est, substitutum admittendum excluso transmissario sive herede instituti, quoniam substitutio vulgaris perimat jus suitatis. Sed hoc perspicue falsum est, ut ostendimus *sup.* in notatis *sub fin. pr. hoc tit.* ubi plenissime probavimus jus suitatis in proposito salvum manere, licet necessitas remissa intelligatur; neque substitutionem vulgarem in suo herede operari in casum impotentiæ, sed absti nentiæ dumtaxat. Insignis vero error est Joann. Deckeri *lib.* 1. *dissert.* 14. *n.* 41. asserentis, ideo per vulgarem substitutionem tolli transmissionem quæ ex jure suitatis est, quia suus heres institutus non aliter ex testamento heres fit quam si se immisceat. Notissimi enim juris est, suos heredes tam ex testamento quam ab intestato statim atque ipso jure heredes existere, §. 2. *Inst. inf. de her. qual. l.* 1. §. 7. *ff. si quis omiss. causa test. l.* 3. *C. de jur. delib.* vid. Ant. Fab. *dec.* 34. *err.* 4. Secundo, utrum substitutio potior an transmissio ex constitutione Theodosii, *d. l. un. C. de his qui ant. ap. tabb.* Hic item pro transmissario contra substitutum responderem per *l. un.* §. 13. *C. de cad. toll.* ubi jus transmittendi, quod antè sui heredes soli & simpliciter habebant, etiam in casu substitutionis Justinianus diserte extendit ad personas lege Theodosiana comprehensas. Duar. *d. cap.* 10. Ant. Fab. *d. err.* 4. estque hæc sententia etiam communiter recepta. Grass. *d. quæst.* 9. *n.* 3. neque Joann. Deckerus *ubi supr.* quidquam affert quod me in contrarium trahat. Tertio, utrum transmissio juris deliberandi ex lege Justiniani, *d. l.* 19. *C. de jur. del.* excludat substitutionem, an hæc illam. Hic ego pro substituto responderem contra transmissarium Justinianeum, cum Salic. in *d. l.* 19. Ang. Rip. in *l.* 1. *hoc tit.* Zas. *tract. subst. cap.* 1. *in tertio effectu vers. tertia species.* Polit. *de vulg. subst. n.* 92. *& seqq.* Anton. Fab. *d. dec. err.* 5. Decker. *d. disert. n.* 44. Neque enim nova & exorbitans constitutio facile extendi debet cum injuria tertii, qui pro se habet & provisionem hominis & simul voluntatem legis; potestque locus Justiniani *d. l. un.* §. 5. junct. §. 13. *C. de cad. toll.* qui in contrarium adducitur, commode referri & restringi ad duas priores species transmissionis, ut proprie verba Imperatoris accipiantur, & de his solis qui ipsam hereditatem transmittunt. Diss. *hic* Duar. *d. cap.* 10. & DD. comm. Gomez 1. *res.* 3. *n.* 25. Grass. *d. quæst.* 9. *n.* 3. Christin. *vol.* 4. *decis.* 17. *n.* 2. Fachin. 4. *contr.* 62. Postremo quæritur, quid juris sit si institutus beneficio ætatis contra aditionem restitutus sit. Quæstio hæc omnium est difficillima. Sententia communis est, convalescere substitutionem, arg. *l.* 44. *de re jud. l.* 1. §. 10. *l.* 2. §. 10. *ad senat. Tertyll.* Gloss. Salyc. Cyn. & alii in *l.* 5. *C. de impub. & al. subst.* & hanc sequuntur Anton. Fab. 3. *conject.* 4. Don. 6. *comm.* 24. sed contraria de jure verior videtur, per *d. l.* 5. & textus perspicuos in *l. ult. de succes. edict. l.* 7. §. 10. & *ibi* Cujac. & Paul. Bus. *de minorib.* Neque temere beneficium restitutionis extra personam minoris in alterius favorem porrigi debet. Zas. *tract. subst. cap.* 1. *vers. secundo limitate.* Duar. *d. cap.* 10. Ant. Merend. 4. *contr.* 9. Bachov. in *Treutl. vol.* 2. *disp.* 11. *thes.*

thes. 7. Perez ad *tit. Cod. de imp. & al. subst. n.* 7. Utrum autem excluso substituto hereditas ad legitimum successorem pertineat quod placet Duar. Bachov. & Merendæ, an fisco locus fiat, quod Cujacio & Busio, in medio relinquimus. Nunc ad institutum redeamus.

3. *Mævius in partem admittitur*] Non exprimit in quotam; & ita quoque simpliciter scriptum est in *l.* 41. *de her. inst.* hereditatem dividi inter dominum instituti & substitutum. Sed utrum ex æquo, ut dimidiam partem hereditatis dominus dimidiam item substitutus ferat; an ut ille dodrantem, hic quadrantem dumtaxat, ut Gloss. & DD. communiter voluerunt? Non ambigo quin ex æquo: quomodo hunc locum & Theophilus interpretatus est, & interpretandum esse vel hoc unum argumento esse debet, quod partis nomen nisi quid aliud adjiciatur semper dimidiam significet, *l.* 164. §. 1. *de verb. sign. l.* 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? Quinimo si partes inæquales faciendæ, substituto potius favendum erat, cui & verba & voluntas testatoris suffragantur, quam domino qui mera tantum ratione juris nititur & de quo testator cogitare non potuit cum eum instituere quem ingenuum parabat. Obstat tamen huic sententiæ *d. l.* 40. *de her. inst.* ubi Julianus 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, eum 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. *disp.* 2. scribit, se in veteri exemplari ita legisse in *pr. d. l.* 40. *eique, si heres non esset, Sempronium coheredem substituerit.* Quam lectionem verba in calce ejusdem responsi posita mire juvant. Ait enim Julianus: *Igitur in hoc casu duo semisses fient.* Cur ait, *in hoc casu*, nisi ut significet se talem casum proposuisse cui conveniret hæc divisio? nempe quando servo qui liber putabatur coheres substitutus est; in aliis autem non idem juris esse. Igitur in casu à Juliano proposito de uno semisse ambigi non poterat: quippe cum Sempronius ex institutione accipit, non dominus servi; de altero poterat, & hunc, Julianus ait, dividi oportere inter dominum servi & Sempronium. Et merito, quia in hunc tantum semissem erat substitutus. Atque ita nunc cordatiores omnes sentiunt, quorum pars emendationem Cujacii pars Alciati lectionem probant, aut quod ipse addit intelligunt in re ipsa consentientes. Plane si manifeste appareat, testatorem per eum quem opinionis errore liberum esse credens heredem instituit, ad alium quemquam hereditatem pertinere noluisse: conditio substitutionis extitit, & soli defertur hereditas substituto, *l.* 3. *C. de her. inst.* VINN. Cui non dictus Hylas? Me tamen nec cum Cujacio nec cum Alciato facere fateor. Rem paucis dicam. In illa *l.* 40 *ff. de her. inst.* manifesto sunt duæ species. Prior hæc est: Paterfamilias instituerat Titium servum quem ingenuum putaverat, eique substituerat Sempronium: Titio jussu domini adeunte, quærebatur an Sempronius esset in partem admittendus? Et respondit Julianus: *Potest dici Sempronium in partem hereditatis* (puta dimidiam quæ quotâ non expressa ordinarie intelligitur, *l.* 164. §. 1. *ff. de verb. sign. l.* 43. *ff. de usufr.*) *admitti.* Addita ratione pergit Julianus: *Quæ adjectio ad eos pertinet qui patresfamilias heredes scripti, postea in servitutem deducti fuerint. Igitur in hoc casu semisses fiet, ita ut alter semis inter eum qui dominus instituti heredis fuerit & substitutum æquis portionibus dividatur.* Et hæc manifesto est altera species. Paterfamilias instituerat Titium nunc ingenuum sed postea deductum in servitutem substituto ei Mævio. Quærebatur, Titio jussu domini adeunte an & hic substitutus in partem admittendus sit? Respondit admittendum, sed non in dimidiam sed in quadrantem. Domini enim Titii ideo hic melior videbatur conditio, quod non, ceu in priore casu, testator circa heredis statum erraverat. Simile quid in mentem venit Marco Lyklamæ in *Membranis*, & Osw. Hilligero in *Donell. enucleat.* De Parthenio, & utrum is Tiberii an Titi servus fuerit, elegans & erudita est διάτριψις (*dissertatio*) in Gundlingianis *tom. 6. part.* 30. *art.* 3. *p.* 445. *seqq.* HEIN.

TITULUS XVI.

DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

Dig. lib. 28. tit. 6. Cod. lib. 6. tit. 25. & 26. Et Part. 6. tit. 5.

Unde hæc substitutio dicatur pupillaris, & quo adspectu substitutio. Simul argumentum tituli.

SEquitur directæ substitutionis species altera quæ à subjecto dicitur pupillaris, quia scilicet solis fit pupillis, non ut prior illa promiscue quibusvis. Etsi autem is demum pupillus dicitur qui cum impubes sit in potestate patris esse desiit, *l. 239. de verb. sign.* tamen quia vis omnis testamenti & substitutionis confertur in mortem testatoris, id est in id tempus quo filius pupillus futurus est, recte hoc respectu pupillaris vocatur. Prior illa vulgaris, ut bene observavit D. Viglius, vere substitutio est sive secunda institutio qua testator in casum quo primo gradu institutus heres futurus non est alium sibi heredem facit, ac proinde per quam succeditur ipsi testatori; hæc autem non tam substitutio est quam institutio prima: quippe per quam non ei qui testamentum fecit & gradu secundo succeditur, sed pupillo cui testamentum factum est & gradu primo, perinde ac si ipse pupillus sibi heredem fecisset: quod evidentius apparet in substitutione exheredati. Quamobrem merito Hotomannus à Bachovio notatur, quod ille inverso modo vulgarem substitutionem magis institutionem, pupillarem autem proprie censet esse substitutionem. Cur vero cum pupillaris proprie substitutio non sit eo tamen nomine à Veteribus appellatur, dixi præcedente titulo: nempe sic appellatur ex comparatione heredis paterni, eo quod pater sibi prius deinde secundo loco filio heredem instituere debet, & non à testamento filii incipere, *l. 2. in fin. hoc tit.* Porro substitutio pupillaris, ut genus πρὸς ἕτ (*analogum*) dividi potest in propriam seu veram, & quasi, seu exemplarem. Utraque fit in eum casum quo institutus heres erit; propria fit liberis impuberibus, si heredes extiterint & intra pubertatem moriantur: quasi, seu exemplaris fit mente captis, si heredes 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: deinde parentibus formidolosis tuta monstratur substituendi ratio. Hinc jam amplius, quibus pupillariter substitui possit declaratur: tum proponitur generalis quædam & communis forma; ac postremo sequuntur contraria.

TEXTUS.

Forma, effectus, origo & ratio pupillaris substitutionis.

Liberis suis impuberibus quos in potestate quis habet, non solum ita ut supra diximus, substituere potest, id est, ut si heredes ei non extiterint alius sit ei heres; sed eo amplius, ut si heredes ei extiterint & adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis heres; veluti si quis dicat hoc modo: Titius filius heres mihi esto. Et si filius mihi heres non erit; sive heres erit & prius moriatur quam in suam tutelam venerit, *id est, antequam pubes factus sit*, tunc Sejus heres esto. *Quo casu, si quidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres si vero extiterit heres filius & ante pubertatem decesserit, ipsi filio fit heres substitutus. Nam moribus institutum est, ut cum ejus ætatis filii sint in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes ei faciant.*

L. 5. tit. 5. Part. 6.

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 pos-*

posse nisi ex formula legis Vellejæ.

3 *Utrum ut valeat substitutio pupillaris necesse sit liberos in potestate esse, & cum fit substitutio & cum pater moritur, an satis sit tales esse tempore mortis.*

4 *Exponitur locus Ulpiani* in l. 2. in fin. pr. hoc tit.

5 *Vulgari casu expresso etiam pupillarem contineri, nisi voluntas testatoris aperte refragetur.*

6 *An ex converso, expresso casu pupillaris contineatur & vulgaris.*

7 *Responsum Javoleni expositum in l. paterf.* 28. de reb. auct. jud.

8 *Quando accidat ut pupillus heres non existat, & substitutus vi formulæ vulgaris admittatur.*

9 *Quando intelligitur pupillus patri heres extitisse hoc effectu, ut mortuo intra pubertatem heres ei fiat pupillariter substitutus.*

10 *Per substitutionem pupillarem excludi heredes omnes legitimos, etiam matrem.*

11 *Excludi matrem à substituto pupillari etiam quoad legitimam.*

12 *Ostenditur idem juris esse & in pupillari tacita, cum refutatione objectorum.*

13 *Cur pupillo expedire visum sit testamentarium á patre heredem accipere.*

Liber impuberibus] *L. 2. in pr. hoc tit.* puberibus in tantum non licet, ut etiamsi ab initio facta impuberi substitutio sit, pubertatis tamen adventu vis ejus extinguatur, §. *pen. inf. hoc tit.* Cur autem solis liberis impuberibus hoc modo substitui permissum sit in fine hujus §. dicetur.

1. *In potestate*] Etenim patriæ hoc datum potestati est; & ideo pater filio emancipato ita substituere non potest, *d. l. 2. in pr.* multoque minus mater liberis suis. Nam quod in specie *l. 33. eod.* pupillares tabulæ appellantur quas mater filio impuberi fecit: ex eo minime concludendum est posse & matrem liberis impuberibus pupillariter substituere. Proponitur enim mater filio impuberi substitutionem fecisse non in casum secundum, si heres erit; sed in primum, si heres 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 recte monet atque hoc Africani responsum temperat Cujac. 2. *ad African.* Consilium hoc Prudentum fuit, à quibus excogitata quoque est cautio & velut ratio quædam, qua cum vi & effectu pupillaris substitutionis etiam filio emancipato substituatur, *l. 39. hoc tit.* add. Duar. ad *hunc tit. cap.* 14.

2. Non satis autem est liberos in potestate esse, nisi simul proximum in familia testatoris gradum obtineant, hoc est, sui heredes 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 heredem ex testamento habere; sed quia filiusfam. cui nec puberi testamenti faciendi jus est, & de cujus successione jure veteri omnino quæri non potuit. Plane ex formula legis Vellejæ etiam nepotibus quos pater præcedit substitui potest, *d. l. 2. in pr.* ut sic avus testetur: *Filius heres esto. Si filius me vivo suus heres esse desierit, tum qui mihi ex eo nepos est heres esto. Si nepos heres erit & intra pubertatem decedat, Sejus heres esto*: quæ nepotis institutio fit ex secundo capite legis Vellejæ, *l. 29. §. 13. de lib. & post.*

3. De illo quæritur, utrum ut substitutio pupillaris valeat necesse sit liberos in potestate esse utroque tempore, & quo fit substitutio & quo pater moritur; an vero tales esse sufficiat saltem tempore mortis. Accurs. Bart. in *d. l. 2.* & vulgo Interpp. Grass. §. *substitutio quæst. 23. n. 5.* sufficere credunt qualitatem illam adesse tempore mortis. Doctissimi Jurisconsulsti superioris ævi, Polit. Zas. Govean. in *d. l. 2.* Vigl. *hic n. 7.* Covar. in *cap.* Raynut. *de testam. §. 5. n 2.* Duar. *comm. ad hunc tit. cap. 14.* Donell. *6. comm. 25.* contrà, utrumque tempus spectandum contendunt, tam id quo fit substitutio quam quo testator moritur: quibus assentior. Nam & verba juris de hac substitutione constituti conferuntur an in tempus præsens substitutionis, & cum qualitas aliqua requiritur ad constitutionem alicujus actus, ea inesse debet eo tempore quo actus geritur, *l. 49. §. 1. de her. inst. §. 4. Inst. infr. de her. qual.* tritumque est, quod ab initio non consistit ex post facto non posse convalescere. Accedit præterea textus satis clarus in *l. 41. §. 2. hoc tit.* Verba sunt: *Si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pu-*

pillaris fit irrita : quibus verbis Jurisconsultus aperte significat, præter tempus mortis aliud quoque esse quo oporteat impuberes esse in familia ; hoc autem tempus non aliud intelligi potest aut debet quam id quo fit substitutio. Pro contrariæ sententiæ firmamento adducitur *d. l.* 2. *in fin. pr.* ubi sic Ulpian. scribit : *Sed si extraneum quis heredem 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 tantum in potestate reperiatur cui substitutio facta est.

4. Mihi vero contrarium hoc ipso loco non obscure significare Ulpian. videtur, nempe prius oportere extraneum nepotis loco adoptari quam substitutio fiat ; ait enim, *poterit ei substituere si eum in locum nepotis adoptaverit.* Ut autem locus planius intelligatur licebit paulo altius rem repetere. Docuerat Jurisconsultus quemadmodum nepotibus quos patres præcedunt tuto in primum casum substitui posset, hoc est, ita substitui ut non evanesceret substitutio : nimirum eos vel institui oportere vel exheredari, ne in locum suorum heredum succedentes (quo uno casu effectum habet substitutio) præteriti rumpant testamentum, & per consequens extinguatur pupillaris substitutio. Institui autem oportere ex consilio & formula legis Vellejæ : aliter institutum haberi pro præterito. Mox subjicit, extraneum ex formula legis Vellejæ institui nihil necesse esse, vulgarique saltem modo institutum & succedentem postea in locum sui heredis non rupturum testamentum : quæ est sententia *l.* 23. §. 1. *de lib. & post.* ac proinde extraneo impuberi heredi vulgariter instituto, & postea in locum nepotis quasi ex filio adoptato, recte (potest enim & ex intervallo hoc fieri, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.*) substitui : eam quippe institutionem sufficere, ne successione, quasi præteritus rumpat ; cum si post adoptionem institutio facta sit, non aliter ea valeat quam si facta fuerit ex formula legis Vellejæ ; sive enim nepos quem pater antecedit naturalis sit sive adoptivus, semper ex præscripto legis Vellejæ institui debet, alioqui præteritus censetur : qua de re abunde dictum in exegesi §. 2. *Inst. sup. de exher. lib.* Cum igitur hic quæratur de eo qui extraneus sit non tempore substitutionis sed institutionis, tantum abest ut hic locus confirmet contrariam sententiam ut eam etiam refellat. Non possum ergo non mirari Bachovium qui hanc explicationem, quæ tam aperte & verbis & menti Jurisconsulti ac rationi juris per omnia convenit, divinatoriam appellat. Illa quæ ipse pro tuenda communi sententia affert, nihil aliud esse quam meras divinationes facile quivis animadvertere poterit.

Veluti si quis &c.] Formula mixtæ & gemellæ substitutionis, quæ à Modestino duplex dicitur, quia utrumque 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 Jurisconsultorum disjunctiva hac formula usi fuerunt ; vel quia ex plurium sententia substitutio non operabatur ultra casum expressum, vel quia ob diversitatem sententiarum rerumque judicatarum id incerti adhuc juris erat. Postea autem Impp. Marci & Severi constitutione introductum, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligeretur, *l.* 4. *in pr. eod.*

5. Primum igitur, quod positum est extra omnem controversiam, vulgari casu expresso continebitur etiam pupillaris ; veluti si pater impuberi filio heredi instituto ita substituat, *Si filius heres non erit, Titius esto.* Hic enim placet, Titium etiam in hunc alterum casum, *& si filius heres erit & impubes decesserit* tacite substitutum videri, *d. l.* 4. *in pr.* nisi voluntas testatoris aperte 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 heredem esse voluit si filius non esset, voluisse quoque eumdem esse heredem filio, si filius heres esset & intra pubertatem moreretur ; utroque enim casu pariter substitutum dilexisse videtur, nec sibi magis prospexisse quam impuberi filio, cui etiam utile esse creditur heredem à patre accipere ; *l.* 42. *de adq. her.* In voluntate autem testatoris manifeste 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 casum substitutus est minime intelligi debet substitutus quoque esse in casum secundum contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expresse in secundum casum substitutum dedit, §. 3. *inf.*

inf. hoc tit. aut in conditione substitutionis eum adjecit, cui in secundum substitui non potest, quod cum fit, palam est testatorem in eum dumtaxat casum substitutionem fecisse quo utrique heredem substitui poterat, *d. l.* 4. §. 2. *l.* 45 *ff. hoc tit. d. l.* 4. *C. eod.*

6. Porro etiam vice versa expresso casu substitutionis pupillaris dicimus contineri & casum vulgaris. Cæterum hic nobis litem movent Polit. *de subst. pupill. quæst.* 8. *n.* 39. Vigl. *hic n.* 19. Aut. Fab. *dec.* 32. *err.* 9. & 10. pauci (quanquam nonnullos alios Viglius laudat) sed magni viri. Hi multis in contrarium disputant ac serio contendunt, in substitutione pupillari expressa vulgarem tacite numquam contineri. Nos quidem numero Interpp. nobiscum sentientium longe superiores sumus; sed hoc parum est nisi legum auctoritate vincimus & ratione. Videamus ergo, an in hac quoque parte nobis cedere debeant. Auctoritate defendimur duplici: primum verbis ipsis constitutionis Impp. Marci & Severi relatis à Modestino *d. l.* 4. *in pr.* quæ hæc sunt: *cum pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque &c.* Non ait Jurisconsultus *cum pater in primum casum*, quomodo Impp. loqui debuerant si tantum in vulgari casu expresso pupillarem contineri significare voluissent; sed *cum in alterum casum*, hoc est, unum ex duobus sine ulla distinctione, primus an secundus tantum expressus fuerit. Secundo & evidentius auctoritate ejusdem Modestini in terminis quæstionem hanc proponentis & decidentis in *d. l.* 4. §. 2. Qui duos habebat filios unum puberem alterum impuberem, utroque herede instituto puberem impuberi substituit in eum casum quo impubes heres existeret & intra pubertatem moreretur: ait Jurisconsultus, hoc casu fratrem puberem in utrumque eventum substitutum videri. Quod autem in fine ejusdem responsi monet, ad evitandam omnem quæstionem cautius facturum patrem si in utrumque casum expresse 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 quemadmodum pater in unum dumtaxat 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 constitutionem locus non est, cum non uterque alteri in casus diversos, sed uni dumtaxat cui in utrumque casum substitui potest, substituitur alter, sive solum in primum sive solum in secundum casum. Denique à ratione non magis alienum est hanc inducere voluntatis conjecturam, quod substitutus in secundum casum videatur etiam substitutus in primum, quam quod in primum substitutus intelligitur quoque substitutus esse in secundum; immo fortior voluntatis conjectura pro illo quam pro hoc; quod etiam D. Christin. *vol.* 4. *decis.* 15. *n.* 4. notat. Nam cum pater filium heredem instituit quem etiam sperat sibi heredem fore & bona quæ relicturus est consecuturum, eum quem filio heredi facto substituit, & ad quem consequenter mortuo filio pariter cum bonis filii postea quæsitis sua quoque pertinere voluit, magna causa præsumtionis est patrem voluisse etiam alio herede non existente sibi heredem esse in suis solius bonis: quæ præsumtio tanto major in hoc casu quam in superiore, quanto magis apparet testatorem dilexisse eum quem unà cum suis bonis filii quoque bona, si quæ postea obvenerint, habere voluit, quam eum quem expresse sibi tantum heredem fecit.

7. Ex quo vel solo nullo negotio refelli possunt rationes eorum qui contra sentiunt, nam auctoritate quidem illi nulla nituntur, nisi quod Ant. Faber nobis objicit Javolenum in *l.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* quo tamen loco longe aliam quæstionem Jurisconsultus tractat, nimirum an creditoribus paternis in substitutum impuberis qui patris se hereditate abstinuit actio detur, sive an substitutus æs alienum patris agnoscere & creditoribus ejus respondere teneatur; an vero hereditates, quas nuda existentia potestate juris civilis conjunxit, possit separare. Quod si inde colligit Faber, substitutum impuberi in casum pupillarem, pupillo abstinente hereditatem patris adire non posse vi aliqua tacitæ substitutionis vulgaris: eadem ratione collegeris nec legitimos heredes abstinente pupillo posse patris hereditatem cernere. Et quidni præsupponendum esse dici possit, in quæstione à Javoleno proposita substitutum quoque repudiasse manifeste damnosam hereditatem, utcumque virtute tacitæ substitutionis vulgaris sibi delatam? Ac mihi, quod ad istam quæstionem attinet, idem sensisse videtur Javolenus quod successor ejus Julianus, cujus sententia ut pupilli utilitatem impug-

pugnans notatur à Marcello & Ulpian. *l.* 42. *de adq. her.* Agitata fuit quæstio nostra jam olim in judicio centumvirali inter heredes legitimos Coponii cujusdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilianus *lib.* 7. *inst. orat. c.* 7. meminerunt. Coponius postumum heredem instituerat, eique si antequam in tutelam suam veniret decessisset Curium heredem substituerat. Cum postumus natus non esset exorta de hereditate controversia est inter heredes testatoris legitimos & substitutum. Q. Mucius defendit legitimis heredibus locum esse factum, quoniam Curius ita substitutus erat postumo, si postumus impubes moreretur: jam vero postumum se natum quidem esse, ac proinde defecisse conditionem substitutionis. Mucio contradixit L. Crassus, atque iisdem argumentis quibus nos usi sumus probavit Centumviris M. Curium nihilominus ex substitutione heredem esse oportere. Quod judicium, ut communem sententiam vindicat ab illis quas Vigl. & Fab. proferunt absurditatibus, ita ipsum, cum res adhuc dubia maneret, propter auctoritatem ut credibile est Q. Mucii constitutione Impp. Marci & Severi confirmatum est. Plane in substitutione exheredato facta eamdem interpretationem non esse admittendam facile 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 regatur. Utitur hac loquendi formula M. Tullius, cum alibi sæpe, tum *lib.* 1. *de orat.* & *lib.* 2. *de invent.* Nostri passim, Javolen. *l.* 39. *hoc tit.* Neratius *l.* 54. *de her. inst.* Julianus *l.* 8. §. 1. *de bon. poss. sec. tabb.* Paulus *l.* 51. *de legat.* 3. Prætor in edicto suo *l.* 5. §. 2. *quib. ex caus. in posses.*

8. *Siquidem non extiterit heres filius, tunc substitutus patri fit heres*] Quando ergo accidit ut pupillus heres non existat & substitutus vi vulgari formulæ patri heres fiat? An tunc solum, cum pupillum ante patrem defungi contingit; an vero etiam tunc cum patri superstes paterna hereditate abstinet? Et Theophilus quidem scribit, ex verbis formulæ vulgaris tunc solum substitutum venire & patri heredem fieri, cum filius vivo adhuc patre mortuus est. Ego vero censeo, etiam tunc cum impubes patri supervixit & expresse bonis paternis se abstinuit, posse substitutum defendere ex substitutione patris hereditatem sibi delatam, conditionemque hanc, *Si heres non erit*, ex mente testatoris explicandam, ut ea extitisse intelligatur, non cum quis nudo nomine tenus, sed re ipsa & cum effectu heres factus est. Sic Jurisconsulti in *l.* 67. *de rit. nupt. l.* 68. *de legat.* 1. aperte negant filium qui se abstinuit heredem extitisse. Nam licet etiam is qui se abstinuit jure civili pro adhuc herede habeatur, unde dicitur non esse sine herede qui suum heredem licet se abstinentem habet, *l.* 30. §. 10. *de fideicomm. lib.* atque hæc res etiam sua habet effecta, *l.* 12. *hoc tit. l.* 41. cum *l. seq. l. ult. de adq. her. l.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* tamen in proposito nudum nomen heredis sive nudam illam existentiam considerare non oportet; alioqui nullo modo vulgariter suo heredi substitui posset. Et cum ut docuimus initio *tit. præc.* conditio ista, *Si heres non erit*, etiam casum noluntatis contineat, & consequenter tamquam conditio potestativa necessitatem tollens filium hac in re ad instar redigat heredis voluntarii, per *l.* 4. *in pr. l.* 86. *de hered. 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: sane in casu nostro hereditas pro adquisita neutiquam haberi debet. Rep. quæ notavimus ad *princ. præc. tit.*

9. *Si vero extiterit heres filius*] Videamus item quando filius patri heres extitisse intelligitur cum hoc effectu ut filio intra pubertatem mortuo heres ei fiat pupillariter substitutus. Et certi juris est, si filius decesserit post immixtionem, substitutum admitti heredemque fieri filio. Nec dubitatur, quin idem juris sit si filius mortuus sit non declarata voluntate sua super immixtione aut abstentione. Verum illud bellissime quæritur, an etiam filio qui expresse abstinuit intra pubertatem mortuo, substituto pupillari locus fiat, & quod dicitur, nuda heredis sui existentia confirmentur tabulæ patris & pupilli. Dixeris enim nudam existentiam vim istam habere non posse, ac proinde substitutum in proposito excludi: quem si admittimus nudæ existentiæ tribuimus vim additionis: cui consequens hoc absurdum est, suo heredi frustra in vulgarem casum substitui, cum vulgaris substitutio adita hereditate expiret. Adhæc, cum dicamus in substitutione vulgari verba hæc *Si filius heres non erit* ex mente substituentis patris sic accipienda esse, si immis-

miscere se paternæ hereditati noluerit: etiam ex contrario quæ sunt pupillaris substitutionis *si filius heres erit* sic accipi oportebit, si bonis patris se immiscuerit: ut utrobique immixtio, non nuda existentia cum aditione conferatur. Quibus etiam accedit quod apud Julianum relatum est, si duo fuerint à patre instituti cum filio impubere eidemque substituti, necesse esse ad tabulas patris confirmandas unum ex iis hereditatem patris adire, *l.* 11. §. 1. *ad sen. Treb.* Ceterum quominus ita statuamus impedimur textu expresso *l.* 12. *hoc tit.* item his locis, *l.* 42. *de adq. hered. l.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* ubi disputant Jurisconsulti, an pupillo qui abstinuit bonis patris mortuo, substituto concedi debeat separatio bonorum patris & filii, ut ex substitutione pupilli tantum hereditatem adeat: stulte & inepte, si substitutus abstinente pupillo nullo modo ex substitutione venire potest. Dicendum ergo omnino est, etiam in casu præsenti, cum pupillus abstinuit, ex substitutione pupillari hereditatem deferri substituto, nudæque sui heredis existentiæ vi confirmari tabulas pupillares: quod etiam perspicue probat *l.* 44. *de re jud. l.* 41. *de adq. her.* Nec vero adeo absurdum videri debet quod in substitutione pupillari vim aditionis tribuimus existentiæ; in vulgari autem non nudæ existentiæ sed immixtioni, non enim necesse est ut nomen heredis aut existentiæ in utriusque substitutionis conditione eodem modo explicetur aut accipiatur. Nam ut concedamus etiam in pupillari substitutione patrem his verbis, *si filius mihi heres erit*, de herede qui cum effectu heres futurus sit cogitasse: ratio tamen juris & favor pupilli postulant ut sola existentia, quoad effectum de quo quærimus pro aditione habeatur, & sustineantur tabulæ pupillares. Plane si filio datus sit coheres extraneus, vulneratur suitas, ut loquitur Porc. *ad tit. Inst. de Attill. tut.* atque hìc quia vires testamenti à coherede quoque pro parte pendent, ad confirmationem tabularum & substitutionis pupillaris non sufficit filium sola potestate juris pro parte sua heredem extitisse, sed si hic se abstinuerit, ut tabulæ valeant necesse est ut patris hereditas ab extraneo adeatur, *d. l.* 11. §. 1. *ad senat. Treb.* Atque ita quoque explicanda *l.* 2. §. 1. *hoc tit.* Etenim sui heredis nuda existentia, quæ fit ἐν ἀτόμῳ & ipso momento mortis paternæ, non potest in solidum confirmare testamentum ubi eodem tempore adest heres alius qui adire potest. Vid. Bart. in *l.* 12. *hoc tit.* & *d. l.* 11. §. 1. *ad senat. Treb.* qui meo judicio felicius hæc expedit, quam vel Cujac. 26. *obs.* 1. vel Ant. Fab. *dec.* 31. *err.* 8. add. Bachov. in *Treutl. vol.* 2. *disp.* 12. *thes.* 3.

Ipsi filio heres substitutus] Et in tantum succedit quantum filii fuit cum is moreretur, sive à patre obvenerit, sive quæsitum aliunde. Testamentum enim pupilli hìc est in quo testator non suis bonis sed impuberis heredem substituit, *l.* 10. §. 5. *hoc tit.* Excipitur substitutus adrogati, ad quem nihil amplius ex substitutione pertinere potest quam quod ad impuberem pervenit ex bonis aut beneficio adrogatoris, *d. l.* 10. §. 6. *hoc tit.*

10. Quia vero ex notissima ratione juris quamdiu ex testamento defertur hereditas aut saltem spes est fore ut deferatur heredes ab intestato succedere non possunt: certum est legitimos pupilli heredes, id est, eos omnes qui citra substitutionem pupillo ab intestato successuri fuissent, à substituto hereditatem admittente excludi, & consequenter etiam matrem pupilli; quamquam de ea ratio est cur dubitetur. Nam mater præ reliquis legitimis heredibus 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. Cum igitur mater hoc jus habeat cum liberi per se testamentum faciunt, videri potest idem jus etiam tunc matri competere cum non liberi ipsi sed pater eis testamentum facit; nam quod quis ex persona & nomine alieno facit majorem vim habere non potest quam haberet si ille ipse id fecisset cujus nomine factum proponitur, *l.* 51. §. 1. *de procurat. l.* 13. §. *pen. ff. de damn. inf. l.* 10. *C. de hered. inst. cap. quod per alium de reg. jur. in 6.* cum similib. Contrarium tamen diserte ab Ulpiano responsum est *l.* 8. §. 5. *de inoff. test.* nempe matrem impuberis non posse testamentum inofficiosum dicere, adjecta hac ratione, quia pater hoc ei fecit: quibus verbis hoc significare voluit Jurisconsultus, querelam inofficiosi testamenti hoc colore instituendam quasi non sanæ mentis fuerit qui testamentum ordinavit; hujus autem rei pupillum argui non posse, quia ipse testamentum non fecit; uxori vero contra mariti testamentum querelam non competere. Quæ ratio etiam admissa communi DD. opinione accommodari potest ad jus novum,

quid-

quidquid enim novi juris à Justiniano constitutum est, id eò tantum pertinet, sicut ipse testatur, ut præteritionis & exheredationis amoveatur injuria, quæ nulla matri à pupillo illata. Neque vero pater cum liberis suis testamentum facit testatur ex persona & nudo nomine liberorum, sed jure proprio atque ex persona sua, vi scilicet potestate juris patrii. Hoc ipsum manifeste quoque confirmat *l. 9. C. hoc tit.* quo loco Justinianus prohibet admitti querelam contra substitutionem mente capti, idque ait se constituere ad exemplum substitutionis pupillaris.

11. Negata querelâ consequens omnino est, matrem à substituto pupillari excludit etiam quoad legitimam; idque constitutione Bonifacii 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 querelam rescindere testamentum non potest, alia tamen via legitimam consequi posse: nimirum condictione ex lege; quoniam generatim cautum est, ex bonis liberorum matri legitimam esse relinquendam, *ll. 30. & 32. C. de inoff. test. Nov. 1. in pr.* Sed jam probavimus id verum esse quando liberi ipsi testantur, non cum pater pro suo jure iis testamentum facit. Neque assentiri possum Menochio, qui *lib. 4. præsunt. 38.* existimat, excludi quidem 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 quam de impuberis bonis disponit, & exheredato quoque dat substitutum. Atque illud omnino fixum esse debet, qui suo jure queri de inofficioso non potest, quamvis ex testamento nihil consecutus sit, eum nec petere posse legitimam, ut bene disputat Fachin. *lib. 4. contr. 42.* & est communis hæc opinio. Gomez. *1. var. 4. n. 7.* Vasq. *lib. 2. de succ. prog.* §. *11. n. 24.* Grass. §. *substitutio quæst. 12. n. 5.*

12. Porro si hoc obtinemus in substitutione pupillari expressa, nulla ratio est cur non idem statuamus in tacita quæ vulgari expressa continetur. Nam cum ex constitutione Impp. Marci & Veri hìc non minus testamentum atque ex eo heredem pupillus habeat quam si expresse 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 testamentum evertere. Quæ sententia etsi à DD. comm. improbata est, tamen aperte satis confirmatur à sensu contrario in *l. 2. C. hoc tit.* in qua Impp. respondent, ideo in specie illic proposita matrem admitti, quia testator, filio impubere & aliis quibusdam personis non ejusdem conditionis heredibus institutis & invicem substitutis, non intelligitur sensisse de alio casu quam qui in omnium persona locum habere potest, id est de vulgari tantum: quo non obscure significatur, si personis omnium uterque casus conveniret, aliud respondendum esse: quo etiam faciunt *l. 45. ff. hoc tit. l. 4. C. eod.* Sed duo loci hìc nobis objiciuntur, *l. 8. C. hoc tit. 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.* quippe militum testamenta non reguntur legibus aut constitutionibus, sed ex nuda simplici ac prout verbis expressa est voluntate æstimantur, *l. 6. C. de test. mil.* ut proinde in horum testamentis vulgaris expressa non contineat tacitam pupillarem: idemque esset etsi non mater in specie illic proposita & decisa, sed frater aut alius pupilli legitimus heres fuisset. In *l. ult. C. de inst. & subst.* hic casus proponitur: Testator postumum & uxorem heredes scripsit, & si postumus natus non esset Mævium sibi heredem esse voluit. Natus est postumus, & impubes superstite matre decessit. Papinianus & Ulpianus putaverunt voluntatis esse quæstionem, & matrem potius quam substitutum ad successionem impuberis admittendam; & secundum eos Justinianus quæstionem sic decidit, ut nolit substitutionem istam vim tacitæ pupillaris habere adversus matrem, id est si postumus natus impubes viva matre decesserit; sin illa prior mortua sit valere adversus ceteros. Quis vero non videt hujus constitutionis speciem & rationem singularem esse, ac proinde non facile ad alios casus porrigendam? Ostendunt hoc verba, *in hac specie, in hujusmodi casu*; & quo colore alioqui Papin. & Ulp. post constitutionem D. Marci voluntatis hic esse quæstionem respondissent? Credibile autem est Jurisconsultos & Imp. in casu, ut propositus est, considerasse primum, quod mater ex parte hereditatis & ipsa instituta fuit postumoque coheres data, etsi postumum nasci non contingeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quod scilicet tes-

testator uxorem suam, quam ita dilexit ut eam sibi quoque cum filio heredem esse voluerit, minime credendus sit voluisse excludere à luctuosa hereditate filii. Deinde quod substitutio facta proponitur non in casum illum generalem & germanum substitutionis vulgaris, *Si filius postumus heres non erit*; sed in casum specialem, & nominatim in hunc, *Si postumus natus non erit.* Unde iterum nova conjectura pro matre, nimirum non temere, ubi mater in medio est & præsertim coheres postumo data, hunc casum, *Si postumus natus non erit*, trahendum esse ad oppositum, *Si postumus natus fuerit & impubes decesserit*; ne fiat contra voluntatem testatoris, qui non videtur eum, quem postumo substituit & sibi heredem designat nominatim in eum casum quo postumus natus non fuerit, & quo existente nec mater nec filius nec hereditas filii intelligi potest, etiam in contrarium casum, si natus fuerit postumus & viva matre decesserit, ipsi postumo heredem esse voluisse, exclusa matre à luctuosa filii hereditate. 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.* Donell. ad *l.* 8. *C. hoc tit.* Vaud. 1. *quæss.* 44. Ant. Fab. 15. *conj.* 9. *& seqq.* & *dec.* 33. *err.* 5. late Vasq. *de succ. prog.* §. 15. *n.* 55. *& seqq.* Diss. Gloss. & DD. *comm. in d. l.* 8. Gomez 1. *res.* 4. *n.* 8. Covarr. *in cap. Raynutius* x̃. *de test.* §. 4. *n.* 6. Fachin. 4. *contr.* 40. *&* 41. D. Tulden. *comm. hic cap.* 3. *& ad C. hoc tit.* Perez *ibid. n.* 26. *&* 27. VINN. Patrem per substitutionem pupillarem excludere posse matrem à sua legitima, expresse decissum est *l.* 12. *tit.* 5. *Part.* 6. & trad. Gomez *var.* 1. *cap.* 4. *n.* 7. Sed intelligendum est de substitutione pupillari expressa; nam tacitâ matrem non excludi idem Gom. *d. loc. n.* 8. & Covarr. in *cap. Raynut. de testam.* §. 4. *n.* 6. tradiderunt. ADDIT.

Moribus institutum] Vulgaris substitutio confirmatur lege XII. 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 filii, disponit, *l.* 10. §. 5. *hoc tit.* sed substitutio hæc moribus introducta est, *l.* 2. *in pr. hoc tit.* & quod patri lege XII. 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 possint testamento heredem 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.

13. Atque hoc ipsum in gratiam ipsorum impuberum introductum est, quibus non solum honorificum sed etiam utile visum heredem testamentarium & eum qui patris judicio datus esset habere, *l.* 42. *de adq. her.* Ob id autem potissimum utile, quod ea ratione fiat ut agnatorum insidiis 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, §. 3. *infr. hoc tit.* VINN. Vulgo quidem negant pupillarem substitutionem esse ex XII. tabb. propter *l.* 2. *pr. ff. de vulg. & pupil. substit.* ubi ejus origo *moribus* adscribitur, cum contra vulgaris diserte ex XII. tabulis manasse dicatur in *l.* 10. *ff. eod.* Sed non pugnant illa, moribus aliquid introductum, & tamen ex XII. tabulis esse, cum in illas migrasse πάντας τὰς πατρικὰς ἐθισμὰς (*omnes patrios mores*), vel ἀγράφους ἐθισμὰς (*non scriptas consuetudines*), testetur Dionys. Halicarn. *lib.* 2. *p.* 96. & *lib.* 10. *p.* 676. Sanxerant decemviri, *Paterfamilias uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* Res ratione patris erant & liberi qui & mancipari poterant, Gajus *Instit. lib.* 1. *tit.* 6. §. 3. & vindicari *l.* 1. §. 1. *ff. de rei vind.* quin iis surreptis locum habeat actio furti, *l.* 38. §. 1. *ff. de furt.* Quemadmodum itaque tutela testamentaria est ex XII. tabulis, quia paterfamilias potest *legare de tutela suæ rei*; ita ejusdem originis erit pupillaris substitutio, quia decemviri patribusfamilias concesserant *legare super pecunia suæ rei.* HEIN.

TEXTUS.

De substitutione mente capti.

1. *Qua ratione excitati etiam constitutionem posuimus in nostro Codice, qua prospectum est, ut si qui mente captos habeant filios vel nepotes vel pronepotes cujuscumque sexus vel gradus, liceat eis, etsi puberes sint, ad exemplum pu-*

pillaris substitutionis certas personas substituere: sin autem resipuerint, eamdem substitutionem infirmari sancimus; & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, quæ postquam pupillus adoleverit infirmatur.

L. II. *tit.* 5. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Qua ratione & consilio exemplaris substitutio introducta.*
2 *Utroque parente superstite & exemplariter substituente, patris potius quam matris substitutionem ratam esse.*
3 *Substitutionem exemplarem etiam ad furiosos & prodigos, adeoque ad mutos & surdos quoque posse porrigi.*
4 *Etiam impuberibus mente captis & à patre in cujus potestate sunt exemplariter recte substitui.*
5 *Eum quoque qui exemplariter vult substituere, debere sibi prius testamentum facere.*
6 *Si plures sint mente capti liberi vel fratres posse vel unum ex his substitui.*
7 *An etiam exheredatis exemplariter substitui possit.*
8 *An substitutio exemplaris per resipiscentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo.*

1. 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 vocant, eo quod ad exemplum pupillaris introducta est. Sciendum vero, ante tempora Justiniani neque lege neque moribus licuisse parentibus liberis suis puberibus testamentum facere sive substituere prætextu vitii alicujus sive animi sive corporis, ob quod ipsi testamentum facere non poterant, nisi ut id sibi liceret, specialiter à Principe impetrassent: *l.* 43. *hoc tit.* quod quia vel non semper impetrari aut non sine magna molestia poterat, humanum tamen videbatur, Justinianus 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 casum quo heredes existerent, & in eadem constitutione mentis decederent, *l.* 9. *C. hoc tit.* Utriusque hujus substitutionis similitudo & dissimilitudo ostendetur in progressu.

Qua ratione] Nimirum eâdem illa quam modo dixit causam fuisse comparandæ atque in mores inducendæ substitutionis pupillaris. Hoc enim significat, eadem ratione qua antea receptum fuit ut parentes liberis impuberibus testamentum facerent, quia scilicet liberi ipsi propter ætatem sibi facere non poterant, se excitatum permisisse parentibus substituere liberis etiam puberibus qui non sanæ mentis sunt, & ob eam causam ipsi testari non possunt. VINN. At non plane eadem est substitutionis ratio. *Pupillaris* enim ἀμέσως (*immediate*) nititur patria potestate; *exemplaris* στοργῇ (*caritate*) illa parentum naturali. Quare illa fit à solo patre; hæc ab utroque parente. HEIN.

Ut si qui] Sine distinctione sexus aut gradus aut potestatis parentum; ne quis ex similitudine substitutionis pupillaris hoc ad eos parentes tantum 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; *parenti, qui vel quæ testatur; testatori vel testatrici.* Poterit igitur & mater hoc modo substituere, & avia, & pater filio emancipato.

2. Quod si mente capto uterque parens superstes sit, rationi juris consentaneum est, ut patris potius quam matris substitutio rata sit, ut recte Vasq. *lib.* 2. *de succ. prog.* §. 17. *n.* 39. *& seqq.* Donell. 6. *comm.* 27. quamvis receptum magis, ut cujusque substitutio valeat in bonis ab eo profectis, teste Sichardo in *d. l.* 9. *C. hoc tit. n.* 8. quod etiam probant D. Perez in *Cod. hoc tit. n.* 31. & D. Tuld. in *comm. hic cap.* 10. Sed hoc neque naturæ hujus substitutionis communi cum pupillari videtur convenire, nam utraque fit bonis liberorum omnibus, & insolens est aliquem cum duobus testamentis decedere: quamquam fortassis subtilitatem istam mores hodierni non usque adeo 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 fere signa ostendens ex-

extrinsecus : & dementia plerumque vitium naturale est ac perpetuum ; furor sæpe remissionem ac intervalla morbi & sanitatis habet. Hinc dubitandum 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 Justinianus meminit. Et vero potest aliquando justa esse causa dubitandi, veluti cum D. Marcus permisisset filio mente capto uxorem ducere , exorta apud Veteres dubitatio fuit , an id quoque ad furiosi filium porrigendum esset ; quoniam in mente captis nullæ sunt morbi induciæ , furiosi autem plerumque intervallis quibusdam sensu saniore sunt , quod tempus expectandum videri poterat : quam tamen dubitationem sustulit Justinianus producta D. Marci constitutione ad furiosi quoque filium , *l.* 25. *C. de nupt.*

3. Ceterum in proposito non video quæ possit esse dubitandi causa , cum omnino hic eadem ratio sit utriusque , & furore intermisso liberis ipsis si in potestate non sunt testari permissum ac testamentum paternum abolere. Fac. *l.* 43. *in pr. vers. nam & si ff. hoc tit. l.* 2. *C. de cur. furios.* ubi furiosus & mente captus pro eodem ponuntur. Et recte igitur Theoph. vertit μεμηνότας ἤγουν παραφρονήτας (*furiosos sive dementes*). Quinimo putem , constitutionem Justiniani ad prodigos , atque adeo 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.* 6. *n.* 3. & 4. Covarr. in *cap. Raynut.* §. 6. *n.* 1. Grass. §. *substitutio quæst.* 44. *n.* 4. & 6. quamvis aliud visum Viglio *hic.* Govean. in *d. l.* 43. *hoc tit.* D. Tuld. in *comm. hic cap.* 10. Perez in *Cod. eod. n.* 30. arg. *l.* 14. *de legib.* cui occurri potest ex D. Præside *loco* 79. *n.* 18. & *seqq.* Plane ad phreneticos constitutionem non pertinere tradunt comm. DD. & probat Vasq. *d.* §. 17. *n.* 108. per verbum constitutionis *perpetuo.* Grass. *d. quæst.* 44. *n.* 3.

Vel nepote] Eadem autem conditio hic exigitur quæ in substitutione impuberum , 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 heredem ex testamento habere possunt, *l. pen. & ult. C. qui test. fac.* Quare & si mater substituit , mortua ea superstite patre, mente capti evanescet substitutio secundum plerosque : ego arbitrarer , quamdiu pater vivit ne concedendum quidem matri esse ut substituat , de quo late Vasq. 2. *de success. progr.* §. 17. *n.* 43. & *seqq.*

4. *Et si puberes sint*] Secunda differentia quæ principalis est inter hanc substitutionem & pupillarem. Ait , *etsi puberes.* Liceone ergo etiam impuberibus exemplariter substituere ? De patre qui emancipavit non quæritur, nec de matre substituere volente ; quoniam in his terminis sola exemplaris locum habet: sed de patre in cujus potestate est impubes mente captus. Ratio dubitandi orta à simili. Quemadmodum enim curatio agnatorum , in qua lex XII. 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 , cum pater jure ordinario his substituere possit pupillariter. Sed non sunt hæc similia ; nam finita tutela succedit & administrationem bonorum puberis suscipit curator quem lex aut magistratus tutori subrogat , ut in omnem eventum hic furioso prospectum sit : finita autem substitutione pupillari , & durante adhuc mentis alienatione , non succedit exemplaris substitutio, neque quisquam est qui heredem mente capto dare queat. Quamobrem magis est ut dicamus , posse matrem etiam exemplariter filio substituere , ut duret ea substitutio etiam post pubertatem , quamdiu manet eadem mentis constitutio : ita & Duar. in *tit. de vulg. & pup. cap.* 19. & DD. comm. Vasq. *d.* §. 17. *n.* 68. Grass. *d.* §. *quæst.* 41. Dissentit D. Pacius in *not. marg.*

5. *Ad exemplum pupillaris substit.*] His verbis significatur , licere patri filio mente capto substituere in casum secundum , *Si filius heres erit* ; ut receptum est in pupillari. Deinde etiam debere patrem qui exemplariter substituit sibi prius testamentum facere sibique in eo heredem instituere , quam filio substituat , perinde ut in substitutione pupillari , §. 5. *infr. eod.*

Certas personas] Differentia tertia. In substitutione pupillari licet impuberi filio quosvis substituere , etiam fratribus ejus præter-

itis: in substitutione mente capti non licet; sed in hac primum liberi, si quos habet, deinde his non extantibus fratres mente capti substituendi sunt: demum si nec fratres erunt, permissum substituere quemlibet, *d. l. 9. C. hoc tit.*

6. Et notandum, quod in constitutione adjicitur non esse necesse si plures sint mente capto liberi aut fratres ut substituantur omnes, sed satis esse vel unum ex iis substitui ut valeat substitutio, licet reliqui non sint exheredati: nihil enim de ceteris exheredandis exprimitur. Sed & impune posse præteriri, 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. *d.* §. 17. *n.* 55. *& seqq.* Sed de parentum erga liberos affectione benignius præsumamus, avumque testatorem nepotibus præteritis tantumdem de propriis bonis in compensationem relicturum.

7. Inducitur vulgo ex verbis dict. constitutionis & alia dissimilitudo. Nam impuberibus pupillariter substitui potest, etsi nihil eis relinquatur, dummodo exheredentur: mente captis non aliter substitui concedit constitutio, quam si legitima eis relicta fuerit; & cum igitur hodie legitima liberis relinquenda sit titulo institutionis, *Nov.* 115. non aliter testamentum paternum consistere, aut querelam inofficiosi evadere plerique existimant, quam si liberi in eo heredes instituti fuerint, saltem in parte aut ex re aliqua; quo casu si minus legitimâ relictum sit, id quod deest eos consecuturos condictione ex *l.* 30. *C. de inoff.* nimis enim superstitiosos esse qui negant subsistere testamentum nisi tota legitima relicta sit. Concludunt igitur, exheredato non recte exemplariter substitui, neque rationem humanitatis pati ut afflicto addatur afflictio. Bart. in *l.* 43. *n.* 18. *ff. boc tit.* DD. comm. in *l. 9. C. eod.* Grass. *d.* §. *quæst.* 44. *n.* 5. Quibus assentiri non possum. Nam cum etiam liberi furiosi à patre exheredari possint, *l.* 27. *C. de Episc. aud. l. ult.* §. 5. *C. de cur. fur.* quod sic accipiendum est, ut possint etiam efficaciter, quamvis nihil eis relictum sit, modo exheredentur ex causa ingratitudinis ante furorem commissæ, quod Bart. quoque *d. loc. n.* 19. & DD. comm. concedunt: Vasq. *de succ. creat.* §. 21. *n.* 256. non video cur non & his exheredatis possit exemplariter substitui. Sane verba constitutionis non refragantur. Nam quod de legitima relinquenda adjicit Justinianus id non eo pertinet, ut si illa relicta non sit testamentum ipso jure sit nullum, sed quod alias per querelam inofficiosi posset everti: cujus querelæ ne hodie quidem vis ulla, ubi ob justam causam ingratitudinis testamento insertam heres docere potest exheredationem factam esse: & quod novissime Imp. voluit, legitimam relinqui titulo institutionis, id non hunc habet sensum, si ita relicta non sit utcumque rite facta sit exheredatio, testamentum ipso jure non subsistere, sed tunc per querelam posse subverti: de quo uberius *infr. tit.* 18. Duar. ad *hunc tit. cap.* 20. Covarr. in *cap. Raynutius* §. 6. *n.* 2. & 3. Bocer. *hic n.* 21.

Sin 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 esse testamenti factionem adimere homini sani sensus & mentis, *l.* 43. *hoc tit.* ubi indicatur alius quoque modus quo hæc substitutio infirmatur, sui heredis agnatio.

8. Quid autem si filius in eamdem mentis abalienationem reciderit? Zasius *tract. subst. exempl.* post Baldum & Salicet. in *d. l. 9. C. hoc tit.* distinguit inter modicum & longum intervallum, ut illo casu duret, hoc evanescat substitutio; quod & Covarr. in *d. cap. Raynutius* §. 6. *n.* 11. probat. Perezius ad *eund. tit. C. n.* 33. indistincte 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 secundum Jason. & alios à Vasq. & Covarr. allegatos. Ratio juris suadet ut dicamus cum Donell. 6. *comm.* 27. siquidem filius vivo adhuc patre in eumdem morbum reciderit, magis esse ut substitutio duret arg. *l.* 6. §. 2. *de her. inst.* §. 4. *Inst. inf. de her. qual.* nisi forte per id tempus quo sanæ mentis fuit ipse testamentum fecerit, per §. 1. *Inst. sup. quib. non est perm. fac. test.* Quod si tempore mortis testatoris sanæ mentis fuerit, evanescere substitutionem arg. *l.* 41. §. 2. *boc tit.*

tit. quæ etiam sententia videtur D. Vigl. *hic n.* 19. male in contrarium allegati á D. Perezio. Add. Mantic. *de conj. ult. vol. lib.* 5. *cap.* 16. *n.* 24. *& seqq.*

TEXTUS.

Proprium pupillaris substitutionis.

2. *Igitur in pupillari substitutione secundum præfatum modum ordinata duo quodammodo sunt testamenta, alterum patris, alterum filii, tanquam si ipse filius sibi heredem instituisset: aut certe unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hereditatum.*

L. 7. tit. 5. Part. 6.

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 heres datur, cujus idcirco etiam testamentum dicitur, licet patrem auctorem habeat, *l.* 20. *hoc tit.* & passim: ea vero pars qua impubes ipse aut alius heres instituitur, patris testamentum constituit, nulloque modo appellari potest substitutio pupillaris. Sed ita accipienda sunt, ut simul comprehendatur ipsa impuberis institutio secundum formulam in pr. traditam, quod ostendunt verba, *secundum præfatum modum ordinata.* Hoc sensu recte dicitur duo hic quodammodo testamenta esse, alterum patris, alterum filii. Hinc enim est, quod utriusque mors spectanda, quod duæ additiones necessariæ, *l.* 2. §. 1. *hoc tit. l.* 11. §. 1. *ad senat. Trebell.* duplex item apertura tabularum, si pupillares seorsum obsignatæ, *l.* 8. *testam. quemadm. aper.* quod pater una hora sibi altera filio heredem facere potest, *l.* 16. §. 1. *hoc tit.* sibi per scripturam, filio per nuncupationem, & contra, *d. l.* 20. *eod. l.* 8. *in fin. sec. tabb.* quod filio substitutus eo abstinente non cogitur paternis creditoribus respondere, *l.* 42. *de adq. hered.* & apparet hoc luculentius in substitutione exheredati.

Unum testamentum duarum causarum] Recte quoque sed sensu diverso unum hic esse testamentum dicitur, *l.* 2. §. 4. *d. l.* 20. *hoc tit. l.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* nimirum tum ratione causæ efficientis, quia unum dumtaxat auctorem habet, tum formalis, quia unica solemnitate contentum, veluti unis septem testium signaculis, *d. l.* 20. 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. §. 1. *l.* 10. §. 3. *l.* 16. §. 1. *eod. l.* 11. *testam. quemadm. aper.* §. 5. *infr. hoc tit.* Atque hinc est quod in tabulis patris & filii una Falcidia servatur, *l.* 11. §. 5. *ad leg. Falc.* quod juri accrescendi locus est inter patris & pupilli tabularum legatarios ut inter re conjunctos, *l.* 34. §. 10. *de legat.* 1. & si quæ sunt alia generis ejusdem. Consulatur D. Hotomannus, qui singula accurate persecutus est.

TEXTUS.

Alia forma substituendi pupillariter.

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 heres extiterit pupillus & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere debet, eamque partem proprio lino propriaque cera consignare: & in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabulæ vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam est, non ideo minus valere substitutionem impuberis filii, quod in iisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituisset; quamvis pupillo hoc periculosum sit.*

L. ult. tit. 2. Part. 6.

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 hereditate spes omnis successionis substituto præciditur. Potest tamen

men & ipsa causam præbere insidiis. Apud Ciceronem in *orat. pro Cluent. cap.* 11. legimus, mulierem quamdam Milesiam accepta à secundis heredibus pecunia partum sibi medicamentis abegisse, cujus rei meminit Triphon. *l.* 39. *de pœn.* Citius autem periculum metuitur à substituto pupillariter, 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 heres erat, veneno necasset. Sueton. in *Galb. cap.* 9. Scilicet ea vulgo est hominum improbitas, ut spe luculentæ hereditatis aut similis lucri quod post obitum alicujus se percepturos certo sciunt, facile impellantur ad affectandam illius mortem. Notum est illud Persianum *satyr.* 2. *v.* 12. de improbo insidiatore pupilli cui heres substitutus erat:

. . . *Pupillumve utinam, quem proximus heres*
Impello, expungam.

Eodemque pertinent illa Horatii *lib.* 2. *satyr.* 5. *v.* 48.

Arrepe officiosus, & ut scribare secundus
Heres, 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 commode aperiri & resignari queant. Primam testamenti partem Horatius *d. satyr.* 5. *v.* 53. *& seqq. primam ceram* vocat, sicut Tranquillus in *Julio cap.* 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, §. 12. *Inst. sup. de testam. ord.* consule D. Salmas. *lib. de mod. usur. cap.* 11.

Separatim in inferioribus partibus] Exempla substitutionis pupillaris factæ in infima sive novissima parte testamenti habemus apud Marcellum *l. ult. de fideic. lib.* Paul. *l. ult. ad sen. Treb.* Ulp. *l.* 8. *test. quemadm. aper.* quo loco etiam hoc scribit Jurisconsultus, prætorem non pati sine causæ cognitione aperiri tabulas pupillares quæ separatim signatas testator reliquit, quamvis expresse non caverit ne aperiantur; quia scilicet 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 commode aperiri possint. Lini quo tabulæ ligantur mentio fit plerisque locis, *l.* 28. §. 1. *de liberat. leg. l.* 1. §. *pen. & ult. ff. de bon. possess. sec. tabb. l. pen. C. 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. §. 3. de hac cautela sic scribit; *Sed pupillaris substitutio ita secreta esse debet, ut ad notitiam substituti pervenire non possit, ne vitæ pupilli substitutus aliquas 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, *l.* 3. *C. quemadm. testam. aper.* aut vetuisse intelligebatur si seorsum eas signatas reliquisset, *l.* 8. *ff. eod.* Quæsieris, quid juvet hanc adhibuisse cautionem, cum qui in vulgarem casum impuberi á patre substitutus est, etiamsi in casum pupillarem substitutus esse intelligatur ex constitutione D. Marci, *l.* 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 manifeste contraria secus esse, *d. l.* 4. §. 2. *ff. hoc tit. & l.* 4. *C. eod.* Neque enim unquam in re manifesta aut ubi de voluntate constat præsumtionibus aut conjecturis locus est, *l.* 137. §. 1. *in fin. de verb. obl.* Quamobrem cum in casu præsenti ex priore testamenti parte constet, testatorem expresse aliquem filio substituisse in imis tabulis, quas filio vivo & adhuc impubere aperire vetuit, nihil certi sibi promittere substitutus potest de successione pupilli, cum scire non possit ipsumne an alium testator in secundum casum substituerit.

Non ideo minus valere] Igitur Justinianus hic non imperat, sed suadet. Consilium est, non præceptum, & ut Græci ὐ νόμος ἀλλὰ παραινεσις (*non lex sed consilium*): neque enim

enim eo minus valet pupillaris substitutio quod scripta est in iisdem tabulis quibus testator sibi heredem instituit. Quin etiam sibi in tabulis testamentum facere pater potest; filio impuberi per nuncupationem substituere, *l. 8. in fin. sec. tabb. l. 20. §. 1. hoc tit.*

TEXTUS.

Quibus substituitur.

4. *Non solum tamen heredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si heredes eis extiterint & ante pubertatem mortui fuerint sit eis heres is quem ipsi voluerint, sed etiam exheredatis. Itaque eo casu, si quid exheredato pupillo ex hereditatibus legatisve aut donationibus propinquorum atque amicorum adquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit. Quæcumque diximus de substitutione impuberum liberorum vel heredum institutorum vel exheredatorum eadem etiam de postumis intelligimus.*

L. 6. tit. 5. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Formula substitutionis pupillaris exheredato factæ.*

2 *Male in vulgatis codicibus interpungi*, l. 41. §. 4. de test. milit.

3 *Patrem ab exheredato filio ejusve substituto legare non posse.*

4 *An exheredatio extinguat jus suitatis? Quæstio subtilissima.*

SED etiam exheredatis] Non ait, præteritis, quia sic testamentum patris ipso jure nullum esset, *l. 1. de injust. rupt. test. l. 30. de lib. & postum.* Exheredatis autem recte substituitur, *l. 1. §. 2. l. 10. §. 5. hoc tit.* nimirum jus hoc substituendi, ut & tutores dandi, non ab institutione heredis, sed à potestate patris pendet, quippe non suis bonis sed impuberis substituit, quo argumento utitur Ulpian. *d. l. 10. §. 5.* Quamobrem etsi hodie bonorum adventitiorum proprietas patri non quæritur, non eo tamen minus substituere filio exheredato poterit. Neque in eo injuria fit exheredato, quod pater ei heredem dat: quin potius ad utilitatem pupilli hoc spectare creditur, *l. 42. de adq. hered.* fac. *l. 6. in pr. de interrog. in jur.*

1. Sed quibus verbis hæc substitutio concipienda est? Non enim potest concipi eâdem formula qua utimur in substitutione filii heredis instituti, *Si heres erit & intra pubertatem decedet.* Nimirum posterior tantum hujus conditionis pars exprimenda: formula hæc sit, *Titius heres esto, filius exheres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei heres esto.* Ex quo apparet, veram hic substitutionem nullam esse, ac ne vix quidem coloratam, ut monui initio hujus tit. VINN. Sed hoc ipso confirmatur sententia nostra, quod hæc testamenti factio sit ex XII. tabulis. Quamvis enim substitutio hæc nec vulgaris dici possit nec pupillaris: eam tamen admittendam putarunt Romani, quia sic quoque paterfamilias testatur *de pecunia suæ rei.* HEIN.

2. *Pupillo ex hereditatibus legatisve*] Nam uti modo dictum est, non suis sed impuberis bonis testator substituit. Turbavit hic multos vitiosa lectio legis 41. §. 4. *de test. mil.* Sic enim is locus in vulgatis codicibus legitur, *Exheredato miles & emancipato filio substituere potest. Verum hoc jus in his exercebitur, quæ ab ipso ad eum cui substituit pervenerunt: non etiam in his quæ habuerit vel postea adquisierit.* Quod si exheredato filio à milite substitutus ea tantum accipit quæ à testatore profecta sunt, nihil amplius ei tribuendum, si substitutus sit à pagano. Ceterum alia omnia ratio juris efflagitat: nec responsum istud, si ita legas, defendi potest à summa absurditate. Quod cum animadverteret D. Viglius ausus est, quamquam nullius fretus codicis auctoritate, locum aliter interpungere, dictioneque *exheredato* in calcem præc. §. transposita, novum sic inchoare; *Miles & emancipato filio &c.* quam viri doctissimi & prudentissimi interpunctionem postea compertum est Pisani codicis auctoritate confirmari.

Ad substitutum pertinebit] Hoc igitur certo constitutum est, licere patri substituere filio impuberi etiam exheredato, atque ex hac substitutione ad substitutum pertinere adventitia exheredati emolumenta. Sed hac occasione duo quæsita sunt: primum, an quemadmodum pater exheredato recte substituit, ita etiam ab eo legatum aut fideicommissum recte relinquat: alterum, an à substituto exheredati legatum aut fideicommissum dare valeat.

3. Primum quod attinet, placet, patrem à filio quem exheredavit legare aut fideicommissum relinquere non posse, *l. 41. §. 3. hoc tit.* Alia enim ratio est substitutionis, alia legatorum sive fideicommissorum. Lega-

ta

ta & fideicommissa onera sunt, ac proinde aliis imponi non possunt quam iis quos defunctus honoravit, & tantum pro modo relicti, *d. l.* 41. §. 3. *l.* 1. §. 6. *ff. de legat.* 3. *l.* 9. *C. de fideic.* Substitutio vero onus nullum continet (neque enim onus est heredem habere) sed est provisio pertinens ad commodum ipsius pupilli. Atque hinc quoque judicandum de altero, nam si ab exheredato legari non potest, nec poterit à substituto ejus. Ratio enim non patitur ut plus juris habeat testator circa personam substituti, quam habet in eo cui substituit, *l.* 87. §. 7. *vers. dicet aliquis ad leg. Falc. l.* 126. *de legat.* 1. Plane quemadmodum filius exheredatus si legatum vel fideicommissum à patre accepit fideicommisso itidem à patre gravari potest, *d. l.* 41. §. 3. ita & eo casu poterit substitutus si juris rationem spectes, *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3. Contrarium tamen in odium exheredationis constituit Justinianus *l.* 24. *C. de legat.* ut bene observavit D. Viglius. Ne olim quidem, ut hoc obiter addam, legari à substituto exheredati poterat, quamtumvis legatum etiam amplum á patre accepisset, *l.* 41. §. 3. *de test. mil.* nimirum quia ex ratione juris veteris legata à legatario ejusve herede non recte relinquebantur: at bene fideicommissa, *infr. pr. tit. Inst. de sing. reb. per fideic. rel. d. l.* 5. §. 1. *de legat.* 3.

4. *Eadem etiam de postumis intelligimus*] Quæstionem, an hodie post *Nov.* 115. *cap.* 3. postumus exheredari & consequenter an ei exheredato substitui possit, alio loco reservamus. Illud pro coronide hic indagare lubet, verumne sit, quod nonnullis visum est, per exheredationem tolli jus suitatis: nam si hoc verum est, concidit in totum doctrina hujus §. quandoquidem suis tantum heredibus substitui potest, *l.* 2. *in pr. hoc tit.* verum autem esse hisce argumentis probari videtur. Primum, si exheredati ne heredes quidem sunt, nec sui heredes dici possunt, cum non entis nulla sit qualitas, atque ut in scholis ratiocinantur, *ab* est *secundi adjecti*, *ad* est *tertii adjecti valet consequentia negando.* Heredes autem non esse testatur Jurisconsultus *l.* 1. §. *pen. de suis & legit.* Ratio enim juris manifesta est, quia nec ex testamento nec lege eis defertur hereditas, ut plenius ostendimus in §. 7. *Inst. infr. de her. quæ ab int.* Secundo, inter suos heredes numerari non potest qui pro mortuo habetur, at exheredatus habetur pro mortuo, *l.* 1. §. 5. *de conj. cum emanc. lib.* Postremo sui heredis jus per exheredationem dicitur abscissum esse, *l.* 9. §. 2. *de lib. & post.* Ex contrario vero non tolli per exheredationem jus suitatis duobus argumentis perspicue evincitur. Unum petitum est à definitione: nam si sui heredes sunt liberi omnes defuncti qui eo tempore quo moritur in potestate illius sunt, & primum in familia locum obtinent, non potest non filius exheredatus eo tempore inter suos heredes numerari; nisi dicamus, quod inauditum est, exheredatione solutum fuisse jus patriæ potestatis. Nec mihi objeceris, jus suitatis non ex eo solum æstimari quod quis in potestate sit & primum gradum in familia teneat; verum etiam & maxime ex causa successionis: exheredatum autem à successione excludi. Etenim quamdiu pater vivit, exheredationis nulla vis est, eoque etiam mortuo adhuc in irritum redigi potest, destituto vel rescisso per querelam inofficiosi patris testamento, *l.* 20. *in pr. cont. tabb.* ut proinde jus filii sui heredis per exheredationem sublatum fuisse dici non possit. Alterum argumentum sumitur ab effectis suitatis propriis. Primum ex eo, quod ut hoc §. docetur, filio exheredato recte pater pupillariter substituit. Suum autem heredem esse oportet cui ita substituatur, *l.* 2. *hoc tit.* Secundo, quod cum tutor testamento dari non possit nisi ei quem quis in suis heredibus cum moritur habuit, *l.* 73. §. 1. *de reg. jur.* recte nihilominus detur exheredato, *l.* 4. *de test. tut.* Tertio, quod exheredati filii persona obstet nepoti quominus suus heres fiat avo, & præteritus quasi agnascendo rumpat avi testamentum, *l.* 6. *pr. de injust. rupt. test. l.* 7. *unde lib.* si enim per exheredationem perimeretur jus suitatis, nepos protinus occuparet locum patris, atque in sui heredis locum succedendo avi testamentum rumperet, non secus ac is rumpit cujus pater mortuus aut emancipatus est, §. 2. *Inst. sup. de exher. lib. l.* 13. *de injust. rupt.* Postremo à jure quoque suitatis procedit, quod, filio qui in potestate est exheredato, ad transmittendam querelam nec bonorum possessio nec aditio hereditatis necessaria est. Cur enim alioqui contra filius emancipatus nisi ista fecerit non videtur litem præparasse? *l.* 7. *de inoff. test.* Neque vero adeo difficilis responsio est ad argumenta duo posteriora, quibus diximus probari videri exheredatione jus sui heredis plane extingui. Etenim quod Ulpianus ait *d. l.* 1. §. 5. *de conjug. cum emanc. lib.* patrem exheredatum pro mortuo haberi, verum quidem est, non aut

me-

tem simpliciter, sed quod ad illud edictum de quo agitur attinet; ne scilicet pater emancipatus exheres factus impediat quominus nepos in potestate retentus & præteritus bonorum possessionem contra tabulas solus petat, aut si concurrat patruus partem bonorum dimidiam consequatur; cum si pater exheredatus non fuisset ex edicto filio jungeretur. Eodem modo responderi potest ad *d. l. 9. §. 2. de lib. & post.* jus filii eo loco abscissum dici comparative, respectu scilicet ejus qui apud hostes est, cujus jura omnia in suspenso retinentur propter spem postliminii; aut si magis placet emendatio Ant. Fabri 10. *conj.* 12. pro illis verbis *filii jus*, lege *illius jus*: ut hoc referatur ad nepotem, cujus sane jus per exheredationem patris penitus abscissum est; in tantum, ut nec defuncto ante aditam hereditatem patre ad successionem avi admittatur, *d. l. 9. §. 2. d. l. 6. de injust. rupt. test. l. 7. unde lib.* quæ emendatio eo probabilior est, quia & sententiæ Jurisconsulti locus sic restitutus melius convenit, & lectio loci mire variat, ut videre est apud Accurs. Bart. Alciat. & in editione Roberti Stephani. Majorem difficultatem habet argumentum quod primo propositum fuit: utique enim cum verum sit exheredatum morienti patri heredem non existere, consequens est nec suum esse quo tempore pater moritur; alioqui necessario potestate juris statim heres existeret, & obstaret heredi instituto quominus ipse directo heres esse & jure civili hereditatem cernere posset, arg. *l. ult. de adq. her.* quod falsum esse patet ex *d. l. 6. in pr. de injust. rupt. test. l. 20. de bon. poss. cont. tabb.* Quamobrem sic omnino statuendum arbitror, vivo adhuc patre cui testamentum mutare licet, exheredationem non impedire quominus filius exheredatus adhuc inter suos heredes habeatur; atque ideo nepotibus ex se natis obstare quominus in locum ipsius & gradum ascendant. Sed & post mortem patris, quamdiu adhuc ab intestato succedere potest, pro suo interim haberi, quoniam rescisso aut deserto patris testamento suus heres nihilominus patri existit, perinde ac si nulla exheredatio intervenisset, *d. l. 20. cont. tabb. l. 8. §. pen. de inoff. testam.* Verum enimvero si exheredatio confirmata fuerit adita ex testamento hereditate, hac consideratione exheredatus amplius pro suo haberi non potest, cum verum sit eum patri suum heredem non extitisse, nec existere posse, *d. l. 1. §. pen. de suis & legit.* add. Gomez. *1. res. 11. n. 9.* Hotom. *9. obs.* 10. Ant. Fab. *9. conj. ult.* Christin. *vol. 4. decis. 16. n. 4.* Bachov. *hic.* Add. Val. Reimer. *decis. 6. disp. 1. thes. 4.*

TEXTUS.

Pupillare testamentum sequela paterni

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 filii quidem valebit.

Vid. l. 10. tit. 5. Part. 6. & ibi gloss. 15.

COMMENTARIUS.

1 *Patrem prius sibi debere testamentum facere deinde filio, nec converso modo á filii testamentum incipere; nisi conjunctim unoque textu utrumque fiat.*

2 *Patris testamento non subsistente, & filii nullum esse aut corruere.*

3 *Cur rescisso per querelam testamento patris substitutio pupillaris concidat, petita contra tabb. bonorum possessione non item.*

4 *Jure 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. 20. eod.* & vel instituto filio vel exheredato. Ceterum necessarium omnino est ut sibi quoque heredem faciat qui filio vult facere, *l. 2. §. 1. eod.* Incongruens enim visum est eum qui ipse intestatus decedere cupit, filio suo heredem testamento dare; tantumque concessum patri sibi testamentum facienti, simul filio impuberi prospicere. Ex quo efficitur, testamentum patris principale esse, filii accessorium & paterni appendicem; ac proinde hoc sine illo non consistere, ex tritissima juris regula *l. 129. §. 1. de reg. jur. cap. 42. de reg. jur. in 6.* Ceterum hoc in paganis obtinet; militi enim ex privilegio indultum ut soli filio heredem facere possit, tametsi sibi non fecerit, *d. l. 2. §. 1. l. 15. §. pen. de test. mil.*

1. *Nisi & sibi faciat*] Immo nisi sibi prius faciat deinde filio, nec converso modo à fi-

lii testamento incipiat, *d. l.* 2. §. 4. *& §. ult.* Quippe hic ordo naturæ est, ut sit & præcedat aliquid principale, cui quid accedere volumus quod per se solum subsistere nequit. Filii autem testamentum sequela est & accessio paterni, ita ex paternis tabulis pendens ut sine illis non subsistat. Merito itaque Juliani sententia rescripto Imperiali comprobata est, patrem prius sibi debere deinde filio heredem scribere, neque hunc ordinem convertendum esse incipiendumve à testamento filii, *d. l.* 2. §. 4. Minimeque audiendus est Goveanus, qui *lib.* 1. *var. lect.* 8. *in d.* §. 4. pro *comprobata*, reponit *improbata*, motus ratione qua Ulpianus mox utitur, quia constet unum esse testamentum. Nam ista ratio non evertit Juliani sententiam, ut Goveano videtur, sed confirmat. Objici quippe poterat, duo hic testamenta esse, unum patris alterum filii, §. 2. *sup. hoc tit.* ac proinde parum referre ab utro incipiatur. Cui objectioni occurrit Ulpianus, tacite significans, si revera duo diversa hic essent testamenta, facile se concessurum nihil interesse utrum prius posteriusve factum sit, sed quia unum dumtaxat revera testamentum est quod duas quidem partes habeat, sed quarum illa qua heres instituitur filio pendeat ex altera qua heres 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 diversisque tabulis pater sibi heredem scribat & filio substituat. Si vero conjunctim eodem tempore ac contextu utrumque fiat, placet substitutionem valere, licet conversa scripturâ filii testamentum factum fuerit; veluti si quis ita scripserit: *Si filius meus intra pubertatem decesserit Sejus heres esto. Filius heres esto*, *d. l.* 2. §. 5. & merito, quia in conjunctionibus nullus ordo est, nec quidquam interest utrum prius utrum posterius dicatur scribaturve, teste Alfeno, *l.* 14. *de pecul. leg.* fac. *l.* 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 Jason. & DD. ultramontanos. Angelus etiam communem hanc esse sententiam testatur.

2. *Nec filii quidem valebit*] Nam ut dictum est, cum principalis causa non subsistit, ne ea quidem quæ sequelæ & accessionis vicem obtinent consistere possunt, *l.* 129. §. 1. *l.* 178. *de reg. jur. cap.* 42. *eod. in* 6. Hinc fit ut non tantum ab initio pupillares tabulæ non subsistant, si patris testamentum ab initio nullum sit; verum etiam corruant, si patris testamentum quod recte factum erat postea infirmetur, puta aut rumpatur agnatione vel quasi agnatione sui heredis, *l.* 2. *in pr. hoc tit.* aut inofficiosum in totum pronuncietur, *l.* 8. §. 5. *in fin. de inoff. test.* aut irritum fiat testatore capite minuto, aut non adita ex testamento hereditate, *d. l.* 2. §. 1. *l.* 10. §. 4. *eod.* Plane si suus heres testamento patris sit institutus, puta pupillus ipse, nihil amplius ad confirmationem testamenti desideratur, quam ut is mortuo patre sit superstes, licet se abstineat; nam vel nudæ sui heredis existentiæ hæc vis est, ut confirmet tabulas pupillares, *l.* 12. *hoc tit.* de quo plene scripsimus ad *pr. huj. tit.*

3. Illud alicui mirum videatur, quod cum rescisso per querelam testamento substitutio pupillaris concidat, eam tamen placeat valere cum præterito filio contra tabulas bonorum possessio petita est, *l.* 34. *in fin.* & *l. seq. eod.* non enim minus sic testamentum rescinditur; reditque res ad causam intestati, quam ex causa inofficiosi, *l.* 17. *C. de collat.* Ego hoc ex eo esse puto, quod querelæ inofficiosi hic color prætexitur, quasi testator sanæ mentis non fuerit cum testamentum ordinaret, *l.* 2. *&* 13. *de inoff. test.* ut proinde eo rescisso perinde omnia haberi debeant ac si testamentum nullum factum esset, aut ab eo factum qui testamenti factionem non habuit, nihil ut ex eo testamento valeat, *l.* 8. §. *pen. l.* 28. *d. tit.* Hoc autem prætextu non petitur aut conceditur contra tabulas bonorum possessio. Occurrit etiam quod prætoria remedia non ultra operantur quam prætor voluit, *l.* 52. *de verb. obl.* cumque prætori hoc curæ sit, ut beneficii sui fines sic regat, ut quam potest minimum detrahat juri civili, & omnino ne cui noceat: credibile est ob hanc causam noluisse eum vim auxilii sui porrigi ad tabulas pupillares; ne dum aliis opitulatur utilitatem impugnet pupilli. Adhæc nec prætor ipse omnino pro nullo habet testamentum contra quod bonorum possessionem pollicetur; nam si hoc septem testium signis signatum sit, etiam scriptis in eo heredibus dat bonorum possessionem secundum tabulas, scilicet si liberi præteriti, quorum causa potior est, non petant, *l.* 2. *in pr. sec. tabb.* Ut adeo nihil mirum sit, substitutionem pupillarem quæ edictum prætoris non offendit salvam manere: qua de re vide quæ superius disputavimus

sub

sub *tit. Inst. de exheredat. liberorum.*

4. Hodie ex Novella Justiniani lege, etiamsi per querelam inofficiosi testamentum patris expugnatum fuerit, pupillaris substitutio salva manebit, quemadmodum & legata ceteraque capita firma manent præter institutionem, *Nov.* 115. *cap.* 3. *in fin.* unde *auth. ex causa C. de lib. præt.* & ibi comm. DD. Equidem scio Dynum & Petrum à Bellapert contendisse, ea tantum ex Novella ista lege rescisso testameto salva manere, quæ institutionem heredis non desiderant, veluti legata, fideicommissa, libertates, tutorum dationes; secus adhuc esse in iis quæ heredis institutionem requirunt, ut pupillaris substitutio; idque & Covarruviæ probari in *cap. Raynut.* §. 6. *n.* 3. Ceterum mihi verba illa Novellæ, *& alia capitula*, non ob aliam causam videtur addidisse Justinianus, quam ut omnia capita comprehenderent extra institutionem; ac licet pupillaris substitutio & ipsa sit institutio, palam tamen est illic per institutionem quæ irrita esse jubetur, intelligi institutionem primam qua scilicet pater sibi heredem scripsit, non qua filio, quæ tantum pars est & sequela paterni testamenti; pertinet denique etiam ad utilitatem pupilli, ut salva maneat substitutio, ob quam causam & olim everso per bonorum possessionem cont. tabb. testamento patris conservata fuit, *l.* 34. *in fin.* cum *l. seq. hoc tit.* VINN. Hodie ex *l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* neque hujus textus sententia neque ea quæ ab Auctore disputantur locum habere possunt. Gomez *var.* 1. *cap.* 4. *n.* 4. *in fine.* ADDIT.

TEXTUS.

Quot liberis substituitur.

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 hereditatum integrum inter eos custodiri velit.

COMMENTARIUS.

1 *An postquam mater unà cum fratribus defuncti ad legitimam hereditatem 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 neminem eorum intestatum decedere velit, potest singulis quos voluerit substituere, aut ipsos invicem & reciproce, eique qui novissime impubes mortuus fuerit substituere alium aliquem, *l.* 25. *hoc tit.* Quod si uni tantum substituit, hic solus testatus decedet ceteri intestati. Unde si postremò morituro tantum substituerit, jus legitimarum hereditatum inter fratres conservare voluisse intelligitur, *l.* 37. *eod.* unde hic locus sumtus est.

Intestatum decedere] Nota, impuberes etiam dici intestatos decedere etsi ipsi testamentum facere non possunt; sicut vice versa testati decessisse dicuntur cum pater eis testamentum fecit. Porro an proprie vox intestatus impuberibus, furiosis & similibus personis attribuatur, ita ut statuta de successione intestatorum loquentia ad eas quoque personas intelligi debeant pertinere, tractamus *infr. in pr. tit.* 1. *lib.* 3. *Inst.*

Jus legitimarum hereditatum] Nam cum ceteris nec pater testamentum fecerit, nec ipsi sibi in ætate pupillari facere possint, necessario evenit, ut præmorientium fratrum impuberum hereditates ex lege XII. tabb. ad superstites perveniant: quorum tandem omnium bona in ultimi defuncti hereditate reperta substitutus ejus consequetur.

1. Unde quæritur, cum hodie ex *Nov.* 118. *cap.* 2. mater defuncti unà cum fratribus ad legitimam hereditatem vocetur, adeoque fratres consanguineos tantum, sive ὁμοπατρίους (*eodem patre genitos*) excludat, utrum nihilominus adhuc in casu proposito novissimo morienti substitutus bona etiam cæterorum integra consequatur, an mater partem eorum auferat, easque dumtaxat 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 tacite substitutos, & postremum morientem prædefuncto. At hoc vetat hic ipse locus; ait enim Imp. cum novissimo tantum substituitur, jus legitimarum hereditatum inter fratres integrum custodiri; si vero mutua hìc fingatur substitutio, priorum morientium superstites non legitimi heredes sed ex testamento essent, omnesque decederent testati. Proin-

de dicendum, ut olim in casu proposito inter fratres, quippe qui soli à lege vocabantur, legitimæ hereditates salvæ manebant: ita hodie etiam matri, postquam ea unà cum defuncti fratribus admissa est, jus legitimæ successionis integrum manere, atque ad substitutum eas dumtaxat partes pertinere quæ in hereditate ultimi defuncti reperiuntur.

2. Sed dixerit adhuc aliquis, quidni hic fideicommissum inducimus, ut ipsi fratres, si non directo, saltem per fideicommissum invicem substituti videantur? Ita enim Paulum in specie non dissimili respondisse *l.* 87. §. 2. *de legat.* 2. Species hujusmodi est de qua consulitur: Testator certum fundum legavit Titio & Mævio, fideique eorum ita commisit, *ut qui ex eis ultimus decessisset, eum fundum cum moreretur restitueret Sempronio.* Respondet Jurisconsultus, 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. Recte Jurisconsultus in *d. l.* 87. §. 2. ex eo, quod testator proponitur eum qui ex duobus quibus fundum legaverat posterior moreretur, rogasse, ut eum fundum alii restitueret, colligit alterum fideicommissum, non enim rogatus proponitur de restituenda dumtaxat parte sua, sed de toto fundo, ac proinde etiam de parte collegatarii præmortui. Jam vero quia hoc facere non potest, nec implere fideicommissum expressum, nisi collegatarii quoque pars ad eum pervenerit, apparet, eum defuncti fuisse voluntatem, ut qui ex collegatariis prior moreretur superstiti partem suam restitueret. In casu vero nostro nihil est, quamobrem præter substitutionem novissimi aliam aut fideicommissum inducamus: non enim in universa hereditate, sed ultimi morientis tantum bonis substitutio facta proponitur.

TEXTUS.

De substitutione nominatim aut generaliter facta.

7. *Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti* Titius heres esto: *aut generaliter, ut* Quisquis mihi heres erit. *Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi qui & scripti sunt heredes, & extiterunt, & pro qua parte heredes facti sunt.*

L. 5. *vers.* Otrosi *& l.* 3. *tit.* 5. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Generali formula substitutionis solos illos vocatos intelligi qui heredes nominatim scripti sunt.*

2 *Ex eadem formula solos venire qui patri heredes extiterunt.*

3 *Ejusdem formulæ hunc effectum esse, ut substituti eadem ex substitutione partes consequantur quas in patris hereditate habuerunt.*

SUbstitutio pupillaris vel specialiter & nominatim concipitur, puta hoc modo, *Filius meus heres esto. Si filius impubes decesserit, Titius heres esto*; vel generaliter, veluti si pluribus heredibus institutis testator his verbis filio substituat, *Quisquis mihi heres erit, idem filio meo impuberi heres esto, ll.* 3. 8. *&* 10. *ff. hoc tit. l. ult. C. eod.* ad quem modum vulgaris substitutio non recte conciperetur; nam hæc formula, *Quisquis mihi heres non erit* &c. in infinitum producitur. Non est vero eadem vis generalis & specialis substitutionis, ut in calce exegeseos hujus §. ostendemus, cum cognita nobis erit potestas clausulæ generalis sive horum verborum, *Quisquis mihi heres erit* &c. quam solam hic explicat Justinianus.

1. *Qui & scripti sunt heredes & extiterunt, & pro qua parte*] Paucissimis verbis triplicem comprehendit effectum horum verborum, *Quisquis mihi heres erit.* Primus hic est, quod his verbis vocati intelligantur illi soli qui heredes nominatim scripti sunt, non alii, qui forte per eos qui scripti sunt heredes extiterunt. Itaque nec dominus qui per servum, nec pater qui per filium heres extitit ex hac clausula ad hereditatem impuberis admittitur: quippe quibus non judicio defuncti sed vi potestatis vel dominicæ vel patriæ hereditas obvenit, *l.* 3. *l.* 8. §. 1. *eod.* Eademque ratione nec heredis heres admittetur, *d. l.* 8. §. 1. licet alias heredis appellatione etiam heres heredis contineatur, *l.* 65. *l.* 70. *de verb. sign. l.* 194. *de reg. jur. l. ult. C. de her. inst.* nec is cui ex fideicommisso hereditas restituta est, ut recte docet D. Viglius *hic.* Ceterum quod diximus dominum non admitti, id intelligendum est, si hoc solo obtentu he-

hereditatem pupilli ex substitutione ad se pertinere contendat, quod patris bona jam apud se per servum quæsita habeat. Non enim inspicitur, apud quem patris hereditas sit, sed quis à patre expresse & immediate ad hereditatem vocatus. Ideoque si servus quæsita domino ex institutione hereditate, antequam ex substitutione adiret, è potestate ejus exierit, non poterit dominus ex substitutione impuberi heres effici; sed servus vel ipse sibi hereditatem impuberis adquiret, si forte manumissus fuerit; vel si alienatus novo domino cujus jussu adierit. At vero si existente conditione pupillaris substitutionis adhuc in ejusdem domini potestate sit, nihil prohibet quominus jussu ejus nunc item ex substitutione pupilli hereditatem adeat, eamque novo hoc suo facto adquirat domino; ut post Joann. Fab. *hic* & DD. comm. in *l.* 11. *de legat.* 1. docent Viglius & Bachov. *hic* Duar. in *comm. ad hunc tit. cap.* 15. & fac. *l.* 3. *hoc tit.* junct. §. 1. *sup. de her. inst.* Simili igitur modo si filiusfam. emancipatus fuerit, ipsi ex substitutione heres fiet; si in potestate manserit, patrem heredem faciet.

2. Alter effectus substitutionis generaliter factæ est, quod ex ea soli veniant illi qui patri heredes extiterunt: proinde si heres scriptus paternam hereditatem repudiaverit, nihil ei proderit ad hereditatem pupilli consequendam, quod testamento patris heres scriptus est; nam alias horum verborum, *Quisquis mihi heres erit* &c. nulla vis esset, cum à testatore jam antè heredes scripti sunt qui ea conditione substituuntur, *d. l.* 8. *infin. pr. hoc tit.*

3. Tertius effectus, est, quod generali formula substituti easdem ex substitutione partes consequuntur in bonis pupilli, quas in ipsius patrisfam. hereditate 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 fere modo hæc se habent. Nam primo necesse non est, ut is qui nominatim substitutus pupilli hereditatem vindicat heres à patre scriptus sit. Deinde etsi heres ex parte scriptus est, non eo tamen minus ex substitutione admittitur quod patris hereditatem repudiavit modo utramque nunc amplectatur, nisi sub ea conditione substitutus sit, *Si heres erit*, *d. l.* 8. *in pr.* junct. *l.* 10. §. 3. *eod.* Postremo nominatim substituti non hereditarias partes, id est quæ singulis adscriptæ sunt in institutione, sed viriles sive æquales habebunt, per ea quæ tradidimus sub §. 2. *tit. præc.*

TEXTUS.

Quomodo substitutio pupillaris finitur

8. *Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest, feminæ usque ad duodecim annos; & si hoc tempus excesserint substitutio evanescit.*

L. 10. *tit.* 5. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Pupillarem substitutionem extingui anno quartodecimo, aut duodecimo completo licet non superato.*

2 *Si longius tempus comprehensum fuerit, an post pubertatem substitutio valeat jure fideicommissi.*

3 *An ad causam fideicommissi trahatur, si demum à pubertate substitutio incipiat.*

DIctum supra est, pupillarem substitutionem introductam esse ex hac causa, quod cum liberi in ea ætate essent ut ipsi sibi testamentum facere non possent, utile atque ex re ipsorum visum fuerit ut parentes eis facerent. Quamobrem cum ad eam ætatem prevenerunt qua jam ipsi testari possunt, cessante fine substitutionis merito placuit eam extingui; alias, quod iniquissimum est, civi Romano puberi testamenti factio auferretur, *l.* 43. *hoc tit.*

Usque ad quatuordecim annos &c.] Masculi enim anno quartodecimo, feminæ duobus annis maturius puberes fiunt, *sup. tit. Inst. 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 arbitrii 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 postea decesserit intra annum decimum quartum, *l.* 21. *d. l.* 43. §. 1. *eod.* Ait si in substituendo annos pubertatis egressus sit, finietur nihilominus substitutio pubertate, *l.* 14. *eod.*

Si

1. *Si hoc tempus excesserint*] Liberi nimirum quibus facta est substitutio, masculi annos quatuordecim, feminæ duodecim; neque enim patitur contextus ut ad parentes qui substituerunt hæc referantur. Quod vero ait, *excesserint*, id verbum non puto præcise hic accipiendum esse, quasi non satis sit annum quartumdecimum aut duodecimum complesse, eoque non completo sed superato demum extingui substitutionem; sed potius explicandum ex iis locis ubi ex professo agitur de ætate qua cives testamentum facere possunt. Atqui ex quo quis incipit testamentum facere posse, finem capere debet hæc substitutio: utpote quæ hoc uno fundamento nititur, quod ii quibus fit sibi non possunt heredem 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 factam, *Si filius intra annum vicesimum decesserit Titius heres esto.* Ex hac substitutione constat, filio intra pubertatem defuncto directo jure succedi, post id tempus non item.

2. 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 hereditatem patris substituto restituere. Communis sententia est, testibus Zas. *cap. 5. de substit. compend.* Covarr. in *cap. Raynut. de testam.* §. 9. *n.* 29. Jas. in *l.* 8. *C. hoc tit. n.* 11. ejusmodi substitutionem pubertate ita finiri ut nulla ejus vis amplius supersit. Quæ sententia mihi verissima videtur. Etenim inconveniens omnino est, ut una substitutio diverso jure pro diversitate temporis censeatur, scilicet ut valeat intra pubertatem directo, & bona tam patris quam filii, ex quibus una facta est hereditas, complectatur; post pubertatem jure fideicommissi, & sola patris bona contineat. Nec Jurisconsultus in *d. l.* 14. scribit, substitutionem impuberis, in qua longius pubertate tempus comprehensum est, post pubertatem ad fideicommissum trahi, sed pubertate finiri: quod Justinianus hic expressit verbo significantissimo *evanescere.*

3. Quod si ne illa quidem substitutio, quæ demum à pubertate incipit, jure fideicommissi valet, multo minus ullo jure valere poterit qua etiam ætas pupillaris comprehenditur; nam ut bene disputant Mantic. 7. *de conj. ult. vol. tit.* 3. *n.* 9. Gomez 1. *res.* 7. *n.* 2. Christin. *vol.* 4. *decis.* 18. *n.* 5. facilius ad fideicommissum trahi potest post pubertatem facta verbis directis in secundum casum substitutio, quam ea quæ annos pupillares simul complexa pubertatem certis annis excedit. Sed quoniam iidem DD. & cum his comm. Interpretes non concedunt quod nos pro vero & certo assumimus, nimirum, ne illam quidem substitutionem quæ à pubertate incipit hoc modo, *Si filius meus post quartumdecimum annum decesserit*, ad casum fideicommissi proficere: id nobis prius quam hinc abeamus probandum est. Non valere quasi fideicommissum, argumento sit *l.* 108. §. 9. *ff. de legat.* 1. *l.* 9. *C. de test. man.* quibus in locis servo alieno directa libertas frustra dari dicitur. Quod si favor libertatis verbum directum ad fideicommissum non trahit, nulla res omnino trahet. 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.* 29. *qui test. fac. l.* 19. *de test. mil. l.* 41. §. 3. *hoc tit.* Sed quid opus est argumentis? Papinianus *l.* 7. *eod.* omnem dubitationem tollit, cum sic scribit: *Verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum frustra fieri convenit*; neque enim frustra fieri diceret aut recte diceret, si post id tempus quasi fideicommissum valeret & verba directa inflecterentur. Non obstat huic sententiæ *l.* 76. *ad senat. Trebel.* quoniam quod Scævola ibi respondet, id in casu illic proposito favore pupilli benigne receptum est, ut ipse significat, & tamen simul ex conjectura voluntatis paternæ. Proponitur enim substitutio facta in codicillis, qui locus est obliquarum non directarum dispositionum. Proponitur pupillus cui ita substitutio facta, in ætate pupillari decessisse; atque in hac specie respondet Jurisconsultus benigna interpretatione placere, ut quod valere non potest ut testamentum pupilli, valet saltem quasi codicillus ab intestato; cumque ratio juris non patiatur ut ex hac substitutione heredem habeat directo, ut habeat saltem ex fideicommisso, postquam patri concessum legitimum filii heredem fideicommisso obstringere. Ceterum sustinebitur hoc fideicommissum usque

que ad tempus pubertatis ; cum vero pupillus adoleverit evanescet, ne quod propter utilitatem impuberis introductum est, puberi jam facto obsit in libertate testandi, arg. *l.* 92. §. 2. junct. *l.* 93. *de leg.* 1. *l.* 41. §. 3. *hoc tit. l.* 43. §. 1. *eod.* junct. *d. l.* 76. ita ferme & plerique recentiores. Cujac. 11. *obs.* 25. Govean. ad *d. l.* 7. Paul. Bus. ad *l.* 15. *eod.* Duar. *comm. in hunc tit. c.* 16. Vasq. *lib.* 1. *de succ. progr.* §. 1. *n.* 118. Ant. Fab. 15. *comment.* 12. & 14. Fachin 4. *contr.* 44. add. Menoch. *de præsumpt. part.* 2. *lib.* 4. *tom.* 1. *præs.* 34. & 35. & quæ nos sub §. *seq.* VINN. Nec tamen omnes. Nam sunt quibus contraria sententia videtur probabilior; quia quidquid in fideicommissum legitime flecti potest, facile flecti solet, §. 3. *Inst. quib. mod. test. inf. l.* 2. *C. comm. de leg. l.* 69. *pr. ff. de leg.* 2. *l.* 15. *C. de testam.* Quæ attulit Vinnius ad jus vetus pertinent, cum nondum tantum auctoritatis tribueretur fideicommissis tacitis. Vinnii principia in foro vix admittuntur. HEIN.

TEXTUS.

Quibus pupillariter non substituitur.

9. Extraneo vero vel filio puberi heredi instituto ita substituere nemo potest, ut si heres extiterit & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit heres ; sed hoc solum permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hereditatem ejus vel totam vel pro parte restituere ; quod jus quale sit suo loco trademus.

LL. 5. *&* 14. *tit.* 5. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Militum privilegia circa directam substitutionem in casum pupillarem.*

QUæ hoc §. traduntur omnia consequentia sunt iis quæ relata sunt initio hujus tituli. Nam si parentibus tantum permissum est liberis impuberibus, & iis dumtaxat quos in potestate habent ita substituere, ut si heredes extiterint & intra pubertatem moriantur alius sit eis heres : ex eo omnino efficitur, neque parentes posse ita substituere liberis quos in potestate non habent, nec si in potestate habeant & puberes sint. Postremo nec omnino quemquam alium posse vel impuberi extraneo vel puberi hoc modo substituere, ut si heres extiterit & intra aliquod tempus vitâ decesserit alius ei heres sit ; in tantum ut nec jure fideicommissi talis substitutio valeat, ut modo probavimus & hic locus insuper confirmat, cum dicat Justinianus neminem posse extraneo aut filio puberi in casum quo heredes futuri sunt substituere, sed tantum permissum esse testatori ut heredem 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 bene disputat D. Viglius *hic*, & Ant. Fab. 15. *conj.* 12. contra DD. vulgo, quos sequuntur Gomez & Mantic. *ubi supra.*

1. Solis militibus concessum est ut etiam liberis emancipatis aliisve extraneis qui heredes extiterunt directo substituant ; sed hoc jus in his exercetur quæ à milite ad eum cui substituit pervenerunt non quæ aliunde, *l.* 5. *l.* 41. §. 4. *de testam. mil.* Ejusdem privilegii est, quod miles liberis suis etiam post pubertatem directo substituere potest, sive compendio sive expressa certa post pubertatem ætate ; ut utraque substitutio intra pubertatem valeat jure communi sive directo, *l.* 15. *hoc tit.* post eam ætatem ex privilegio militis jure fideicommissi, *l.* 8. *C. eod.* & bona dumtaxat patris contineat cum fructibus inventis in hereditate, *d. l.* 15. id est, ut recte 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 hereditatem, *l.* 9. *ad leg. Falc.* ac per consequens in fideicommissariam hereditatis restitutionem venire oportet ; neque ad hos fructus pertinet *l.* 18 *in pr. ad senat. Treb.* idque etiam crebrius placuit : licet Ant. Fab. *d. loc.* Duar. *d. comm. cap.* 23. Hotom. 1. *amicab.* 17. Don. in *d. l.* 8. contendant, hujusmodi substitutiones à milite factas etiam post pubertatem valere jure directo. VINN. Nec male hi Interpretes ex mea quidem sententia. Favent enim illis *l.* 5. *ff. de testam. milit.* & *l.* 15 *ff. hoc tit.* ubi substitutus dicitur *capere* bona patris. *Capi* autem dicuntur ea quæ jure directo valent, uti legata per vindicationem. Ulp. *in fragm. tit.* 24. §. 2. *seq.* Ita fere Merill. *obs. lib.* 6. *cap.* 5. ubi & argumenta ab aliis in contrarium adlata eleganter diluit. HEIN. Porro de fideicommissaria substitutione tractatur in *fin. hujus lib. tit.* 23. VINN. Parentes per fideicommissum liberos gravare in sua legitima non posse suo loco dicemus ; sed & gentis nostræ sim-

simplicitati conveniens est, ut substitutiones factæ verbis directis in secundum casum, *si heres erit & intra certum tempus decesserit alius ei sit heres*, valeat jure fideicommissi, ut disputat Gomez 1. *var. cap.* 7. *n.* 2. ADDIT.

TITULUS XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Dig. lib. 28. *tit.* 3. *Et Part.* 6. *tit.* 1. *à l.* 18. *usque ad* 30.

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 & quorumdam testatorum propriis, scilicet ut pater testaturus liberos quos in potestate habet heredes instituat, aut nominatim hexeredet. 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 vero non satis est ad deferendam ex testamento hereditatem id ab initio justum esse nisi & tale ad extremum perseveret, recte atque ordine Imperator facit, quod prius nobis proponat modos quibus testamenta rite facta infirmantur, quam progrediatur ad disputationem de adquirenda vel omittenda hereditate.

TEXTUS.

Quibus modis testamentum infirmatur

Testamentum jure factum usque eo valet donec rumpatur irritumve fiat.

NOTA.

Donec rumpatur irritumve fiat] *Rumpi & irritum fieri* privationem significant, & ideo proprie non nisi de iis quæ jure subsistunt prædicantur, *l.* 5. *de injust. rup. testam.* privatio enim, ut in scholis dicitur, præsupponit habitum. Quæ vero testamenta non jure facta sunt injusta & nulla dicuntur, veluti ubi solemnia desunt, aut filius in potestate præteritus est, *ll.* 1. & 3. §. 4. *l.* 6. §. 1. *hoc tit.*

COMMENTARIUS.

Donec rumpatur irritumve fiat] Ratio infirmandi testamenti non una est; nam & sententiâ judicis rescinditur, si querelâ instituta inofficiosum pronuntiatum fuerit, de quo *tit. seq.* & à prætore data bonorum possessione contra tabulas, *tit. de bon. poss. cont. tabb.* & 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 vero Justinianus rem totam non plene explicat, nos operam dabimus, ut quidquid hujus rei est, penitus percipi possit ex nostra in singulos hujus tit. §§. explicatione. De bonorum possessione contra tabulas, qua & ipsâ jure prætorio testamentum rescinditur, demum dicemus in secunda specie adquisitionis per universitatem. *infr. lib.* 3. *Inst. tit.* 10.

TEXTUS.

Quando testamentum dicatur rumpi. Primum de adoptione.

1. *Rumpitur autem testamentum, cum 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 secundum nostram constitutionem eum qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi agnatione sui heredis.*

COMMENTARIUS.

CUm in eodem statu manente testatore] Totiens rumpi testamentum dicitur, quotiens evertitur manente testatore in eodem statu; cum vero statum mutat id est capite minuitur, non rumpi sed irritum fieri testamentum proprie dicitur, §. 4. *inf. hoc tit.* Apparet igitur, *in eodem statu* hic dici oppositive respectu ejus modi quo testamentum infirmatur ob id quod testator in eodem statu non mansit; quare expungenda est è paraphrasi Theophili negatio; & pro *μὴ μείναντος* (*non manente*) legendum *μείναντος ἐπὶ τῆς αὐτῆς καταστάσεως* (*manente in eodem statu*) quomodo & in duobus Regiis codicibus legi testatur Fabrotus. Porro ut testatoris statu non mutato testamentum infirmetur, uno verbo, ut rumpatur bifariam contingit, agnatione sui heredis, & mutatione voluntatis: ille modus hoc §. alter sequenti uno uterque 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. *Inst. tit. de adopt.*

Secundum nostram constitutionem] *L. pen. C. de adopt.* (vide *sup.* §. 2. *Inst. eod.*) qua disponit, ut si filius extraneæ personæ in adoptionem daretur jura patris naturalis integra servarentur; si vero persona non extranea, puta 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 heredis; illo non item: cum olim indistincte quavis adoptione sicuti adrogatione rumperetur, *l.* 8. *de injust. rupt. test.* Ceterum hi ita rumpunt si præteriti sint; nam si qui heres antea institutus erat postea à testatore adrogetur vel adoptetur, potest dici ei satisfactum esse, *l.* 18. *eod. tit. l.* 23. §. 1. *de lib. & post.* Quid si exheredatus sit? Et Ulpianus Marcelli & Papiniani sententiam probat, ut exheredatio extraneo scripta ei postea adoptato non noceat, noceat autem filio emancipato qui postea adrogatus sit, *l.* 8. §. 7. *& seq. cont. tabb. d. l.* 23 *in pr. de lib. & post.* credo quia in persona extranei exheredatio inepta & nulla est: de quo consule Vigl. VINN. Cum hodie adoptiones ab usu recesserint, ut superius admonuimus, & hujus textus usus nullus amplius erit. ADDIT.

Quasi agnatione sui heredis] *L.* 8. *de injust. rupt. test.* multoque certius sui heredis agnatione vera & naturali, cum scilicet post testamentum factum testatori filius ex uxore nascitur, *l.* 3. §. 1. *de injust. rupt. test.* Similiter si nepos qui tempore testamenti facti suus heres avo non erat, patre remoto in locum sui heredis vivo avo successerit, quasi agnascendo testamentum avi quo præteritus est rumpit, *l.* 13. *d. tit.* quæ species forte hic ideo non repetuntur, quia alibi propositæ sunt, §. 1. & 2. *Inst. sup. de exher. lib.* Huc etiam pertinent liberi naturales suscepti ex concubina, & post factum testamentum legitimati, sive insequenti matrimonio sive curiæ oblatione sive per rescriptum Principis. Nam cum hi etiam jura suorum heredum consequantur, §. 2. *Inst. inf. de her. quæ ab int. Nov.* 89. *cap* 8. & 9. necesse est ut & ipsi à patre præteriti testamentum rumpant quasi agnatione.

TEXTUS.

De posteriore testamento.

2. *Posteriore quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur; nec interest extiterit aliquis heres ex eo an non. Hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore aut post mortem ejus antequam hereditatem adiret decesserit, aut conditione sub qua heres institutus est defectus sit: in his casibus paterfam. intestatus moritur. Nam & prius testamentum non valet ruptum à posteriore; & posterius æque nullas vires habet cum ex eo nemo heres extiterit.*

L. 21. *tit.* 1. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Vis & effectus incisionis testamenti, delectionis scripturæ, cancellationis &c.*

2 *Inciso deleto cancellato &c. testamento, utrum hereditas filio applicetur, an deferatur heredibus 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 Bachovii notatur & corrigitur.*

7 *Quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis.*

8 *Prius testamentum per posterius tolli, etiamsi ex posteriore nemo heres extiterit.*

9 *Quibus modis fiat ut heres deficiat & testamentum destituatur.*

1. SEcundus modus quo testamentum initio rite factum postea rumpitur est mutatio voluntatis testatoris. Hic modus iterum duplex est, nam & corruptis tabulis ita rumpitur, & integris manentibus. Corruptis, si testator testamentum inciderit laceraverit, scripturam induxerit, deleverit, cancellaverit, signa amoverit aut turbaverit, *tit. ff. de his quæ in testam. delent. l. ult. de injust. rupt. test. l.* 22. §. 3. *qui test. fac. l.* 1. §. *pen. l. pen.* §. 2. *ff. de bon. poss. sec. tabb. l.* 12. *l. pen. C. de testam.* nisi forte non consulto sed incaute quid horum fecerit, aut ignorante eo contigerit: nam tunc, si legi adhuc quod scriptum est utcumque poterit, ratum manebit testamentum, *l.* 1. *ff. de his quæ in test. del. d. l. pen. C. de test.* Plane inductio aut cancellatio non ultra operabitur quam scriptura inducta aut cancellata est, *ll.* 2. & 3. *de his quæ 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 ideo à patrefam. factum esse ut intestatus morereturr, *l. ult. eod.*

2. His autem modis testamento rupto hereditas non applicabitur fisco, sed deferetur heredibus ab intestato, *d. l. pen. C. de testam. l.* 1. §. *pen. unde liberi, l. ult. de his quæ in test. del.* nisi speciali odio heredum inductio facta probetur, quo in casu tamquam ab indignis hereditatem fiscus aufert, *l.* 3. *de his quæ in testam. del. l.* 16. §. 2. *de his quæ ut indign.* Clar. §. *testamentum quæst.* 93. *n.* 2. Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 12. *tit.* 1. *n.* 31. Paul. Bus. ad *l.* 1. & *seqq. de his quæ ut indign.* Quæ de incisione aut cancellatione testamenti dicuntur, ea constat ad testamenta nuncupativa, qua talia sunt, applicari non posse.

3. 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 diligentius exscribatur & in formam redigatur instrumenti, quæsitum est. Julius Clarus *d. loc.* existimat, incisionem aut cancellationem instrumenti ad cassationem & annullationem talis testamenti non sufficere, si protocollum notarii integrum relictum sit: quod & Viglio placere videtur in §. *pen. hoc tit.* cum ait, non minus talia testamenta ex verbis & voce substantiam capere quam quæ scripta non sunt, & ideo discerptis scripturis nihilominus permanere. Sed videamus, an non & hæc testamenta in hoc de quo quærimus jure scriptorum censenda sint, cum Paul. Castrens. in *l. pen. C. de testam. n.* 7. Vasq. *lib.* 2. *de succes. creat. requis.* 8. *n* 62. & *requis.* 17. *n.* 63. Grass. §. *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 deletove instrumento in quo tota vis probationis consistit, dicamus testamentum nihilominus robur suum retinere. Sciendum namque est, postquam ex voluntate testatoris quæ schedulâ continebantur, in instrumentum collata sunt, simul omnem illius vim in instrumentum collatam censeri; ac proinde cessante jam officio schedulæ, totam vim depositionis à solo instrumento dependere, adeo ut mortuo testatore nihil amplius ad probationem ultimæ voluntatis desideretur, uti post Gloss. & Bart. in *l.* 21. *de testam.* plerique tradiderunt. Sichard. in *l.* 21. §. 1. *n.* 1. *C. eod.* Mantic. *de conj. ult. vol. lib.* 1. *tit.* 6. *n.* 6. Afflict. *decis.* 166. *n.* 2. Neque obstat huic sententiæ *l. ult. de his quæ in test. del.* quoniam textus ille procedit quando ex pluribus unius testamenti instrumentis æque principalibus unum forte testator delevit aut incidit, non omnia; uti species proponitur & in terminis respondet Castrens. *ubi sup.* Etsi autem protocollum notarii 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. Ceterum priorem sententiam & senatus Sabaudiæ probavit. Ant. Fab. *Cod. suo de testam. decis. ult.* VINN. In *l.* vero 24. *tit.* 1. *Part.* 6. opinio Vinnii comprobatur. ADDIT.

4. Integris tabulis manentibus testamentum

tum rumpitur ob mutationem voluntatis, si testator aliud testamentum fecerit: qui modus proponitur hoc §. & hanc rationem habet, quod unumquodque testamentum plenam universi juris successionem continet, ac proinde quicumque testamentum facit censetur de omnibus bonis disponere, ut non magis duo testamenta simul consistere possint, quam duo domini ejusdem rei in solidum constitui. Igitur cum ex pluribus testamentis unum tantum consistere possit, id valere debet ex voluntate ipsius defuncti quod novissime 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; & ideo iterum de eadem re pronuntiandi potestatem non habet, *l.* 55. *de re jud.* Plane ut priores tabulæ jure factæ tollantur, oportet sequentes quoque jure ordinatas & perfectas esse, de quo plenius sub §. *pen. infr. hoc tit.*

5. *Superius rumpitur*] *LL.* 1. *& 2. de injust. rupt. test.* & quidem ob hoc solum quod aliud testamentum postea factum est: quod Justinianus significat *l.* 27. *C. de testam.* cum ait, secundo testamento perfecto prius 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 antea à se facta. His autem consequens est, & codicillos, si qui facti fuerint, per posterius testamentum everti, quamvis expresse revocati non sint; cum enim testamento facto codicilli jus ejus sequantur, eo infirmato simul concidant necesse est, *l.* 3. §. *ult. l.* 16. *ff. de jur. cod. l.* 1. *C. eod. tit.* VINN. Hujus juris elegans ratio reddi potest ex ipsa natura testamenti. Testamentum olim erat lex. Hinc condebatur in comitiis calatis: hinc utendum erat verbis directis & legislatoriis: *heres esto, damnas esto, capito, sinito &c.* hinc ipsum vocabulum XII. tabb. *legare* quasi *legem dicere* νομοθετεῖν. Quemadmodum itaque lex posterior tollit priorem, *l. ult. de const. Princip.* consequens videbatur ut & testamentum posterius sine nova revocatione rumperet prius. Et id principium uti alia retinuere veteres JCti cum jam obsolevisset ritus testandi in comitiis, & testamenta jam formam mancipationis per æs & libram induissent. HEIN.

6. Quamobrem non recte Bachovius scribit, generalem clausulam qua revocatur omnis præcedens dispositio supervacuam quidem esse quod attinet ad infirmationem prioris testamenti, cum id hoc ipso quod aliud conditum est evertatur; non autem quoad codicillos antea factos: quippe 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 modo allegatis perspicue patet. Plane si nullum testamentum sed codicilli tantum antea facti proponantur, testamento postea facto hujuscemodi clausula otiosa non erit, postquam placuit codicillos qui testamentum præcedunt facto postea testamento vim suam non amittere, nisi appareat testatorem à voluntate quam in codicillis expresserat recessisse, §. 1. *Inst. inf. de codicill.* Et fortassis hoc etiam sensit Bachovius.

7. Sed quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis? Interpretes communiter 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 omnino ad infirmationem primi testamenti derogatorii necessarium esse ut illius specialis mentio & expressa revocatio fiat in secundo, per *l.* 22. *de legat.* 3. Gomez ad *legg. Tauri* 3. *n.* 92. Covarr. *de test. p.* 2. *rub. n.* 5. Vasq. *de success. res. lib.* 1. §. 1. *n.* 29. *& seqq.* Clar. *d.* §. *testamentum quæst.* 99. Mantic. *de conject. ult. vol. lib.* 12. *tit.* 8. Peck. 1. *de testam. conjug. cap.* 10. Grass. §. *testamentum quæst.* 86. *& seq.* Jac. Verwey *art. test. cap.* 13. Quæ sententia rationi juris parum convenire videtur, arg. *l.* 6. §. 2. *de jur. cod. l. ult. in pr. de legat.* 2. *d. l.* 22. *de legat.* 3. *l.* 4. *de adim. legat.* cum simil. Notatur à Cujac. 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. *& seqq.* & *dec.* 38. *err.* 1. *& dec. seq.* In foro tamen recepta ac præjudiciis supremorum tribunalium comprobata est. Guid. Pap. *quæst.* 127. Papon. *lib.* 2. *tit. de testam. arrest.* 4. *&* 5. Ant. Fab. *Cod. suo tit. de test. defin.* 9. *& seqq.* Joann. à Sande *lib.* 4. *tit.* 1. *defin.* 10. Nec deest color

quo tegi possit. Grot. 2. *manuduct. cap.* 24. VINN. Nostro jure omnis dubitatio sublata est, & communis opinio confirmata, *l.* 22. *tit.* 1. *Part.* 6. ADDIT.

8. *Nec interest extiterit aliquis heres ex eo &c.*] Quæ sequuntur continent ampliationem quamdam regulæ initio positæ, nimirum prius testamentum tolli per posterius, non tantum cum ex posteriore heres extiterit sed etiam eo destituto, *l.* 1. *l.* 16. *de injust. rupt. test. l.* 9. *de lib. & post.* Quod hanc rationem habet, quod aditio hereditatis ad substantiam aut perfectionem testamenti, quæ sola hìc 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 hereditas adiri potuerit, etiamsi contingat ex iis hereditatem non adiri, priores tamen tabulæ utpote semel ruptæ non restituantur. Pari ratione si postumus priori testamento institutus vel exheredatus sit, posteriore præteritus & nato postumo posterius rumpatur, nihilo magis restituetur prius: quod exemplum hìc profert Bachovius.

9. *Si quis aut noluerit &c.*] Enumeratio modorum quibus fit ut heres deficiat & testamentum destituatur. Id fit in summa dupliciter, vel quia heres scriptus non vult heres esse repudiatque hereditatem; vel quia heres esse non potest: quod contingit si vel decesserit vivo adhuc testatore aut post mortem ejus antequam hereditatem adiret, (neque enim hereditas non adita ad instituti heredes transmittitur, exceptis personis comprehensis *l. un. C. de his qui ant. apert. tabb. l. un.* §. 5. *C. de cad. toll.*) vel quia conditio sub qua heres institutus erat defecit. Hinc autem apparet prius testamentum non eo minus rumpi per posterius, quod in priore heres pure in posteriore sub conditione scriptus est, quamvis in uno eodemque testamento subjecta puræ institutioni conditio nihil operetur, *l.* 27. §. 1. *de her. inst.* Etenim tam solemne riteque per omnia factum habetur testamentum quo heres institutus est sub conditione, quam quo pure, §. 9. *Inst. sup. de her. inst.* pendetque hoc totum à sola voluntate testatoris. Contractus vero puros per conditionales non resolvi mirum non est, veluti si id quod pure emi rursus emam sub conditione: nam posteriore emtione ideo nihil agitur, quia jam mihi quæsita est actio ex emtione priore, *l.* 7. *in pr. de rese. vend.*

His casibus paterfam. intestatus moritur] Id est exitum intestati facit, res redit ad causam intestati; nemine enim hereditatem adeunte vis omnis testamenti solvitur, ut adeo nihil intersit utrum aliquis testatus non sit an herede destituatur, *l.* 181. *de reg. jur.* Sed de hoc ex professo *inf. tit. Inst. de her. quæ ab int. def. in pr.* VINN. Nostro jure sive nullus heres scriptus sit, sive nemo ex scriptis hereditatem adeat non idcirco minus validum testamentum est; & cum hereditatem venientes ab intestato capiant, cetera testamenti capita firma manent, *l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* Vid. supra notata ad §. 12. *de hered. instit.* ADDIT.

TEXTUS.

De posteriore, in quo heres certæ rei institutus.

3. *Sed & si priore testamento jure perfecto posterius æque jure fecerit; etiamsi ex certis rebus in eo heredem instituerit: superius tamen testamentum sublatum esse divi Severus & Antoninus Augusti rescripserunt: cujus constitutionis verba & hìc inseri jussimus, cum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum sit,* Imperatores Severus & Antoninus Augusti Coccejo Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere ac si rerum mentio facta non esset; sed & teneri heredem scriptum ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem 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.*

COMMENTARIUS.

1 *Appellatione quartæ Falcidiæ Veteres passim & quartam Senatusconsulti intelligere.*

2 *Fideicommissa quandoque induci & sine verbis fideicommissorum propriis 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.* 29.

ad

ad sen. Treb. descripta; qua docemur testamentum prius rumpi per id quod secundo loco factum est, etiam tunc cum in posterioribus tabulis heres ex certis rebus aut una aliqua re singulari, veluti fundo, institutus est: idque efficitur certissima juris ratione; nam non minus recte instituitur heres ex re certa, quam simpliciter aut ex parte hereditatis; placetque hujusmodi institutionem valere perinde ac si rei mentio facta non esset, ut si quis solus ita institutus sit is omnium bonorum hereditatem consequatur, *l.* 1. §. 4. *de her. inst. l.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* Cum igitur tale testamentum jure consistat, necesse est ut si secundo testamento heres certæ rei scriptus fuerit prius rumpatur juxta regulam.

Ac si rerum mentio facta non esset] Si quis ex re certa heres institutus sit valet institutio, non ut ex ea re heres fiat: nam heredem esse rei singularis contradictionem implicat, cum heres sine universitate bonorum intelligi non possit, sed ut rei mentione potestate juris detracta perinde habeatur quasi simpliciter heres scriptus esset, *l.* 1. §. 4. *l.* 9. §. 13. *l.* 10. *de her. inst.* & proinde nisi coheredem habeat universam hereditatem obtinebit, *l.* 41. *in fin. de vulg. & pup.* Vide quæ scripsimus sub §. 5. & §. 8. *Inst. supr. de her. inst.*

Suppleta quarta ex lege Falcidia] Id est ex senatusconsulto Pegasiano, quo quartæ ex fideicommisso hereditatis retentio aut suppletio si minus relictum est, qui casus hic proponitur, permissa est; aut potius juxta mentem Justiniani ex senatusconsulto Trebelliano: postquam Pegasianum abolitum & vis ejus omnis in Trebellianum translata est, §. 7. *Inst. inf. de fideicom. her.*

1. Familiare autem & perpetuum Veteribus est, ut etiam eam quartam quæ ex senatusconsulto deducitur quartam Falcidiæ appellent, uti videre est in *l.* 30. §. 7. *l.* 86. *l.* 93. *ad leg. Falc. l.* 22. §. 2, *l.* 58. §. 3. *ad sen. Treb. l.* 2. *in fin. ff. de jur. cod. l.* 10. *C. ad leg. Falc.* cum similibus. 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. VINN. Ideo autem quarta hæc vocari aliquando videtur Falcidia, quia senatusconsulta sæpe legum nomine veniunt earum ad quas facta sunt. SCtum autem Pegasianum videtur factum ad leg. Falcidiam, & quartam quam illo à legatariis detrahi concesserat ad fideicommissa protulisse. Recte Jac. Gothofredus ad *leg. Pap. Popp. cap.* 17. *p.* 332. *Quæ senatusconsulta ad leges secuta, ea JCti ipsis legibus tribuere solent.* Exemplum est in *l.* 27. *C. de nupt.* ubi legi Juliæ & Papiæ tribuitur quod est ex SCtis Pegasiano Claudiano & Calvisiano ad illam legem factis, teste Ulpiano *in fragm. tit.* 16. §. 3. HEIN. De herede in re certa instituto vide quæ superius notavimus §. 5. *de hered. inst.* An Falcidia apud nos locum habeat inferius dicetur. ADDIT.

Quibus ut valeret prius testamentum] Propter hanc clausulam potissimum verba constitutionis Severi & Antonini jussu Justiniani hic inserta sunt. Certi juris est posse testatorem ab eo quem heredem instituit fideicommissum relinquere eumque rogare ut hereditatem alteri restituat; proinde etsi quis in re certa institutus est, quia valet institutio, etiam fideicommissum hereditatis utiliter ab eo relinquetur.

2. Ut autem fideicommissum utiliter relictum intelligatur non præcise requirimus expressionem verborum quæ fideicommissorum propria sunt, ut *peto, volo, rogo, fidei tuæ committo*; sed plerumque etiam sine his verbis admittitur ex sententia & voluntate testatoris, *l.* 19. §. 1. *ad sen. Trebell.* Quod etiam accidit in proposito, cum testator posteriore testamento cavet ut prius quoque testamentum valeat; desunt enim hic verba fideicommissi, sed optima ratione ex eo quod cautum est colligitur. Voluit testator cum secundum testamentum ordinaret prius nihilominus valere. Id inutiliter hactenus cavetur, ut ad heredes priore testamento scriptos directo hereditas perveniat, ne duo sint testamenta ejusdem testatoris; sed ut manifesta voluntas defuncti quoad per jus licet conservaretur, verba directa istius clausulæ ad causam fideicommissi tracta sunt & benigne sic accepta, quasi heres posteriore testamento scriptus rogatus esset hereditatem restituere his qui scripti sunt in priore.

3. Doctrina hujus & superioris §. ut hoc in transitu moneam, ad testamenta militum non pertinet. Nam militi licet plura testamenta facere, sive simul sive separatim; nec prius per posterius rumpitur, si hoc animo miles fuerit ut utrumque valeret. Quamobrem si in posteriore testamento expresse caverit ut prius quoque valeat, per hoc efficitur ut duo sint testamenta, & tam prior

quam

quam posterior voluntas valeat jure directæ institutionis. Sed si posteriore testamento verbis precariis usus fidei heredis commiserit ut priores tabulæ valerent, in causam fideicommissi & codicillorum vim prioris testamenti intelligitur convertisse, *l. 19. de testam. mil.*

TEXTUS.

De testamento irrito. Quibus modis fit irritum.

4. *Alio autem modo testamenta jure facta infirmantur, veluti cum is qui fecit testamentum capite deminutus sit: quod quibus modis accidat primo libro retulimus.*

L. 18. *tit.* 1. *Part.* 6.

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 proprie dicitur *irritum fieri*, *l. 6. §. 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. tit. Inst. de cap. demin.* & testamentum non est nisi hominis liberi, civis Romani & patrisfam. quæ tria duobus temporibus in testatore requiruntur, testamenti facti & mortis, §. 6. *inf. hoc tit.* Si vero quid postea 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. Inst. quib. non est perm. fac. test.* Et primum igitur irritum fit testamentum capitis deminutione maxima, quia per eam testator in servitutem redigitur, *d. l. 6. §. 5.* Excipitur tamen quod factum est ab eo qui ab hostibus captus est ante captivitatem: quippe quod juris postliminii aut legis Corneliæ commento sustinetur, *d. l. 6. §. pen. l. 12. qui test. fac. §. ult. Inst. sup. quib. non est perm. fac. test.* ubi latius hoc explicatur. Secundo capitis deminutione media, puta si testator in insulam deportatus sit; quoniam hoc modo à numero civium Romano, eum tollitur, & ea omnia quæ juris civilis sunt amittit, §. 1. *Inst. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv. l. 17. §. 1. de pœn.* Quod autem Jurisconsultus *d. l. 6. §. 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. §. 1. de interd. & releg.* atque ad præsidem referendum est, qui jus deportandi non habet; proconsul enim & præfectus urbi habent, *dd. ll.* Postremo & minima capitis deminutione testatoris testamentum ejus irritum fit, puta si se adrogandum dederit, *l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tabb. §. 6. inf. hoc tit.* quoniam filiusfam. nec facere testamentum nec cum testamento decedere potest. An autem emancipatione filiifam. veterani testamentum de bonis castrensibus factum irritum fiat, quod negat Jurisconsultus, *d. l. 6. §. ult.* alibi tractatum est, §. 5. *Inst. sup. de mil. test.* Atque hic casus à testatore venit. Est & alius qui venit ab herede, quo & ipso superveniente testamentum irritum fieri dicitur, scilicet si ex testamento nemo heres extiterit; defectu enim heredis etiam irritum dicitur fieri testamentum, *l. 1. de injust. rupt. irrit. fact. test. l. 20. de bon. poss. cont. tabb.* Ulp. *in fragm. tit. 23. §. 3.* & recte quidem, nam in heredis aditione atque existentia consistit vis omnis atque effectus testamenti. Ceterum sæpius hoc casu testamentum dicitur destitui aut deseri, §. 7. *& seq. de her. quæ ab int. l. 9. §. 2. de lib. & post. l. ult. de cond. inst.* Nonnumquam 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. tit. Inst. infr. 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 hereditatem. Raro etiam hodie contingit ut testamentum destituatur, postquam Justinianus aliis etiam personis potestatem adeundi fecit, *Nov. 1. cap. 1.* de quo D. Grot. *lib. 2. manuduct. cap. 24.* VINN. Accedit & alia ratio quod & novum invexerit beneficium inventarii, *l. ult. §. 4. C. de jur. delib.* Cum enim inventarii rite confecti is sit effectus ut heres non teneatur ultra vires hereditatis, §. 11. *Inst. de her. qual. & differ.* non temere quis repudiabit hereditatem sine periculo à se adeundam. HEIN. Apud nos testamenta neque minima capitis deminutione irrita fiunt, cum filiusfamilias

milias testari possit, *l.* 4. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* neque maxima & media, cum etiam damnatus ad mortem testamentum facere possit, *l.* 3. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* Demum neque ullo herede existente destituuntur, *l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* Vid. Olan. in *epilogo legg. Part. correct.* ubi *l.* 18. *tit.* 1. *Part.* 6. abrogatam esse docet. ADDIT.

TEXTUS.

Cur dicatur irritum.

5. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, cum alioqui & quæ rumpuntur irrita fiant, & ea quæ statim ab initio non jure fiunt irrita sint. Sed & ea quæ jure facta sunt & postea per capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui: ideo quædam non jure facta dicuntur, quædam jure facta rumpi vel irrita fieri.

NOTA.

5. Hoc casu irrita] Etiam irritum fieri testamentum dicitur si ex eo nemo heres extiterit, *l.* 1. *hoc tit.* Ulp. *in fragm. tit.* 23. §. 4.

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; sæpe tamen his certa species ex instituto loquentis denotatur, quod tunc maxime fit cum junguntur nominibus cognatæ significationis.

Et quæ rumpuntur irrita fiant] Rarissime autem hæc à nostris confunduntur, quamquam 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.* 15. §. 1. *de test. mil.* quo tamen casu testamentum proprie rumpi dicitur si specialem verborum significationem spectamus.

Quæ ab initio non jure fiunt irrita sint] Testamentum quod ab initio non jure factum est injustum nostri appellant, ut apparet ex inscriptione & *l.* 1. *de injust. rupt. irrit. fact. test.* Hoc recte 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 recte dicimus quæ numquam constiterunt; irrita fieri, ut & rumpi, ea demum quæ cum antea constarent eversa sunt. Privationem enim significant; privatio autem, ut in scholis loquuntur, præsupponit habitum. Allegatur à nostris in eam rem *l.* 5. *de injust. rupt.*

Singulas causas] *Singula* Ἕκαστον πάθος, *vitia*, ut hæc appellant juris auctores, *l.* 1. §. 3. *ff. de tabb. exhib. l.* 2. *C. de edict. D. Hadrian. toll. l.* 11. *C. de probat.*

TEXTUS.

Quibus modis convalescit.

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 heres secundum tabulas testamenti bonorum possessionem agnoscere: si modo defunctus & civis Romanus & suæ potestatis mortis tempore fuerit. Nam si ideo irritum factum sit testamentum quia civitatem vel etiam libertatem testator amisit, aut quia in adoptionem se dedit & mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere.

L. 19. *tit.* 1. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Notatur Triboniani negligentia.*

2 *Testamentum ruptum nativitate postumi præteriti eo ante patrem mortuo vires recipere.*

3 *Cancellatione incisioneve posterioris testamenti restitui prius cujus tabulæ integræ manserint.*

4 *Testamentum irritum factum maxima & media capitis deminutione testatoris eo restituto convalescere etiam absque nova voluntatis declaratione; secus si testator se adrogandum dederit & postea sui juris factus decesserit.*

1. HIc locus declarationem continet §. 4. hujus tituli. Meretur autem Tri-

Tribonianus duplici nomine hic reprehendi: primum 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 Romanus & sui juris decesserit; cum in quibusdam tantum hoc solum 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 nullo jure capiunt: veluti si impubes, aut furiosus, aut filiusfam. 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. §. 8. *sec. tabb.* Idemque est si testamentum nullum sit ob defectum solemnium juris: puta quia pauciores quam 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 omnino nullum sit & maneat jure prætorio. Sed verius est tale testamentum jure prætorio omnino nullum non esse, scriptosque in eo heredes, si præteritus se bonis paternis abstinuit, posse accipere bonorum possessionem secundum tabulas, arg. *l.* 12. *in fin. pr. l.* 17. *de injust. rupt. l.* 12. §. 1. *cont. tabb. l.* 2. *in pr. sec. tabb.* quod prolixe contra communem defendimus sub *tit. Inst. de exher. lib.* Hæc autem non sunt propria hujus loci: quippe in quo agitur de testamentis quæ ab initio recte facta deinde infirmata sunt, quæriturque an postea sublata causa infirmationis jure aliquo convalescant. Imperator quidem hoc in una tantum specie proponit, quando testamentum irritum factum est sive infirmatum ob id quod testator capite minutus sit; attamen ad aliam quoque speciem eadem quæstio pertinet, cum scilicet ruptum est seu eversum testatoris statu non mutato.

2. Videamus ergo de rupto, & de eo prius, postea cognituri de altera specie de qua hic agitur. Didicimus, testamentum rumpi duobus modis, agnatione sui heredis, & mutatione voluntatis. Fingamus igitur, postumum præteritum vivo patre decessisse: quæritur an testamentum ruptum nativitate postumi eo vita deinde ante patrem functo vires recipiat. Et responsum est, si testamentum signatum fuerit, posse heredem scriptum bonorum possessionem secundum tabulas accipere, & cum effectu ut rem obtineat, licet scrupulositas juris refragetur, *l.* 12. *de injust. rupt.* Unde intelligimus jure quidem civili testamentum non restitui, sed tamen prætorem ex bono & æquo voluntatem testatoris tueri. Additur in responsio, hoc ipsum etiam confirmatum esse rescriptis Imperatorum: quæ confirmatio ideo fortassis accessit, quia potestatem prætoris excedere videri poterat quod ex testamento intrinsecus vitioso defenderet heredi scripto bonorum possessionem cum re, contra eos qui alioqui rem ab intestato auferrent. Plane si postumus præteritus nascatur post mortem testatoris, licet illico decedat, testamentum non restituitur; nec omnino cum decedit patre jam mortuo: nam cum suus heres sit patri, statim patri ipso jure heres existit, & moriens hereditatem sibi jure quæsitam transmittit ad quosvis heredes legitimos: ad cujusmodi speciem pertinet *l.* 2. *C. de post. ber. inst.* Cujac. ad *l.* 7. *de lib. & post.*

3. Fingamus rursus testatorem testamentum quod secundo loco fecerat ac proinde quo prius ruptum erat incidisse aut cancellasse: quæritur an restituatur prius cujus tabulæ integræ manserunt. Papinianus respondit, si id hoc animo à testatore factum sit ut priores tabulas supremas relinqueret, voluntatem quæ defecerat recenti judicio redisse, & posse secundum tabulas priores bonorum possessionem peti, *l. pen.* §. 2. *sec. tabb.* At, inquies, an non sic testamentum citra ullam solemnitatem nuda voluntate constituitur? Negat hoc Jurisconsultus *d. loc.* atque hanc objectionem 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 testamentum; sed si scriptus priore testamento heres agat & hereditatem vindicet, eique objiciatur exceptio mutatæ voluntatis, posse eum hanc exceptionem elidere replicatione voluntatis reversæ, si constet testatorem hoc animo posterius testamentum incidisse ut prius iterum valere vellet. Utique enim hic animus ab herede scripto omnino probandus est, per codicillos puta, aut alias litteras, quibus testator palam declaraverit se velle priores tabulas valere, alioqui eum, tamquam quem utriusque

vo-

voluntatis pœnituerit, intestatum potius decedere voluisse interpretabimur, *d. l. pen.* §.

2. Unum tamen adhuc obstat, quod prius testamentum dicitur rumpi ipso jure, *l.* 27. *C. de testam.* Quomodo ergo agi poterit ex eo quod ipso jure ruptum est? Resp. quod ipso jure prius rumpi dicitur, id dici certo respectu, quoniam rumpitur hoc solo quod aliud factum est etiamsi testator prius non revocaverit; & licet quatenus posterius testamentum consideratur ut adhuc consistens & validum, prius ita sublatum intelligatur ut nihil in eo scriptum valeat, nec quisquam ipso jure agere aut quid petere ex eo possit: non ideo tamen absurdum videri debet, quod posteriore inciso aut deleto ea mente u t prius iterum valeat, prius quoque vires recipiat: quippe cujus tabulæ integræ relictæ sunt, & utique jam postremæ; nam quod jus extinctum reviviscere negatur, id non obtinet cum à re quæ, ut DD. nostri loquuntur, essentiam suam formalem & materialem retinuit removetur impedimentum. D. Menoch. *cons.* 176. *lib.* 2. Fachin. 5. *contr.* 93. D. Tuld. *comm. hic cap.* 5. Joann. Deckher. 2. *diss.* 3. *n.* 30. Ac proinde putarem testamentum hoc casu valere etiam jure civili. Jam 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 solum, semper tamen, in danda bonorum possessione juxta tabulas prætor spectat an testamentum septem testium civium Romanorum signis signatum sit, *l.* 12. *in pr. de iniust. rupt.* Ulp. *in fragm. tit.* 23. §. 5. & *tit.* 28. §. 5. ita enim obsignatum esse oportet ut jure prætorio valeat, seu eo jure quo obsignatio introducta est, §. 2. *Inst. sup. de test. ord.*

4. *Si modo civis Romanus & suæ potestatis mortis tempore*] Nihil amplius exigit ad petendam bonorum possessionem ex eo testamento quod per capitis deminutionem irritum factum erat, quam ut testator mortis tempore civis Romanus & sui juris fuerit, omissa eleganti distinctione quam nobis suppeditat Papinianus *l. pen.* §. 2. *sec. tabb.* Etenim interest, an ei de cujus integri capitis postea mortui testamento quæritur, maxima mediave 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 quam ut testator pristinum statum receperit, *l.* 6. §. *pen. de injust. rupt.* Putarem etiam testamentum damnati capitis indulgentiâ Principis postea restitui ita convalescere uti non solum jure prætorio valeat sed jure etiam civili, propter comparationem horum testamentorum cum eorum testamentis qui capi ab hostibus postlimnio redeunt aut ibi decedunt, quorum testamenta jure civili vires recipere beneficio postliminii aut confirmatione legis Corneliæ constat, *d. l.* 6. §. *pen.* nisi quis putet comparationem illam pertinere dumtaxat ad ipsam convalescentiam, non ad modum convalescendi. At vero si minima capitis deminutio intervenerit, puta si quis testamento facto se adrogandum dederit, non satis est ad restitutionem testamenti obtinendamque ex eo bonorum possessionem quod postea sui juris effectus decesserit; sed præterea requiritur ut recenti aliqua voluntate testamentum confirmatum sit; & merito, quoniam qui se dat in adrogationem non obscure à priori voluntate recedit, cum sciat se unà cum capite fortunas quoque suas in alienam familiam transferre, ut disputat Papinianus *d. l. pen.* §. 2. *sec. tabb.* ex quo loco explicandum quoque & supplendum est quod simpliciter item Paulus scripsit, testamentum valere, *l.* 8. §. 3. *de jur. cod.* Ita ferme & Bart. in *d. l.* 6. §. *pen.* Myns. & Schneid. *hic.* Connan. 9. *comm.* 7.

Et tempore mortis in adoptivi patris familia] Supple, *aut in servitute, aut conditione peregrinitatis.* Omnino enim prætor exigit, ut is cujus bonorum possessio datur utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cum facit testamentum, & cum moritur; intermedium autem tempus non curat, *l.* 1. §. 8. *de bon. poss. sec. tabb.* Ulp. *in fragm. tit.* 23. §. 5.

TEXTUS.

De nuda voluntate.

7. *Ex eo autem solo non potest infirmari testamentum quod postea 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 or-*

dinatæ & perfectæ fuerint : nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.

L. 23. tit. 1. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Nuda contraria voluntate testamentum rite factum non infirmari, quamtumvis coram septem testibus declarata.*
2 *Redditur hujus juris ratio.*
3 *An plus hic operetur revocatio causata quam simplex.*
4 *Cur ne novi quidem testamenti inceptio vim prioris corrumpendi habeat.*
5 *Temperantia superioris doctrinæ.*

HIc §. rectius in continenti subjectus fuisset §. 2. aut 3. *huj. tit.* quorum continet declarationem. Docuit ibi Imp. prius testamentum rumpi per posterius quod jure perfectum est; unde etsi per se satis intelligitur, neque nudam revocantis voluntatem ad infirmationem testamenti sufficere, neque adeo prius rumpi etiamsi secundum fieri cœptum sit nec absolutum : latius tamen utrumque explicare voluit, & omnino latius adhuc à nobis explicandum est.

1. *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, *l. 1. §. pen. unde lib.* majorem enim vim facta habent quam verba; integrisque tabulis relictis nuda contrariæ voluntatis declaratio testamentum solemniter factum non infirmat, *l. 36. §. 3. ff. de testam. mil. l. 27. C. de testam.* In tantum, ut etiamsi testator coram septem testibus dixerit nolle se testamentum quod fecit valere, nihilo tamen magis illud infirmetur, ut ex recepta sententia tradunt Clar. §. *testamentum quæst.* 91. Grass. §. *testamentum quæst.* 84. *n.* 2. Jac. Verwey *art. test. cap.* 13. Angel. Vigl. Myns. Schneid. *hic*; & recte : nam si ne tunc quidem testamentum antea factum infirmatur, cum ad aliud faciendum testator processit, quod tantum non consummavit : quanto minus infirmabitur sola revocatione verbali ? utique enim factum accedens ad voluntatem potentius operari debet simplici voluntatis declaratione. Hoc ipsum quoque manifeste probat *l. 27. C. de testam.* ubi Justinianus sancit, ut demum post lapsum decennii, seu cum à condito testamento decem anni effluxerint, revocatione voluntatis testamentum infirmetur. Neque hic mihi quis dixerit pertinere istam constitutionem ad eum casum quo tribus tantum testibus revocatio munita est; nam ex hoc ipso quod Justinianus exigit aut non pauciores quam tres testes ad revocationem adhibeantur ut valida sit ad infirmationem testamenti post fluxum decennii, satis intelligitur non aliud eum esse voluisse si forte plures testes intervenerint, sive quinque sive septem; quo enim plures adhibentur eo verius est non esse pauciores tribus adhibitos. Et sciendum est, Imperatorem illic abrogare constitutionem Honorii & Theodosii, quæ extat in *l. 6. C. Theod. de testam.* qua cautum erat ut solo lapsu decennii testamentum revocatum intelligeretur, hoc est, si testator post conditum testamentum integros decem annos supervixisset, quamvis nulla secuta esset contraria voluntas; hoc enim Justinianus hactenus mutavit, ut noluerit ex solo lapsu decennii testamentum evanescere, sed tunc cum ad lapsum tanti temporis expressa accederet revocatio : quam etiam revocationem non paucioribus quam tribus testibus muniri voluit, cum alias ad probationem voluntatis quæ testamentum non est ordinarius testium numerus sufficiat. Quotquot igitur testes intervenerint, adhuc cursus decennii necessarius est ad sustinendam verbalem testamenti solemnis revocationem.

2. Quæritur autem hujus juris ratio. Nam iniquum videtur eum bona defuncti obtinere quem ea habere noluit; ac proinde etsi concedamus ex summi juris ratione heredes scriptos bona vindicare posse, cur tamen non dicimus, eos repelli posse exceptione finitæ defuncti voluntatis ? Resp. Periculosum est æquitatem prætexere contra expressam juris auctoritatem, quod haud dubie hac ratione nititur, quod non videatur satis serio improbasse voluntatem solemni testamento comprehensam qui nude eam revocavit tabulis testamenti integris servatis. Si enim testamentum omnino valere noluisset, poterat tabulas incidere, delere : poterat aliud testamentum condere; quod cum non fecerit, præsumere licet eum revocationis pœnituisse; ut non sine ratione defendatur, majorem oportere vim esse testamenti quod integrum & in suo statu testator reliquit, quam nudæ illius declarationis contrariæ, fac. *l. 36. §. 3. de test. mil.* Ex quo loco simul discimus, ita jus esse cum quæritur de institutione heredum; legatarios autem revocata voluntate exceptione doli

mali

mali removeri: de cujus loci sententia vid. Ant. Fab. *dec.* 36. *err.* 8.

3. His ita constitutis videamus an non falsa sit opinio Bartoli in *l.* 18. *de legat.* 3. & DD. quos allegant & sequuntur Clarus §. *testamentum quæst.* 92. Vigl. Myns. Schneid. *hic*, qui interesse putant, qua formula testator in revocando testamento usus sit, utrum simpliciter dixerit, *nolo testamentum á me factum valere*; an causam adjecerit & hæc verba, *quia volo decedere intestatus*; nam etsi simplicem revocationem non sufficere fatentur, causatam tamen valere volunt, modo facta sit coram septem testibus. Verum nihil interesse hac an illa formula testator utatur aperte evincit *d. l.* 36. §. 3. *de test. mil.* Et vero si hoc ipso quod quis testamentum revocat, tacite & per quamdam necessariam consequentiam intelligitur velle decedere intestatus, causæ illa adjectio (quippe quæ non impedit quominus aliud testamentum postea condatur) facere non potest ut majorem vim revocatio habeat quam si causa adjecta non esset. Et recte Mantic. *lib.* 2. *de conject. 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 necessario ex hoc ipso sequi quod testamentum revocant. Sed non debebat vir alias incomparabilis hoc argumento moveri, ut statueret cum eodem Socino, Vald. Salic. in *d. l.* 27. *C. de test* & aliis quos allegat, ad revocandum testamentum sufficere quamlibet voluntatis contrariæ declarationem factam coram septem testibus: quam sententiam abunde jam confutavimus. Unicum supradictæ distinctionis firmamentum affertur *l.* 1. §. *pen. si tabb. test. null. ext.* ex verbis: *Vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere.* Sed nemo opinor tam infans est qui non videat Jurisconsultum ibi loqui non de simplici mutatione voluntatis, sed quæ declarata sit facto aliquo simili illis quæ antea expresserat, incisioni aut cancellationi, puta si testamentum induxerit, laceraverit, resignaverit &c. Habemus hujus sententiæ defensores Ant. Fab. *dec.* 39. *err.* 6. Bachov. in *Treutl. vol.* 2. *disp.* 10. *thes.* 7. Ant. Merend. 3. *contr.* 45. Plane ad infirmationem testamenti nuncupativi putarem sufficere simplicem voluntatis revocationem factam coram legitimo testium numero, arg. *l.* 35. *de reg. jur.* cum Connan 9. *comm.* 7. Wesemb. in hunc §. Groënew. *de legg. abrog. hic.*

4. *Usque adeo*] Amplificatio. Dixerat modo nuda voluntate testamentum infirmari non posse, id nunc usque adeo verum esse pronuntiat, ut nec cum voluntate revocandi concurrens novi testamenti incœptio vim corrumpendi prioris habeat; sed ita demum superius testamentum rite factum tollatur, si inferius æque jure perfectum fuerit. Hic vero itidem ut in casu præcedenti æquum esse videri potest, ut saltem heredibus ab intestato detur exceptio adversus priore testamento scriptos heredes, quos utique voluntate testatoris aliud testamentum facere aggressi mortuique antequam illud perficeret destitui constat, per *l. pen.* §. 2. *sec. tabb.* Verum obstat hic quoque legum auctoritas, *ll.* 2. & 11. *de injust. rupt. l.* 18. *ff. de legat.* 3. *l.* 21. §. 3. *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. Quamobrem cum illi quos postremo testator voluit hereditatem ex imperfecto testamento obtinere non possint, ne convellantur jura omnia quæ de ordinandis testamentis tam diligenter constituta sunt, & quævis voluntas vim testamenti habeat, quos aliquando heredibus ab intestato prætulit, eos etiam adhuc iisdem præferri voluisse existimandus est; atque in hunc eventum tabulas priores integras reliquisse, ut si posteriores non consisterent ex prioribus hereditas adiri possit. Atque hoc est quod scribit Pomponius *d. l.* 18. *de legat.* 3. credibile esse testatorem ita demum à priore testamento velle recedi, si posterius valiturum sit.

Mortalitate præventus] Hujusmodi testamentum imperfectum dicitur ratione voluntatis. Quippe duplex est imperfectio testamenti: una ratione solemnium, puta si pauciores quam septem testes intervenerint, aut si testes non signaverint subscripserintve, vel quid aliud quod ad solemnitatem ordinationis pertinet omissum sit; altera ratione voluntatis, veluti si cum plura ordinare testator vellet morte interceptus fuerit, aut in ipso actu testandi furore correptus, *l.* 25. *ff. qui test. fac. l.* 9. *C. eod.* Bald. in *l.* 21. §. 1. *nn.* 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 & Cujac. 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, *l.* 16. *de rit. nupt.* Tacit. *lib.* 11. *annal. cap.* 25. *Orationem Principis secuto patrum consulto, primi Hedui senatorum in urbe jus adepti sunt.* Atque hæ Principum orationes etiam Senatusconsulta nominantur, quandoque etiam leges. Sic oratio Divi Hadriani de petitione hereditatis, *l.* 22. *ne ber. pet.* Senatusconsultum passim appellatur, *l.* 20. §. 6. & multis seqq. *eod. tit.* Jul. Capitol. hanc ipsam orationem Pertinacis legem, mox etiam Senatusconsultum nominat in Pertinace, *cap.* 7. *Legem sane tulit*, inquit, *ut testamenta priora non prius essent irrita quam alia perfecta essent, neve ob hoc fiscus aliquando succederet*; & paulo post: *addiditque Senatusconsulto* &c.

5. *Jure ordinatæ & perfectæ fuerint*] Quæ legitimo modo fiunt legitime quoque solvi debent, *l.* 35. *de reg. jur.* Ab hac tamen regula excipienda sunt ea testamenta quæ quamvis imperfecta jure tamen singulari valent, ut testamenta militum & parentum inter liberos. Testamentum factum jure militiæ inter imperfecta numeratur, *l.* 2. *de injust. rupt.* atque ideo etiam imperfecto quovis posteriore solvitur, *l.* 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.* 2. & *d. l.* 34. §. *ult.* Sed nimirum hoc ex eo est, quod testamentum militis jure privilegiario pro perfecto est aut vim perfecti testamenti habet; quod autem rumpitur posteriore jure communi non rite facto mirum videri non debet, quia etiam post missionis annum irritum constituitur. Testamentum imperfectum factum á parente inter liberos, & ipsum non minus ex privilegio valet quam militis, *l.* 21. §. 1. *C. de testam.* Quare si pater qui testamentum prius jure fecerat, postea aliud fecerit inter liberos, quamvis posterius hoc impefectum fuerit, tamen rumpitur prius. Illud etiam favore liberorum Justinianus constituit, ut tale testamentum non aliter rumpatur posteriore, quam si posterius modis omnibus perfectum fuerit & prius nominatim revocatum, *Nov.* 107. *auth. hoc inter C. de testam.* Præterea si cum in priore testamento perfecto scripti essent extranei, in posteriore autem imperfecto instituti sint qui ab intestato venire possunt, dummodo non minus quam quinque testes intervenerint, placet infirmato priore testamento posteriorem hanc scripturam valere, non tamen tamquam testamentum, sed tanquam voluntatem ultimam intestati, *d. l.* 21. §. 3. cujus voluntatis hic erit effectus, ut nulla quartâ deducta ab heredibus priore testamento quod infirmatum est scriptis, ad hereditatem admittantur scripti posteriore, easque portiones per arbitrum familiæ erciscundæ singuli consequantur, quæ cuique adscriptæ sunt. Sed quis est quod Jurisconsultus in *d. l.* 2. *de injust. 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 solemnitas quæ tantum jure civili præcise requiritur, non item jure prætorio: veluti si testes non subscripserint, si filius institutus aut exheredatus non sit; nam etiam hac ratione testamentum imperfectum recte dicitur; atque ita appellatur, *l.* 12. §. 1. *cont. tabb.* quoniam inter cetera quæ testamentum jure civili perficiunt etiam hæc requiruntur. Rumpi igitur eo casu testamentum prius dicimus non jure civili sed honorario, data secundum tabulas posteriores, quæ modo septem testium signis signatæ sunt, cum re & effectum bonorum possessione, arg. *d. l.* 12. §. 1. *cont. tabb.* quem locum diligenter & accurate hic interpretatus est D. Bachovius.

TEXTUS.

Si Princeps litis causa, vel in testamento imperfecto institutus fuerit.

8. *Eadem oratione expressit, non admissurum se hereditatem ejus qui litis causa Principem reliquerit heredem; neque tabulas non legitime factas in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat probaturum, neque ex nuda voce heredis nomen admissurum; neque ex ulla scriptura cui juris auctoritas desit aliquid adepturum. Secundùm hoc divi Severus & Antoninus sæpissime rescripserunt.* Licet enim, *inquiunt*, legibus soluti simus, attamen legibus vivimus.

COMMENTARIUS.

1 *An Principes Romani legibus soluti fuerint; & in universum, an & quatenus sint Prin-*

ci-

cipes qui absoluta jura majestatis habent.

Eadem oratione expressit] *Ipseque*, inquit de Pertinace loquens Capitolinus *d. loc. cap. 6. professus est, nullius se aditurum hereditatem, quæ aut adulatione alicujus delata esset, aut lite perplexa, ut legitimi heredes & necessarii privarentur*, addiditque Senatusconsulto hæc verba: *Sanctius est, P. C. inopem Rempub. obtinere, quam ad divitiarum cumulum per discriminum atque dedecorum vestigia pervenire.* Procul dubio hac oratione sanctissimus senex senatui declarare voluit, se longe alia ratione Remp. temperaturum, quam antecessor ejus Commodus Princeps flagitiosissimus fecerat: quem credibile est exemplum secutum fuisse sui simillimi Imperatoris Domitiani, de quo Sueton. *cap.* 12. sic scribit: *Confiscabantur alienissimæ hereditates, vel existente uno qui diceret, audivisse se ex defuncto cum viveret, heredem sibi esse Cæsarem.* Extat adversus hujusmodi improbitatem edictum Honorii & Theodosii in *l.* 20. *C. de test.* VINN. Meretur hujus juris historia paulo accuratius tractari. Primus Augustus flagitare solebat ab amicis hoc benevolentiæ testimonium, & eorum suprema judicia morosissime pensitabat, neque dolere dissimulato si parcius aut citra honorem verborum, neque gaudio si grate pieque quis se prosecutus fuisset. Suet. in *Aug. c.* 66. Hinc idem Suetonius *cap.* 101. refert, viginti proximis ante obitum annis eum quatuordecies millies ex testamentis percepisse. Ne tamen captare videretur hereditates, aut parum honesta institutionis causa subesset, nec ab ignotis admittebat hereditates nec à parentibus, sed eas cum incremento liberis restituebat. Suet. *cap.* 66. Idem fere exemplum sectatus Tiberius. Tacit. *annal.* 2. *cap.* 48. Primus Caligula hereditatis avidissime captavit, testamenta in quibus nulla sui mentio rescidit, testatores paulo diutius superstites interemit, & testes qui se Cæsarem heredem dictum audivisse adseverarent subornavit. *cap.* 38. Hunc imitati Nero, Tacit. *lib.* 16. *annal. cap.* 43. Vitellius, Suet. *cap.* 14. Domitianus, Suet. *cap.* 12. Trajanus exacte Augustum imitabatur, Plin. *paneg. cap.* 43. necnon Hadrian. Spartian. *cap.* 18. & Antoninus Pius, Jul. Capit. *cap.* 8. Postea cum Commodus malum denuo principem egerat, huic malo non tantum exemplo sed & lege lata repugnavit Pertinax, Jul. Capitol. *Pertin. cap.* 7. Ad quam legem respicere videtur Alexander *l.* 3. *C. de test.* Immo cum nec id sufficeret refrænandæ Principum aviditati, Theodosius M. *l.* 2. *C. Th. de test. & codicill.* omnes hereditates plane respuit. Conf. Symmach. *lib.* 2. *epist.* 13. idemque edicto monuit Theodosius junior, *l.* 5. *C. Theod. eod.* Rem omnem accuratissima diligentia exposuit vir illustris Nic. Hier. Gundlingius *dissert. de Principe herede cap.* 4. HEIN.

Qui litis causa Principem] Lex est, non debere cujusquam conditionem deteriorem fieri facto alieno, nec cuiquam objici duriorem aut potentiorem adversarium, *tot. tit. ff. de alien. jud. mut. causa* & *tit. C. ne lic. potent.* Huic legi se submisit Imp. Pertinax, professus hoc amplius se non admisurum hereditatem quæ litis causa Principi delata esset, minus hic sibi permittens quam cuiquam privato, *l.* 8. §. 3. *de alien. jud. mut. causa.* Quippe invidiosum esse existimavit, Principem litis causa, hoc est in re controversa & perplexa heredem institui, quo alii nomine Principis territi jus suum indefensum relinquant, ac nefas esse calumniæ facultatem ex Principali majestate capere, *l. pen. de her. inst.* Paul. 5. *sent.* 12. Plin. *panegyr. cap.* 43. *Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

Neque tabulas non legitime factas] Lex est, heredem justo testamento instituendum esse, neminemque posse ex tabulis non legitime factis hereditatem obtinere. Hanc legem etiam adversus se valere optimus Princeps voluit, atque in sua etiam persona tabulas non legitime factas improbavit. Secundùm quod sæpissime constitutum est, ex imperfecto testamento nec Imperatorem hereditatem vindicare posse, *l.* 3. *C. de testam.* Ait, *in quibus ipse ob eam causam*: nempe quod tabulæ non essent legitime factæ, ut recte Cujac. Quod non percepit Theoph. nec Accurs. nam Princeps nec legitime factas probat, in quibus ipse litis causa scriptus est. Ait, *neque ex nuda voce*: non quasi Princeps heres nuncupari non possit, aut heres esse ἐκ τῆς ἀγράφου διαθήκης (*ex testamento nuncupativo*) ut somniat Theoph. sed *ex nuda voce*, id est, ex nuda voluntate sine juris solemnibus.

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 vindicare inverecundum

dum est. Huc etiam referendum quod idem Paul. 4. *sent.* 5. Ulp. *l.* 8. §. 2. *de inoff. testam.* scribunt, testamentum in quo Imperator heres scriptus est inofficiosum argui posse.

1. *Licet legibus soluti simus*] Principes Romanos legibus solutos esse scribit Dio *lib.* 53. adque 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, puta, ut ante ætatem legitimam magistratum gerere, aut intra tempora constituta eumdem repetere liceret, sicut de Pompejo, Africano, Octavio aliisque permultis factum legimus: ita Principem postea, cum civibus omnibus excellentior haberetur, legibus omnibus solutum fuisse, lege in eam rem semel expresse lata; quæ lex regia in *l.* 1. *ff. de const. Princ.* lex imperii in *l.* 3. *C. de testam.* appellatur. Quod etiam significare arbitror Ulp. in *l.* 31. *de legib.* Quamquam necesse non erat hoc caput legi regiæ inserere: quandoquidem ex hoc ipso quod alio capite ejusdem legis populus jura majestatis omnia abdicative in principem transtulit, *d. l.* 1. *de const. Princ.* necessario 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 *quæstionibus regiis. Deus*, inquit Justinianus, *leges ipsas Principi subjecit, eumque legem animatam misit hominibus. Nov.* 105. *cap.* 2. *in fin.* Jam vero qui supra leges est, cui leges subjectæ sunt, is necessario 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 *panegyr. cap.* 65. *Leges*, inquit, *Principi nemo scripsit.* Neque cum hoc dicimus, intelligimus solum cum D. Thoma *quæst.* 96. *art.* 5. *part.* 1. quem multi sequuntur, Principem legibus solutum esse quoad vim coactivam, sed etiam quoad vim directivam. Quin ad hanc solam quæstio pertinet; cum si neges secundum vim dirigentem Principem legibus solutum esse, statuas Principem legibus obstringi; tamquam quæ ipsi quoque latæ sint. Alia autem quæstio est de modo coërcendi & puniendi nec obedientes. Ceterum totum hoc pertinet ad leges civiles dumtaxat, non ad leges naturæ aut divinas, quibus cum omnes homines subjiciantur quatenus homines nati sunt, omnino efficitur aut Reges homines non esse, aut illos etiam his legibus teneri. Non pertinet etiam hoc axioma ad leges imperii fundamentales, maxime cum in eas quoque ipsi Principes regnum ineuntes jurare soleant. De quibus legibus Bodinus *lib.* 1. *de republ. cap.* 8. sic scripsit: *Quantum ad leges imperii attinet, cum sint cum ipsa majestate conjunctæ, Princeps nec eas abrogare, nec iis abrogare potest. Cujusmodi* inquit, *est lex Salica regni hujus firmissimum fundamentum.*

Attamen legibus vivimus] Etsi hoc jus Principis est, si dignitatem spectes & imperii 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.* 20. *de legat.* 3, his verbis: *Decet enim tantæ majestati eas servare leges quibus ipse solutus esse videtur.* Et Imp. Alexander *l.* 3. *C. de testam.* cum ait: *nihil tam proprium imperii esse quam legibus vivere;* eodemque modo explicanda *l.* 4. *C. de legib.* & illud Plinii in *panegyr. ad Trajan. cap.* 65. *Legibus te subjecisti, quas nemo Principi scripsit.* Item illa: *Non esse Principem supra leges, sed leges supra Principem.* Nimirum Princeps *imperio maximus, major est exemplo*, ut ait Paterculus, *lib.* 1. *cap.* 126. & Plin. *d. loc. cap.* 45. *Vita Principis*, inquit, *perpetua censura est: ad hanc dirigimur; nec tam imperio nobis opus est quam exemplo.* Τίς γὰρ ἂν ἀθύλησειε ἀπειθεῖν ὁρῶν τὸν Βασιλέα πειθόμενον; (*Quis enim legibus parêre renuat, cum videat iisdem Principem obtemperare?*) inquit Xenophon *in laudib. Agesilai, cap.* 7. §. 2. Claudianus *in Panegyr. de quarto consulatu Honorii v.* 307. his versibus Principem hujus officii commonefacit.

In commune jubes si quid censesve tenendum,
Primus jussa subi, tunc observantior æqui
Fit populus nec ferre negat, cum viderit ipsum
Auctorem parêre sibi. Componitur orbis
Regis ad exemplum; nec sic inflectere sensus
Humanos edicta valent, ut vita regentis.

TI-

TITULUS XVIII.

DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Dig. lib. 5. tit. 2. Cod. lib. 3. tit. 28. Part. 6. tit. 8.

Continuatio & argumentum tituli. Unde nomen inofficiosi: tum quorum de hac quæstione cognitio.

EXplicatur hic altera ratio infirmandi testamenti, cum scilicet non ipso jure sed per sententiam judicis rescinditur ex causa de inofficioso contra testamentum pronuntiantis: quod est illud adminiculum quod superius dixit paulo post nobis manifestum fore, in calce *tit. Inst. de exhered. lib.* Locus hic late patet, quamquam concisus est Justinianus, 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 postremo nonnulla, quibus intervenientibus testamentum inofficiosum arguit atque ex ea causa rescindi non potest. Nobis, quibus propositum est rem totam planam facere, licebit in explicando esse prolixiores. Memini etiam nonnulla me recepisse interpretantem §. *ult. d. tit. Inst. de exhered. lib.* quæ in hoc tempus dilata, nunc exsolvenda sunt. De nomine inofficiosi hoc primum monendi sumus, quamvis omne testamentum inofficiosum recte dicatur in quo testator contra officium quod alteri debebat fecit, quemadmodum scimus hominem inofficiosum dici qui officium prætermittit aut contra officium quod alteri debebat facit; & ideo, si verbi causa testator cognatis suis aut personis de se bene merentibus quibus ob id remunerationem debet nihil in testamento suo reliquerit, huic etiam testamento appellatio ista conveniat: tamen per excellentiam ea demum testamenta inofficiosa dicta sunt, quibus officium in liberos parentes & fratres neglectum est, seu in quibus liberi aut parentes aut fratres vel exheredati sunt immerito vel immerito præteriti. Quocirca his etiam solis potestas permissa de inofficioso querendi postulandique, ut si officium violatum esse constiterit testamentum rescindatur. Cognitionem hujus quæstionis ad centumviros pertinuisse constat ex Cic. *lib. 1. de orat. cap.* 38. Val. Max. *lib. 7. cap. 7. &* 8. *ll.* 13. *&* 17. *hoc tit.* uti & simplicis petitionis hereditatis, *l. ult. in pr. C. de pet. her.* quod tamen non usque adeo perpetuum fuit, quin partes aliquando, negotio ita ferente, à prætore remissæ fuerint ad judicem pedaneum, uti liquet ex *l.* 8. §. *pen. hoc tit. l.* 3. §. 5. *de bon. poss. cont. tabb.* VINN. Quæ hic de nomine inofficiosi monet auctor plenius poterant exponi. Dicitur hæc actio *querela*, quia propinqui non accusare & litigare, sed inter se *conqueri* dicebantur. Voss. *Inst. orat. lib. 1. cap. 6. §. 2. Inofficiosum* autem oponitur *officioso*, quod vocabulum ita accurate exponit Seneca de *benef. lib. 3. cap.* 18. quod ut *beneficia* sint alienorum, ita *officia* eorum *quos necessitudo suscitet & opem ferre jubeat.* HEIN.

TEXTUS.

Ratio hujus querelæ.

Quia plerumque parentes sine causæ liberos suos exheredant vel omitunt, inductum est ut de inofficioso testamento agere possint liberi qui queruntur, aut inique se exheredatos aut inique præteritos: hoc colore quasi non sanæ mentis fuerint cum testamentum ordinarent. Sed hoc dicitur, non quasi vere furiosus sit, sed recte quidem testamentum fecerit, non autem ex officio pietatis. Nam si vere furiosus sit nullum testamentum est.

L. 1. tit. 8. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Quibus liberis & quando querela necessaria.*

2 *Etiam ob causas non nominatim expressas* Nov. 115. cap. 3. *dummodo æque graves aut graviores, exheredationem recte fieri.*

3 *Quamvis exheredatio facta sit sine elogio, tamen testamentum adhuc ipso jure hodieque sub-*

subsistere, atque ad id rescindendum opus esse querelâ, contra comm.

4 *Præteritionem matris & avi materni etiam jure novissimo vim exheredationis habere.*

5 *Contraria obiter repulsa, addito jure patrio.*

6 *Utrum querela ipsa sit actio sive petitio, an remedium aliquod ab actione superatum.*

7 *An liberis á patre præteritis, legata & cetera capita præter institutionem beneficio novæ legis conserventur.*

8 *Cur querelæ inofficiosi colorem dementiæ Veteres prætexuerint; & num idem adhuc hodie.*

QUia plerumque] Recte monet D. Pacius in margine particulam *plerumque* non afficere verbum *exheredant*, sed verbum *sine causa*; ut hic sit sensus: cum parentes liberos suos exheredant vel omittunt, id eos plerumque facere sine causa: puta falso instimulatos, novercalibus delinimentis instigationibusque corruptos, *ll.* 3. & 4. *hoc tit.*

Sine causa liberos suos exheredant vel omittunt] Ait *sine causa*; nam ex justis & meritis causis exheredatio semper permissa fuit, *l.* 7. *de bon. damn.* Ait, *exheredant vel omittunt*, illud ad parentes omnes & proprie ad patrem avumque paternum, hoc ad matrem & avum maternum pertinet; nec supervacuo hic expressum, ut censet D. Wesemb. etsi enim matris præteritio vim & effectum exheredationis habet, non est tamen revera exheredatio, §. *ult. Inst. sup. de exhered. lib.*

1. In patre exheredatio 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 exheredatio querelæ locum facit, sed ea demum quæ rite facta est; quæ secus facta, id est, non nominatim, non pure, non à tota hereditate, pro præteritione censetur, *l.* 8. §. 2. *de bon. poss. cont. tabb.* Matre autem sive prætereunte sive quovis modo exheredante, semper ad infirmandum testamentum querelâ opus est, cum & jure civili firmum sit nec à prætore infringatur; quippe qui exheredatione, cujus vicem etiam præteritio matris obtinet, notatos non putavit ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos, *d. l.* 8. *in pr. cont. tabb. d.* §. *ult. Inst. sup. de exher. lib.* Et igitur exheredatis omnibus à matre etiam præteritis, hoc remedium necessarium est. Causæ exheredationis jure antiquo certæ legibus definitæ non erant, sed ab arbitrio pendebant judicum qui de inofficioso cognoscebant, quorum erat merita exheredati perpendere, *l.* 3. §. 5. *cont. tabb.* Val. Max. *lib.* 7. *cap.* 8. Justinianus ex arbitrariis eas certas fecit, & nominatim *Nov.* 115. *cap.* 3. complexus est ad quatuordecim; cumque antea etiam simplici exheredatione facta permissum esset heredi instituto allegare & docere ingratitudinem, id idem Imp. primum hactenus mutavit, ut non aliter liceret heredi ingratitudinis quæstionem movere, quam si testator expresse addidisset, se ideo filium exheredare quia fuerit ingratus, *l.* 30. *in pr. C. hoc tit.* Postea ne hoc quidem satis ei visum, sed insuper voluit testatorem justam aliquam ingratitudinis causam, & saltem unam ex illis quas ipse recenseret testamento exprimere, imposito quoque heredi onere elogium probandi; cum olim ita jus esset, ut nisi heres ultro probationem suscepisset causam aliquam certam allegando (quo refert *l.* 22. & *d. l.* 30. *C. eod.*) ipsi liberi docere tenerentur se morigeros atque obsequentes semper fuisse, *l.* 5. §. 1. *ff. hoc tit.* & *l.* 28. *C. eod.*

2. Hinc duplex exorta quæstio: (1) An nullas alias ob causas, quantumvis pares aut majores quam quæ *d. Nov.* 115. *cap.* 3. expressæ sunt exheredatio permittenda. (2) Utrum si exheredatio facta sit sine elogio, id est, sine causæ expressione, testamentum ex dicta constitutione ipso jure nullum sit, an jure adhuc subsistat atque ad illud rescindendum querelâ etiamnum sit opus. Primam quæstionem quod attinet, quamvis sententia Connani *lib.* 9. *comm.* 10. Viglii ad §. *ult. Inst. sup. de exher. lib.* aliorumque qui eos sequuntur, negantium ob alias causas licet æque graves aut graviores exheredationem fieri posse, verbis *d. Nov.* convenire videatur: tamen mihi persuadere non possum eam fuisse mentem Justiniani quam illi esse censent; & summa ratio suadet ut contra sentiam. Etenim si, verbi gratia, manus parenti filius ipse non intulerit, secundum *d. Nov. cap.* 3. §. 1. sed inferre passus sit cum facile prohibere posset; idemque finge de injuria, §. 2. si patrem ipse non accusaverit, juxta §. 3. sed accusationem instruxerit, juverit pretio, consilio, probationibus: insidiatus ipse patri non sit, §. 4 insidias autem cum posset non detexerit: falsum testimonium ipse non dixerit, secundum §. 8. at qui dicerent subornarit. Quid si thorum fratris violare ausus sit? Quid si lenocinio palam quæstum faciat &c. Quis hæc aut attrociora filium patrantem dignum

num neget qui fulmine feriatur exheredationis? At, inquis, odiosa est exheredatio ac proinde interpretatione non est adjuvanda, *l.* 19. *de lib. & post. cap.* 15. *de reg. jur. in* 6. Immo contra, vel magis odiosum patrem cogi ut impio & indigno filio bona sua relinquat. Equidem concedo, ubi de hypothesi quæritur, de scriptura testamenti, de facto exheredati, de voluntate exheredantis cum similibus, exheredationem adjuvandam non esse: ceterum ubi θετικῶς (*positivè*) de legis vi atque interpretatione disputatur, hoc semper legibus inesse ex mente conditorum credi oportet, ut quia omnes casus qui quandoque incidere possunt comprehendere nequeunt, ad eas quoque res & causas pertineant quæ quandoque similes erunt, *l.* 10. cum 3. *seqq. l.* 27. *de legib.* Neque hinc excipiuntur leges pœnales; nam & illæ utique leges sunt; & obvia passim responsa Jurisconsultorum, etiam leges publicorum judiciorum ad hunc quem diximus modum interpretantium, *l.* 11. *de pœn. l.* 13. *de testib. l.* 7. §. 2. *de jurisd. l.* 7. *ad leg. Jul. maj.* §. 3. Tuld. 2. *jurisp. extemp. cap.* 5. *pag.* 202. ubi distinguit, utrum par & eadem sit ratio an similis tantum, *l.* 3. *de leg. Pomp. l.* 2. §. 28. *& seqq. ad Tertyll.* junct. *l. ult.* §. *ult. qui pet. tut. l.* 8. *de sepulcr. viol. l.* 1. *de aleat.* Dixeris, hoc admisso Imperatorem non assequi scopum suum sed causas adhuc incertas manere, nec quatuordecim tantum sed infinitas esse. Respondeo, ex his constitutionis verbis *ut præter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere nisi quæ in hujus constitutionis serie continentur*, satis patet quis Justiniano scopus propositus fuerit. Horum enim verborum non alius sensus quam quod non liceat ex legibus antiquis causas opponere quæ in dicta constitutione non continentur. At tales causæ non sunt quæ vel majores sunt vel pares expressis, sed leviores dumtaxat aut dispares: quippe cum de similibus semper ut de expressis habendum. Facit huc *cap.* 1. §. 2. *vers. sed quia natura lib.* 2. *feud. tit.* 24. *quæ fuit prim. ca. ben. amitt.* Atque hæc sententia etiam communis est usuque apud omnes recepta. DD. in *auth. non licet C. de lib. præt.* Clar. §. *testamentum quæst.* 41. *n.* 2. Gomez 1. *resol.* 11. Schneid. *hic n.* 15. Gudelin. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 8. Christin. *vol.* 4. *dec.* 19. *n.* 5. VINN. Præter eas exheredationis causas quæ habentur in *ll.* 4. 5. 6. 7. & 11. *tit.* 7. *Part.* 6. accedit & alia ex Pragmat. sanct. præcedentis anni 1776. si filius aut filia invito patre matrimonium inierit. Vide quæ notavimus ad *tit. de Nuptiis.* ADDIT.

3. In altera quæstione numero vincunt qui ad validitatem testamenti negant sufficere exheredationem simplicem seu factam sine causæ insertione, & ad hoc omnino requirunt qualificatam: quod si verum est, nullus usus querelæ relinquitur in linea recta, præterquam unico illo casu cum exheredationi aut præteritioni additum est elogium: quæ sententia fuit Joannis, relata à Glossa in *l.* 5. *hoc tit.* probata plerisque Interpp. in *auth. ex causa C. de lib. præt.* Clar. *d.* §. *testam. quæst.* 40. Gomez *d. cap.* 11. Covarr. in *cap. Raynutius p.* 1. *n.* 7. *cap.* 16. Wesemb. *par. hoc tit. n.* 7. & novissime late defensa à D. Bachovio *hic.* Ceterum ut plurimus hæc sententia placeat, non desunt tamen qui eam taxent ut constitutioni Justiniani minime consentaneam; & sane non immerito meo quidem judicio. Nam qui diligenter eam constitutionem evolvet, comperiet ex tenore Imperatorem non agere de iis quæ ad internam testamenti solemnitatem ritumque exheredationis pertinent, sed de causis ob quas facta exheredatio juste vel injuste facta intelligatur: at injustitia exheredationis non vitiat testamentum ipso jure. Et vide, quæso, quæ isti sententiæ sint consequentia. Efficitur ex ea ut testamentum nullum sit, etiamsi præteriti sint liberi emancipati; etiamsi præteriti sint liberi sine elogio qui numquam in potestate fuerunt; ut postumi exheredati nativitate rumpatur testamentum; ut infantium atque adeo impuberum fere omnium exheredatio nullius momenti sit; denique ut tantum non liberi matribus, parentes liberis sui heredes fiant. Atque ita deletur bonorum possessio contra tabulas: deletur §. 3. item §. 5. & §. *ult. Inst. sup. de exher. lib.* delentur maxima ex parte *tit. C. & Inst. de inoff. test.* item *l. ult. C. de lib. præt.* Quis vero credat tot capita juris veteris á Justiniano tacite abrogata, qui numquam solet quidquam ex jure veteri mutare nisi cum expressa mentione ejus juris quod abrogare constituit & commendatione novi? Refragantur etiam verba dictæ constitutionis *cap.* 3. *circa fin. & cap.* 4. ubi cum jussisset Imperator, si exheredatio facta esset cum elogio, idque elogium probassent heredes, firmum manere testamentum, sive ut est in authentico, ἐν τῇ ἰδίᾳ ἰσχύϊ διαμένειν, τὴν ἰδίαν ἔχειν ἰσχὺν (*in suo robore permanere, suum robur obtinere*); subjicit, si hoc observatum non fuerit, testamentum irritum reddi atque everti: utitur enim verbis ἀκυροῦσθαι & ἀνατρέ-

πεσθαι (*rescindi & subverti*) quæ de iis tantum prædicari constat quæ ab initio constiterunt; &, quod notandum, everti non in totum sed quoad institutionem dumtaxat, cetera capita firma manere. Ergo in totum ab initio subsistit. At quo remedio evertetur? Non alio haud dubie quam querelâ inofficiosi, quæ una exheredatis supererat. Arguit hoc accurata illa causarum ingratitudinis de quibus in querelæ judicio agitur definitio; quæ causam novæ constitutioni dedit. Adhæc, si dicimus liberis omnibus sine elogio exheredatis aut præteritis testamentum potestate dictæ constitutionis nullum esse, non liberis tantum consulimus sed extraneis etiam defuncti legitimis heredibus: quippe quos tum liberis aut repudiantibus, aut ante parentem, aut priusquam hereditatem adierint mortuis, hereditas defuncti ab intestato perventura sit, exclusis scriptis heredibus, qui alioqui ex testamento iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Justinianus autem liberis dumtaxat prospicere voluit ne his noceret exheredatio, non consulere aliis contra scriptos testamento heredes. Postremo ut ex dictis liquet, non fuit ei propositum tollere inofficiosi querelam, sed proniorem atque expeditiorem ei viam facere; unique potissimum rei afferre remedium, ne scilicet liberi exheredati aut præteriti ob difficultatem probandi se semper officiosos fuisse parentum hereditate exciderent. Cum ergo duplicem effectum exheredatio jure veteri habeat, unum hunc, ut absolvat internam testamenti paterni solemnitatem, ut ne nullum sit ob præteritionem, ad quod sufficit rite factam esse etiamsi injusta sit; alterum ut exheredatum submoveat ab hereditate, ad quod insuper exigitur ut facta sit justis de causis: posteriorem effectum tantum Justinianus restringere voluit, priori in suo statu relicto. Sive igitur nulla causa à testatore expressa sit, sive aliqua quæ tamen non sit ex iis quæ *d. Nov.* 115. *cap.* 3. continentur, aut ex iis quidem, sed in cujus probatione heres deficiat: utiliter & cum effectu exheredatus de inofficioso hodieque aget, & postulabit ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad causam intestati.

4. Idemque erit si liberi præteriti sint ab iis scilicet parentibus quorum præteritio pro exheredatione est, ut matris & avi materni, licet causa adjecta non sit; & falsum est quod plerique pro vero nobis obtrudunt, præteritionem maternam pro exheredatione amplius non haberi, sed ex hac causa æque nullum esse testamentum ac si pater præteriisset, nisi præteritioni addita sit causa ingratitudinis: necessitatem quodammodo exheredandi contra rationem juris illic introducentes ubi non est suitas, *l.* 11. *de lib. & post. l.* 4. §. 2. *cont. tabb.* Ita concludimus cum Fulgos. & Don. in *d. auth. ex caus.* Vigl. ad *rubr. hic.* Duar. *cap.* 3. ad *hunc tit.* Cujac. ad *Nov.* 18. Fachin. 4. *contr.* 9. Vasq. *lib.* 2. *de succ. creat.* §. 20. *n.* 162. *& seqq.* Perez ad *Cod. de lib. præt. n.* 13. Gudel. *lib.* 2. *de jur. nov. cap.* 4.

5. 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. Postremo minimi pretii sunt quæ illi putant esse maximi, quale est quod sexto loco adducit Bachovius, frustraneam ajens esse eam actionem in qua actor non potest succumbere &c. Ergo frustra est quod postumis aut infantibus exheredatis, §. 2. *huj. tit. l.* 33. §. 1. *C. hoc tit.* item ex constitutione Justiniani *l.* 30. *C. eod.* liberis omnibus exheredatis, non addito, quia ingrati fuerunt, actio de inofficioso datur: quoniam numquam non possunt vincere. Considerare debuerant non frustra esse quod leges testamentum consistere volunt, ut saltem his casibus quos modos commemoravi incidentibus voluntas defuncti exitum habeat. Ejusdem ponderis est argumentum quod Bachovius producit vice corollarii, nempe legitimam relinquendam esse liberis titulo institutionis. Ne sit relicta isto titulo; an propterea sequitur testamentum ipso jure nullum esse? Sed de eo plura inferius. VINN. Apud nos tam pater quam mater liberos exheredare debent cum elogio, sive expressa exheredationis causâ, quæ si expressa non fuerit testamentum nullum est, *l.* 10. *tit.* 7. *Part.* 6. ubi communis opinio quam hìc impugnat Vinnius adprobata est. Vide Gomez *lib.* 1. *var. cap.* 11. & quod magis est, dum liberi parentes & ascendentes exheredant, debent alteram ex causis addere ut testamentum teneat, *l.* 11. *tit.* 7. *Part.* 6. quare postumus, nec impubes, modo non sit pubertati proximus, exheredari non possunt, ut supra monuimus. ADDIT.

Inductum est] Verbum *inducere* plurimum refertur ad jus non scriptum, aut ad id jus quod ex interpretatione prudentum profluxit, *l.* 2. §. 5. *de orig. jur. l.* 32. *de legib. l.* 29. *de lib. & post. l.* 2. *de vulg. & pup.* Unde ex-

existimare licet querelam inofficiosi testamenti non lege aliqua scripta introductam esse, sed moribus aut, quod probabilius est, interpretatione Consultorum. D. Cujacius *lib. 2. obs. 21.* ex lege Glicia eam deducit; sed hoc ideo probabile non est, quoniam nullis certis personis nominatim potestas experiundi hoc judicio concessa fuit, *l. 1. hoc tit.* à 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 testamentum quasi ab homine non sanæ mentis factum everteretur: quippe 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 Jurisconsultis. Denique si lege aliqua hoc judicium constitutum esset, proculdubio mentionem illius legis fecisset Val. Max. *lib. 7. cap. 7.* VINN. Adde quæ eam in rem disputavimus in *Antiq. Rom. lib. 2. hoc tit. §. 5. edit. nov.* nam in priore secuti eramus sententiam summi Cujacii. HEIN.

Ut de inofficioso agere possint] Pro eodem Jurisconsulti dicunt agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum: quæ legentibus passim in tit. hujus argumenti occurrunt, ut & nomina querelæ, actionis, accusationis; nullo tamen nomine frequentius hoc judicium designatur quam querelæ.

6. Estne ergo querela & ipsa actio, an remedium aliquod ab actione separatum, sive imploratio tantum officii judicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinens ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi & hereditas peti possit? Non est quod dubitemus affirmare quod tot locis manifeste traditum est, querelam ipsam actionem & petitionem esse, perque eam sic impugnari testamentum ut simul vindicetur hereditas. Qui dicit inofficiosum, eum Papinianus ait hereditatem petere, *l. 8. §. 8. hoc tit.* Scævola, petitionem hereditatis exercere, *l. 20. eod.* Paulus *l. 21. §. ult. eod.* ait per querelas inofficiosi evinci hereditatem. Ulpianus vindicari facultates, *l. 27. §. 3. eod.* Triphoninus *l. pen. in fin. cont. tabb.* filium exheredatum ex causa querelæ inofficiosi movendæ admitti ad petitionem hereditatis. Justinianus hereditatis petitionem ex nomine de inofficioso constitui, *l. 34. C. eod.* Unde quoque est, quod is qui querelam moturus est agnoscere debet bonorum possessionem litis ordinandæ gratia, *l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. in pr. ff. cont. tabb. l. 2. C. eod.* Hoc enim non alio pertinet, quam ut is qui ex causa inofficiosi hereditatem petit heres esse videatur; quamquam in suis hæc possessio non est necessaria, *d. l. 7.* uti nec aditio, *l. 14. de suis & legit.* de quo consule Vigl. *in rubr. & §. 2. hoc tit.* Duar. *cap. 8. ad hunc tit.* Govean. *1. var. lect. cap. 5.* Vasq. *lib. 3. de succ. resol. ad l. 2. C. eod.* Vaud. *2. quæst. 24.* Don. *19. comm. cap. 3.* Interpretes comm. & cum his Sichard. *in rubr. C. hoc tit. n. 3.* existimant querelam esse judicium præparatorium quo aditus patefiat ad judicium universale seu petitionem hereditatis, sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationis; atque ita duo hic esse judicia, quorum alterum scilicet querela præcedat, alterum petitio hereditatis sequatur: quod falsum est; nam ipse titulus inofficiosi causa est ex qua vindicatur hereditas, *l. 3. C. de pet. hered.* neque duo hic judicia sunt sed unum, quo & testamentum impugnatur & simul petitur hereditas; sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur & simul res vindicatur: de quo sub §. 5. *Inst. inf. de actionib.* Plane etsi querela quoque petitio hereditatis est, in multis tamen differt à petitione hereditatis simplici, de qua post *tit. de inoff. test. in π. & Cod.* generalis titulus datur, quæ hic congerere nimis longum foret. Duo solum argumenta refellam quibus effici videtur querelam inofficiosi hereditatis petitionem non esse. Primum tale est: Petitio hereditatis datur solum adversus eum qui cum heres non sit pro herede prove possessore possidet, numquam adversus heredem eumve qui pro herede sit, bonorum scilicet possessorem aut fideicommissarium, *l. 9.* cum seqq. *de her. pet.* At querela datur adversus heredem scriptum, contra fideicommissarium, *l. 1. C. hoc tit.* contra præteritum qui accepit bonorum possessionem contra tabulas, *l. pen. cont. tabb.* Respondeo, scriptum testamento inofficioso heredem, heredem non esse, utique cum eo agi tamquam qui heres non sit, utpote scriptus ab eo qui testamenti factionem non habuisse judicatur, *l. 17. §. 1. hoc tit.* & proinde eum teneri quasi pro herede aut pro possessore possideret, ut diserte rescriptum est de eo cui ex testamento inofficioso restituta est hereditas, *l. 1. C. eod.* Alterum est hujusmodi: omnis petitio hereditatis aut ex testamento sit oportet aut ab intestato, *ll. 1. 2.*

& 3. *de her. pet.* querela autem inofficiosi ex neutra causa est; non ex testamento, quia datur iis qui testamento exclusi sunt; non ab intestato, quia quamdiu testamentum extat causæ intestati non est locus, *l.* 39. *de adq. hered.* Sed patet ex responsione ad objectionem præcedentem querelam inofficiosi esse petitionem quamdam hereditatis ab intestato, quia prætenditur color dementiæ testatoris; uti & revera si judex contra testamentum pronuntiaverit res ad causam intestati redit, retroque versus perinde omnia habentur ac si hereditas numquam adita fuisset, *l.* 6. §. 1. *l.* 21. §. 2. *hoc tit.* Stet igitur hæc sententia, querelam etiam ipsam esse actionem, & nimirum speciem quamdam petitionis hereditatis, qua vindicatur hereditas tamquam ab intestato deleta ex causa inofficiosi testamenti; cum qua sententia fere vi ipsa convenit quod Joann. Fab. & alii hìc notant, posse querelam cum petitione hereditatis cumulari. Obiter addo, & per modum contradictionis seu exceptionis querelam induci posse, veluti si exheredatus sit in possessione hereditatis & heres scriptus hereditatem petat, *l.* 8. §. 13. *eod.* adeoque liberum etiam esse exheredato simplici petitione hereditatis experiri, deque titulo excipienti reponere se queri de inofficioso, atque ita querelam inducere per modum replicationis. Paul. 4. *sent.* 5.

Aut inique se exheredatos aut inique præteritos] Rursus hæc duo conjungit, exheredare & præterire, ut paulo ante, & Marcellus *l.* 3. *eod.* nimirum quia non exheredatis solum sed etiam præteritis de inofficioso agere licet: præteritis scilicet ab iis parentibus quorum præteritio vim exheredationis habet. Et igitur horum alterum, *exheredatos*, nemo est qui non videat ad patrem referri; alterum, *præteritos*, ad matrem & avum maternum.

7. Quod ideo iterum hìc moneo, ut appareat nullam esse causam cur Interpp. vulgo ex eo quod auth. *ex causâ C. de lib. præt.* generaliter & indefinite ab Irnerio concepta est hoc modo, *Ex causa exheredationis vel præteritionis irritum est testamentum quantum ad institutionem, cetera namque firma manent*: collegerint id jus ad præteritionem quoque paternam pertinere, ut quamvis tale testamentum ab initio nullum sit etiam jure novo, tamen hoc jure dumtaxat nullum esse quoad institutionem, non quoad cetera capita, puta legata, libertates, dationem tutorum; atque hactenus etiam in proposito jus vetus mutatum, *l.* 1. *l.* 17. *de injust. rupt.* cum similib. Etenim animadvertere debuerant Justinianum in *Nov.* 115. *cap.* 3. unde dicta auth. sumta est, non aliter loqui quam hoc ipso loco. Sancit enim non licere patri vel matri liberos suos exheredes facere aut præterire, nisi forsan probabuntur ingrati &c. quæ prædicata propriis subjectis attribuenda sunt, ut exheredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire: quemadmodum hoc loco alterum proprie ad patrem, alterum ad matrem referri constat. Liquet hoc ex eo quod *d. Nov. cap.* 5. aperte profitetur, hoc solum sibi propositum esse ut injuriam exheredationis & præteritionis à liberis avertat. Jamvero injuria ea proprie est, quæ vel exheredatione vel ex præteritione infligitur quæ vim exheredationis habet, *l.* 8. *in pr. hoc tit. l.* 4. *vers. quod si fuisset C. de lib. præt.* Præteritis à patre cum effectu non inferebatur injuria, quippe qui testamentum nullum dicebant; exheredatis & 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 Justinianus, atque ea de causa constituit ut non sufficeret in posterum ad excludendam querelam legitimam quolibet titulo relictam esse; sed necesse esset liberos vel heredes institui vel exheredari. Ceterum quia illata per exheredationem aut præteritionem injuria satis tollitur rescissa institutione, sufficere etiam ei visum fuit institutionem solam rescindi salvis ceteris capitibus, cum olim querela omnia rescinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua causa testamentum aut ab initio nullum aut rumpitur agnatione sui heredis, aut per bonorum possessionem contra tabulas evertitur; neque ad eam produci sine insigni liberorum læsione potest. Atque hanc sententiam Azoni & plerisque Veterum probatam fuisse testatur Jason in *d. auth. ex causa n.* 1. sequitur Cujac. in *l.* 17. *de injust. rupt.* Govean. in *l.* 1. *de vulg. & pup. n.* 27. Wesemb. ad §. 5. *Inst. de exher. lib.* Diss. vulgo DD. & ex recentioribus Duar. in *tit. de injust. rupt. cap.* 3. Don. in *d. auth. n.* 6. & 7. Connan. 9. *comm.* 8. Sunt qui interesse existimant utrum præteritio ignoranter à patre facta sit an scienter: illo casu totum testamentum corruere nisi adjecta sit clausula codicillaris; hoc autem sive posteriore casu legata & fideicommissa firma manere: quæ sententia præjudiciis curia-

riarum supremæ jurisdictionis robur accepit. Ant. Fab. *Cod. suo de lib. & post. defin.* 1. Christin. *vol.* 4. *decis.* 9. & probatur D. Tuldeno in *comm. hic cap.* 1. Caterum vide quæ *sup. n.* 5.

8. *Hoc colore quasi non sanæ mentis fuerint*] *L.* 2. *l.* 5. §. 1. *l.* 13. *hoc tit.* ac proinde quasi testamenti factionem non habuerint, *l.* 17. §. 1. *eod.* Unde etiam est, quod cum contra testamentum pronuntiatum esset nihil ex eo testamento valebat, *l.* 8. §. *pen. d. l.* 13. *l.* 28. *eod.* Quæsitus autem hic color fuit, ne sani hominis testamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis XII. tabb. quæ liberam undequaque potestatem testandi patrifam. concedit, *l.* 120. *de verb. sign.* Maxime autem liberis hoc colore iniquitatem exheredationis tegere convenit ob verecundiam. Bartolus in *d. l.* 13. putat colorem istum dementiæ jam non amplius prætexi posse, quia demens videri non potest qui filium ex justa causa exheredat; præsupponit enim non aliter querelæ locum esse. Sed ut ita sit, quid si falsum sit elogium? quod præsumitur si ab herede non probetur. Numquid falsam causam objicere filio immerenti contra officium pietatis prope furiosi hominis esse videtur? Plane dicendum hodie est colorem istum furoris tantum prætendi ad rescindendam institutionem, quod testamenti principale est, cum cetera capita tamquam à sano homine facta beneficio novæ legis conserventur, *d. auth. ex causa.* Ita contra Bart. Viglius & Myns. hìc disputant. VINN. Cum ipse Vinnius fateatur quæsitum fuisse hunc colorem ne sani hominis testamentum contra auctoritatem legis XII. tabb. impugnari videretur: consequens omnino esse videtur, ut is color hodie cesset. Olim licebat parentibus impune liberos & præterire & exheredes scribere; nullaque prodita erat actio qua liberi testamenta paterna impugnarent, quamvis iniquissime essent hereditate exclusi. Id cum durum videretur JCtis, callide reperêre modum juvandi injuste exheredatos. Cum enim furiosorum testamenta non valerent, impugnabant tabulas tam inhumani parentis tamquam ab homine emotæ mentis factas: eam autem dementiam colligi posse existimabant ex filii morigeri exheredatione vel præteritione. Si itaque colore illo opus fuit quia nulla actio legibus prodita erat: hodie sane eo non erat opus, postquam hæc querela legibus probata est. HEIN.

Non quasi vere furiosus sit] Cujus testamentum inofficiosum arguitur, quasi demens, non vere demens dicitur, *l.* 2. *l.* 5. §. 1. *hoc tit.* nam qui filium immerentem exheredat, patrem qui præterit prope à furioso abesse fingitur, eo quod non sentiat sibi se esse injurium cum liberis aut parentibus injuriam facit. Quod vero testamentum à vere demente factum est, id inofficiosum accusari non potest, quia nullum est; factum quippe ab eo qui testamenti factionem non habet; ac proinde hoc non attento recta succeditur ab intestato.

Non ex officio pietatis] Καὶ αὐτῆς τῆς φύσεως σχεδὸν ἐξελθὼν ἀπᾶλεσε τὸν πατέρα, τὸ φιλόστοργον τὸ ἥμερον &c. *Ipsamque deserens naturam, exuit numen patris* &c. quod prope à furore abest.

TEXTUS.

Qui de inofficioso agunt.

1. *Non autem liberis tantum permissum est testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam liberorum parentibus. Soror autem & frater turpibus personis scriptis heredibus ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergo contra omnes heredes agere possunt. Ultra fratres igitur & sorores cognati nullo modo aut agere possunt aut agentes vincere.*

LL. 1. 2. *&* 3. *tit.* 8. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Qui liberi de inofficioso agere possint.*
2 *Cur placeat etiam parentibus querelam dari, & quibus quando detur.*
3 *Contra rationem juris tam veteris quam novi esse videri, quod statim post liberos ad querelam admittantur parentes; quam difficultatem pauci cernant.*
4 *An jure novissimo fratres una 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.*

1. *NOn autem liberis tantum*] Querela inofficiosi testamenti primo competit liberis; & merito, quoniam prima eorum causa est in successione ab intestato: utpote quibus ratio naturalis quasi lex quædam tacita parentum hereditatem addicit, vel-

velut ad debitam successionem eos vocando, *l. 7. de bon. damn.* daturque liberis omnibus cujuscumque sexus aut gradus sint, & tam emancipatis quam in potestate constitutis, *l. 7. hoc tit. l. 8. in pr. cont. tabb.* item qui numquam in potestate fuerunt, §. *ult. Inst. sup. de exher. lib.* tam adoptivis quam ex nuptiis quæsitis, servata tamen distinctione *l. pen. C. de adopt.* In impubere adrogato speciale est quod queri non potest, quia quartam habet ex constitutione D. Pii *l. 8. §. 15. hoc tit.* Datur & legitimatis per §. 2. *Inst. inf. de her. quæ ab int. Nov. 89.* Datur non tantum liberis jam natis verum etiam postumis, & tam alienis quam suis, *l. 6. in pr. eod. §. seq. huj. tit. in fin.* ubi plura. Illud pene supervacuum monere, querelam competere iis liberis dumtaxat qui jus succedendi habent; nam qui non habent, cum iis neque legitima debeatur, de inofficioso queri non possunt. Proinde liberi illegitimi, sive vulgo quæsiti, sive nati ex concubina patris testamentum inofficiosum non dicunt, de matris autem agere possunt, *l. 29. §. 1. eod.* Vid. Bart. Salic. Castr. in *l. pen. C. ad senat. Orfic.* Ex privilegio est, quod de inofficioso testamento militis nemo queri potest, *l. 8. §. 4. l. 27. §. 2. ff. eod. l. 9. l. 24. C. hoc tit.* Doctores plerique in *d. l. 9.* tradunt, hodie etiam militum testamenta querelæ esse obnoxia, & ita usu servari. Autumn. *ibid.*

1. *Liberorum parentibus*] Post liberos secundo loco querela datur parentibus. Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas propter votum parentum & naturalem erga filios charitatem; turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus quam liberis pie relinqui debet, ut bene & pie Papinianus in *l. 15. hoc tit.* Id autem hanc habet sententiam: etsi naturæ ordo parentumque affectio & votum hoc sit ut liberi supervivant & succedant parentibus, atque idcirco non sic parentibus, quos sola ratio miserationis admittit, liberorum debeatur hereditas, 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 contingat 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 hereditate excludantur. Ex quo porro intelligimus, contra officium pietatis facere liberos qui parentes suos sine causa exheredant aut prætereunt, atque ob eam causam parentibus quoque actionem de inofficioso dari. Datur autem parentibus itidem omnibus sive masculis sive feminis, *ll. 1. & 14. & seqq. ff. eod. l. 17. C. eod.* qui modo ad successionem liberorum vel legitimo jure vel honorario venturi fuissent: de quo statuendum ex iis quæ de liberis dicta sunt. Exheredati sint parentes an præteriti nihil interest; nam hæc in linea adscendentium & collateralium non differunt. Ceterum ut effectum habeat exheredatio aut præteritio, tutumque sit testamentum ab expugnatione, cum elogio hic quoque facienda est, & vel una saltem ex causis ob quas parentes exheredari aut præteriri permisit Justinianus testamento inserenda, *Nov. 115. cap. 4.* Causæ autem hujusmodi admissæ octo tantum, quæ ordine enumerantur *d. cap. 4. §. 1. & seqq.* nimirum pauciores hic causæ sunt quam in liberis, propterea quod parentibus multa conceduntur in liberos quæ à liberis in parentes commissa pœnam merentur.

3. Illud difficultate non caret quod parentes statim post liberos ad querelam admittimus, sive veteris juris rationem consideramus sive novi Justinianæi. Nam ante novellam Justiniani legem fratrum prior atque potior in querela quam parentum causa fuisse videtur, arg. *l. 4. C. de bon. quæ lib. l. 2. C. ad Tertyll. l. ult. C. comm. de succ. tit. Inst. sup. quib. non est perm. fac. testam. in pr. vers. si vero*: quibus locis ad successionem ab intestato demum post fratres patrem vocari legimus. Jam vero ratio juris postulat omnino, 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 casu successionis, eo majorem exheredatus aut præteritus patitur injuriam. Fac ergo, verbi causa, Titium cum patrem & fratrem haberet utroque præterito heredem instituisse in bonis castrensibus: quid tam absurdum est quam si dicamus patrem solum queri de inofficioso posse exclusoque fratre hereditatem consequi ad quam testamento non facto solus frater venisset excluso patre? *d. pr. vers. si vero sup. tit. quib. non est perm. fac. testam.* Ego non dubito quin à posterioribus Principibus istud constitutum sit, non animadvertentibus quæ inde consecutura esset veteris juris perturbatio. Nam si de jure quod in π. relatum est quæratur, filiusfam. heredem ab intestato habere non poterat,

rat, sed pater jure peculii bona quæ filii fuerant (alia autem quam castrensia & quasi castrensia non erant) occupabat, *l.* 2. *l.* 9. *de castr. pec.* Quod si filius de his bonis, quod ipsi permissum erat, testamentum fecisset id testamentum querelæ non erat obnoxium; atque id jus etiam Justinianus confirmavit *l. ult. C. hoc tit.* Ceterum sustulit *Nov.* 115. *cap.* 4. *in pr.* ut verba illa *in quibus habent testandi licentiam* manifeste ostendunt. In successione autem filii emancipati pater manumissor præferebatur defuncti fratribus, & omnino jure patris potior erat, ut mirum non sit in querela quoque fratribus prælatum fuisse: quæ omnia à me copiosius tractata sunt sub §. *ult. Inst. inf. de leg. agn. success.* Mater ex senatusconsulto Tertylliano ad legitimam hereditatem liberorum vocata fuit, ita tamen ut fratres consanguinei matrem excluderent, §. 3. *Inst. inf. de sen. Tertyll.* Unde sequi videtur eos etiam ad querelam ante matrem admissos fuisse. Nihil tamen definio.

4. Novissimo jure, postquam placuit fratres defuncti una cum parentibus admitti ad hereditatem, *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: quippe cum tunc ex sua persona frater querelam movere possit. Utut est, illud extra controversiam positum esse debet, victoriam parentum fratribus quoque prodesse, cum nulla sit ratio cur rescisso testamento & re ad causam intestati deducta fratres excludantur. Et ita quoque sentiunt Joann. Faber. Ang. Baro & Mynsing. *hic*, licet aliud Viglio & D. Tuldeno *ad tit. de hered. quæ ab int. cap.* 8. videatur, putantibus hoc pacto fraudem legi fieri, sed falso; cum maxime sit ex sententia legis ut fratres una 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.* 55. *de adquir. hered. l.* 10. §. *ult. cont. tabb. l.* 3. *in fin. quæ res pign. dar. l.* 10. *quemadm. serv. amitt. l.* 5. §. 2 *ad senat. Tertyll.* VINN. Nostris legibus sicut liberi parentibus, ita parentes liberis necessario succedunt; itaque querelâ inofficiosi non fratribus aut sororibus defuncti, sed sibi locum faciunt, *l.* 1. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* ADDIT.

Soror autem & frater] *L.* 1. *ff. hoc tit. l.* 21. *C. eod.* Fratres autem & sorores hic intelliguntur germani aut consanguinei sive ὁμοπάτριοι· nam uterini ab actione de inofficioso contra testamentum fratris aut sororis penitus arcentur, *l.* 27. *C. eod.*

5. Hodie vero cum 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.

6. *Turpibus personis*] *D. l.* 27. *C. hoc tit. l.* 3. *C. Theod. eod.* Itaque fratribus querela datur non simpliciter ut præteritis sed ut postpositis turpi personæ, atque adeo odio scripti heredis. Cum autem turpis persona definiatur à Constantino, *quæ vel turpitudinis vel infamiæ vel levis notæ macula aspergitur*, *d. l.* 27. quæsitum est de spuriis, num & illi talium personarum numero habendi. Spuriorum causam cum DD. comm. defendunt Gabriel Palaeot. *tract. de notbis spuriisq. lib. c.* 55. *& seq.* Hartm. Pistor. *lib.* 1. *quæst.* 30. *n.* 26. *& seq.* D. Tulden. *hic c.* 3. quia, ajunt, neque jure infames sunt, neque ipsi quidquam admiserunt quod existimationem eorum lædat apud bonos viros: *crimen autem paternum nullam maculam filio infligere posse*, *l.* 26. *de pœn. nativitatem quæ vitio aut culpæ verti nemini potest pœnæ esse non debere: undecumque homines nascuntur, si parentum vitia non sectentur, honestos esse.* Augustin. *cap. undecumque dist.* 56. Ceterum ut hæc vera sint, negari tamen non potest quin labes aliqua & macula spuriis adhereat, 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 vulgivaga 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 disserit vir doctissimus Arnisæus *lib.* 2. *de Repub. c.* 2. *sect.* 13. Illud equidem minime concedo quod Covar. 2. *de spons.* 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 rit. nupt.* utique manet

net 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 sæculi tribunalibus, *l. 65. de furt. l. 5. de vi bon. rapt.* Ut autem turpis persona instituta sit, non tamen statim frater ad querelam admittitur. Quid enim si ipse eadem turpitudine qua heres scriptus laboret? Nihil hic habet frater quod heredi objiciat, *arg. l. 11. C. hoc tit. l. 47. sol. matr.* Removet præterea fratrem & ingratitudo ex tribus causis expresis *Nov. 22. c. 47.* easque causas opponi ab herede & probari sufficit, etiamsi á testatore objectæ non fuerint. Nihil enim juri veteri in hoc derogatum est. Gudelin. *de jur. nov. lib. 2. c. 8.* VINN. Ast spurios tamen haud intelligi in *l. 27. C. hoc tit.* singulari dissertatione *de levis notæ macula* demonstrari à nobis meminimus. HEIN.

Ultra fratres & sorores &c.] Cognatos qui sunt ultra fratrem Ulpianus in *l. 1. hoc tit.* hortatur ne se sumtibus inanibus vexent, eo quod in lite de inofficioso obtinere spem non habeant. Ex quo explicandum est quod Justinianus hic simpliciter ait, eos nullo modo agere posse aut agentes vincere: item quod Dioclet. & Maxim. rescribunt in *l. 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. Plane enim si egerint & nemine forte eos repellente obtinuerint, testamentum jure rescissum manet, remque proximi ab intestato auferunt, *l. 6. §. 1. eod.* Similem superioribus quæstionem peperit constitutio Justiniani, *Nov. 118. cap. 3.* ubi cum fratribus defuncti ad successionem admittit fratrum demortuorum filios: de hac autem quæstione idem quod de præcedentibus judicium esto VINN. Est hoc ex jure novo invecto, ut videtur, postquam portio legitima invecta est. Jure enim antiquo & alios agnatos cognatosque remotiores, immo & amicos extraneos inofficiosi querelam instituisse clarissime patet ex Valer. Max. *lib. 7. cap. 6.* Conf. *Antiq. nostr. Rom. hoc tit. §. 7.* HEIN.

TEXTUS.

Qui alio jure veniunt de inofficioso non agunt.

2. *Tam autem naturales liberi quam secundum nostræ constitutionis divisionem adoptati, ita demum de inofficioso testamento agere possunt, si nullo alio jure ad defuncti bona venire possint. Nam qui ad hereditatem totam vel partem ejus alio jure veniunt de inofficioso agere non possunt. Postumi quoque qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.*

Vid. l. 6. tit. 8. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1. *Quam rationem habeat quod qui alio jure venire possunt ad querelam non admittantur.*
2. *Cur parenti manumissori querela detur, cum contra tabulas petere possit.*
3. *Quando postumis 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. *Inst. sup. de adopt.* §. 5. *Inst. sup. de exher. lib.* §. 1. *tit. præc.* §. 14. *Inst. inf. de her. quæ ab int.* Significat autem ex sua constitutione eos dumtaxat liberos à patre naturali in adoptionem datos queri de inofficioso patris testamento posse, qui dati sunt personæ non extraneæ, puta avo aut proavo materno. Illud sæpe monuimus, perpetuum esse in jure nostro, ut cum liberi naturales opponuntur liberis adoptivis per eos significentur liberi ex justis nuptiis procreati, *l. 1. §. 6. unde lib. l. 1. §. 2. de suis & legit. sup. tit. Inst. de adopt. in pr. §. 2. Inst. inf. de her. quæ ab int.* quamquam matris testamentum etiam naturales illegitimi, adeoque spurii inofficiosum dicunt, *l. 29. §. 1. hoc tit.*

1. *Qui ad hereditatem &c. alio jure veniunt de inofficioso agere non possunt*] Hoc credibile est introductum esse ut quoad fieri posset salvo jure exheredati aut præteriti existimationi testantium parceretur, quos querela dum quæsito colore cæcitatem mentis obtendit, revera nec humane nec pie fecisse

cisse arguit. Estque querela remedium extraordinarium ac subsidiarium ; cujusmodi concedi non solet ei qui communi & ordinario auxilio munitus est, *l. 16. de minorib.* Proinde qui testamentum nullum ruptum aut irritum dicere potest inofficiosum non dicet, nisi forte justa causa sit dubitandi an alio remedio æque cautum sit agenti ; tunc enim eligere licet, *l.* 8. §. 12. *hoc tit.* fac. *l.* 7. §. 3. *de dolo* ; & si quis exempli gratia nullum dixerit nec obtinuerit, non prohibetur postea de inofficioso queri, *l.* 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.* 23. *eodem.*

2. 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. vers. nam cum ultimum C. de lib. præt.* ἐσχάτη βοήθεια Theoph. Sed hic jam queret aliquis, cur igitur patri a filio emancipato præterito querela datur inofficiosi, cum *bonorum filii possessionem contra tabulas* petere possit? *tit. ff. si à paren. quis man.* In promtu responsio est, hanc bonorum possessionem non dari patri tamquam patri, sed tamquam manumissori & patrono ; nam emancipatus à parente in ea causa est ut in contra tabulas bonorum possessione liberti exitum patiatur, *l.* 1. *in pr. d. tit.* ut patronus igitur contra tabulas agit ; ut pater, querelâ inofficiosi. Et longe diversa est ista bonorum contra tabulas possessio ab ea à qua excluduntur exheredati, & similes exheredatis, præteriti, *l.* 8. *in pr. contr. tabb.* quæ ad parentes non pertinet, sed tantum ad liberos à patre præteritos & maxime emancipatos, *l.* 1. & passim *d. tit.* Considerandum quoque est, bonorum possessionem quæ ad exemplum patroni patri datur, non esse remedium ejusdem potestatis nec æque plenum ac querela ; cum querela totum testamentum rescindat, bonorum autem ista possessio constitutæ tantum partis plerumque detur, *l.* 3. *si á par. quis man.* Nocere autem parenti non debet, quod jura patronatus habeat, cum sit & pater, uti disputat Jurisconsultus *d. l.* 1. §. *ult. eod.* & translatitium apud nostros est, posse cum ordinario remedio concurrere extraordinarium, quoties hoc plenius est atque expeditius. Plane qui de inofficioso acturi erant accipiebant quidem etiam bonorum possessionem, sed eam quæ litis ordinandæ gratia querentibus erat necessaria, ut justo titulo niti & hereditatem petere viderentur, *l.* 6. §. *ult. l.* 7. *l.* 8. *in pr. hoc tit.* Ceterum ea bonorum possessio sine re & effectu erat ; neque enim ideo scriptis heredibus bonorum possessio auferebatur, *l.* 2. *C. eod.* cujus rei etiam supra meminimus ad §. *pr. hujus tit.*

3. *Postumi quoque qui nullo alio jure*] Constat jure veteri liberos omnes exheredatos pari hac in re conditione fuisse, ut nec jure civili nec prætorio testamenta parentum turbarent, unamque tantum illis superfuisse querelam inofficiosi testamenti, *l.* 8. *in pr. cont. tabb.* Idque ita erat, sive causæ ingratitudinis testamento adscriptæ essent sive non essent : sive constaret liberos ingratos non fuisse, sive constaret nec ingratos quidem esse potuisse ; ideoque in infante quoque exheredato valebat testamentum, necessariaque erat exheredato inofficiosi querela : quod jus à Justiniano quoque confirmatum, *l.* 33. §. 1. *C. hoc tit.* Postumo non tantum exheredato verum etiam præterito valebat ab initio testamentum ; sed præteritus alio jure veniebat, quia nativitate ejus rumpebatur testamentum ; exheredatus non rumpebat, sed ad rescindendum testamentum non ei minus quam ceteris liberis exheredatis querela opus erat. Hoc itidem jus confirmavit Justinianus *l.* 30. §. 1. *C. eod.* & *hoc nostro* §. Pro exheredatione reputamus etiam eam præteritionem quæ à matre aut avo materno facta est, § *ult. Inst. supr. de exher. lib.* Ceterum non perstitisse in eo jure Imperatorem ; totumque hoc abrogasse, *Nov.* 115. *c.* 3. plerisque interpretum nostrorum visum fuit, qui sic ratiocinantur : Si ex *dict. Nov.* testamentum ipso jure nullum est, cum liberi in quos cadere potest ingratitudo exheredati sunt sine expressione justæ causæ ingratitudinis : multo magis ubi nulla esse potest exheredationis causa, ut in infante & postumo, testamentum his exheredatis nullum erit, aut agnatione postumi rumpetur ; ac proinde cum alio jure ex *d. Nov.* veniant, ad querelam non debent admitti. Mihi vero contra videtur sententia ista constitutioni Justiniani plane adversari. Jubet quidem Justinianus liberos exheredari justis de causis, easque adscribi ; ceterum non ut testamentum ab initio constet, sed ut si contrà factum sit rescindatur, ne exheredatio noceat ; cavetque nominatim, ne noceat solis

liberis, non ut aliis ea possit : quod futurum est si testamentum non rescindi sed nullum esse dicimus. Quamobrem statuimus etiam post *d. Nov.* dummodo liberi, quicumque erunt, rite sint exheredati secundum formam juris veteris, quamvis nulla sit causa exheredationis aut non sit adscripta, jus antiquum manere, & querelam solam exheredatis dari, etiam postumis & infantibus. Pluribus argumentis quibus hæc sententia stabilitur usus sum ad *pr. hujus tit.*

TEXTUS.

De eo cui testator aliquid reliquit.

3. *Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus à testatoribus testamento relictum est. Quod nostra constitutio ad verecundiam naturæ introduxit. Sin vero quantacumque pars hereditatis vel res eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescent, id quod eis deest usque ad quartam legitimæ partis repleatur; licet non fuerit adjectum, boni viri arbitratu debere eam compleri.*

Vid. l. 5. tit. 8. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Jus vetus, & quatenus ab eo paulatim recessum constitutionibus Justiniani.*
2 *Actio portionis legitimæ, & an ea quoque ad parentes & fratres pertineat.*
3 *An ut augeri & minui legitima potest, ita & in totum tolli.*
4 *Si minus legitimâ relictum, qua actione quod deest petatur; & quibus rebus ea actio differat à querela inofficiosi.*

1. IN hoc loco explicando multum operæ Wesemb. posuit; alii, ut Vigl. Myns. Hotom. leviter tantum eum perstrinxerunt. Difficilem sane 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. Ceterum ut id ab expugnatione immune esset totam legitimam, id est quartam integram debitæ portionis ab intestato ex judicio defuncti eos habere voluerunt, sive in hereditate sive in legato aut fideicommisso, *l.* 8. §. 6. & §. 8. *hoc tit.* Si minus relictum esset querela iis non denegabatur, nisi judicium defuncti agnitione relicti aut quavis ratione comprobassent, *d. l.* 8. §. 10. *l.* 10. §. *ult. l.* 12. *l.* 22. *l. pen.* §. 3. & 4. *l. ult. eod.* Plane si expresse in hoc aliquid datum fuisset ut in quartam haberetur neque id quartam æquaret, boni viri arbitratu repleri poterat, *l.* 25. *eod.* Paulus quoque *lib.* 4. *sent.* 5. scribit, filium ex minore parte institutum, cui fratres coheredes dati sint, jure desiderare ut portio debita suppleatur citra inofficiosi querelam; unde simul apparet adjectis extraneis secutus fuisse. Fac. *l.* 3. *C. hoc tit.* Illud omnino certum est, quando testator nominatim cavisset, ut si minus relictum esset suppletio ad modum quartæ fieret, tunc cessante querela id ipsum boni viri arbitratu heredem supplere debuisse, *l.* 4. *C. Theod. eod.* Illud igitur hìc apprime notandum, olim ita jus fuisse, ut non tam ipsa exheredatio aut præteritio querelæ faceret locum, quam quartæ sive legitimæ portionis per exheredationem aut præteritionem ademtio : atque hinc evenisse, ut & is cui exheredato pars legitima relicta esset à querela repelleretur; & his qui ex minore parte quam quæ legitimam conficeret heres institutus esset datis coheredibus, admitteretur ad querelam, ut perspicue probat dict. locus Pauli, & Ulpiani quoque in *d. l.* 8. §. 9. quod quia in principio omissum est hìc annotare libuit. Videamus nunc quatenus Justinianus ab hoc jure recesserit ea constitutione cujus hìc meminit, & quæ extat in *l.* 30. *C. hoc tit.* Is vetera jura intacta servari expresse voluit, id est, querelam inofficiosi locum habere cum nihil exheredatis aut præteritis testamento relictum est, §. 1. *d. l.* 30. & *l. seq.* Ait si ei qui queri poterat aliquid relictum sit vel in hereditate vel in legato aut fideicommisso, id satis Imperatori visum est ad excludendam querelam confirmandumque testamentum; jubetque hoc casu id quod deest usque ad portionem legitimam suppleri, licet testamento adjectum non fuerit ut boni viri arbitratu suppleretur, *d. l.* 30. *in pr.* quod etiam repetit *l.* 31. & *aliquot seqq. C. eod.* & exprimit hoc §. Loquitur generaliter, profiteturque se hoc constituisse ut amputaret innumerabiles occasiones subvertendi ultimas hominum dispositiones, atque in eo respexisse ad verecundiam naturæ. Ac proinde Wesembecio assentiendum non est, qui arbitratur in una tantum specie, cum scilicet nominatim aliquid in quartam seu pro legitima relictum est, correctione constitutionis & suppletioni locum esse; sin autem simpliciter quid re-

relictum sit, queri etiamnum exheredatis licere, nec dict. 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 idcirco tamen impediretur actione expletoria id quod legitimæ deest persequi; nisi agnoscens adjecerit nullam sibi superesse de repletione quæstionem, *l.* 35. §. 2. & 3. *C. hoc tit.* Novissimo jure non tam debitæ portionis per exheredationem ademtio quam ipsa exheredatio per se querelam inducit: adeo ut quamvis quartam liberi & parentes habeant, si tamen immerenter reperiantur exheredati, conqueri non prohibeantur. *Nov.* 115. *cap.* 3. 4. & 5. De quo accuratius sub §. *ult. infr. hoc tit.*

Ad verecundiam naturæ] Ne scilicet temere 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 tamquam impia atque inhumana, quæsito colore ac prætextu furiosis, *d. l.* 30. *in pr. C. hoc tit.* Nam is cujus testamentum inofficiosum dicitur dementiæ videtur insimulari: ejus certe opinio læditur & pudor sugilatur. Plin. 5. *epist.* 1. Igitur post introductam actionem ad supplementum, neque institutis in parte aliqua hereditatis, neque iis quibus exheredatis per legatum aut fideicommissum aliquid relictum esset, quantumvis minus legitima portione, querela amplius competiit; sed iis solum quibus nihil omnino relictum erat neque in hereditate neque in re alia, *d. l.* 30. & *l. seq. C. eod.* Nemo vero putet, si testator filio quem in potestate habet aut habuit præterito, quartam partem, verbi causa, legaverit, prohiberi constitutione Justiniani testamentum nullum dicere, aut bonorum possessionem contra tabulas accipere; nam ad ea tantum patrum testamenta constitutio pertinet, quibus filii in potestate constituti aut emancipati legitime exheredati sunt, ut alio remedio attentari aut infirmari non possint quam subsidiario querelæ, §. 2. *præc.*

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. §. 11. *ff. hoc tit. l.* 5. *C. de inoff. don.* Græcis τὸ νόμιμον μέρος (*legitima pars*)

2. Atque adhuc hodie quarta passim appellatur, nimirum quia jure antiquo quarta pars fuit ejus quam dixi portionis, scilicet quæ ad eum qui queritur perventura fuisset si paterfam. intestatus decesisset, *l.* 8. §. 6. *eod.* Quo primum tempore aut qua lege modus hujus portionis sic definitus sit, non liquet. Justinianus 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.* Grass. §. *legitima quæst.* 9. & Magister apud Harmen. *lib.* 5. *tit.* 9. §. 14. Nonnulli etiam ad fratres totum incrementum proportionaliter porrigunt: quos sequitur Fachin. 4. *contr.* 28. quamquam neutrum horum aut inscriptioni tituli aut præfationi constitutionis aut rationi constituentis mentive convenit; neque temere admittenda videtur extensio, cum utique major sit ratio liberorum. Neque vero verbis generalibus quibus clauditur *cap.* 1. *dict. Nov.* 18. comprehenduntur parentes & fratres, sed diversæ liberorum personæ designantur, videlicet filii, nepotes, pronepotes, postumi omnes, tum in paterna tum in materna linea, adeoque in hac etiam liberi naturales, uti titulus aperte significat, & bene observavit Vandus *lib.* 1. *var. quæst.* 50. VINN. Jure Hispanorum legitima liberorum sunt omnia parentum bona, quinta eorum parte demta; legitima vero parentum sunt omnia liberorum bona, tertia eorum parte exemta, *l.* 12. *tit.* 6. & *l.* 1. *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* ADDIT.

3. Porro hæc constitutio Justiniani occasionem DD. dedit quærendi, utrum quemadmodum legitima augeri & minui lege civili potest, ita possit & in totum tolli. Vulgo sic censent, liberorum & parentum legitimam mutari tantum posse, tolli non item; fratrum posse & tolli, utunturque hoc argumento, quod liberis & parentibus legitima debeatur jure naturæ, fratribus ex sola dispositione juris civilis. Myns. 4. *obs.* 43. & 6. *obs.* 44. Gail. 2. *obs.* 122. Covar. in 4. *decretal. p.* 2. *cap.* 8. §. 6. *n.* 5. Grass. §. *legitima quæst.* 2. Chiflet. *de port. leg. cap.* 3. Schneid. *hic n.* 10. Sed primum insubtile est, quod quæstionem proponunt de ipsa legitima: siquidem quod legitima proprie & formaliter dicitur, nempe certa illa & definita quantitas, cum sit

ex jure civili, eodem jure quoque tolli potest, id est, sanciri ut nomine legitimæ non amplius talis portio sed alia veniat; ideoque potius de jure succedendi in universum quærendum fuerat. Quod etiam ipsos sensisse existimo, sive quod res ipsa ostendit, cum 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 male in 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: primo, an effici possit ut non succedant omnino, id est, etsi quis ex his personis intestatus decesserit: secundo, an posito quod ab intestato succedant à successione ista excludi possint per exheredationem aut præteritionem. In utroque autem alia liberorum, alia parentum & fratrum ratio est. Et ad primum quod attinet, perspicue palam est liberis naturæ lege parentum deberi hereditatem. *Ratio naturalis*, inquit Paulus Jurisconsultus, *quasi lex quædam tacita liberis parentum hereditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando*, *l.* 7. *de bon. damnat.* Cui simile est quod Plutarchus in libello elegantissimo de *prolis amore* scriptum reliquit, liberos hereditatem ut sibi debitam, ὡς ὀφείλημα, expectare. *Sanguini honorem reliquit*, ait Val. Maxim. de Q. Hortensio, qui filiam sibi minus probatam heredem scripserat, *lib.* 5. *cap.* 9. Papinianus in *l.* 7. *in fin. unde lib.* scribit, liberis parentum hereditatem deberi *propter naturæ simul & parentum commune votum*: id est, liberos sequi hereditatem partim ob præcisum debitum naturale, partim ex conjectura naturali, qua parentes creduntur id velle ut liberis quam optime prospectum sit: nimirum creduntur parentes liberis, ut corporis sui partibus, non tantum de necessariis sed & de his quæ ad vitam suavius honestiusque transigendam pertinent quam uberrime voluisse prospectum. Quæ cum ita sint, lex civilis efficere non potest ut liberi in totum & simpliciter à successione parentum excludantur. Ceterum non est iniquum ut hìc tribuatur aliquid rationi civili & studio familiarum conservandarum, ac propterea alii aliis potiore conditione in successione censeantur, & masculi feminis, agnati liberis emancipatis, & liberis in successione matris anteponantur, dum ne liberi fraudentur necessariis alimentis quæ præcisse naturâ debentur. Parentes vero, quos ad bona liberorum non naturæ & liberorum commune votum sed sola ratio miserationis admittit, *d. l.* 7. *in fin. unde lib. l.* 15. *in pr. de inoff. test.* facilius excludi possunt. Nam & ante senatusconsultum Tertyllianum mater non admittebatur, & post id senatusconsultum eam excludebant fratres consanguinei, & parentibus omnibus aliquando fratres prælati, non consanguinei tantum, verum etiam uterini, *l.* 4. *C. de bon. quæ lib. l.* 2. *C. ad senat. Tertyll.* & apud nos in parte Hollandiæ australi altero parente mortuo parens superstes excluditur à successione liberorum à cognatis per defunctum parentem, juxta illud quod vulgo dici solet, *Paterna paternis, materna maternis.* Similiter & fratres removeri à successione possunt admissis aliis, sicut pater olim non tantum ut manumissor, sed etiam ut pater in successione filii emancipati fratribus prælatus fuit, qua de re uberius agemus *inf. lib.* 3. *Inst. tit.* 1. *&* 3. *seqq.* De altero sic censeo, posse tale jus constitui ut parentes & fratres quamvis ad successionem ab intestato vocentur, impune præteriri aut summoveri possint; neque necesse esse his aliquid pro legitima aut in alimenta relinquere, nisi lex aliqua humana id jubeat: quippe cum hæc non sic parentibus & fratribus uti liberis debeantur; sed tantum ratione officii & commendatione pietatis. Neque verum est quod post DD. vulgo Myns. 6. *obs.* 44. asserit, parentum legitimam ita causam habere radicatam in jure naturali ut lege humana tolli nequeat. Liberorum vero 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 præcisse ratione alimentorum eos vocat, arg. *d. l.* 7. *de bon. damn.* junct. *l.* 6. *de just. & jur.* add. Owald. Hillig. in *lib.* 19. *comm.* Don. *cap.* 4. & ibi allegat. Paul. Bus. ad *l.* 8. §. *si quis mortis n.* 11. *& seq. hoc tit.* Grot. 2. *de jur. bell. & pac. cap.* 7. *n.* 4. *& seq.*

4. *Repleatur*] Qua vero actione repletio ejus quod deest petetur, utrum actione ex testamento, an qua alia, puta petitione hereditatis aut judicio familiæ erciscundæ, aut potius condictione ex lege Justiniani? Et si quidem filium ponimus exheredatum adscripto legato, certum est actionem familiæ erciscundæ aut petitionem hereditatis hìc competere

petere non posse. Probabiliter autem defendi potest agi posse ex testamento, & quod deest tamquam legatum peti, maxime si testator id suppleri jusserit; quamquam etsi nihil dixerit idem probari potest, quasi id potius voluerit quam testamentum rescindi. At si institutus sit filius, quod ad excludendam querelam hodie necessarium esse docebimus §. *ult. infr. hoc tit.* hìc si ex parte aliqua hereditatis institutus sit, poterit & petitione hereditatis & judicio familiæ erciscundæ nomine supplementi experiri, quia scilicet pro parte heres est; sin institutus sit in re certa, quod eodem loco ostendemus nunc sufficere ad excludendam querelam, hìc non videtur locus esse judicio petitionis hereditatis aut familiæ erciscundæ, sed tantum actioni ex testamento; quoniam qui certæ rei heres scriptus est dato coherede, legatarii loco habetur, *l.* 13. *C. de her. inst.* Ceterum dubitationis omnis tollendæ causa tutius fortassis erit admittere condictionem ex lege: quod etiam crebrius placuit. Vulgo condictionem hanc actionem ad supplementum vocant, notantque triplicem inter eam & querelam de inofficioso differentiam. Prima est, quod querela taciturnitate quinquennii ab adita hereditate computandi extinguitur, *l.* 8. §. *ult. & l.* 9. *ff. hoc tit. ll.* 16. 34. *& pen.* §. 2. *C. eod.* hæc actio sive condictio ex lege ut favorabilis perpetua est, id est durat annos triginta, qui terminus est actionum omnium in personam, *l.* 3. *C. de præscr.* 30. *ann.* Altera, quod querela (quippe quæ instar est actionis injuriarum, *l.* 8. *in pr. hoc tit.*) excepto casu *d. l.* 34. *C. eod.* in heredem non transmittitur nisi præparata; actio hæc etiam non præparata transeat. Tertia, quod qui agnoscit quod sibi testamento relictum est querelæ renuntiasse intelligitur, *l.* 10. §. 1. *l.* 12. *in princ. eod.* non autem huic actioni ad supplementum, *l.* 35. §. 2. *C. eod.* Primam differentiam non admisit Bartolus, sed reliqui omnes admiserunt, testibus Vigl. Myns. & Wesemb. *hìc.* Gail. *lib.* 2. *obs.* 120.

TEXTUS.

Si tutor cui nihil à patre relictum pupilli nomine legatum acceperit.

4. *Si tutor nomine pupilli cujus tutelam gerebat ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relictum á patre suo: nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.*

L. 13. *tit.* 7. *& l.* 6. *tit.* 8. *Part.* 6.

TEXTUS.

Si de inofficioso nomine pupilli agens succubuerit.

5. *Sed si è contrario pupilli nomine cui nihil relictum fuerat de inofficioso egerit & superatus est, ipse tutor quod sibi in testamento eodem legatum relictum est non amittit.*

Vid. l. 5. *tit.* 8. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Effecta agnitionis & oppugnationis judicii defuncti.*

2 *Hæc effecta ad eos non pertinent qui ex necessitate officii alieno nomine agnoscunt aut impugnant.*

3 *Collatio juris veteris & novi, atque in hac parte differentia.*

1. QUi judicium defuncti agnoscit, puta quod sibi datum est percipiendo, hoc ipso testamentum comprobare intelligitur & querelæ renuntiare, *l.* 8. §. 10. *l.* 10. §. 1. *l.* 12. *l.* 23. §. 1. *l. pen.* §. 3. & 4. *l. ult. ff. hoc tit. l.* 8. §. 1. *C. eod. l.* 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. l.* 8. §. 14. Nec interest utrum quis nomine proprio judicium agnoverit inofficiosumve dixerit an alieno, dummodo id fecerit sponte nec ulla necessitate officii cogente, veluti si advocationem præbuerit, *d. l. ult. in pr.* Cui non obstat, quod filius patroni qui advocationem accusatori liberti præstitit non repellitur à bonorum possessione liberti, *l.* 14. §. 9. *de bon. libert.* nam jus bonorum possessionis liberti quod patrono & liberis ejus ex edicto competit, non aliter patronis aut liberi ejus amittunt quam si ipsi libertum accusaverint. Quod intelligitur ex ratione qua Jurisconsultus dicto loco utitur; *neque enim*, inquit, *advocatus accusat.* Legatum vero amittit advocatus exheredati, non quia accusare testamentum intelligitur, sed quia accusationem operâ juvando intelligitur

im-

improbare judicium defuncti; quod satis esse visum est ad amisionem legati advocato relicti ab eo quem furiosis arguit. Cur vero non similiter placeat, eum qui legatum accepit non admitti ad arguendum testamentum falsum aut non jure factum, & qui non jure factum contendit nec obtinuit non repellatur ab eo quod meruit, *l. 5. in pr. & §. 1. de his quæ ut indign.* Hanc rationem reddit Papinianus *l. 24. eod. tit.* quoniam qui testamentum jure factum negat de jure disputat, non impugnat aut accussat judicium. VINN. Sed hæc recte intelligenda: *Qui testamentum jure factum negat de jure disputat*, an scilicet ea sint observata solemnia quæ jus exigit; *non autem impugnat judicium* eo colore quod testator fuerit emotæ mentis, adeoque nec ulla injuria adficit defunctum quemadmodum ille qui inofficiosi instituit querelam. HEIN.

2. Quod si quis ex necessitate officii ea 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 juvare tenentur; ac proinde etiam ad advocatum cui clientis causam agere publice impositum, arg. *d. l. 5. §. 23. de his quæ ut indign.* Sive igitur tutor, cum ipse exheredatus esset à patre, legatum petierit aut perceperit ex testamento nomine pupilli cujus tutelam gerit, sive è contrario pupilli exheredati 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, *l. 30. §. 1. hoc tit. l. 22. de his quæ ut indign.* Similis priori casus est in *l. 26. C. de adm. tut.*

3. Porro autem quod ante diximus, agnitionis judicii defuncti hanc vim esse ut querela amittatur, hoc etiam pertinet ad petitionem reliqui. Sed tenor juris antiqui novis subinde constitutionibus mutatus est: quod miror neminem Interpretum hoc loco annotasse. Olim quacumque in re judicio defuncti agnitio & querela amittebatur & jus petendi reliqui, non solum in heredis institutione, sed etiam in legato; sive id tamquam sibi legatum exheredatus peteret, sive relictum alii illius nomine peteret defenderetve, sive relictum à legatario acciperet, aut etiam aliquid caperet mortis causa; nec referebat per se caperet an per alium, per textus supra allegatos. Constitutionibus Justiniani nihil quidem mutatum in institutione heredis, sed si is qui queri potest heredem scriptum pro herede agnoverit, puta res hereditarias ab herede emendo conducendove, aut solvendo quod defuncto debuit; cujus generis item est si quid conditionis implendæ causa ab herede acceperit (quibus omnibus factis heres scriptus pro herede agnoscitur, *l. 8. §. 10. l. 23. hoc tit.*); querelam & jus petendi quod sibi relictum aut quod reliquum est perinde amittit ut jure antiquo. In legato vero prioribus Justiniani constitutionibus jus vetus hactenus immutatum, ut quicumque alias queri potuissent, hoc ipso excludantur quod legatum illis relictum sit, quamvis illud non agnoverint; ceterum accepto eo quod relictum est, ad supplementum ejus quod legitimæ deest agere possunt, *l. 30. cum seqq. C. 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 is titulo institutionis relictum esset, salva tamen si quid debitæ portioni deesset actione ad suplementum, *Nov. 115. cap. 5.* D. 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 legitimâ 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 tantum 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, *l. 35. §. pen. & ult. C. 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, *l. 10. in fin. ff. hoc. tit* junct. *l. 32. C. eod.* Quod si quis in eo quod alteri relictum erat voluntate defuncti approbasset, puta advocationem præstando aut aliis modis, placebat olim cessare querelam, quasi judicio defuncti etiam in institutione comprobato: quippe qua sublata, ut tunc jus erat, ce-

te-

tera quoque corruebant, *l. pen.* §. 3. *l. ult. in pr.* & §. 1. *hoc tit.* junct. *l. 9. ff. de test. tut. l.* 14. *C. de fideicomm.* Verum commutata est ratio juris posteaquam placuit rescisso quoad institutionem testamento legata posse consistere, *auth. ex causa C. de lib. præt.* Hoc enim jure posito dicendum omnino videtur sola legati quod alii relictum est agnitione non comprobari institutionem heredis, arg. *l.* 10. *C. de prob.* ac proinde non prohiberi eum qui in alieno legato judicium agnovit de inofficioso suo nomine queri, ut bene disputat Don. 19. *comm.* 6.

TEXTUS.

De quarta legitimæ partis.

6. *Igitur quartam quis debet habere ut de inofficioso agere non possit, sive jure hereditario 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 unus 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.*

COMMENTARIUS.

1. *Refellitur insignis quorumdam error.*
2. *Jure π̃. & Cod. querelæ locum non patuisse legitimâ quocumque titulo relicta.*
3. *Jus novum á veteri discrepare in casu quo quid inter vivos donatum est ea contemplatione ut in quartam habeatur.*
4. *Jure novissimo legitimam titulo institutionis relinquendam; & quomodo hoc accipiendum.*
5. *Quid intersit titulo institutionis legitima relinquatur, an quo alio.*

1. INtolerabilis eorum error est qui ex hoc §. colligunt filium etiam non legitime exheredatum, modo ei quocumque titulo legitima relicta esset, jure antiquo queri debuisse de inofficioso, nec alio jure ad bona patris venire potuisse. Quid enim certius quam præterito filio qui erat in potestate testamentum ipso jure nullum fuisse; emancipato præterito datam bonorum possessionem contra tabulas? Nec eo minus pro præterito habebatur, testamentumve nullum erat aut per bonorum possessionem everti poterat, quod quarta debitæ portionis aut etiam multo amplius præterito legatum fuerat. Nam utrum filium præteritus esset necne, non ex legati datione sed ex institutione aut exheredatione æstimabatur, omnesque præteriti censebantur qui neque heredes instituti erant neque ut oportet exheredati, §. 12. *Inst. inf. de her. quæ ab int.* Itaque quod Ulp. ait in *l.* 8. §. 6. *hoc tit.* secure eum testari qui mortis causa filio quartam donavit, non sic accipiendum est, posse patrem isto casu secure filium præterire, sed posse secure exheredare, hoc effectu ut & testamentum jure consistat nec per querelam rescindatur. Atque ex hoc jure nihil mutavit Justinianus; tota enim hæc disputatio, ut apparet, pertinet ad liberos quibus jure civili & prætorio à patris hereditate exclusis unicum remedium superest, querela inofficiosi; ac proinde non ad alios, respectu patris, quam qui legitime exheredati sunt; matris enim & per matrem adscendentium præteritio pro exheredatione reputatur, ut sæpe dictum est.

2. *Sive jure hereditario sive jure legati &c.*] In explicatione hujus tituli excusata esse debet ejusdem rei inculcatio. Jure veteri liberis exheredatis aut præteritis non tam ideo querela dabatur quia exheredati aut præteriti erant, quam quod per præteritionem aut exheredationem privati quarta seu legitima portione. Eâ autem relicta, ut nulla amplius consebatur iniquitas, ita cessabat querela, manebat efficax exheredatio & firmum testamentum. Cui erat consequens ut querela excluderetur, non tantum si quarta relicta foret titulo hereditario, sed etiam si titulo legati aut fideicommissi. Et quia mortis causa donationes legatorum instar obtinent, *l.* 17. *in fin. de mort. cau. don. sup. tit. Inst. de donat.* §. 1. placebat etiam, si quis ei qui queri poterat quartam mortis causa dedisset, eum secure testari, *d. l.* 8. §. 6. quod jus in Codice suo, item *Nov.* 18. *c.* 1. unde *auth. novissima C. hoc tit.* Justinianus integrum reliquit; novissime vero ab eo recessit *Nov.* 115. *cap.* 3. & 4. Ceterum de eo plura inferius.

3. *Vel inter vivos iis tantummodo casibus &c.*] Si quid inter vivos simpliciter donatum fuerat, etiamsi quartam adæquaret, per hoc non excludebatur querela; contra vero si hac con-

tem-

templatione datum erat, ut in quartam haberetur, *l.* 25. *hoc tit.* Hoc abrogavit Justinianus ea constitutione cujus hìc meminit, nimirum *l.* 35. §. 2. *C. eod.* Sanxit enim, ut si quid liberis à patre inter vivos donatum sit, etsi ea lege ut hoc in quartam reputent, atque adeo ut renuntient querelæ, & renuntiaverint, nisi tamen patris judicium post mortem ejus agnoverint, aut cum scriptis heredibus transegerint, manere nihilominus jus integrum testamentum patris arguendi, nec pactum cum patre factum nocere liberis, qui ex sententia Papiniani meritis magis ad obsequia paterna provocandi quam pactionibus adstringendi sunt. D. Cujacius putat, intelligi *l. pen.* §. 1. *C. de collat.* ubi Justinianus sancit ut duobus casibus donatio simplex in collationem veniat, si ea lege à patre facta sit ut conferatur; si facta sit in compensationem dotis aut donationis propter nuptias quam unus è liberis accepit: ex quo colligit Cujacius donationem inter vivos duobus istis casibus in quartam imputari. Sed vitiosa omnino est hæc collectio, atque è diametro pugnat cum *d. l.* 35. §. 1. *C. hoc tit.* Ac tametsi verum est omnia quæ in quartam imputantur in collationem venire; non idcirco tamen è converso quæcumque veniunt in collationem computantur in quartam: quod perspicue ostendit *d. l. pen. in pr. C. de collat.* ut adeo eâdem lege quam Cujacius adducit refellatur ipsius collectio. Et nimirum collatio facilius admissa est ut æqualitas inter liberos in successione ab intestato servaretur, quam filii exheredati exclusio à querela: quem ob casum Justinianus expresse 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.* 35. §. 1. & 2. *C. hoc tit.*

Vel aliis modis qui in nostris constitutionibus] Hæ constitutiones fortassis priori Codici insertæ fuerunt; in posteriore enim, quem solum habemus, nulla Justiniani reperitur constitutio quæ huc pertineat; nisi dicimus, verbum *nostris* irreptitium esse & delendum. Sane Cujac. & Hotom. id non agnoscunt, & à plurimis liberis abesse testatur Pacius. Fac igitur hìc ita scriptum esse, *aliis modis qui constitutionibus continentur*. Quinam ergo 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 cum Leo conferri à liberis jussisset, *l.* 17. *C. de collat.* utramque etiam in quartam imputari præcepit Zeno, *l.* 29. *C. hoc tit.*

4. Novissimo jure, ut supra memini, tota hæc ratio mutata est. Nam ex *Nov.* 115. *cap.* 3. & 4. non sufficit ad excludendos à 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 heredis, ut jam non tam quæratur an legitimam habeant quam an instituti sint aut juste à successione summoti. Patet hoc primum ex *d. Nov. cap.* 3. ubi Justinianus expressissimis verbis sancit, non licere penitus parentibus liberos suos præterire vel exheredes 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 exheredationis & præteritionis auferat. Atqui non aufertur ista injuria, sed manet adhuc si adhuc liceat immerentes liberos & parentes exheredare aut præterire, etiamsi eis legitima titulo aliquo particulari relinquatur. Tunc solum nulla injuria manet, si aut instituantur aut meritis de causis exheredentur: unde DD. vulgo ajunt legitimam hodie titulo institutionis esse relinquendam, Clar. §. *testamentum quæst.* 38. Grass. §. *legitima quæst.* 32. At enimvero necesse non est ut institutio fiat in universa legitima, sed sufficit vel in particula aliqua assis, vel etiam ex rebus certis heredes 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 secundum priores Justiniani constitutiones, *d. cap.* 5. *Nov.* 115. *l.* 30. *cum seqq. C. hoc tit.* cum contrà jure veteri etiam institutus queri non prohiberetur si ex institutione totam legitimam non obtineret, ut supra notatum ad §. 3. At, inquies, hoc posito aberravit Justinianus à scopo suo. Nam ex vera ratione juris atque ipsius etiam constitutione Justiniani, qui certæ rei heres institutus est datis aliis coheredibus, aut qui simpliciter institutus jussus est certis rebus deductis hereditatem restituere, non heredis sed legatarii loco habetur, nullasque actiones hereditarias aut exercet aut excipit, *l.* 13. *C. de her. inst.* §. 9. *Inst. inf. de fideic. her.* Jam

vero

vero si nihil refert legatum alicui detur an in re certa heres instituatur addito vero herede, nec magis hoc quam illo modo fiat ut heres sit, frustra Justinianus fuit existimans injuriam præteritionis aut exheredationis tolli, si modo heres quis nuncupetur vel ex re certa, vel simpliciter & certis rebus deductis rogetur hereditatem restituere. Nam si heres non fit, si nihil amplius ea res efficit quam si legatum accepisset, certe pro præterito habendus erit, quomodo ratiocinatur & Glossa in *l. 29. ad Treb.*

5. 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 revera splendidiore ac lautiore titulo officiosos liberos ac parentes decorari volumus, constitui ut saltem in parte aliqua assis hereditarii licet minima, vel utique in ipsa legitima, quam pro triente semisse aut quadrante nihil accipi vetat, heredes instituantur. Sed tamen Justinianus hoc non exigit, cui visum est satis tolli injuriam præteritionis per solam heredis 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. Jas. & DD. in *l.* 13. *C. de her. inst.* eum qui in re certa institutus est, mixtæ cujusdam conditionis & naturæ esse, mediæque inter heredem & legatarium: unde & heredis nomen retineat, & rem in qua institutus est propria auctoritate apprehendere possit; quodque præcipuum est, jus etiam accrescendi habeat, hoc est, deficiente coherede simpliciter instituto ipse universam hereditatem solus consequatur, perinde ac si ab initio solus ex re certa institutus esset; licet aliud videatur Ant. Fab. *dec.* 15. *err.* 5. D. Corn. Swanenb. *tract. de jur. accr. cap.* 8. Bartolus *d. loc.* ait, in re certa institutum rei istius respectu pro legatario censeri; respectu personæ ipsius pro herede: quod satis Justiniano visum ad eum excludendum à querela. Vide Sichard. *d. loc. n.* 3. Gudel. *lib.* 2. *de jur. noviss. cap.* 7. Grass. §. *hereditas quæst.* 8. *n.* 3. Decker. *lib.* 1. *diss.* 8. *n.* 21. Christin. *vol.* 4. *decis.* 11. *n.* 5. & *vol.* 2. *decis.* 170. Bachov. *vol.* 2. *disp.* 12. *thes.* 1.

Ut 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 porro; ut virilis singulorum portio sit quarta ejus partis quam ab intestato habituri essent, *l.* 8. §. 6. & §. 8. *hoc tit.* Jure 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 vero plures sint liberi quam quatuor, semis singulis relinquendus, id est, dimidia ejus partis quæ jure legitimæ successionis debetur. Quare si verbi causa sex erunt liberi, legitima singulorum erit uncia. VINN. *Leg.* 5. *tit.* 8. *Part.* 6. etiam cavetur ut legitima relinquenda sit titulo institutionis. Sed quod ad hanc rem pertinet, leges Partt. è jure civili, maxime ex Novellis Justiniani depromptæ, magna ex parte derogatæ sunt recentioribus nostrorum Principum constitutionibus, præcipue vero legibus in Comitiis Taurinis latis. Nam (1) legitima filiorum sunt omnia parentum bona, quinta eorum demta parte, de qua parens libere disponere potest etiam inter extraneos, *l.* 12. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.* de residuis vero tertia pars arbitrio parentis permittitur, ut de ea disponere possit inter liberos alteri eorum prælegando; & etiam onus restitutionis imponere, modo id fiat in favorem aliorum liberorum aut descendentium, & his deficientibus ascendentium, hisque etiam deficientibus collateralium, in omnium vero defectu extraneorum. Qui ordo præscribitur *l.* 11. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.* (2) Prælegatum sive melioratio tertiæ partis bonorum, quam nos *mejora del tercio* appellamus, licet testamentum irritum fiat ex causa præteritionis aut exheredationis, firma manet, *l.* 8. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.* ex qua lege juncta *l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* deduces hodie testamento rupto aut infirmato solùm legitimam filium exheredatum aut præteritum adipisci, cetera firma manere, ut in exheredatione præcepit Justinianus *Novell.* 118. (3) Legitima parentum in hereditate liberorum modo hi filios nec descendentes non habeant, sunt omnia liberorum bona, tertia eorum demta parte, de qua libera dispositio liberis relinquitur. Igitur parentes non jure aut injuste exheredati suam legitimam assequentur, cetera firma manebunt; ne melioris conditionis ascendentes sint quam descendentes: hæc ex prædictis legibus prono alveo fluunt, quæ si Interpp. nostri animadvertissent, non tot difficultatibus & captionibus ex jure civili depromtis suos commentarios onerassent; quum ad has potissimum resecandas Taurinæ leges latæ sint. ADDIT.

TITULUS XIX.

DE HEREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

Dig. lib. 29. tit. 2. Cod. lib. 6. tit. 30. & 31. Et ll. 21. 23. & 24. tit. 3. Part. 6.

Continuatio & argumentum tituli.

SI testamentum ab initio recte factum fuerit neque postea infirmatum, secundum ea quæ superioribus titulis exposita sunt, incipit post mortem testatoris deferri testamento hereditas, ut jam ad adquisitionem ejus nihil supersit præter susceptionem, quæ ex duabus partibus quibus adquisitionem hereditatis constare diximus sub §. *ult. Inst. sup. per quas pers. cuiq. adq.* altera est. Quamvis autem eadem sit ratio adquirendæ hereditatis ab intestato delatæ atque ex testamento; tamen cum disseruisset Imperator de deferenda hereditate ex testamento, partem alteram quæ est de delata adquirenda divellere noluit, licetque hinc petere quod illò pertinet. Sunt autem duo hujus tituli capita quorum alterum inscriptio indicat, alterum est de adquirenda vel omittenda hereditate. Posterioris cognitio à priori dependet. Nam cum varia sit hereditatis adquisitio, eam varietatem efficit diversa qualitas & conditio heredum. Quamobrem recte primum indicantur genera & differentiæ heredum, deinde demum disputatur de adquirenda vel omittenda hereditate.

TEXTUS.

Divisio heredum.

Heredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui & necessarii, aut extranei.

L. 21. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *In his regionibus heredes omnes esse voluntarios.*

TRimembris hæc heredum divisio ex duabus bimembribus conflata est more nostris usitato. Sic autem revocabitur ut dicamus heredum alios esse necessarios, alios voluntarios; & illorum alios necessarios simpliciter, alios necessarios & suos. Rectius vero necessariis heredibus opponimus voluntarios quam extraneos, arg. *l. 12. de cond. inst. l. 15. & seq. de adq. her. l. 3. §. 3. de her. inst.* quippe extranei ad distinctionem suorum magis dicuntur, non considerata in eis necessitate, *l. 49. §. 1. de her. inst. l. 6. in pr. de injust. rupt. l. 6. de vent. in poss. mitt. §. 7. Inst. infr. de her. quæ ab int. §. 26. tit. seq.* Est autem hæc distributio ex jure civili: nam prætor suos heredes ex necessariis vi ipsa fecit voluntarios dato beneficio abstinendi, §. 2. *inf. in fin.*

1. In hisce regionibus præter voluntarios heredes alios nullos agnoscimus: non necessarios, quia neque servos habemus, nec habemus filios cum servili illa qualitate: quippe quæ effectus est veteris illius juris patrii dominico similis, apud nos, ut sæpe dictum est, incogniti. Non suos, quia sine fictione dominii rerum paternarum ejusque post mortem patris continuatione in persona filii suitas intelligi non potest: cujusmodi Romani juris subtilitates nostræ gentis simplicitas respuit. VINN.

Consulto servavi quæ de moribus suæ gentis Vinnius noster tradit, ut acutiores videant an eadem de nostris moribus dicenda sint. Etenim hodie servos heredes non institui, unde nec necessarios, quotidianus usus demonstrat. Præterea infamia ex auctione bonorum, quam Romani etiam post mortem metuebant, hodie nulla inuritur; quare nihil opus est heredes necessarios nunc institui, qui sive velint sive nolint hereditatem adire cogantur. De suis heredibus major potest esse dubitatio, propterea quod Interpp. nostri ut sunt juris civilis amantissimi, hisce juris Romani distinctionibus suas lucubrationes consarcinarunt. Sed neque hos hodiernam praxim agnoscere probabilius videtur; tum quia emancipati idem prorsus jus habent ad hereditatem patris ac in potestate retenti; tum etiam

etiam quum *l.* 1, *tit.* 8. *lib.* 5. *Recop.* parentes, asseratur, esse legitimos heredes liberorum, uti sunt liberi parentum; parentes autem esse suos liberorum heredes nemo dixerit. Hæc tamen in medio relinquimus, tum ob dissentientium auctoritatem, tum ob Partt. leges quæ juri civili sunt conformes. ADDIT.

TEXTUS.

De heredibus necessariis.

1. *Necessarius heres est servus heres institutus; ideoque sic appellatur, quia sive velit sive nolit omnino post mortem testatoris protinus liber & necessarius heres fit. Unde qui facultates suas suspectas habent solent servum suum primo aut secundo aut etiam ulteriore gradu heredem instituere; ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus heredis bona quam ipsius testatoris á creditoribus possideantur vel distrahantur vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstatur, ut ea quæ post mortem patroni sui sibi adquisierit ipsi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant creditoribus, iterum tamen ex ea causa res ejus quas sibi adquisierit non venеunt.*

L. 21. *tit.* 3. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

Necessarius heres est servus &c.] Necessitatis hujus causa est dominica potestas. Cur enim non liceret heredem necessarium facere quem licebat occidere? arg. *l.* 11. *de lib. & post.* 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 & heredem necessarium esse voluit, *l. pen. C. de nec. serv. her. inst.* §. 2. *Inst. sup. qui & ex quib. caus. man.* & *sup. tit. Inst. de her. inst. in pr.* Absolute igitur necessarius heres est servus à domino heres institutus; sed scilicet, si in eadem causa manserit. Nam si à vivo testatore manumissus fuerit, sua voluntate heres fit; si alienatus, novum dominum adeundo heredem facit, §. 1. *Inst. sup. de her. inst.*

Sive velit sive nolit omnino post mortem testatoris protinus] Hæc verba textus evidentissime ostendunt non ideo servum heredem dici necessarium quod nolenti imponitur necessitas adeundi; sed quia protinus, id est, statim à morte testatoris heres fit, solaque juris potestate citra ullam aditionem creditoribus hereditariis obligetur, perinde ut sui heredes & necessarii. Unde & si furiosus sit necessarius domino heres existit, *l.* 63. *de adq. her.* Et vel hoc solum quod abstinendi facultas ei denegatur, *l.* 57. *in fin. d. tit.* certum argumentum est ipso jure eum heredem fieri. Cui jam consequens, statim quoque eum & simul liberum fieri: quod significat Jurisconsultus in *l.* 6. §. *ult. de her. inst.* cum ait, servum heredem institutum à semetipso libertatem accipere; idemque traditur in *l.* 58. *de adq. her.* Perspicuus ergo Giphanii error est qui scribit ante aditionem neque liberum fieri neque heredem. Et vero hoc ita constitui necesse fuit, ut invitus obligaretur creditoribus hereditariis: siquidem ut quis præcise adeat hereditatem cogi non potest, ne servus quidem á domino, *l.* 3. *C. de her. inst.* Observandum autem est, eum demum servum necessarium heredem fieri cui non aliunde debetur libertas. Nam si quis eum quem ex fideicommisso manumittere debebat, testamento suo liberum & heredem esse jusserit, placet hunc necessarium heredem non esse: quia libertatem non tam beneficio testatoris quam alieno & debitam sibi accepit, *l.* 84. *de her. 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 heredis necessarii 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 hereditatis conjuncto cum beneficio manumissionis æquo animo aspersionem hujus notæ ferre convenit, uti supra quoque notatum est sub §. 1. *Inst. qui & ex quib. caus. man.*

Hoc commodum præstatur] Μισθὸς τῆς τοιαύτης ὕβρεως (*merces ejusmodi injuriæ*) Theoph. Duriusculum enim fuisset, ut si quid post mortem testatoris non ex causa hereditaria sed vel sua industria vel ex aliorum liberalitate adquisivisset, ejus quoque distrahendi potestas creditoribus fieret. Cererum prius quam bonis testatoris se immisceat eave attingat, petere debet à prætore horum bonorum separationem, quam & hoc casu impetrat, *l.* 1. §. *ult. de separ. bon.* Quo loco, quod no-

tandum est, separari etiam id dicitur quod servo à testatore debetur, quasi hoc etiam dici possit à patrono non profectum: quæ singularis est humanitas.

TEXTUS.

De suis heredibus.

2. *Si autem & necessarii heredes sunt, veluti filius filia, nepos neptisve ex filio & deinceps ceteri liberi qui in potestate morientis modo fuerint. Sed ut nepos neptisve sui heredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse; sed opus est ut pater ejus vivo patre suo desierit suus heres esse, aut morte interceptus aut qualibet alia ratione liberatus á patria potestate; tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem heredes ideo appellantur quia domestici heredes sunt, & vivo quoque patre quodammodo domini existimantur. Unde etiam si quis intestatus moriatur, prima causa est in successione liberorum. Necessarii vero ideo dicuntur, quia omnino sive velint sive nolint tam ab intestato quam ex testamento ex lege duodecim tabularum heredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abstinere hereditate, ut potius parentis quam ipsorum bona similiter à creditoribus possideantur.*

L. 21. tit. 3. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Plenius & planius quam vulgo sui heredes describuntur.*

2 *Verbum hoc* suus heres *non esse populare & oratorium, sed forense & disciplinæ juris proprium; deque eo nonnulla non passim obvia.*

3 *Exponitur latissime hujus nominis ratio.*

4 *Unde altera horum heredum qualitas, nempe necessitas; & quid ea operetur.*

5 *Prætorem dato beneficio abstinendi necessitatem sustulisse, sed salvo jure suitatis; & quem effectum ea res habeat.*

1. *Veluti filius, filia, nepos &c.*] Qui sint & dicantur sui heredes, licet non definitione aliqua sed exemplis hic declaretur, facile tamen ex his quæ traduntur quivis per se brevem & explicandæ rei idoneam definitionem extruxerit. Nam si non alii sui heredes sunt quam liberi defuncti, & è liberis soli illi qui in potestate morientis fuerunt, 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 heredes sunt liberi defuncti, qui quo tempore 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 hereditatis esset; at hæc tempora non semper concurrunt: ex quo aliquando fit, ut qui moriente eo de cujus successione quæritur suus heres non erat, postea tamen ei suus heres existat. Plane neque ex testamento quisquam suus heres 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 hereditas nullum est quam tempus mortis. At si proponas, patremfam. facto jure testamento, quod eo vivo infirmatum non sit, decessisse: hic evenire potest ut qui tempore mortis suus heres non erat postea suus heres existat, non utique ex isto testamento, sed eo destituto ab intestato; ut ecce: pater filio exheredato extraneum heredem instituit: deliberante herede scripto filius moritur; mox scriptus omittit hereditatem: nepos ex illo filio susceptus avo suus heres erit ab intestato; & hic tamen tempore mortis avi suus esse non potuit propter præcedentem personam patris, *l. 7. unde lib.* §. 7. & 8. *Inst. inf. de her. quæ ab int.* ubi hoc pluribus illustratur. Ut igitur perfecta sit definitio, pro tempore mortis ponatur tempus delatæ hereditatis, hoc modo: Suus heres est, qui in potestate morientis fuit, & tempore delatæ hereditatis in familia proximus est.

Aut qualibet alia ratione] Puta emancipatione aut deportatione. Nam si quis ex suis heredibus qualibet ratione suus heres esse desierit, statim liberi ejus gradum occupant, & succedendo in sui heredis locum quasi agnascendo fiunt avo aut proavo sui heredes, §. 2. *Inst. supr. de exher. lib.* §. 2. *Inst. inf. de her. quæ ab int. l.* 29. §. 12. *cum seq. de lib. & post.* Enimvero hodie occupatio loci paterni atque in sui heredis 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

ea successione præferri nepotibus ex se natis, licet retentis in potestate avi. *Nov.* 118. *cap.* 1. Ex quo etiam intelligimus hodie edictum *de conjug. cum emancip. lib.* inutile esse.

2. *Sed sui quidem heredes*] Nomen suorum heredum ex jure civili descendit, *l. ult. de bon. damnat.* hoc est ex lege XII. tabb. *l.* 220. *de verb. sign.* Ulp. *in fragm. tit.* 26. estque verbum forense ac proprium Jurisconsultorum, non populare aut oratorium, de quo Hotom. *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. Popularis locutio est, cum ea dictione ut relativâ & reciprocâ sic utimur, ut referatur & redeat ad eam personam quæ præcessit; veluti cum nostri dicunt, *Mulier suos filios in potestate non habet, l. 5. C. de adopt. Pater agnovit suum partum aut filium suum, l.* 1. §. 22. *cum seqq. de agn. & al. lib. Gajus Sejus testamento uxorem suam heredem instituit, l.* 34. §. 3. *l. ult. de legat.* 2. In his enim locutionibus vox *suus* ad præcedentem personam refertur, scilicet ad matrem, ad Gajum Sejum. Atque hic usus hujus vocis, quem pueri docentur in scholis, citato vulgato illo, *Rogat te Cæsar ut suas partes sequaris.* Ex eadem consuetudine & more vulgari nostri quoque loquuntur cum utramque vocem *heres* & *suus* conjunguntur, sed ita ut *suus* sequatur; veluti in his: *Testator à Titio herede suo centum legavit. Titia ita fidei commisit heredis sui. Stipulatus est sibi heredique suo ire agere licere, l.* 2. §. *ult. de verb. obl. Si quit uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, l.* 38. §. 12. *d. tit.* Quintil. *lib.* 5. *cap.* 16. *Quem quis heredem suum esse voluit, eum habuit.* At cum ex usu juris peculiari loquuntur, verbum *suus* refertur ad eum ipsum qui heres est, &, quod diligenter observandum, tunc perpetuo id verbum præcedit; ut in his: *Mulier suum heredem paritura est, l.* 31. §. 1. *de adq. hered. Femina suum heredem non habet, l.* 4. §. 2. *cont. tabb. Spes est suum heredem defuncto existere, l. pen.* §. 1. *unde legit. Filius patri suus heres est, l.* 45. §. 1. *de neg. gest. Mortuo filio nepos ex eo fit avo suus heres, l.* 13. *de injust. rupt.* cum sexcentis similibus. Et igitur cum dico, *Mulier suum heredem non habet*, intelligor loqui de usu juris peculiari; cum ajo, *Sempronia heredem suum rogavit ut partem hereditatis restituat Titio*, ex usu communi. Rationem nominis mox audiemus.

Quia domestici heredes sunt] Theoph. οἰκειακοὶ (*domestici*) eadem fere significatione qua domesticum testimonium §. 9. *Inst. sup. de test. ordin.* aut quasi ὄικοθεν καὶ ἀφ' ἑαυτῶν ἔχοντες τὸ κληρονομεῖν (*è domo & à seipsis habentes heredes esse*). Οἰκογενεῖς (*domi nati*), vernæ heredes, qui non aliunde acciti sed domi nati sunt. Ita & Plin. *Panegyr. cap.* 37. *domesticos* heredes opponit *extraneis*, eosque ait bona non ut aliena & speranda, sed ut sua semperque possessa capere.

3. *Et vivo patre quodammodo domini*] Sui heredes ideo dicuntur, quia non alienam sed jam quodammodo suam hereditatem accipiunt, & non magis alteri quam sibimet ipsi heredes sunt: unde Græcis dicuntur αὐτοκληρονόμοι (*sibi ipsis heredes*), quod eleganter ad Phœnicem suum Lactantius accommodat hoc versu:

Ipsa sibi proles, suus est pater, & suus heres.

Atque hoc nomine non magis post mortem patris appellatur, quam eo adhuc vivo & superstite κατὰ πρόληψιν (*per anticipationem*), & quod singulariter notandum, etiam vivo, adhuc patre dicuntur desinere sui heredes esse, puta si capite minuti fuerint, *l.* 1. §. 4. *l.* 11. *de suis & legit. l.* 13. *de injust. rupt. l.* 29. §. 12. *& seq. de lib. & post.* nimirum ideo quia vivente adhuc patre jam quasi quodammodo domini, patrique socii participes & coheredes sunt, testimonio non solum nostrorum, Pauli *l.* 11. *de lib. & post.* Justiniani *hoc text.* & §. 3. *Inst. inf. de her. quæ ab int.* verum aliorum etiam Scriptorum. Terent. *Heaut. act.* 1. *sc.* 1. *Donec salvus redierit meus particeps.* Auson. *Eidyll.* 3.

Justa quidem series patri succedere; verum
Esse simul dominos, gratior ordo piis.

Unde passim in comœdiis servi filios dominorum heros minores, νεωτέρους δεσπότας (*juniores dominos*) vocant. Telemachi subulcus dicitur, qui erat Ulyssis. *Odyss.* ρ. Servus Abrahami Isaacum vocat dominum suum, *Genes. cap.* 24. *v.* 65. Atque hinc est, quod patre mortuo non tam novam & alienam hereditatem percipere existimentur, quam pleniorem & liberiorem veterum bonorum administrationem, statimque à morte parentis quasi continuatur dominium, *d. l.* 11. *de lib. & post.* quo fit, ut ubi suus heres est numquam jacere hereditas dicatur; nimirum quia nullum inter defuncti mortem & existentiam sui heredis intervallum est, *l.* 1. §. 7. *si quis omiss. caus. test.* Ex eo item est, quod sui heredes ipso jure heredes existant, citra ullum vel suum vel alterius factum, sine additione, sine cretione, sine gestione pro herede, *d.* §. 3. *Inst. inf.*

inf. de her. quæ ab int. l. 14. *de suis & leg.* adeoque ante apertas tabulas, *l.* 3. *C. de jur. del.* tametsi ignorent patrem decessisse; ac proinde etiamsi furiosi sint, aut alias voluntate careant, *d.* §. 3. *de her. quæ ab int. l.* 63. *de adq. her.* Cujus rei hic effectus, ut paternam hereditatem tamquam jam sibi quæsitam ad quoscumque heredes transmittant, *d. l.* 3. *C. de jur. del.* Hinc denique est, quod cum extranei dicantur *adquirere adire repudiare hereditatem*, sui dicuntur *heredes existere*, quod Græci interpretantur ἀναφάιρεσθαι *retinere*, *immiscere*, *abstinere*: quasi qui rebus jam olim suis ut domini utantur, easve retineant aut derelinquant. Postremo ex his etiam liquet, cur sui heredes si non instituantur exheredandi sint, atque in his solis exheredationem proprie dici, *l.* 132. *v.* 1. *de verb. obl.* add. Hotom. 9. *obs.* 10. VINN. Similia fere sunt apud Oisel. ad Gaj. *Inst. lib.* 11. *tit.* 3. §. 6. Sed incommodior tamen videtur ratio, filios esse heredes vivo patre, cum viventis nulla sit hereditas. Hinc verosimilius videtur, filios dici *suos* heredes, quasi proprios, & in patris potestate dominioque Quiritario constitutos. Ita Jan. à Costa ad *pr. Inst. hoc tit.* & vir cl. Schulting. *ad Gaj. l. c. p.* 166. HEIN.

Si quis intestatus] De hac re agimus *infr.* §. 2. *Inst. de her. quæ ab int.* Diserte autem ait *intestatus*: nam lex XII. tabb. liberam civibus Romanis testandi facultatem concessit, cujus vi legis patri licuit filium quem in potestate habebat exheredare aliumque sibi heredem facere. Sed & hoc ipsum quod hic refert ex jure civili est, & illo antiquo: quippe jure honorario postea etiam liberorum emancipatorum ratio haberi cœpta est, perindeque hi liberi ad bonorum possessionem & vi ipsa ad hereditatem à prætore admissi ac si capite minuti non fuissent, *l.* 6. §. 1. *de bon. poss.* §. 9. *Inst. inf. de her. quæ ab int.* Hodie autem liberi emancipati non minus quam sui etiam jure civili ab intestato succedunt, *Nov.* 118. *cap.* 1. quamquam in modo adquirendæ hereditatis diversitas mansit: de quo alibi.

4. *Necessarii ideo dicuntur quia sive velint sive nolint*] Necessitas hæc à jure patriæ potestatis est, *l.* 5. *de cond. & dem.* quæ similis dominicæ fuit, ut ostendimus in §. 2. *Inst. sup. de patr. pot.* liberosque hac in causa redigebat ad instar servorum; unde & commune iis cum servis heredibus à dominis institutis nomen necessariorum heredum, *l.* 12. *de cond. inst. l.* 57. *de adq. her.* & passim. Licet autem suitati cohæreat necessitas, est tamen diversa qualitas à suitate. Ex eo quod quis suus est, ipso jure heres fit bonaque paterna penes eum remanent; ex eo quod necessarius, ea retinere cogitur creditoribusque paternis velit nolit respondere, *d. l.* 57. quamquam hic etiam suum confert suitas. In suitate jus liberorum magis, in necessitate solius patris vertitur; cui ob id liberum fuit necessitatem hanc remittere atque ex necessario herede facere voluntarium, *d. l.* 12. *de cond. inst. l.* 86. *de her. inst.* Neque umquam pater dicitur suum sibi heredem facere, sed bene necessarium; & cum impuberi filio fratrem necessarium heredem facit, suum tamen heredem non facit, ut recte Govean. ad *l.* 2. §. 5. *n.* 35. & in *l.* 10. §. 1. *n.* 2. *de vulg. & pupil.* contra Bart.

Prætor permittit volentibus abstinere hereditate] Cum quæsitæ hereditatis hæc vis sit ut nos obliget æri alieno, licet solvendo non sit, *l.* 8. *de adq. her.* suisque heredibus ipso jure adquiratur hereditas, consequens quidem est ut creditoribus hereditariis respondere teneantur, quamvis bona paterna non sufficiant, iisque se bonis abstinere parati sint; humanitas tamen hic postulare videbatur, ut eo onere qui id non sponte suscepissent liberarentur. Verum tantum abest ut jus civile iis subvenerit, ut eodem jure etiam necessitas ista comparata sit & annexa suitati. Et quid mirum si lex quem occidere patri permittebat eumdem necessarium heredem patri fecerit, aut permiserit patrem sibi facere? Ceterum acerbitatem juris civilis prætor mitigavit data suis & necessariis heredibus potestate abstinendi: quo beneficio qui ex his uti volunt, hoc consequuntur ut necessitate subeundorum onerum hereditariorum non adstringantur, *d. l.* 57. *de adq. her.*

5. Ex eo autem quod prætor hic dicitur liberis necessariis heredibus volentibus potestatem facere abstinendi hereditate, & alibi eos liberare oneribus hereditariis si velint derelinquere hereditatem, *d. l.* 57. recte colligitur, prætorem ex necessariis vi ipsa fecisse voluntarios, quamquam non extraneos: necessitatem tantum à prætore sublatam, non suitatem: quippe quæ maximam partem ad utilitatem liberorum pertinet quibus prodesse non nocere prætori propositum fuit, *l.* 12. *de vulg. & pupil.* Quamobrem etiamnum & ipso jure & ignorantes heredes fiunt, & obligantur creditoribus hereditariis, §. 3. *Inst. infr. de her. quæ ab int. l.* 2. *de cond. furt. d. l.* 57. quamvis respectu beneficii prætorii, quo fit ut

in

in eos actio non detur, idem jus habere dicantur quod futurum esset si liberum arbitrium adeundæ hereditatis haberent, *l.* 89. *de legat.* 1. Manebit igitur adhuc idem suitatis effectus, quem supra indicavi, ut si filius decesserit cum vel ignoraret patrem mortuum esse, vel sciret quidem, sed nondum declarata voluntate de retinenda aut de relinquenda patris hereditate, eam hereditatem utpote ipso jure sibi jam quæsitam ad heredes quoslibet transmittat. Rectene dicatur jus suitatis tolli per exheredationem aut vulgarem substitutionem, alibi disputavimus. Clarius vero adhuc apparet suitatem non esse sublatam à prætore, ex eo quod etiam post abstentionem nudum illud nomen heredis non est sine effectu; nam & sola sui heredis existentia confirmat tabulas pupillares, ut docuimus supra sub *pr. tit. Inst. de pup. subst.* & libertates sustinet, *l.* 30. §. 10. *de fid. lib.* quo loco diserte pro ratione hoc affert Jurisconsultus, *quod non sit sine herede qui suum heredem licet se abstinentem habet*: & operatur confirmationem fideicommissi, ut restituta hereditate ex senatusconsulto Trebelliano transeant actiones, *l.* 27. §. 3. *ad sen. Treb.* Postremo inde est quod hereditas pupilli quantumvis abstinentis potestate juris civilis cum hereditate patris confusa censetur, *l.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* licet hoc casu substitutus pupilli separationem bonorum patris & filii petere possit ex sententia Marcelli, probata ab Ulpiano *l.* 42. *de adq. her.*

Ut potius parentis quam ipsorum bona] Species ignominiæ est, bona alicujus a creditoribus propter æs alienum possideri aut publice distrahi. Itaque ne id fiat etiam mortuorum interest; atque ob hanc causam placuit non minus ignominiam istam quam hereditatem servis relinqui posse; nec causam prætor habuit, cur servo necessario heredi potestatem daret abstinendi, *d. l.* 57. §. *ult. de adq. her.* qui tamen liberorum pudori ac famæ parcendum existimavit, *l.* 28. *de reb. auct. jud. poss.* hoc est, satius putavit ut ex duobus qui pari conditione sunt, potius patris defuncti nomine quam filii viventis, non sentientis quam sentientis se hac affici injuria bona possideantur aut divendantur.

Textus.

De extraneis.

3. *Ceteri qui testatoris juri subjecti non sunt extranei heredes appellantur. Itaque liberi nostri qui in potestate nostra non sunt, heredes à nobis instituti extranei heredes nobis videntur. Qua de causa & qui heredes à matre instituuntur eodem numero sunt: quia feminæ in potestate liberos non habent. Servus quoque heres à domino institutus & post factum testamentum ab eo manumissus eodem numero habetur.*

L. 21. *tit.* 3. *Part.* 6.

Commentarius.

1. *Extranei heredes quotuplici sensu dicantur.*

SEquitur tertium genus heredum, extranei, qui iidem & voluntarii heredes dicuntur, propterea quod his hereditas voluntate adquiritur ut si vellint liceat suscipere, §. *ult. hoc tit.* si nolint non cogantur, *l.* 16. *C. de jur. del.* eaque appellatione commodius in distributione necessariis oppositi fuissent, ut initio monuimus. Sunt autem extranei seu voluntarii heredes in liberis hominibus omnes qui non sunt sui & domestici; ac proinde qui ad hereditatem 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 scilicet & hereditatem, §. 1. *Inst. supr. de her. 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.* 55. §. 1. *de rit. nupt.* Itaque sive heredes à patre instituti sint, sive ab intestato ad bonorum possessionem à prætore vocentur, non efficiuntur ipso jure heredes aut bonorum possessores, sed sua voluntate aut hereditatem adeundo aut bonorum possessionem agnoscendo. Sed & hodie, etsi jure civili quoque ab intestato succedunt, *Nov.* 118. *cap.* 1. non aliter tamen quam si voluerint & adierint hereditatem heredes fiunt, ut ex communi sententia hic notat Wesemb. & suo tempore à nobis confirmabitur.

Qui heredes à matre instituuntur] Quemadmodum femina liberos in potestate non habet ita nec suos heredes habere potest, *l.* 4. §. 2. *cont. tabb.* Huc igitur multo magis pertinent parentes & fratres. Illud singulare est quod frater impuberi fratri à patre substitutus necessarius fratri heres sit. Etenim patri concessum est, quos sibi facit necessarios,

eos-

eosdem & filio facere, *l.* 2. §. 4. *in fin. l.* 10. §. 1. *de vulg. & pup. l.* 42. *de adq. her.* Suum tamen heredem hunc fratri non fieri, contra Bart. probat Govean. in *d. l.* 2. §. 4. *&* 5.

1. Omittendum vero hic non est, verbo extraneorum heredum non semper intelligi omnes qui sunt voluntarii, aut omnes designari qui non sunt sui; nam & filius emancipatus ab extraneis discernitur, *l.* 114. §. 16. *de legat.* 1. *l.* 69. §. *pen. & ult. de legat.* 2. atque in *l. unic. C. de inpon. lucrat. descript.* appellatione extraneorum significantur soli qui in numero descendentium non sunt; & patrono legitimo heredi extraneus opponi videtur in *l.* 36. *de bon. lib.* Sane cum de jure succedendi ab intestato quæritur, pro extraneis simpliciter habendi non sunt qui præteriti aut exheredati jure civili aut prætorio testamentum rescindere possunt. Quo in genere sunt liberi emancipati, quibus & exheredatis querela de inofficioso, & præteritis bonorum possessio contra tabulas datur, ac jure novissimo etiam successio ab intestato unà cum suis heredibus defertur. Item liberi qui numquam in potestate fuerunt; qui & ipsi exheredati matris aut avi materni testamentum inofficiosum dicere possunt. Quibus accedit, quod ex constitutione Theodosii liberi omnes à parentibus instituti hereditatem etiam non aditam & ante apertas tabulas morientes transmittant ad eos qui ex se descendunt, *l. un. C. de his qui ante ap. tabb.* qui effectus quidam est suitatis; & sui hoc amplius tantum habent, quod hereditatem ignorantes transmittunt ad heredes quosvis. Sed neque parentes prorsus extranei heredes habendi, cum & ipsis præteritis querela inofficiosi competat. Quin etiam 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 Gajus *lib.* 2. *tit.* 3. *in fin.* extraneos heredes definit, qui nullo propinquitatis gradu testatori junguntur; quamvis inscite eo loco, ubi extraneos & suos invicem in dividendo opponit. Ex his vero intelligi potest, quid sibi velit Baldus in *l.* 9. *col.* 12. 3. *opp. C. de collat.* cum ait extraneum dici tripliciter, à suitate, à filiatione, & à cognatione.

TEXTUS.

De testamenti factione.

4. *In extraneis heredibus illud observatur ut sit cum eis testamenti factio, sive heredes ipsi instituantur, sive ii qui in potestate eorum sunt; & id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti tempore, ut constiterit institutio: mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius, & cum adit hereditatem esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub conditione heres institutus sit. Nam jus heredis eo maxime tempore inspiciendum est quo adquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum & mortem testatoris vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet heredi: quia, ut diximus, tria tempora inspici debent. Testamenti autem factionem non solum is habere videtur qui testamentum facere potest, sed etiam qui ex alieno testamento vel ipse capere potest vel alii adquirere, licet non possit facere testamentum. Et ideo furiosus, & mutus, & postumus, & infans, & filiusfamilias, & servus alienus testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi vel alii adquirere possunt.*

L. 22. *tit.* 3. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *In successione ab intestato de capacitate heredum diversis temporibus spectanda quæri non posse; de qualitate posse.*

2 *Quid in successione ex testamento circa suos heredes.*

3 *Notatur & refellitur insignis error Wesembecii.*

4 *Cum de capacitate inspicienda quæritur, nihil interesse domini an eorum servi instituti sint.*

5 *Non satis subtiliter tempus adeundæ hereditatis in consideranda capacitate heredis constitui terminum distinctum à tempore mortis.*

6 *Probatur invictis rationibus tempus adeundæ hereditatis neque in pura institutione tertium, neque in conditionali quartum terminum constituere.*

6 *In pura institutione ut duo sunt extrema, ita unum tantum esse medium tempus quod non noceat; in conditionali uti extrema tria, ita duo tantum media.*

EXpositis generibus & differentiis heredum, pergit ad id cujus cognoscendi causa differentiæ istæ præcipue traditæ fuerunt, videlicet ad ipsam hereditatis jure delatæ adquisitionem; & quia in extraneis he-

re-

redibus (in aliis enim, ut mox ostendemus, disputatio proposita inepta est) ad adquirendam hereditatem necessario requiritur, ut sint hereditatis capaces: merito primum docet, quibus temporibus capacitas illa inspicienda sit, ut hereditatem sibi delatam obtinere possint. Qua de re ut habeamus quod certo statuere liceat, primum distinguendum est inter successionem ab intestato & successionem ex testamento: deinde inter qualitatem heredis & ejusdem capacitatem.

1. In successione ab intestato de capacitate heredum diversis temporibus spectanda disputari non potest; cum nemo ad successionem ab intestato vocetur qui non sit capax tempore mortis ejus de cujus hereditate agitur. De qualitate autem quæri potest, puta quo tempore spectandum an quis suus sit aut proximus agnatus. Placuit autem in eo inspici tempus delatæ hereditatis: quod tempus plerumque quidem idem est cum tempore mortis, sed tamen non semper, §. 7. *Inst. infr. de hered. quæ ab int.* §. 6. *Inst. infr. de leg. agnat. succ.* quibus locis diligenter hoc à nobis exponitur.

2. In successione ex testamento in suis heredibus vix est ut locus sit quæstioni de capacitate, cum non possit non esse cum suo herede testamenti factio. Ceterum 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 *l.* 18. *de injust. rupt. l.* 23. §. 1. *de lib. & post.* ut tamen & testamenti tempore capaces fuerint omnino necesse est; alioqui Catoniana regulâ impedietur institutio.

3. Notandus autem hìc est insignis error Wesembecii, qui scribit, non fuisse necesse ut de suis & necessariis eadem moneremur, propterea quod ex persona testatoris testamenti factionem habeant. Quis enim unquam fundo audivit, quemquam 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 mediate per servum institutus esset, *l.* 31. *de hered. inst. l.* 10. §. 1. *de adq. rer. dom.* Sed hoc ad servum necessarium heredem quî applicari potest? aut quî potest domini persona accommodari servo, ubi idem dominus est & testator? Sed valet hìc institutio ex persona ipsius heredis, quatenus consideratur ut jam liber & civis Romanus quo tempore testamento deferri incipit hereditas. Dicere vero filiusfamil. heredem institutum aliunde personam mutuari, sive ab extero heres institutus sit sive à patre, intolerabile est. Ut ad rem redeam, tota fere quæstio de inspicienda diversis temporibus capacitate ad extraneos heredes eosque testamento institutus pertinet: quemadmodum etiam hìc de extraneis heredibus proposita est ex Florentino *l.* 49. §. 1. *de her. inst.* Quàm rectè dicatur, & quam rationem habet, quod tria tempora hìc observentur, tempus facti testamenti, mortis testatoris, & hereditatis adeundæ, ex progressu liquebit.

4. *Sive ii qui in potestate eorum sunt*] Cum extranei heredes alias capaces sint, alias incapaces; & eorum qui sunt capaces, non minus servi quam illi ipsi heredes institui possint: quæri poterat, an quibus temporibus capacitas eorum spectatur, cum ipsi heredes instituti sunt, iisdem etiam eadem spectetur, cum instituti sunt eorum servi. Ait autem Imp. hìc post Florent. *d. l.* 49. §. 1. nihil in proposito interesse, utrum ipsi domini heredes instituti sint, an servi eorum. Et rectè: nam cum servorum qui ipsi per se incapaces sunt institutio sustineatur ex persona domini, quicum testamenti factio est, *l.* 31. *de hered. inst. l.* 12. §. 2. *de legat.* 1. consequens omnino est, testamenti factionem iisdem temporibus cum domino esse oportere servo ejus herede instituto, quibus oporteret si ipse heres institutus esset; proinde & facti testamenti tempore & mortis testatoris. Huic tamen parti contradicere videtur Terentius Clemens *l.* 82. *de adq. hered.* Ait enim, servum ejus qui capere non potest & heredem institui posse, & eum ipsum, si antequam jussu domini adeat manumissus sit, ad hereditatem admitti. Verum ut totus iste locus & loci inscriptio ostendunt, non loquitur Clemens de servo ejus qui omnino 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 ejus 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 quorumdam testamentis aut nihil aut partem tantum capere poterant, ut cœlibes, orbi, vid. *sup. pr. tit. Inst. de her. inst.*

Aliter respondet Cujac. ad *d. l.* 49. §. 1. *de her. inst.*

Duobus temporibus, testamenti facti & mortis testatoris] Mox tamen adjicit & tertium tempus scilicet quo adeunda hereditas, uti & Juris consultus *d. l.* 49. §. 1. De duobus temporibus, testamenti & mortis testatoris res expedita est. Nam testamenti tempus ideo necessario inspiciendum est ut consistat institutio, nimirum propter regulam Catonianam; quæ initium spectari vult, nec patitur institutionem quæ ab initio non valuit ex postfacto convalescere, *tot. tit. ff. de reg. Catonian.* Mortis vero ideo, ut effectum habeat institutio, hoc est ut dies ejus utiliter cedat: quod fit, si quis sit eo tempore cui hereditas utiliter deferatur, quippe eam adeundo sibi adquirere possit, *l.* 52. *de legat.* 2.

5. Quod vero duobus istis temporibus Imp. & Jurisconsult. *d. l.* 49. §. 1. tertium adjungunt, tempus scilicet adeundæ hereditatis, eoque tempore non minus quam superioribus, atque ut distincto á tempore mortis capacitatem heredis inspiciendam ajunt, idque sive pure sive sub conditione institutus sit, satisne subtiliter aut considerate ab iis dicatur merito dubitaveris. Mihi enim, ut dicam quod sentio, Jurisconsultus cujus verba descripsit Tribonianus, non satis caute eo loco locutus videtur; neque id temere à me dictum mox fatebere.

6. *Hoc amplius & cum adit hereditatem &c. sive pure sive sub conditione institutus sit*] Ita quoque Jurisconsultus in *d. l.* 49. §. 1. Nimirum ergo Imp. & Jurisconsultus hoc ajunt, præter priora duo tempora, testamenti scilicet & mortis testatoris, etiam adeundæ hereditatis tempus circa capacitatem heredis spectari, sive pure sive sub conditione instituti. Mihi vero hoc inconsideratius dictum videtur, & sive pura sit institutio sive conditionalis, tempus adeundæ hereditatis in consideranda capacitate heredis non bene constitui terminum distinctum à tempore mortis aut conditionis existentis. Primum enim ubi pura institutio est, nego plura tempora in proposito spectari quam duo illa, testamenti facti & mortis testatoris; tempus autem adeundæ hereditatis à tempore mortis ajo distingui non oportere. Quod sic demonstro. Heres pure institutus aut incapax tempore mortis invenitur, aut capax. Si incapax, frustra quæritur de ejus capacitate tempore additionis hereditatis, cum qui capax non est tempore mortis etsi postea capax fiat hereditatem adquirere non possit: quod ipsum etiam hoc loco & *d. l.* 29. §. 1. aperte significatur, cum ad hoc ut effectum habeat institutio requiritur ut institutus capax sit tempore mortis; neque ratio juris aliud patitur, secundum quam constat tempus additionis cum tempore mortis conjungi, *l.* 54. *de adq. hered. l.* 193. *de reg. jur.* Si est capax, & deinde hereditate nondum adita incapax factus, pòst aliquando in pristinam causam restitutus sit, hic quidem temporis adeundæ hereditatis tamquam tertii extremi ratio aliqua haberi poterat; cæterum non haberi, ac ne si quidem hereditatem instituto adquiri posse, ex eo evincitur quod in pura institutione unum tantum tempus intermedium est quo heredi mutatio juris non noceat, tempus scilicet quod intercedit inter factum testamentum & mortem testatoris; ex quo porro hoc sequitur, in pura institutione duo tantum esse extrema quæ circa capacitatem heredis considerentur, tempus testamenti conditi, & mortis testatoris, per hunc *text. vers. medio autem* & *d. l.* 49. §. 1. *vers. eodem.* Denique certum est, non tantum mortuo herede instituto, sed etiam eo deportato aut servo facto ante aditam hereditatem statim locum fieri substitutis aut heredibus ab intestato, *l.* 29. §. 5. *de lib. & post. l.* 3. §. 1. *de his quæ pro non script.* Sed nec in conditionali institutione recte dicitur, circa capacitatem heredis 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 hereditatis; alioqui enim dicendum foret, quod inauditum est, in conditionali institutione quatuor tempora distincte consideranda esse, testamenti, mortis, conditionis existentis, & quo aditur hereditas; siquidem conditio existenstis heredem scriptum ipso jure heredem non facit, sed tantum institutionem purificat, ut ad adquirendam extraneo hereditatem nihilominus adhuc opus sit additione. Quid quod nec Imperator ipse aut Jurisconsultus *dict. loc.* plura tempora in conditionali institutione agnoscunt quam tria ista quæ diximus? Ajunt enim medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris vel conditionem institutionis existentem, mutationem juris non nocere heredi. Quod si tempus adeundæ hereditatis quoque eodem modo spectaretur, addere debebant, æque medio tempore inter conditionem existentem & additionem hereditatis mutationem juris heredi non ob-

obesse. Effectum igitur est, tempus aditionis hereditatis neque in pura institutione constituere terminum tertium, neque in conditionali quartum; ac proinde parum considerate tempus illud hoc loco confertur cum prioribus; & omnino existimo, eo quod hic traditur de inspicienda capacitate heredis etiam quo tempore de adeunda hereditate agitur, nihil aliud significari, quam eum qui isto tempore capax non est, licet ceteris temporibus capax fuerit, hereditatem adeundo adquirere non posse; & quamvis hæc monitio pene inepta videatur, cum contradictoria sint, incapacem esse & posse adquirere hereditatem: tamen non aliud illorum verborum sensum esse patet ex eo, quod cum de extremis agitur & intermediis quæ non nocent temporibus tempus adeundæ hereditatis inter ea extrema non agnoscitur, utpote quo capacem esse heredi nihil prosit, si aliquando aut post mortem testatoris aut post conditionis existentiam incapax fuerit.

7. *Medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris vel conditionem*] Hic expressa habemus tempora omnia, & quæ considerantur ut extrema, & 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*, eâdem quæ supra inconsiderantia prolata esse, & vel non attento tempore conditionis existentis, vel duobus temporibus mortis & existentis conditionis pro uno computatis, forte quod posterius retrotrahitur & conjungitur cum priore. Illud nullam rationem habet quod Joann. Faber contendit, in conditionali institutione non esse necesse ut heres capax sit tempore mortis testatoris. Nam si tempore testamenti facti id exigitur, fortiori ratione idem exigetur tempore mortis, quod, quoniam mortem testamentum confirmatur, magis principale habendum est; & jam dictum est tempus conditionis existentis retrotrahi ad tempus mortis & cum eo conjungi, uti & tempus aditæ hereditatis; atqui hoc fieri non potest si tempore mortis cum herede non fuerit testamenti factio. Itaque nullius momenti est argumentum Fabri, quod tantum facit in conditionali institutione tempus existentis conditionis, quantum in pura tempus mortis. Nam etsi ex conditionali institutione non defertur hereditas tempore mortis sed demum existente conditione, quam ob causam etiam in capacitate heredis inspicienda illius temporis ratio habetur: nihilominus tamen & tempus mortis in eodem negotio spectandum est; quia existente conditione ad id tempus statim recurritur, & perinde habetur ac si pure institutio facta esset; nec vero ob aliam causam institutio conditionalis sustinetur, quam quod conditione quandoque existente eventus ejus ad tempus mortis retrotrahitur, & pro eo res habetur ac si pure hereditas relicta sit: de quo ex professo *supr.* §. 9. *Inst. de her. inst.* Sed & aperte satis hoc ipsum significat Justinianus, cum ait tria tempora inspici debere; hoc enim tam de conditionali quam pura institutione dici palam est. At ex tribus istis temporibus unum est tempus mortis: refert enim sed ad tria illa quæ antea enumeraverat; ut vero extrema habilia sint necesse est. Hæc plerisque aut ignota aut intacta, ut Viglio, Myns. Hotoman. Wesemb. &c.

Ex alieno testamento capere] Testamenti factione duplex jus continetur, faciendi testamentum, & ex testamento capiendi. Hinc vulgo DD. testamenti factionem dividunt in activam & passivam. Quamvis enim proprie 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 tantum capere ex testamento possunt, *l.* 16. *qui test. fac. l. ult. pro hered.* cum quibus esse testamenti factio rectius dicitur & usitatius, ut alibi ostendimus.

Furiosus] Marcellus *d. l.* 16. §. 1. *qui test. fac.* scribit, furiosum ideo testamenti factionem habere, quia potest sibi adquirere legatum vel fideicommissum. Non addit, hereditatem; quoniam eam heres scriptus donec resipiscat nec sibi nec alii adquirere potest, extrà quam si patri necessarius heres existat, *l.* 63. *de adq. hered.* Plane curator furiosi bonorum possessionem ejus nomine agnoscere potest, *l. ult.* §. 3. *C. de cur. fur. l.* 1. *ff. de bon. poss. fur. infant. &c.*

TEXTUS.

De jure deliberandi, & de beneficio inventarii.

5. Extraneis autem heredibus deliberandi potestas est de adeunda hereditate vel non adeunda. Sed sive is cui abstinendi potestas est immiscuerit se bonis hereditatis; sive extraneus cui de adeunda hereditate deliberare licet adierit, postea relinquendæ hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit 25. annis. Nam hujusmodi ætatis hominibus, sicut in ceteris omnibus causis, deceptis, ita & si temere damnosam hereditatem susceperint prætor succurrit. Sciendum est tamen divum Hadrianum etiam majori 25. annis veniam dedisse, cum post aditam hereditatem grande æs alienum, quod aditæ hereditatis tempore latebat, emersisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam speciali beneficio præstitit; divus autem Gordianus postea militibus tantummodo hoc concessit. Sed nostra benevolentia commune omnibus subjectis imperio nostro hoc beneficium præstitit; & constitutionem tam æquissimam quam nobilissimam scripsit, cujus tenorem si observaverint homines licet eis adire hereditatem, & in tantum teneri quantum valere bona hereditatis contingit: ut ex hac causa neque deliberationis auxilium sit eis necessarium, nisi omissa observatione nostræ constitutionis & deliberandum existimaverint, & sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

LL. 2. 5. & seqq. tit. 6. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Heredem tam in onera quam in commoda hereditaria succedere.*
2 *Jus deliberandi quorum causa & cujus rei gratia comparatum; quis ejus effectus, & quid hic de suo contulerit Justinianus.*
3 *Etiam suis heredibus jure prætorio deliberandi facultatem esse.*
4 *Post aditionem aut immixtionem hereditatem derelinqui non posse, nisi à minore 25. annis per restitutionem in integrum.*
5 *Majoribus ex clausula generali vix esse ut hic succcuratur.*
6 *Beneficium inventarii.*
7 *Quæ neglecti hujus beneficii pœna.*

1. HEres suscepta hereditate in jus & locum defuncti succedit, eumque in omnibus quæ personæ non cohærent repræsentat, *l.* 37. *de adq. her. l.* 24. *de verb. sign. l.* 62. *de reg. jur.* junct. *l.* 8. §. 3. *de lib. leg.* Hoc autem cum dicimus, intelligimus heredem succedere non tantum in jus quod defunctus habuit adversus alios; verum etiam in id jus quo defunctus aliis tenebatur: in summa, heredem tam onerum & incommodorum successorem esse, quam commodorum hereditariorum; ac proinde obligari eum etiam æri alieno defuncti, eoque nomine à creditoribus hereditariis conveniri posse, conventum iis respondere, eorumque actiones quæ ex contractibus defuncti descendunt suscipere cogi, etiamsi hereditas solvendo non sit, *l.* 8. *ff. de adq. her. l.* 2. *C. de her. vel act. vend. l. ult. C. de her. act.* §. 1. *Inst. inf. de perp. & temp. act.* Quæ cum ita sint, periculosum sane atque anceps est hereditatem aut adire statim, aut statim repudiare; illud ob periculum æris alieni quod initio latere potest; hoc ne temere repudiando lucrosam hereditatem amittamus. Ceterum adversus hujusmodi periculum duo remedia heredibus cunctantibus comparata sunt, sive ex testamento sive ab intestato ad hereditatem vocatis; ac proposita non extraneis tantum de adeundo aut repudiando, sed etiam suis heredibus de immiscendo aut abstinendo cogitantibus. Unum vetus est, jus deliberandi, de quo in pr. hujus §. alterum novum à Justiniano primum introductum, beneficium scilicet inventarii, quod indicatur vers. *Sed nostra.*

2. Quod attinet ad jus deliberandi, sciendum est id non tantum heredis gratia comparatum esse, sed eorum quoque quorum interest hereditatem statim aut adiri aut repudiari, puta creditorum, substitutorum, eorumve qui ab intestato venire possunt. Quin etiam hoc remedio, si nemo istorum sit qui urgeat, non admodum heredi opus est: quippe cui liberum tam diu hereditatem amplecti quamdiu eam non recusaverit, *l.* 9. *C. de jur. del.* neque enim tempus ullum adeundæ hereditati legibus præstitutum est; & si aliquo tempore, solum longissimo, id est præscriptione 30. annorum, jus heredis excluditur. DD. comm. per *l.* 3. *C. de præscr.* 30. *ann.* Jas. in *l.* 8. *C. de jur. delib.* Coras. 6. *misc.* 21. Ceterum si sint qui urgeant, hic prædictum remedium heredi necessarium est, nisi paratus sit statim aut hereditatem suscipere, aut possessionem bonorum pati, aut aliorum successionem, *l.* 23. §. 2. *de her. inst. l.* 69. *de adq. hered.* Hæc enim tunc ei optio datur, ut aut

sta-

statim respondeat h res necne esse velit, aut tempus ad deliberandum petat, *l. 9. C. de jur. del.* Tempus hoc olim positum erat in potestate jus dicentis, qui pro arbitrio suo deliberationem petenti diem præstituebat, *l. 1. in fin. d. tit.* non utique ut ex libidine sua id faceret, sed ut pro prudentia sua statueret tempus moderatum, *d. l. 9. C. de jur. del.* quantum scilicet sufficere videretur ad cognoscendas facultates defuncti, nec pauciores daret quam centum dies, *l. 2. eod tit.* Justinianus summum tempus, si à Principe deliberatio petatur, annum esse voluit; si à judicibus, novem menses, *l. ult. §. 13. C. eod.* Impetrato tempore ad deliberandum, licet heredi interea explorare vires patrimonii defuncti, petere ut rationum defuncti & instrumentorum hereditariorum inspiciendorum sibi copia fiat, ut instruere se possit atque apud se constituere expediat necne agnoscere hereditatem, *l. 5. eod. l. 28. de adq. hered.* Quod si intra diem præstitutum hereditatem non agnoverit, respectu substituti aut heredis legitimi hereditas pro repudiata habetur, *l. 69. de adq. hered.* Creditoribus autem obligatur perinde ac si adiisset, *d. l. ult. §. pen. C. de jur. del.* nimirum prout utile ei est ad cujus instantiam tempus est præfixum, ita silentium deliberantis pro aditione aut repudiatione haberi debuit. A Justiniano hoc etiam heredibus tributum, ut intra annum ex quo hereditatem sibi delatam esse cognoverint decedentes; cum ipsi eam nec adiissent nec repudiassent, jus deliberandi atque adeundi intra tempus quod ex eo anno reliquum est in quosvis heredes transmittant, *l. 19. C. d. tit.* VINN. Eoque jure etiam nunc utimur ex *l. 2. tit. 6. Part. 6.* ADDIT.

Extraneis heredibus] Jus deliberandi de adeunda vel repudianda hereditate extraneorum & voluntariorum heredum proprium est. Nam in suis heredibus, si jus civile spectamus quo etiam sunt necessarii, locus esse deliberationi non potest: quippe cum sine ullo suo facto ipso jure statim heredes existant, nec potestatem habent hereditatem ita quæsitam derelinquendi.

3. Ceterum postquam prætor suos ad instar voluntariorum redegit, dato beneficio abstinendi, consequens fuit, ut etiam jus deliberandi eis daret exemplo extraneorum heredum voluntariorum; ut quemadmodum extraneis jus est deliberandi utrum adeant an repudient, ita suis deliberandi jus sit utrum immiscere se paternæ hereditati an ea abstinere consultius putent, *ll. 8. & 9. ff. de jur. delib. l. 19. C. eod.*

Postea relinquendæ hereditatis facultatem non habet nisi minor sit] Tempus deliberandi ab herede prius petendum est quam hereditatem adeat aut se immisceat. Regula enim juris est, neminem posse hereditatem semel sibi qnæsitam sive per aditionem sive per immixtionem relinquere aut repudiare, *l. 4. C. de repud. her. l. 10. C. de jur. delib.*

4. Neque prætor cuiquam post aditionem aut immixtionem subvenit per in integrum restitutionem nisi minor sit 25. annis, qui temere & consulta facilitate lapsus damnosam hereditatem adiisse aut appetisse proponatur: quippe cujus ætatis hominibus prætor ex generali edicto, quod est de minoribus, succurrit, ut etiam post agnitam hereditatem se possint abstinere, *l. 7. §. 5. de minorib. l. 57. §. 1. de adq. hered.* quemadmodum ex contrario quoque si quis juvenili levitate ductus omisserit aut repudiaverit hereditatem aut bonorum possessionem, aliquando à prætore restituitur ut eamdem agnoscere liceat, videlicet si omnia sint in integro, *l. 24. §. 2. ff. de minorib. ll. 1. & 2. C. si ut omiss. hered.* Liberis impuberibus hoc amplius concessum ut omnimodo se abstinere possint, id est, nec adito prætore, sive se immiscuerint sive non immiscuerint, *ll. 11. & 57. de adq. her.*

5. *Veniam dedisse*] Quod jus cum singulare fuerit, uni ex singulari gratia à Principe concessum ut mox sequitur, ad consequentias produci non debuit; & ideo existimo, contrà quam Wesemb. & Bachovius, nec prætorem in proposito majoribus 25. annis subvenire solitum ex clausula generali edicti, *Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur.* Merito namque his objicietur, quod cum possent spatium ad deliberandum non patierint. Aut enim contemserunt beneficium juris, & indigni sunt auxilio; aut stulte omisserunt, id est in jure errantes, quibus succurri non solere constat, *l. pen. in pr. & §. ult. de jur. & fact. ign.* Plane si nihil sit quod heredi imputari queat, non negaverim causa cognita audiendum: veluti si emerserit postea æs alienum quod toto tempore deliberationis latuerat, nec sciri ab herede quamvis omnia diligenter explorante potuit per *d. l. 8. de jur. delib.* Neque enim simplex facti ignorantia cuiquam nocere debet.

Gordianus postea militibus] De jure quod Gordianus militibus concessisse dicitur sic scri-

Scribit Justinianus *l. ult. C. de jur. delib. Sed & Veterum constitutionem non ignoramus, quam D. Gordianus ad Platonem scripsit, de militibus qui per ignorantiam hereditatem adierunt, quatenus pro his tantummodo rebus conveniantur quas in hereditate defuncti invenerint; ipsorum autem bona à creditoribus hereditariis non inquietentur*; & hoc jus constitutionemque Gordiani postea §. *ult. ejusd. legis* confirmat, hoc addito, propterea à se introductum, ut etsi milites inventarium non fecerint, non ampliore tamen summa teneantur quam in hereditate invenerint.

6. *Sed nostra benevolentia commune omnibus hoc beneficium &c.*] Poterat tam paucis verbis quam quibus benevolentiam suam commendat ipsum beneficium explicare. Est autem illud quod vulgo appellatur beneficium inventarii; propterea quod confecto solemni rerum hereditariarum inventario heres hoc beneficium consequitur. Summa fere constitutionis Justiniani quæ extat in *l. ult. C. de jur. del.* hæc est, ut heres intra 90. dies ex quo sibi delatam esse hereditatem sciet, si res propinquæ sint, intra annum si longius absint, inventarium rerum omnino hereditariarum, præsentibus tabulariis ac testibus non minus tribus, ceterisque qui ad hujusmodi confectionem necessarii sunt, puta creditoribus, legatariis eorumve procuratoribus, *Nov. 1. cap. 2.* conficiat, ipse sua manu id subscribat, aut à tabulario testibus præsentibus subscribendum curet. Quo ita legitime confecto consequitur beneficium Justiniani, ut ne ultra vires hereditarias teneatur, neve actiones quas ipse contrà defunctum habuit aditione confundantur; sed ut possit non minus quod sibi debebatur retinere, quam creditores extranei suum exigere: quorum neutrum heredi tribuebatur jure veteri, *l. 8. de adq. her. l. 75. ff. de solut. l. 7. C. de pact.* Confectum ab herede fiduciario inventarium recte heredi fideicommissario cedi, cessumque ei prodesse; aut si heres non fecerit, ipsum sibi fideicommissarium recte facere, post Bart. in *l. 11. §. 5. ad legat. Falc. n. 9. & 10.* tradit Jas. in *add. ad Porc. §. 7. Inst. infr. de fideic. her.*

7. *Nisi omissa observatione nostræ const. deliberandum existimaverint*] Etsi Justiniano visum est, post introductum à se beneficium inventarii 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. §. 13. C. de jur. del.* Et vero cur relinqueret magna causa fuit. Habet enim confectio inventarii hoc incommodum quod necesse est detegi defuncti facultates; quod plerique omnes, si liceat, minime volunt. Deliberationem autem ita admisit, ut eam parentibus & intra præfinitum tempus hereditatem adeuntibus hæc duo onera imposuerit tamquam pœnam contenti beneficii sui: primum ut creditoribus in solidum tenerentur; quamvis inventarium cum omni subtilitate, ut ipse loquitur, fecerint: alterum ut si non fecerint inventarium etiam beneficio Falcidiæ privarentur, *d. l. ult. §. pen.* Novissime hoc insuper cavit, ut heres inventarium non conficiens solida legata præstet etsi vires patrimonii excedant, *Nov. 1. cap. 2.* Plura ad inventarium pertinentia qui nosse desiderat adeat DD. in *d. l. ult.* Clar. §. *testamentum quæst. 46.* Grass. *lib. 2, art. inventarium per tot.*

TEXTUS.

De adquirenda vel omittenda hereditate.

6. Item extraneus heres testamento institutus aut ab intestato ad legitimam hereditatem vocatus potest aut pro herede gerendo aut etiam nuda voluntate suscipiendæ hereditatis heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur si rebus hereditariis tamquam heres utatur, vel vendendo res hereditarias vel prædia colendo locandove; & quoquo modo voluntatem suam declaret vel re vel verbo de adeunda hereditate; dummodo sciat eum in cujus bonis pro herede gerit testatum intestatumve obiisse & se ei heredem esse. Pro herede enim gerere est pro domino gerere. Veteres enim heredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit: ita contraria destinatione statim ab hereditate repellitur. Eum qui surdus vel mutus natus vel postea factus est, nihil prohibet pro herede gerere & adquirere sibi hereditatem, si tamen intelligit quod agit.

COMMENTARIUS.

1 *Doctrinam hujus §. proprie pertinere ad heredes extraneos.*

2 *Duo dumtaxat esse distincta tamen inter se genera adquirendæ hereditatis, aditionem, & pro herede gestionem*

3 *Qui plura genera statuunt, eos egregie imponere studiosis disciplinæ juris.*

4 *Cretionem nihil aliud fuisse quam solemnem quamdam aditionem, contrà quam Joseph Sca-*

Scaliger ; & cur nulla hic cretionis mentio.

5 *Quibus ex rebus in eo quod geritur animus pro herede gerendi deprehendatur.*

6 *Porcii, Angeli, & Bachovii opinio de nuda animi destinatione notata.*

7 *Ut quis adeundo aut pro herede gerendo heres fiat, quarum rerum eum gnarum esse oporteat.*

8 *Variæ circa etymologiam heredis opiniones.*

9 *In repudiante hereditatem eadem ex contrario quæ in admittente requiri.*

10 *Etiam surdos & mutos pro herede gerere posse.*

11 *Quid si hereditas delata sit furioso, impuberi, infanti ?*

1. HIc §. ad suos heredes non pertinet sed ad extraneos dumtaxat. Explicantur enim hic rationes proximæ seu modi quibus hereditas adquiritur aut ejus adquirendæ jus amittitur, quorum neutrum in suis heredibus locum habet : quippe cum in hos dominium rerum paternarum quod jam ante habebant morte patris continuetur, dici non possunt aut adquirere hereditatem aut jure adquirendi excidere. Sane postquam prætor his abstinendi facultatem dedit desierunt quidem jure honorario esse necessarii, sui tamen heredes patri esse non desierunt, & ipso momento mortis paternæ heredes apparere, ut superius demonstravimus & arguunt nomina quibus in proposito prætor & prudentes utuntur. Sui enim non dicuntur adire, cernere hereditatem, aut pro herede gerere hereditatemve repudiare: quæ iis solis conveniunt quibus res sive hereditas tantum oblata est ; sed hereditatem retinere, immiscere se aut abstinere, derelinquere : quæ non dicuntur nisi de rebus partis & jam nostris, *l.* 14. §. 8. *de relig. l.* 7. *de jur. del. l.* 12. §. *ult. de bon. libert. l.* 11. *l.* 57. *l.* 71. §. 4. *l.* 87. *de adq. her.* & passim *eod.* Nam cum hæc, quod raro fit, nostri confundunt, ut in *l. ult. de success. edict. l.* 4. §. 1. *de fideic. lib. l.* 2. §. *ult. in fin. de jur. patron. l.* 1. §. 10. *ff. ad Tertyl. l.* 1. *C. de legit. her.* minus accurate loquuntur. Non plures autem modi quibus extraneis adquiritur hereditas hic proponuntur quam duo, aditio, & pro herede gestio sive geritio ; sic enim apellatur à Jurisconsulto in *d. l.* 14. §. 8. *de relig.* Utrum autem hi modi ut nominibus ita & re ipsa inter se distincti sint necne ; item an non plures sint quam hi duo, videbimus in exegesi textus.

1. *Aut pro herede gerendo aut etiam nuda voluntate*] Omnis hereditas sive testamento delata sive ab intestato heredi extraneo adquiritur sola voluntate & animo, uti quisque hanc voluntatem de suscipienda hereditate declaraverit. Declaratur autem hæc voluntas vel verbis vel re aliqua & facto: quorum prius qui facit, adire ; qui posterius pro herede gerere in usu juris dicitur. Unde duo genera adquirendæ hereditatis, aditio, & pro herede gestio, *l.* 25. §. 7. *l.* 69. *de adq. her. d. l.* 14. §. 8. *ff. de relig. l.* 19. *C. de jur. del.* quibus in locis observare licet, genera hæc sic appellationibus distingui, ut neque qui adit dicatur pro herede gerere ; neque qui pro herede gerit dicatur adire, quemadmodum etiam hoc loco ut diversa aperte distinguntur, pro herede gerere, & nuda voluntate hereditatem suscipere; ut proinde minime assentiendum sit Wesembecio asserenti nihil inter hæc duo interesse. Equidem fateor nihil obstare verborum significationem quominus qui pro herede gerit dicatur adire, & qui adit pro herede se gerere, ut hæc etiam postea confundere videtur Justinianus, & Jurisconsultus in *l.* 14. *de interrog. in jur.* Sed distinctionis causa usus Veterum hæc ita trivit ut in diverso genere ponerentur, & adire diceretur qui nuda testatione heredem se profiteretur; pro herede gerere, qui facto aliquo eamdem voluntatem declararet. Neque hoc negat Ulp. *l.* 20. *de adq. her.* cum ait, pro herede gerere non tam facti esse quam animi. Hoc enim solum significat, ut quis pro herede gessisse videatur, in eo non tam quid factum sit, quam quo animo factum sit spectandum esse, ut locus ipse ostendit. Magis Paulus id negare videri potest, *l.* 88. *de adq. her.* ubi definit, eum pro herede gerere qui animo agnoscit successionem, licet nihil attinet hereditarium. Sed apparet Jurisconsultum verbum attingendi strictius eo loco usurpare, negareque eum attingere qui retinet domum pignori obligatam, ut hereditariam ; quem tamen revera attingere constat, eoque tamquam facto aliquo non nudis verbis voluntatem declarari.

3. Hoc ita constituto, videamus an non plura sint genera adquirendæ hereditatis quam duo illa de quibus diximus, & quæ sola hic ab Imperatore proponuntur. Et plura non esse omnino statuendum est, cavendumque ab iis qui scribunt hereditatem adquiri quinque modis, cretione, aditione, pro herede geri-

geritione, immixtione, & agnitione egregie studiosis hujus disciplinæ imponentes. Nam primum immixtio tota hinc aliena est: quoniam sui heredes, quorum propria est, hoc facto nihil novi adquirunt quod antea non habuerint, sed quæsitum jam ab initio attingentes id se retinere velle declarant, ut supra abunde probatum est. Agnitionem vero statuere modum adquirendæ hereditatis diversum ab aditione, magnæ inscitiæ est. Quid enim est aliud agnoscere hereditatem, quam declarare se velle heredem esse? & hoc quid aliud quam adire? Quod si tot species adquirendæ hereditatis facere liceat, quot diversis verbis in hac re Veteres utuntur, jam non modo quinque sed vel actio aut plures etiam erunt. Non enim tantum agnoscere hereditatem à Veteribus dici legimus, sed etiam hereditatem amplecti, suscipere, admittere, *l. 6.* §. 2. & 3. *l.* 40. *in fin. l.* 87. *de adq. hered.* Sed plura scilicet hæc verba sunt, res ubique una & eadem.

4. Cretio quoque olim nihil aliud fuit quam solemnis quædam aditio, idque ostendit formula cretionis relata apud Ulpian. *in fragm. tit.* 22. §. 23. his verbis: *Cum me Lucius Titius heredem instituerit, eam hereditem adeo cernoque.* Et Festus, *Crevi*, inquit, *modo significat hereditatem adii*; in quem locum quod Josephus Scaliger notat, *crevi non proprie significare hereditatem adii*, errorem esse convincit prædicta formula; & quod Festus dicit, *crevi*, *hereditatem adii*, id Ulpianus *d. tit.* §. 21. & §. 26. sic exprimit, *cernendo fit heres.* Varro *lib.* 5. *de ling. Lat. Cernito in testamento, id est, facito videant te esse heredem.* vid. Pet. Fabr. 2. *semestr.* 22. Hic autem consulto mentio cretionis omissa, quia sublata solemnitate quam olim desiderabat *l.* 17. *C. de jur. del.* hereditas etiam cum cretione delata adquiri posse cœpit, aut aditione simplici, id est, quavis aperta testatione voluntatis de suscipienda hereditate, aut etiam pro herede geritione: quod olim secus erat. Ulpian *d. loc.* Atque hoc illud est quod paulo post Justinianus ait, *Et quoquo modo voluntatem suam declaret vel re vel verbo.* Sed quid laboramus? Non tantum loci omnes in quibus ex professo de modis adquirendæ hereditatis agitur, uti in *l* 69. *de adq. her. l.* 14. §. 8. *ff. de relig. l.* 19. *C. de jur. del.* ostendunt pluribus quam duobus distinctis modis hereditatem non adquiri; sed etiam res ipsa evincit non posse pluribus modis adquiri. Illud enim palam est voluntatem suscipiendæ hereditatis hic totum facere, tantum relinqui ut illa declaretur. Atqui pluribus modis declarari non potest quam his duobus, aperta testatione, aut aliquo facto; illud autem Veteres aditionem, hoc pro herede gestionem sive geritionem appellant. De cretionibus Antiquitatis amantes plura invenient apud Brisson. *lib.* 7. *de formul.* Rævard. *de auct. prud. cap.* 8. Gregor. Tholos. 46. *syntagm.* 2. *n.* 6.

5. *Si rebus hereditariis tamquam heres utatur*] Diximus hereditatem extraneis heredibus non adquiri nisi voluntate & destinatione animi; eum autem animum qui aperta testatione declarat, dici adire; qui facto aliquo, dici pro herede gerere. Adire cum sit apertæ testationis, nemo dubitare potest quid hac testatione heres voluerit. At si quid heres gesserit, ambigi potest quo gesserit animo: quoniam facta non loquuntur & exerceri possunt alio animo quam pro herede gerendi. Potest enim quis attingere res hereditarias ut tamen id non faciat quasi heres, *l.* 20. *in pr.* & §. 1. *de adq. hered.* Quibus igitur ex rebus in eo quod ab herede geritur animus pro herede gerendi deprehenditur? Ex multis sane. Finge, heredem quid fecisse quod citra nomen & jus heredis facere non potuit veluti si conditionis implendæ causa quid acceperit ex judicio testatoris, *d. l.* 20. §. 4. aut gessisse aliquid quod non nisi heres utiliter & cum effectu gerere potuit, puta servos hereditarios manumisisse, *l.* 42. §. 2. *eod. tit.* eum qui hæc facit perspicuum est quasi heredem facere, eoque & pro herede gerere videri. Quid si rebus hereditariis usus sit, ædes inhabitaverit, agros coluerit aut locaverit, servis cibaria præbuerit, pecora, jumenta paverit, æs alienum solverit, res quasdam hereditarias distraxerit? Creditur suo potius nomine quam alieno hæc fecisse & in his omnibus gessisse pro herede, nisi contra doceat se nihil horum quasi heredem fecisse; sed vel ut custodiat, aut quia sua putavit, aut quia quid fecit dum deliberaret, ut res salvæ essent; ideoque in hujusmodi factis consultum est, initio heredem testari se quod facturus est non facturum ut heres esse velit, *d. l.* 20. §. 1. *ff. de adq. hered. l.* 1. *C. de repud. hered. l.* 2. *C. de jur. del.* Plane si defunctum funeravit, ex eo solo non videbitur pro herede gessisse: quia id officium humanitatis jure cuivis præstari potest. Majoris tamen cautionis est si hic quoque protestetur, *l.* 14. §. 8. *de relig.*

Et

Et quoquo modo voluntatem declaret, vel re, vel verbo] Aut pro oratione disjunctiva hæc accipienda sunt in qua repeti intelligatur quod prius dictum est, hereditatem adquiri vel pro herede gerendo, quod nunc dicatur re voluntatem declarando; vel nuda voluntate, quod nunc dicatur verbo voluntatem declarando; aut fatendum est, quod supra dixi, Justinianum verbum *pro herede gerere* hic latius accipere quam in pr. §. eoque comprehendere utrumque adquirendi modum, tam verbis quam re. Utcumque sit, voluntas amplectendæ hereditatis aut facto aliquo aut aperte verbis declaranda est; siquidem, ut vulgo dicitur, propositum in mente retentum nihil operatur. Ideoque quod Accursius in *l. 2. de interrog. in jur.* ait, hereditatis aditionem consistere in occulta voluntate, non sic accipiendum est, eum qui nude destinavit & apud se constituit hereditatem adire, hac destinatione hereditati obligari; sed ita, neminem obligari ut heredem, nisi qui ea mente quid gessisse aut protulisse probetur ut heres fieret. Id autem in occulto positum esse, ac proinde probatu difficillimum.

6. Neque vero etiam Porcio & Angelo assentior qui existimant nuda animi destinatione heredem aliquem fieri & obligari in foro conscientiæ, quo etiam inclinare videtur D. Bachovius: nam ut recte Bartolus in *l. 88. de adq. her.* nemo velle videri debet quod non aliquo modo declaraverit; & prudentissimus simul ac doctissimus Viglius hic, *Variæ*, inquit, *sunt humanæ mentis inclinationes, ut nunc ad adeundum, nunc ad repudiandum propendeant; & tunc demum velle aliquid videmur cum animum nostrum exteriore aliquo signo confirmavimus. Alioqui quid est humanis cogitationibus vel inconstantius vel mutabilius? Nec Deum*, inquit, *velle arbitror ut hujusmodi indiscreta voluntate illaqueemur.* Illud in transitu moneo, pure hereditatem adeundam esse non sub conditione; nam si quis, verbi causa, dixerit: *Si solvendo hereditas est eam adeo*, nulla aditio est, *l. 51. §. ult. de adq. her.*

7. *Dummodo sciat testatum intestatumve obiisse, & se ei heredem esse*] Duo requirit Imp. ut quis adeundo aut pro herede gerendo heres 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 hereditas, *ll. 19. 27. 32. & 94. de adq. her.* Ponamus ergo, agnatum proximum cum ignoraret se heredem scriptum hereditatem tamquam legi sibi delatam adiisse prove domino bona administrasse, heres non erit; nam ut pro herede gerendo se quis obstringat hereditati, scire debet qua ex causa hereditas ad eum pertineat, auctore Paulo *l. 22. eod.* Alterum est ut sciat se heredem esse, id est, hereditatem 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. 32. §. ult. eod.* Adhæc etsi sciat se heredem institutum, sed utrum pure an sub conditione ignoret, non poterit adire hereditatem, *d. l. 32. §. 1. de adq. her.*

Veteres heredes pro dominis appellabant] Sic etiam Festus: *Heres*, inquit, *apud antiquos pro domino ponebatur*; quod & Plauti confirmat auctoritas, apud quem Menæchmus peregrinus de palla sic loquitur, Menæchm. *act. 5. scen. 2. v. 11.*

Prandi, potavi, atque abstuli
Hanc, cujus heres numquam erit post hunc diem.

Atque hinc est quod pro herede gerere & pro domino gerere, hereditas & dominium à nostris promiscue usurpetur, *l. 22. de adq. hered. l. 2. §. ult. de bon. poss. sec. tabb.*

8. Quæ res eos juvare videtur qui heredem 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 *heres* dicatur quasi *hærens*, eo quod proximus defuncto in bonorum dominio hæreat. Sed hic obstat quod *heres* & *hereditas* sine diphthongo scribi in M. Tullii libris annotavit P. Victor & in Pandectis Florentinis Cujacius. Atque ideo Hotomannum existimo maluisse derivare hanc vocem ab *hera*, quod terram significat: unde sit *heredium*, Varroni agellus qui heredem sequebatur. Ceterum non sunt hæc magni momenti; nec quantitas syllabæ semper in derivatis retinetur, quod vel pueri in scholis sciunt & docet Gellius *lib. 12. cap. 3.* quamquam ille exemplis ad id demonstrandum parum aptis utitur.

9. *Contraria destinatione statim ab hereditate repellitur*] Eadem autem omnia in repudiante requiruntur quæ in hereditatem admittente; ut voluntatem declaret aut aperte verbis, puta ut dicat se heredem esse nolle, scriptove aut nutu id testetur, *l. 95. de adq. hered.* aut re aliqua & facto unde ea voluntas colligatur: cujusmodi est si heres institutus idemque legitimus de testamentaria he-

reditate nihil aperte statuens, legitimam aut adierit aut repudiaverit; creditur enim qui hoc fecit eodem momento testamentariam repudiasse, *l.* 17. §. 1. *l.* 77. *eod. tit.* item si præteritus aut exheredatus ab herede instituto, cum sciret eum heredem esse, emit aliquid aut prædia conduxit, vel ei solvit quod testatori debebat; his enim factis & judicium defuncti agnoscere intelligitur, & jus suum repudiare, *l.* 23. §. 1. *de inoff. test.* Scire item debet qui repudiat, vivat is de cujus hereditate agitur necne; testatus an intestatus decesserit; heres necne ei sit; pure an sub conditione sit heres institutus. Postremo de sua quoque & defuncti conditione certus esse debet; alioqui uti adeundo ita repudiando nihil agitur, *ll.* 13. 15. 16. 17. 18. 19. 32. & 94. *de adq. hered.*

10. *Qui surdus vel mutus natus vel postea factus*] Mutus, necnon surdus etiam ita nati, pro herede gerere & obligari hereditati possunt, *l.* 5. *l.* 93. *in fin. d. tit.* Diserte autem dicitur pro herede gerere, quia hi voluntatem verbis declarare nequeunt. Et pertinet hoc utique etiam ad surdos qui naturâ tales sunt, quos loqui non posse constat. Enimvero si quis casu aliquo surdus factus sit, quin ut loquendo ita & verbis voluntatem declarando heres 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, arg. *l.* 95. *eod.*

11. Quod si hereditas delata sit ei cujus nulla voluntas est qualis est furiosus, curatori tradetur hereditas administranda, ea lege ut si furiosus postea 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 hereditas? Quod hujus judicio deest supplebit tutoris auctoritas, *l.* 49. *de adq. hered. l.* 9. §. 3. *ff. de auct. tut. l.* 5. *C. de jur. del.* In infante novum jus à Theodosio constitutum est, ut ipse tutor nomine infantis hereditatem adire possit, *l.* 18. *C. d. tit.* Quod si impubes in potestate sit hic auctore patre recte adibit, *l.* 8. §. *ult. de adq. hered.* neque obstat quod impubes qui in potestate parentis est ne auctore quidem patre obligatur, §. 9. *in fin. Inst. infr. de inut. stip. l. ult.* §. 2. *de verb. oblig.* quia in proposito non obligatur ipse impubes, sed pater cui hereditatem adquirit. Ceterum in adventitia hereditate dicendum est, ab illa regula recessum esse juniorum Principum constitutionibus, *d. l.* 18. §. *ult. C. de jur. del. l. ult.* §. 6. *C. de bon. quæ lib.* Don. ad *d. l. ult.* §. 2. *n.* 7. *de verb. oblig.*

TITULUS XX.

DE LEGATIS.

Dig. lib. 30. 31. *&* 32. *Cod. lib.* 6. *tit.* 37. *Et lib.* 3. *tit.* 5. *for. legg. Part.* 6. *tit.* 9.

Ratio ordinis cum summa eorum quæ hîc explicantur.

COgnita ratione deferendæ hereditatis ex testamento rectâ procedendum videbatur ad partem alteram quæ docet quomodo deferatur hereditas ab intestato, ac sine flexu iter institutum continuandum donec omnes per universitatem adquisitiones percursæ forent. Eò enim nos ipse rerum ordo & dispositio partium deincepes tractandarum facta §. *ult. Inst. sup. per quas pers. cuiq. adq.* quasi manu ducit. Sed Imp. hic aliquantum à cœpto deflectit propter legata & fideicommissa; nec absque ratione, nam cum legata & fideicommissa non minus testamento relinquantur quam hereditas, & 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 maxime de his disputetur; atque ob hanc etiam causam id in hunc locum collatum est, *d.* §. *ult.* cum alioqui legata & fideicommissa sint modi in quibus non universitas sed res singulæ adquiruntur. 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 fideicommissis & quæ postea

ea secuta exæquatio : quæ res dari legari possint vel non possint, quibus recte legetur aut contra: postremo quædam quæ ad veterem formam legandi pertinebant mutantur.

TEXTUS.

Continuatio.

Post hæc videamus de legatis : quæ pars juris extra propositam quidem materiam videtur; nam loquimur de iis juris figuris quibus per universitatem res nobis adquiruntur ; sed cum omnino de testamentis & de heredibus qui in testamento instituuntur loquuti simus , non sine causa sequenti loco potest hæc juris materia tractari.

COMMENTARIUS.

DE *iis figuris quibus per universitatem*] *Figuris* , id est , *causis* , *modis* , *rationibus.* Docemus, quibus modis res universæ adquiruntur ; legatis autem adquiruntur res singulæ , quorum idcirco tractatio hinc aliena videatur. Repetenda vero est memoria ejus quod notavimus in expositione §. *ult. Inst. sup. per quas pers. cuiq. adq.* in hac distinctione adquisitionum non solius objecti rationem haberi , verum etiam ipsorum modorum & causarum adquirendi : legatum esse modum & titulum adquirendi singularem , hoc est comparatum ad adquirendum res singulas, non universas ; & ideo licet universitas , pars bonorum aut hereditatis alicui legata sit , quod fieri posse constat , *l.* 23. *l.* 26. §. 2. *de legat.* 1. *l.* 39. *de vulg. & pup.* Ulpian. *in fragm. tit. de legat.* §. 23. tamen hunc legatarium non fieri juris successorem , *d. l.* 26. §. 2. proinde nec ullas actiones hereditarias aut active aut passive in eum transire : ob quam causam olim factum ut stipulationes partis & pro parte inter hujusmodi legatarium & heredem interponerentur , §. 5. *Inst. infr. de fid. her.* Quod autem parte hereditatis legata non deducuntur impensæ , puta pretia servorum manumissorum aut sumtus funeris, *l.* 8. §. *ult. de legat.* 2. hoc non tribuit legatario successionem juris ; sed tantum dicitur ad differentiam ejus quod observatur cum pars bonorum quæ tempore mortis fuit legatur, quo casu impensas deduci placet , *l.* 9. *d. tit.* Sic cum in specie *legis* 76. §. 1. *de legat.* 2. Lucio Sempronio legata proponitur hereditas Publii Mævii , eam Sempronius non suscipit ut hereditatem , sed ut bona quæ à Mævio ad testatorem pervenerunt.

TEXTUS.

Definitio.

1. *Legatum itaque est donatio quædam à defuncto relicta , ab herede præstanda.*

L. 1. *tit.* 9. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Legatum unde dictum.*

2 *Cur particula* quædam *donationi in definitione adjecta.*

3 *Consultò pro* testamento relicta , *ut est in definitione Modestini , hic positum* à defuncto relicta.

4 *Verba* ab herede præstanda *non videri otiosa , ut quidam censent.*

1. LEgatum , inquit Ulpianus *in fragm.* *hoc tit.* est quod *legis modo* , id est , *imperative* testamento relinquitur : quæ notatio quædam est & ratio nominis ; ceterum quia hoc longiuscule petitum videtur, alii potius *legare* dictum putant à *legendo*, quatenus hoc verbum deligere & decerpere significat : quod & Florentinum existimasse credibile est , ac proinde legatum definivisse *delibationem hereditatis* , *l.* 116. *in pr. de leg.* 1. Nam delibare decerpere est. Cic. *in orat. pro Sext. cap.* 56. *Omnes undique flosculos carpere atque delibare.* Quæ autem decerpuntur, leguntur. Virg. *Eclog.* 3. *v.* 92.

Qui legitis flores & humi nascentia fraga.

Nec dissimili admodum ratione Varro *lib.* 4. *de ling. Lat.* legatos à *legendo* appellatos tradit, quia scilicet *publice lecti sint ut mittantur.* Ceterum etymologia Ulpiani convenientior videtur latitudini significationis verbi *legare*, in qua usurpatur in illo legis XII. tabularum , *Uti quisque legassit* &c. ubi hoc verbo *legassit* continentur etiam heredum institutiones , denique quidquid verbis directis paterfam. in testamento caverit confirmatur , *l.* 120. *de verb. sign.* VINN. Immo etymologiâ Ulpiani nihil est verius. Legare enim prima productâ non significat delibare vel decerpere , sed mandare jubere legem dicere. Unde & legare dicitur paterfam. etiam quando heredem ex asse instituit. Placuit vero hoc vocabulum Veteribus , quia , ut supra monuimus,

mus, testamenta legis modo condebantur in comitiis calatis. Quare nec legata aliter relinqui poterant quam verbis directis, & ut ita dicamus, legislatoris, e.g. *habeto*, *heres damnas esto*, *sinito &c.* Plura eam in rem diximus in *Antiq. Rom. hoc tit.*

2. *Donatio quædam*] Particulam *quædam* Modestinus in sua legati definitione non addidit, *l.* 36. *de legat.* 2. Non est tamen omnino supervacua ut quidam putant. Quippe legatum proprie donatio non est; in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, nec mortis quidem causa, ut supra demonstravimus sub §. 1. & 2. *Inst. de donat.* Legatum autem sola testatoris voluntate constat; atque ita tamen ut suspendatur & post mortem testatoris adhuc pendeat ab aditione hereditatis: quod iterum secus in donationibus etiam iis quæ mortis causa fiunt, *l.* 5. §. 17. *de his quæ ut indign.* Quapropter nec inter genera donationum, ubi de his ex professo agitur, legatum numeratur. Est vero nihilominus peculiaris quædam & quasi proprii generis donatio; proficiscitur enim totum à liberalitate testatoris, estque titulus mere lucrativus: quam ob causam etiam separatur ab hereditate, quæ onera quoque continet & interdum damnosa est, *l.* 32. *mandati*, *l.* 119. *de verb. signif.* Additum igitur generi est συγκατηγόρημα (*adminiculum*) *quædam*, ut sciamus genus hoc non simpliciter sed quadamtenus & ratione analogica speciei definitæ convenire. Neque quidquam hactenus contra legem aut modum definiendi. Vid. Goclen. *de trop. defin. can.* 9. *except.* 1.

A defuncto relicta] Directo scilicet & proxime à defuncto non per interpositam mediam personam, ut excludatur fideicommissum quod quidem etiam relinquitur à defuncto, sed ἐμμέσως (*mediate*) atque ita ut relictum prius alteri quæratur, atque in hujus persona consistat.

3. Videtur autem Tribonianus pro eo quod est in definitione Modestini, *testamento relicta*, consultò 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 legata quam fideicommissa non testamento tantum sed etiam ab intestato relinqui posse cœperunt, aut codicillis testamento non confirmatis: quod secus fuit jure veteri quo legata tantum ex testamento valebant, §. 10. *Inst. infr. de fid. her.* Id quod Modestinus indicare voluit, & Florentinus significat cum legatum sic describit ut sit *delibatio hereditatis* (μείωσις κληρονομίας, *imminutio hereditatis*, Basil. 44. *tit.* 1. *cap.* 1.) *qua testator ex eo quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*, *l.* 116. *in pr. de legat.* 1. Eadem differentia indicatur ab Ulpiano *in fragm. tit. de fideicomm.* §. 3. & 6.

4. *Ab herede præstanda*] Hæc verba non agnoscunt Theoph. Cujac. Hotom. Wesembecius. Baro à sciolo aliquo adjecta ac proinde inducenda putat. Et fatendum sane 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 excecutionem. Ceterum causam nullam admodum video, cur cum extent in vulgatis codicibus deleri atque ex iis expungi debeant. Sæpe enim nosrri latioris explicationis gratia quædam definitionibus adjiciunt quæ ad essentiam rei definitæ non pertinent, ut videre est in definitione tutelæ, *l.* 1. *de tut.* item furti, *l.* 1. §. 3. *de furt.* quod & hìc factum videtur. Sed dixeris vel ideo delenda esse, quia post exæquationem legatorum & fideicommissorum non tantum ab herede sed etiam à legatario legari potest. Ego vero nego quod ita relictum est proprie legatum esse, licet concedam jure legati censeri: de quo nonnihil iterum infra *tit. Inst. de fideic. her. in pr.* Illa autem levicula sunt ob quæ nonnulli clausulam hanc inducendam putant, primum quia legatum ab ipso testatore nonnumquam præstetur, *l.* 22. *de legat.* 2. deinde quod quæ legantur recta dicuntur transire ad legatarium, *l.* 64. *de furt.* Nam ad primum quod attinet, constat legatum omne sic relinqui ut præstetur post mortem testatoris & proinde ab herede. Quod si testator antevertat & ipse præstet dum vivit, mutatur voluntate testatoris quod legatum erat in donationem inter vivos, per *l.* 84. §. 11. *de legat.* 1. Quod vero legatum recta à defuncto transire dicitur in legatarium, id tantummodo pertinet ad rei legatæ dominium; nam possessio nihilominus ab herede petenda & præstanda est. Neque enim potest quisquam sibi jus in rem dicere, aut legatarius privata auctoritate occupare legatum; alioqui heredi potestas est id revocandi interdicto quod legatorum, *l.* 1. §. 2. *quod legat.* de quo vid. Clar. §. *testamentum quæst.* 68. Peck. 1. *de testam. conjug.* 48. Christin. *vol.* 4. *decis.* 36. Sed & translatio illa dominii ficta potius

est

est quam vera, & ideo introducta maxime ut legatarius post diem legati cedentem decedens ad heredem legatum transmittat, *l.* 3. *l.* 5. *quand. dies leg.* Porro notanda obiter triplex legati significatio. Nam & actum ipsum legandi denotat, ut hic & in definitionibus Modestini & Florentini; & nonnumquam titulum seu causam, ut *tit. ff. pro legato.* Frequentissime autem designat rem ipsam legatam.

TEXTUS.

De antiquis generibus legatorum sublatis.

2. *Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, 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 cum 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 legatariis id persequi, non solum per actiones personales sed etiam per in rem & per hypothecariam. Cujus constitutionis perpensum modum ex ipsius tenore perfectissime accipere possibile est.*

Vid. l. 26. *tit.* 13. *Part.* 5.

COMMENTARIUS.

1 *Pro formularum diversitate olim quatuor genera legatorum fuisse, non solum nominibus distincta, sed etiam naturâ & jure.*

2 *Primum Justinianum effecisse ut omnium eadem vis esset, salva tamen manifesta voluntate defuncti.*

3 *Explicatur vetus differentia circa potestatem agendi inter legatum vindicationis & damnationis sublata constitutione Justiniani.*

4 *Hypothecariam beneficio Justiniani accepto ferendam: qua de re, adversus quos ea competat; aliaque nonnulla eodem pertinentia.*

1. *PEr vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem*] His nominibus sic genera hæc distincta atque appellata fuerunt à verborum formulis cujusque generis propriis, aut earum unâ aliqua. Per vindicationem his verbis legabatur: *Do, lego, capito, sumito, tibi habeto, vindicato.* Per damnationem ita: *Heres meus damnas esto dare, dato, facito, heredem meum dare jubeo.* Sinendi modo sic: *Heres meus damnas esto sinere L. Titium sumere illam rem sibique habere.* Per præceptionem uni ex heredibus legabatur hac formula: *L. Titius mihi ex parte heres illam rem præcipito, aut præcipuam habeto.* In formula legandi per vindicationem & præceptionem verba testatoris ad legatarium diriguntur; in legato damnationis ad heredem; in sinendi modo formula mixta videtur. Non tantum autem hæc genera verborum formulis, sed naturâ quoque & jure distincta fuerunt. Per vindicationem & præceptionem legari solum poterat res testatoris propria; sinendi modo etiam heredis; per damnationem etiam aliena. In duobus prioribus, genere legato aut duabus rebus disjunctim, electio erat legatarii; 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 heredis. Quod per vindicationem relictum erat petebatur actione in rem (quamquam eo nomine & in personam ex testamento agi poterat); quod per damnationem id actione in personam ex testamento persequendum erat. Nomine quoque ejus quod sinendi modo relictum erat non aliam actionem quam ex testamento competisse post Theoph. Bachovius scribit; Gajus, etiam vindicari potuisse, *lib.* 2. *Inst. hoc tit.* §. *pen.* quod ego locum habuisse puto cum res testatoris propria hoc genere legati relicta esset. Quod per præceptionem coheredi datum erat, eo nomine familiæ erciscundæ agebatur in coheredes. Hæc fere & quædam alia hujusmodi reperiuntur apud Ulp. *in fragm. tit.* 24. Gajum *lib.* 2. *Inst. tit.* 5. Paul. 3. *sent.* 6. & Theophil. *hic.* Si cui vacat, etiam per me licet adeat Ant. Fab. 6. *conject.* 1. caute tamen VINN. Recte Gajum interpretatur Vinnius. Si enim res propria heredis vel testatoris alicui sinendi modo fuerat relicta, & legatarius eam vindicabat; tunc heres non contra vindicare, nec dicere poterat: *Et ego ajo illam rem meam esse*; quia jussus erat sinere ut legatarius rem sibi haberet. Præclare hoc observavit vir cl. Ant. Schulting. ad *Gaj. Inst. lib.* 11. *tit.* 6. §. 6. *p.* 120. Ceterum septemdecim horum legatorum differentias ex jure antiquo erudite erutas habuit Merill. *obs. lib.* 6. *cap.* 32. *p.* 175. HEIN.

Con-

Constitutionibus DD. Principum verborum solemnitas sublata] Significatur *lex* 21. *C. hoc tit.* quæ una quidem constitutio est, sed trium Impp. Constantini Constantii & Constantis, quos si singulos spectes totidem dici possunt Imperatorum constitutiones. Hi iidem Impp. etiam verborum solemnitatem & observantiam sustulerunt in institutionibus heredum, & in amplectenda bonorum possessione, *l.* 15. *C. de testam. lex ult. C. qui admitt. ad bon. poss.*

Nostra autem constitutio] Est *lex* 1. *C. commun. de legat.* Sublata in legatis verborum solemnitate, etsi licebat aliis verbis, idem quod typica significantibus, in unoquoque genere uti; nec Latino tantum sed etiam Græco aut Gallico aut cujuscumque alterius generis sermone legatum relinquere, quod antea non licuisse pacta formularum verba arguunt, & testatur Ulp. *in fragm. tit.* 25. §. 7. manebat tamen adhuc vetus naturæ & effectorum in singulis generibus diversitas: verbi causa, nihilo magis res aliena per verba vindicationis legari poterat quam ante; aut legatum per damnationem relictum in rem actione peti.

2. Hanc generum differentiam primus sustulit Justinianus, omniumque legatorum unam voluit esse naturam, hoc est, unam omnium vim atque effectum, *d. l.* 1. *C. comm. de leg.* Quod si qua adhuc veteris discriminis vestigia in libris nostris tibi occurrent, scito, Tribonianum hæc per incuriam reliquisse, qui dum responsa Jurisconsultorum ad constitutionem Justiniani accommodare studuit, verba quidem hæc, *per vindicationem* aut *per damnationem*, ubique sustulit; rem autem ipsam & effectum reliquit. VINN. Id negari vix potest. Nam sic e. g. in legato per vindicationem portio deficiens conjuncto accrescere dicitur, *l.* 16. §. *ult. & l.* 34. *ff. de legat.* 1. *l.* 31. §. 1. *ff. de statu lib.* Contra in legato per damnationem illa deficiens portio non accrescit conjuncto, *l.* 16. *pr. ff. de legat.* 1. *l.* 16. *de legat.* 2. Non itaque dicendum cum Cujacio in *Paratitl. C. ad l. un. de cad. tollend. sub fin.* hanc differentiam non esse sublatam, sed Pandectarum compositores festinantius agentes vestigia omnia juris antiqui, quod Justinianus immutavit, non delevisse. Vid. Merill. *Variant.* Cujac. *lib.* 11. *cap.* 10. *p.* 241. HEIN.

Non verbis sed voluntatibus] Ætiologia hujus exæquationis; quæ talis tamen est ut quivis facile intelligat Imperatorem noluisse quidquam statuere, aut exæquationem istam valere contra manifestam voluntatem testatoris. Quamobrem si testator, verbi causa, generaliter quid legaverit, aut hoc vel illud disjunctim verbis executivis ad heredem directis, non dubitarem respondere in hujusmodi legato electionem tribuendam esse heredi, cum DD. comm. & Zas. in *l.* 37. *de legat.* 1. *n.* 22.

Non solum per actiones personales] In *d. l.* 1. *C. comm. de legat.* Utitur numero singulari. Intelligit autem actionem quæ Veteribus dicitur actio ex testamento, *l.* 69. §. *ult. l.* 82. *in pr. l.* 91. §. *ult. de legat.* 1. *l.* 29. §. 3. *de legat.* 3. *l.* 6. *de in lit. jur.* §. 6. *inf. hoc tit.* Hæc actio in personam est ex obligatione. Nam cui legatum datum est, is de eo præstando obligatum habet heredem à quo relictum est. Obligatio quasi ex contractu: quippe cum heres adit aut agnoscit hereditatem, intelligitur eam agnoscere cum sua conditione atque onere, scilicet ut præstet quod testator injunxit; atque hoc facto quodammodo cum legatariis contrahere videtur, §. 5. *Inst. inf. de obl. quæ quasi ex contr.* Ex quo apparet tertium possessorem hac actione conveniri non posse, heredem posse etsi non possideat, per *l.* 25. *de obl. & act.*

3. *Sed etiam per in rem*] Etiam olim legati obtinendi causa actio in rem prodita legatariis fuit, sed non de omni legato; ut ecce, de eo quod per vindicationem legatum erat præter actionem in personam competebat etiam in rem seu rei vindicatio; 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 quod rei per vindicationem legatæ dominium recta á testatore in legatarium transibat, *l.* 80. *de legat.* 2. *l.* 64. *de furt.* Quod autem per damnationem relinquebatur ejus rei dominium transibat ad heredem; & in hoc tale legatum simile erat fideicommisso quod ipsa formula evidenter ostendit, & quod etiam res aliena per hanc formulam recte legabatur. Jam vero certum est actionem in rem omni domino competere & soli, *l.* 23. *in pr. de rei vind.* eique consequens, ut in qua specie ad obligationem heredis accedit dominium legatarii, ibi legatario non tantum personalis sed etiam in rem actio detur; ubi autem sola heredis obligatio locum actioni facit, ibi non alia quam in personam actio competere potest. Ex constitutione vero Justiniani etiam pro legato damnationis consequendo actio in

rem

rem legatario dꝛtur : quippe jure legatorum omnium exæquato, tam ex legato damnationis quam vindicationis dominium rei legatæ recta ad legatarium transit. Illud forte aliquem turbabit, quod eidem ejusdem rei nomine duæ contrariæ actiones conceduntur, quarum alterâ intendat sibi dari oportere, alterâ se dominum esse contendat, contra §. 14. *Inst. inf. de act.* Respondent nonnulli speciale hoc esse in legatario, propterea quod tantum jure civili dominus factus sit, non etiam jure gentium: quod non placet; nihil enim refert quo jure dominium agenti quæsitum sit, *d. l.* 23. *de rei vind.* & in promtu alia responsio est, descendere nimirum hasce actiones ex diversis causis; in personam ex obligatione heredis; in rem ex jure dominii, quod statim á morte testatoris in legatarium transfertur : quamobrem agentem legatarium actione personali ex testamento petentemque ut res sibi detur, non considerari ut dominum, sed tantum ut creditorem qui heredem quasi ex contractu sibi obligatum habet. Rursus agentem in rem non considerari ut creditorem, sed ut dominum rem suam ab herede non ut obligato sed ut possessore vindicantem, nam & contra 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 utrâque, sed ut unâ, utra legatarius velit; unâ autem electa altera consumitur, *l.* 76. §. 8. *de legat.* 2. *l.* 84. §. *ult. l.* 108. §. 2. *de legat.* 1. Porro ut legati nomine etiam in rem actioni locus sit ponendi sunt termini habiles: primum ut legata sit certa species aut corpus, neque enim quantitate aut nomine legato vindicatio locum habere potest; deinde ut res quæ legata est propria testatoris fuerit, nam quod testatoris non est id ab eo non potest recta transire ad legatarium, *l.* 54. *de reg. jur.*

4. *Et per hypothecariam*] Priores duæ actiones etiam Veteribus, secundum 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 separation.* id, ut locus ipse indicat, junct. *l.* 1. §. 3. *eod. tit.* accipiendum est de specie pignoris prætorii, quod jure separationis creditores hereditarii in bonis defuncti habent, & post hos in eo quod superest legatarii, qui separationem impetraverunt. Agi potest hac actione hypothecaria in quascumque res à defuncto relictas adversus quosvis earum rerum possessores. Ajo, à defuncto relictas; siquidem non res heredis propriæ, sed hereditariæ ex hac causa pignori sunt legatariis ex dicta constitutione Justiniani. Neque tamen in his rebus numeranda videtur res testatoris quæ legata sit: quippe quæ statim fit legatarii; rei autem nostræ pignus non consistit, *l.* 45. *de reg. jur.* Actionem hypothecariam cum personali cumulari posse receptum est. Myns. 1. *observ.* 58. Charond. 4. *respons.* 52. cum vindicatione autem adversus eumdem cumulari non posse tradit Bald. in *auth. contra n.* 11. *C. ad sen. Treb.* sed Cyn. in *d. l.* 1. *n.* 10. *C. comm. de legat.* etiam harum cumulationem admittit, quem sequitur Bachov. in *Treutl. vol.* 2. *disp.* 13. *thes.* 7. Utut sit, certi juris est actiones quæ se invicem non consumunt successive intentari posse, nimirum ut etiam post sententiam in una latam altera in judicium deducatur; ratio autem non patitur ut per hypothecariam aut actio in personam consumatur aut rei vindicatio; ut proinde simpliciter verum esse non possit quod nonnulli simpliciter tradunt, tres hasce actiones elective concurrere non cumulative; sed nec pignus liberari debitore ad solvendum condemnato responsum est, *l.* 8. *C. de pign.* Illud pene supervacuum monere, actionibus hisce locum non esse nisi adita ex testamento hereditate; nam si hereditas adita non fuerit nihil eorum quæ testamento scripta sunt valet, *l.* 9. *ff. de test. tut. l.* 14. *C. de fideicomm.* nisi forte testator voluerit scripturam testamenti etiam pro codicillis valere, sive quod testamento relinquitur etiam ab heredibus legitimis præstari, *l.* 29. §. 1. *ff. qui test. fac. l.* 29. *C. de fideic. l. ult.* §. 1. *C. de codicill.* de quo plura Jas. *d. l.* 14. & post eum Sichard. *n.* 6. 7. & 9. Don. *n.* 9. & *seqq.* Illud in transitu monere non inutile visum, actionem hypothecariam quam Justinianus pro legatis aut fideicommissis concessit, ex constitutione ipsius inter plures heredes ipso jure divisam esse, *d. l.* 1. *in fin. C. comm. de legat.* quod speciale est & contra ordinariam naturam actionis hypothecariæ, quæ alias semper individua est, *l.* 65. *de evict.* introductum; ac proinde hoc non obtinebit in hypotheca aut pignore expresso quod testator legati aut fideicommissi nomine constituit, *l.* 26. *de pign. act.* cum in dubio credendum sit testatorem se conformare voluisse ad jus commune, *l. ult. C. de verb. sign.* Atque hinc intelligimus etiam post hanc constitutionem Justi-

ti-

tiniani adhuc utiliter pignus testamento constitui. Add. Christin. *vol.* 4. *decis.* 47. *n.* 3. & 4. Donellus tamen nihil in hoc putat esse singulare in *d. l.* 1. *n.* 12. VINN. Atqui de cumulatione actionum frustra quæritur si ex principiis juris Romani decidenda sit quæstio. Nam id jus cumulationem ignorare & ab ea plane abhorrere videtur, *l.* 6. *ff. de except. rei jud.* Nec contrarium liquet ex *l.* 1. §. 4. *de edendo*, & *l.* 12. §. 1. *ff. de adq. vel amitt. poss.* quarum altera ad primam editionem, altera ad mutationem actionis pertinet. Poterat itaque actor duas edere actiones, protestatus, ex altera se velle consequi quod se contingat; potest & relicta actione petitoria ad possessorium confugere, sed non duas actiones cumulare. Totum id jus ex jure Canonico videtur proficisci, quod praxis sequitur. Ceterum hæc docet, frequenter cumulari actionem personalem ex testamento & hypothecariam (modo non agatur adversus tertium possessorem, contra quem ex testamento agi nequit); non autem rei vindicationem & hypothecariam, cum alterutra sufficiat. HEIN.

TEXTUS.

Collatio legatorum & fideicommissorum.

3. *Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim Antiquitatem invenimus legata quidem stricte 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 permixtim de his exponendo studiosis adolescentibus quamdam introducamus difficultatem, operæ pretium esse duximus interim separatim prius de legatis & postea de fideicommissis tractare; ut naturâ utriusque juris cognita facile possint permixtionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.*

Vid. l. 14. *tit.* 5. *& l.* 28. *tit.* 9. *Part.* 6.

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 quam in fideicommisso.*

1. SUperiore §. didicimus legata omnia inter se exæquata esse, hic docetur ea etiam omnia & in omnibus exæquata esse fideicommissis, hoc est, communicatam ac confusam invicem etiam legatorum omnium & fideicommissorum naturam. Auctor hujus exæquationis itidem Justinianus est, *l.* 2. *C. comm. de legat.* quod etiam hoc loco expresse profitetur, & verum esse vel ex eo liquet quod Veteres inter legata & fideicommissa differentiæ, quas Ulpianus *in fragm.* & Gajus *lib.* 2. *Inst.* commemorant, certe maxima earum pars usque ad tempora Justiniani permanserunt. Quamobrem dubitandum non est, quin illud quod apud Ulpianum *l.* 1. *de legat.* 1. legimus, *per omnia exæquata esse legata fideicommissis* Triboniano acceptum ferri debeat, qui verba Ulpiani interpolando ea traxerit ad constitutionem Justiniani jam biennio fere ante editionem Pandectarum evulgatam. Etenim concessu Principis hanc potestatem compilatores Pandectarum habuerunt, ut pro arbitratu suo & adjicere quædam & detrahere scriptis Veterum possent, *l.* 1. *C. de vet. jur. enucl.* idque 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. Wesemb. *hic.* Covarr. in *cap. Raynaldus* §. 1. *n.* 3. *x. de testam.* Aliter & diversimode hoc expediunt Cujac. 8. *obs.* 4. Rævard. 3. *var.* 4. Robert. 2. *sent.* 13. quorum explicationes etsi non probo confutare tamen nolo, quia res non meretur ullam operam. Illud autem monendi sumus, hanc legatorum & fideicommissorum exæquationem pertinere tantum ad fideicommissa specialia quibus scilicet res singulæ relinquuntur; ad universalia sive ad hereditates fideicommissarias non pertinere; is enim cui ex fideicommisso restituitur hereditas heredis loco habetur: de quo uberius *infr. tit. Inst. de fideic. her.*

2. *Stricte concludentem*] Id est, strictam legatis naturam attribuentem, eaque cogentem intra verborum ac formularum angustias, &

vo-

voluntates testantium juris subtilitatis subjicientem. Quippe in legatis, utpote quæ ex legibus & jure civili ortum ducebant, certis quibusdam & solemnibus ac præscriptis verbis utendum erat sicut & in heredis institutione, nec aliis verbis relicta valebant: quæ verba idcirco legitima & civilia dicebantur, *l. 7. ff. de vulg. & pup. l. ult. C. de testam.* qualia sunt: *do lego, capito, sumito, habeto, heres meus damnas esto dare, heredem meum dare jubeo.* Atque ad hæc verba, quoniam fere imperativa sunt & legislationis propria, respexit Ulp. *in fragm. hoc tit.* legatum definiens, quod legis modo relinquitur. Ceterum prisca illa & præcisa verborum observantia jam 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, §. 10. *inst. infr. de fideic. her.* Gajus *lib. 2. Inst. tit. 7.* Præterea legatum relinqui non poterat ante heredis institutionem, nec post mortem heredis, nec à legatario aut fideicommissario, sed à solo herede, §. 34. *& seq. infr. hoc tit. & tit. Inst. de sing. reb. per fideic. rel. in pr.* Ulp. *in fragm. hoc tit.* §. 16. *& 20.* Gajus *d. tit. 7.* Denique verba legatorum stricte accipiebantur, neque in his, si perspicua erant & minime ambigua, facile admittebantur conjecturæ aut quæstio voluntatis, *l. 25. §. 1. de legat. 3.*

3. *Ex voluntate magis descendunt*] Quam ex lege aut certo jure. Quod significat Ulpianus *in fragm. tit. de fideic.* cum ait, *fideicommissum non ex rigore juris civilis proficisci, sed ex voluntate dari relinquentis.* Proinde in fideicommissis parum referebat quibus verbis relicta essent, modo certa esset testatoris voluntas, *l. 6. C. de fideic.* adeo ut fideicommissum non minus Græco quam Latione sermone relinqueretur, *l. 11. in pr. de legat. 3.* Ulp. *d. tit. §. 9.* Hoc amplius etiam nutu fideicommissa posse relinqui placebat, *l. 21. dict. tit.* Denique in interpretatione verborum fideicommissi, etsi ea minime obscura essent, magis tamen voluntas quam verba spectabatur, & conjecturis nihilominus erat locus, *d. l. 16. C. de fideic. l. 95. ff. de legat. 3.*

Pinguiorem naturam indulgentem] Non ea adstringentem verborum formulis, nec voluntatem relinquentis coërcentem intra rigorem juris civilis, laxioremque longe & benigniorem interpretationem in fideicommissis quam in legatis admittentem: unde nihil eorum quæ legatum vitiasse diximus oberat fideicommisso. Poterat & ab intestato relinqui, & codicillis testamento non confirmatis. Poterat relinqui & ante heredis institutionem & post mortem heredis. Poterat & à legatario & à fideicommissario, ut supra allegata simul docent. Erant & aliæ quædam inter legata & fideicommissa differentiæ, quarum Ulp. *in fragm. tit. 25.* & Gaj. *lib. 2. Inst. tit. 7.* meminerunt. Nobis hic omnes referri curæ non fuit. VINN. In his præcipua videtur, quod quibus legari non poterat iis fideicommitti posset, §. 1. *Inst. de fideic. hered.* Hinc deportatis, orbis, in cœlibatu viventibus legari non poterat, cum posset fideicommissum relinqui, immo & Latinis, cum hi legatum non caperent nisi intra centum dies jura Quiritium impetrarent. Ulp. *in fragm. tit. 17. §. 1. & tit. 25. §. 7.* Unde omnino apud Ulp. *tit. 25. §. 6.* legendum videtur: *Fideicommissa dari possunt his quibus legari non potest.* Hoc jus enim ante Ulpianum mutatum esse nondum constat. HEIN.

4. *Ut 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 æque ac fideicommissa & 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; & contrà 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 necessario effectum habeant, ne quid fiat contra voluntatem defuncti, quam non evertere sed conservare Justiniano propositum fuit. Cujus rei exemplum habemus in legato & fideicommisso libertatis, §. *pen. Inst. infr. 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.

5. *Si quid amplius est in legatis*] Mutata igitur est hæc exæquatio. In legatis hoc amplius erat quam in fideicommissis, quod aliquan-

quando, & scilicet legata re testatoris propria dominium recta in legatarium transibat, ex fideicommisso numquam: item quod pro obtinendo legato comparata erat legatario ordinaria actio ex testamento, aut quo casu dominium translatum erat etiam rei vindicatio; de fideicommissis una tantum competebat extraordinaria persecutio: de quo dicendum amplius *infr. tit. Inst. de fideic. her.* §. 1. Ceterum etiam hanc differentiam sustulit Justinianus, & fideicommissa vice mutua in his rebus exæquavit legatis, ut jam iisdem 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 disserit, tamquam inter legata & fideicommissa quædam adhuc differentiæ obtinerent, quas tamen certum est eum unà cum ceteris sublata voluisse: veluti in §. 10. *Inst infr. de fideic. her.* ubi ait, legata nisi ex testamento non valere; & in *pr. Inst. tit. de sing. reb. per fid. rel.* sic loquitur, quasi à legatario etiamnum legari non liceret.

TEXTUS.

De re legata. Et primum de re testatoris, heredis, aliena, cujus non est commercium.

4. *Non solum autem testatoris vel heredis res ted etiam aliena legari potest, ita heres 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 ejus 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 heredem probare oportere ignorasse alienam: quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit.*

LL. 10. *&* 13. *tit.* 9. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Quarum rerum legatum consistat aut non consistat.*
2 *Legem* XII. *tabb. non impedire quominus res aliena legari possit; & num jus Canonicum.*
3 *Quid juris sit in legato rei communis: quæstio subtilis & elegans.*
4 *Effectus legati rei alienæ.*
5 *Legatum rei simpliciter exemtæ commercio, aut usibus Ptincipis deserventis prorsus inutile esse; ut & regulariter earum rerum quæ ædibus junctæ.*
6 *Rei exemtæ commercio certæ personæ legatum valere si legatarius commercium habeat, sin minus secus: subjecta plenissima solutione omnium quæ obstare videantur.*
7 *Quid juris si feudum legatum sit.*
8 *Legatum rei alienæ nisi singulari conjectura adjuvetur, atque ita demum valere placuit si testator sciverit alienam esse; & cur legatario ejus rei probatio incumbat.*

1. INchoatur hìc tractatio de rebus quæ legari possunt aut non possunt, qui locus maximam hujus tit. partem occupat, nec est sine multiplici distinctione pervius. Primum hoc in genere teneamus, non solum res speciatim sic dictas sed etiam facta legari posse, ut qui jussus est facere parere debeat; nec solum res corporales sed etiam incorporales, puta usumfructum, servitutem, nomen. Deinde posse legari non modo res quæ actu sunt in rerum natura verum etiam quæ futuræ sperantur; quæ non sunt nec esse possunt earum legatum inutile esse: de quibus omnibus accuratius agemus suis locis. Porro 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 vero res talis sit certo respectu & vel ob specialem circumstantiam commercio exemta, cum alioqui per se & conditione sua sit in commercio, cujusmodi sunt marmora, columnæ, tigna ædificiis juncta: quæ inutiliter itidem uno atque altero casu excepto legantur; vel exemta commercio quorumdam non omnium, ut mancipatum Christianum, cujus commercium non habent hæreticus, Judæus, paganus *tit. C. ne mancip. Christ.* item militia, hoc est officium alicujus eorum qui in aliqua schola seu ordine inter statutos relati sunt,

ex

ex quo salaria à Principe consequentur: cujusmodi officiorum constat quoque non omnes jure capaces esse, Vid. Cujac. in *l.* 3. §. 7. *de minorib.* Sic prædii provincialis cum aliis commercium est, cum præside non item. Atque hujus generis res aliquando utiliter aliquando inutiliter legantur: de quo uberius paulo post. Quæ res legata in commercio est, ea vel est testatoris priora vel non est; & hæc iterum vel heredis vel legatarii vel tertii alicujus, quæ in hoc argumento specialiter dici solet res aliena. De re heredis scriptum hìc est, eam non minus quam rem testatoris legari posse; neque ullam hoc dubitationem habet, adeo ut hujusmodi legatum valeat etiamsi testator existimaverit rem suam se legare, *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. De re legatarii legata distinctè dicetur *inf. sub.* §. 10. *huj. tit.* De re aliena hìc itidem traditum est eam utiliter legari, cum ea tamen distinctione quam legatum rei testatoris aut heredis propriæ non recipit. Postremo illud quoque generaliter tenendum est, nullius esse momenti legatum earum rerum quæ legatæ nihil emolumenti aut commodi legatario afferunt, quamvis sint in commercio: de quo etiam inferius præcipietur diligentius sub §. 14. *huj. tit.*

2. *Sed etiam aliena*] Etiam res alienas legari posse semper constitit, & posse etiamsi difficilis earum paratio sit, ut ait Jurisconsultus *l.* 39. §. 7. *de legat.* 1. Nec obstat lex XII. tabb. quæ tantum de suo legandi potestatem facit, *l.* 120. *de verb. sign.* nam & qui legat rem alienam de suo legare intelligitur; onerat enim heredem ut rem redimat & redemtam præstet. Olim hoc proprium fuit legatorum quæ per damnationem relinquebantur, sicut indicat *l.* 30. §. *ult. de legat.* 3. & expresse testatur Ulpian. *in fragm. sub tit. de legat.* Hodie autem licebit in hac re etiam verbis legati vindicationis propriis uti, ut puta *do lego*, aut similibus. Sed & rem hostium legari posse placuit, si modo in ea causa sit ut aliquo casu emi possit, & jure commercii comparari, *l.* 104. §. 2. *de legat.* 1. Ejus rei quæ apud hostes est, bello scilicet capta, legatum omnimodo consistit jure postliminii, *ll.* 9. & 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. cap.* esse singularem quod 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. ultim. vol.* 10. Fachin. 5. *contr.* 38. At enim negari non potest quin Pontifex in *d. cap.* ostenderit sibi displicere rei alienæ legatum, cum id magis *sæculi legibus* quam *legi Dei* convenire significet. Quamobrem D. Tulden. *hìc cap.* 5. fatetur quidem improbari à Pontifice hanc juris civilis dispositionem; ceterum cum eam expresse non abroget, merito eam adhuc obtinere debere contendit: maxime cum probabili nitatur ratione, prolixius indulgendi supremis hominum desideriis, & eo tantum pertineat ut heres rem à domino redemtam aut, eo nolente vendere justam rei æstimationem legatario præstet. Crediderim Pontificem privata opinione putasse rei alienæ legatum legibus sæculi ita sustineri, ut eam rem velit nolit dominus suo pretio vendere teneatur; nam ut heres aut redemtione rei alienæ aut pretii illius præstatione oneretur, constat legi divinæ minime repugnare.

3. 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*; hìc enim portionem tantum deberi, id est partem quæ testatoris fuit non alienam diserte respondet Paulus *l.* 5. §. *ult. de leget.* 1. & addit, hoc constare ut ostendat certi juris esse non controversi. Quippe & verba & mens testatoris hìc pro herede faciunt: verba, quia *fundum meum* rectè interpretamur quatenus meus est; nam meum etiam rectè dicitur quod parte meum est, *l.* 26. *de serv. præd. urb. l.* 74. *de legat.* 3. *l.* 2. *de cond. inst.* quamvis totum meum esse non rectè dicatur, *l.* 23. *de verb. sign.* mens testatoris, quia etiamsi res dubia esset, non facile crederetur testator onerare heredem suum voluisse necessitate redimendi, *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. Sed dubitatur, si sestator non dixerit, *fundum meum* aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur an ea tantum portio quæ testatoris fuit. Accursius existimavit totum deberi, quoniam legatum rei alienæ quam testator scivit alienam esse valet, & in proposito fundus si in totum esset alienus totus deberetur: quod & Donello visum in *l.* 10. *C. de legat. n.* 2. Sed contrariam sententiam, quam probant Bartol. Balb. Jas. Ang. Zas. Duar. in *d. l.* 5. §. *ult. de legat.* 1. Mant. 9. *de conj. ult. vol. tit.* 1. *n.* 12. veram esse existimo, partem tantum deberi. Quippe longe diversa ratio est in casu proposito rei

in totum alienæ & pro parte meæ. 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 quam voluisse legare totam. At cum pars tantum testatoris fuit, omnino credibile est eum potius de sua illa parte cogitasse, quam voluisse heredem suum ita onerare ut partem alienam redimat: quæ conjectura efficacissima est, *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. *l.* 36. *in fin. de usufr. legat.* Eamdem rationem habet quod in specie fundi vectigalis legati responsum est, non videri proprietatem legatam sed jus quod in eo testator habuit, *l.* 71. §. *ult. de legat.* 1. fac. *l.* 24. *de instruct. vel instr. leg. l.* 30. §. 4. *de legat.* 3. Plane si testator nominatim dixerit se legare fundum Sejanum *totum* vel *omnem*, responderem, utramque partem & tam alienam quam testatoris deberi, arg. *l.* 68. *inpr. de legat.* 2. Fusius hanc quæstionem tractamus *lib.* 2. *select. quæst. cap.* 26.

4. *Si eam non potest redimere æstimationem ejus dare*] Effectus legati rei alienæ hic est ut heres 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.* 71. §. 3. *de legat.* 1. *l.* 14. §. *ult. l.* 30. §. *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 ejus rei recta à morte testatoris ad legatarium transeat. Hæc vero ita obtinent si testator rem alienam legavit sciens; secus est si ignorans ut paulo post audiemus.

5. *Si talis sit res cujus commercium non est nec æstimatio debetur*] Ejus rei quæ simpliciter atque absolute extra commercium est legatum inutile prorsus atque inane est, ut nec æstimatio debeatur. Cujus generis sunt res sacræ, sanctæ, religiosæ, usibus publicis destinatæ, *l.* 39. §. *pen. de legat.* 1. Idem est si legata res sit quæ usibus Principis deservit, veluti horti Salustiani, fundus Albanus, aut prædia qua in patrimonio Cæsaris sunt: quippe quarum rerum commercium non est sine jussu Principis, & furiosi est talia legata adscribere, *d. l.* 39. §. 8. & 10. *de legat.* 1. Sed neque earum rerum legatum regulariter consistit quæ ædibus junctæ sunt, ut puta columnæ, marmora, regulæ: aut alia id genus; quamobrem nec his rebus legatis æstimatio debetur *ll.* 41. 42. & 43. *d. tit.* Excipiuntur duæ causæ, in quibus casum etiam rerum legatum valere placet, quarum una est in *d. l.* 5. alterum in *l.* 11. §. 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.

6. Quod si certæ alicujus personæ commercio res exemta est, refert testator is aut heres 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, *l.* 34. *de verb. obl.* Idemque est si heres non habeat, legatarius habeat; neque enim hìc persona heredis, utpote à quo res mox abitura est, considerari debet. Textus est in *l.* 49. §. 3. *de legat.* 2. Hæc quoque extra dubitationem posita sunt, & usu uti & superiora recepta. Grot. 2. *manuduct.* 22. *vers. pen.* Quod si legatarius commercium non habeat, traditum est legatum non valere, *d. l.* 49. §. 2. cui simile est quod is qui rei commercium non habet, eam inutiliter stipulatur, *d. l.* 34. *de verb. obl.* & quod donari non potest quod donatario adquiri non potest, *l.* 9. §. *ult. de donat.* οἷον χριστιανὸν ἀνδράποδον αἱρετικῷ προσώπῳ (*veluti christianum servum hæretico homini*) ut ibi Græci. Ceterum non est hoc æque expeditum ac præcedentia. Nam primum obstare videtur quod responsum est, militiâ servo alieno legata domino æstimationem deberi, modo testator sciens eam servo legaverit, *l.* 11. §. 16. *de legat.* 3. Atqui servus militiæ capax non est. Respondeo, servis ademtam 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, *l.* 31. *de her. inst.* Eo fit, ut si testator servo alieno militiam legaverit legatum utile sit, & æstimatio quæ naturâ legati militiæ continetur, *d. l.* 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. l.* 11. §. 26. denegari fideicommissi petitionem addita hac ratione, quia si scisset servum non reliquisset. Itaque nec ad dominum quidquam isto casu ex legato aut fideicommisso redire voluit,

huit, reperiturque res relicta ei solum qui commercium ejus non habet : quod distinctionem nostram confirmat. Secundo refragari putatur *l.* 114. §. 5. *de legat.* 1. Sed hic locus ipse tibi quod responde s subministrat. Ait Jurisconsultus, *si quid alicui licite fuerit relictum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium vel propter qalitatem relicti aliamve probabilem causam habere non potest, alius tamen habere potuit, æstimationem deberi.* Proponitur legatum licite relictum : ergo relictum capaci, non ei cui commercium rei relictæ interdictum est. Nemo enim dicet prædium provinciale licite 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 cœco militiam legatam aut per fideicommissum relictam, hoc casu æstimatio debebitur ; at non deberetur si ea res relicta esset incapaci, arg. *d. l.* 11. §. 16. *de legat.* 3. Postremo hic objicitur *l.* 40. *de legat.* 1. qui locus plus difficultatis habet ; scriptum enim illic expresse est utile esse fideicommisssum, & æstimationem deberi etiam eo casu quo fideicommissarius jus possidendi non habet. Donellus in *d. l.* 34. *de verb. obl.* distinguit inter Impedimentum possidendi & incapacitatem legatarii, vultque aliud esse non habere jus possidendi, aliud non habere rei commercium. Verum ista distinctio locum habere ubi quæstio est de conditione personæ legatarii, non de capacitate ejus aut incapacitate, ut jam intellectum est. Robertus 3. *animadvers.* 11. & alii interesse putant, sciverit testator legatarium sive fideicommissarium incapacem esse an ignoraverit: priore casu æstimationem deberi, posteriore non item. Non displicet quod Cujacius in *d. l.* 34. contendit, redundare in *d. l.* 40. secundam negationem eamque demendam ; ut hic sit sensus, æstimationem deberi si res cujus commercium legatarius non habet ab eo per fideicommissum relinquatur ei qui commercium ejus rei habet : quæ s ntentia verissima est. Nam persona legatarii in hujusmodi specie quasi subducitur, perindeque habetur ac si fideicommissum recta ab herede relictum esset ; estque casus hic simillimus ei qui proponitur in *d. l.* 49. §. *pen. de legat.* 2. Secunda autem negatione retenta fit scriptura inepta, & illa abundant, *cujus commercium legatarius non habet.* Quid enim refert, legatarius à quo res per fideicommissum relicta est commercium ejus rei habeat necne, si fideicommissarius non habeat, aut non habeat jus possidendi ? Non placet hæc confidentia Cujacii Duareno in *d. l.* 40. 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 jus non est*, abundare ? Existimat autem Duarenus, in quæstione proposita distinguendum esse ex ratione juris veteris inter legatum & fideicommissum: legatum rei cujus legatarius commercium non habet eo jure inutile esse ; fideicomissum, 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 *d. l.* 49. §. *pen. de legat.* 2. contrà ubi æstimatio dicitur deberi, de fideicommisso, ut in *d. l.* 11. §. 16. *de legat.* 3. & *d. l.* 114. §. 5. *de legat.* 1. Bachovius etiam, qui idem in hac re quod Duarenus sentit, non inelegantem sibi hujus differentiæ rationem reddere videtur, nimirum quia legatum recta transit in legatarium, fideicommissum primo consistit in persona ejus à quo relinquitur. Ego vero non magni hæc æstimo. Nam si tam insignis hoc incasu differentia fuisset inter legata & fideicommissa, utique ejus meminisset Ulpian. & Gajus sub *tit. de fideicomm.* ubi harum rerum differentias, si non omnes, saltem plerasque & præcipuas recensent. Quin contra ex Ulpiano didici, legatum damnationis de quo fere hic quæritur & fideicommissum ejusdem esse hactenus naturæ, ut eædem res quæ per unum relinqui possunt possint & per alterum, *d. tit. de fideicomm.* §. 4. Sed nec magis ex legato damnationis dominium recta in legatarium transit quam ex fideicommisso : ex quo apparet rationem illam differentiæ quam Bachovius profert non esse usque adeo elegantem.

7. Quid si feudum legatum sit? Hìc æstimationem deberi negant Gail. 2. *obs.* 154. *n.* 13. Fachin. 3. *contr.* 37. Vult. 1. *de feud. cap.* 9. *n.* 72. Petr. Greg. 42. *syntagm.* 32. Ajunt Peregrin. *de fideic. art.* 11. *n.* 103. *& seq.* Matheac. *lib.* 2. *epit. legat. cap.* 19. *n.* 4. Quorum sententia probabilior videtur Bachov. *in Treutl. vol.* 2. *disp.* 13. *thes.* 5.

8. *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,

item, *l.* 10. *C. hoc tit. l.* 67. §. 8. *ff. de leg.* 2. quod etiam nunc docet Imperator, addita hujus 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 facile credendus sit heredem suum onerare voluisse redemtione rei alienæ, *d. l.* 67. §. 8. *de leg.* 2. *l.* 36. *in fin. de usufr. leg.* Atque hinc intelligere licet distinctionem illam ad rem heredis legatam non pertinere, sed eam omnino deberi etiamsi testator eam suam existimans legaverit: nempe cum rei legatæ dominium apud heredem est, tam facile eam heres præstare potest quam rem quæ defuncti fuit, *d. l.* 67. §. 8. Plane aliquando conjectura voluntatis efficit ut etiam res aliena legata indistincte debeatur, veluti si relicta sit personæ proximæ, puta parenti, uxori, alicui ex cognatis, aut amico singulari, aliive tali personæ cui verisimile est testatorem quovis modo legaturum fuisse, *d. l.* 10. *C. hoc tit.* quod ad legata in piam causam relicta traducunt Tiraq. *priv. piæ caus.* 66. Vasq. *ltb.* 3. *de succ. progr.* §. 27. *n.* 41.

Legatarium probare oportere] Quia fere in casu legati rei alienæ quæstio inter heredem & legatarium nasci solet, dum ille contendit ignorasse defunctum rem alienam esse, hic contra scivisse; quod porro aliud dubium parit, utri scilicet necessitas incumbat probandi, heredine ignorasse defunctum, an legatario scivisse: ideo Imperator quid in hac re juris esset simul definire voluit. Ait autem ab herede nullam in proposito probationem exigi, sed legatarium probare oportere scivisse defunctum rem alienam esse, adjecta hac ratione ex notissima juris regula, *l.* 23. *C. de prob. l.* 4. *C. de edend.* quia necessitas probandi incumbit ei qui agit, qui hic legatarius est, non heres. Hoc idem iisdem verbis & Marcianus tradidit, *l.* 21. *de prob.* Accedit tamen huc etiam alia ratio eaque fortior, quod heres præsumtione juris adjuvatur, quæ etsi actoris partes heres sustineret onus tamen probandi rejiceret in legatarium, *ll.* 8. *& 9. eod. tit.* Plane potest hoc jus ex circumstatiis variari; nam si apud alium rei legatæ possessio sit, neque in ea defunctus quidquam juris habuit aut sibi asseruit, magna causa est præsumendi pro legatario scivisse defunctum rem alienam esse. Add. Gomez 1. *res.* 12. *n.* 13. Christin. *vol.* 4. *decis.* 32. *n.* 6. *& seqq.*

TEXTUS.

De re pignorata.

5. Sed & si rem obligatam creditor aliquis legaverit necesse habet heres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat heres si sciebat defunctus rem obligatam esse; & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Si tamen defunctus voluerit legatarium luere & hoc expresserit, non debet heres eam luere.

L. 11. *tit.* 9. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Doctrinæ hujus* §. *non obstare quod alibi traditur, si res certa legata sit talem dari debere qualis est.*

2 *Interdum etiam tunc cum testator nescivit rem obligatam esse heredem eam luere debere, & quibus casibus.*

3 *Quid juris sit pignore distracto.*

RES pignori obligata quodammodo aliena est, utpote cujus pretium nobis absit quod pro ea liberanda præstare cogimur, arg. *l.* 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 heres rem alienam legatam cogitur redimere, ita & rem pignori obligatam quæ legata sit luere, id est, nexu pignoris liberare soluta creditori pecunia, *hoc text. l.* 57. *de legat.* 1. *l.* 15. *ff. de dot. præl. l.* 6. *C. de fideic.*

1. Non obstat quod alibi traditur, si res certa legata est talem dari debere qualis est; verbi causa, si fundus qui legatus est servitutem debet eum cum servitute recte præstari, *l.* 69. §. 3. *de legat.* 1. si servus statuliber legatus est statuliberum recte dari, *l.* 44. §. *pen. & l. seq.* §. *ult. eod.* Nam hoc de re testatoris legata dicitur, ad rem alienam aut ex parte alienam non pertinet, qualis merito habetur res opposita pignori quoad quantitatem æris alieni. Eadem ratione responsum est, fundo legato cujus usufructus alienus est heredem hunc usumfructum redimere debere; quoniam scilicet & in usufructu res aliena legata videtur: nam etsi usufructus non in parte sed in jure consistit, emolu-

lumentum tamen rei continere, & ideo instar obtinere portionis, *l. 66. §. pen. l. 76. §. 2. de legat.* 2. Plane si quis prædium legavit obligatum pro annuo reditu, hoc casu non esse cogendum heredem prædium liberare post Joann. Fab. D. Tuldenus *hic cap.* 11. annotavit; & ita observari ait: quoniam ejusmodi onera plerumque perpetua sunt instar servitutis rei inhærentia, ut proinde non sit præsumendum testatorem cogitasse deliberatione.

2. *Ita demum si sciebat defunctus*] Si ignorabat valet quidem adhuc legatum, ceterum tunc res à legatario luenda est, *dd. loc.* Duo sunt casus quibus placet etiam tunc cum ignoravit defunctus rem obligatam esse heredem pignus luere debere. Unus est, si testator eam rem vel aliam non minoris pretii æque legatarius fuisset si scisset obligatam, *d. l. 57. ff. de legat.* 1. *d. l.* 6. *C. de fideicomm.* de quo constare poterit, si vel testator id aliquando aperte professus sit, aut si rem conjunctæ personæ legaverit, ut supra in re aliena, arg. *l.* 10. *C. de legat.* Alter casus est, cum debitum exæquat aut superat pretium rei pro eo obligatæ; quoniam hoc casu legatarius ipse rem liberans nihil reliqui habiturus esset, atque inani legato: quod verisimile non est defunctum voluisse, ludificaretur, *d. l. 57. in pr.* ubi ita legendum est, *vel nisi non potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno*, ut editiones Roberti Stehpani, Petri Baudozæ & nonnullæ aliæ habent, & in sua notat Jul. Pacius; non ut vulgo legitur, *vel potest aliquid esse superfluum &c.* Nam hac lectione retenta hic Jurisconsulti sensus fuerit, ut recte Fachin. *lib.* 12. *contr.* 34. quotiescumque plus est in re legata quam in debito pro quo obligata est hredem eam luere debere, etiam ubi nescivit testator obligatam esse: quod & verum esse existimat Fachin. *d. loc.* & D. Tuld. *hic cap.* 11. Atqui tunc regula convertenda erit; quoniam rarissime fit ut creditores pignus accipiant cujus æstimatio non superet quantitatem crediti. Donellus 8. *comm.* 19. alium sensum vulgatæ lectioni affingit. nimirum cum debitum excedit pretium rei legatæ quam testator obligatam nesciebat, pro ea quidem quantitate quæ rei pretio respondeat legatarium luiturum; ceterum quod restat adhuc exsolvendum ut pignus in totum liberetur, id ab herede præstandum: quam interpretationem verba ista *si potest esse aliquid superfluum exsoluto ære alieno* minime ferunt. Illud hic monendi sumus, tunc solum heredem posse pignus luere cum id nondum à creditore legitime distractum est.

3. Distracto pignore res in priorem speciem rei alienæ legatæ incidit, utpote domino pignoris jure in alium translato, *l. 46. ff. de adq. rer. dom. l. ult. C. si vind. pign. agat.* Proinde hoc casu id superest, ut heres aut redimat aut si redimere non possit æstimationem ejus præstet, nisi contraria defuncti voluntas ab herede ostendatur, *d. l. 6. C. de fideic.* VINN. Cum vexatissima sit lex 57. *ff. de leg.* 1. Stephani autem & Baudozæ lectio etsi violenta videtur nec præsidium in vetustis Codicibus MSS. reperiat: omnino videtur Donelli sententia liquidissima. Ponit primo Ulpianus regulam bimembrem. Si testator scivit rem obligatam, tum heres luit nisi alio animo fuerit. Sin nescivit testator, tunc luit fideicommissarius. Jam sequuntur exceptiones aliquot ad posterius membrum pertinentes: (1) nisi si vel hanc vel aliam rem relicturus fuisset si scisset: (2) *vel potest aliquid esse superfluum exsoluto ære alieno*, id est, nisi exsoluto ære alieno nihilominus aliquid superfluum manet quod solvendum, e. g. usuræ diu non solutæ, tunc id quod solvendum superest ab herede solvendum. Ad hunc casum etiam pertinent verba sequentia, in quibus frustra Ant. Fab. *lib.* 11. *conj. cap.* 10. & Donell. *lib.* 8. *cap.* 19. *pro noluerit* legunt *voluerit.* Qua emendatione non opus esse si versiculus ille ad hunc casum referatur, jam ostendit Osw. Hillig. *in not. ad* Donell. *enucl. ib. lit.* Q. HEIN.

Voluerit legatarium luere & hoc expresserit] Ratio manifesta est, quia in certa voluntate testatoris conjecturis non est locus sed simpliciter standum est voluntati defuncti, *l.* 33. *de legat.* 1.

TEXTUS.

De re aliena post testamentum à legatario adquisita.

6. Si res aliena legata fuerit & ejus rei vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, siquidem ex causa emtionis, ex testamento actione pretium consequi potest; si vero ex causa lucrativa, veluti ex donatione vel ex alia simili causa, agere non potest. Nam traditum est duas lucrativas causas in eumdem hominem & eamdem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res ei debeatur, interest utrum rem an æstimationem ex testamen-

mento consecutus sit. Nam si rem habet, agere non potest; quia habet eam ex causa lucrativa si æstimationem, agere potest.

LL. 43. & 44. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Distinctionem hoc §. traditam locum habere etiam cum res legata mortuo testatore ad legatarium pervenerit.*

2 *Duarum causarum lucrativarum in eamdem rem & personam concursum esse speciem liberationis; & quo 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 varie.*

SI res legata tempore facti testamenti legatarii fuit legatum inutile est, ut docetur *inf.* §. 10. *huj. tit.* Quod si eo tempore aliena est & legatarius postea ex alia causa dominium ejus 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 eamdem 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 emtionibus & permutationibus. Dotis etiam causa onerosa intelligitur, *l.* 19. *de obl. & act.* Lucrativa causa est, propter quam accipienti nihil abest quales sunt legatum, fideicommissum, donatio, *l.* 4. §. 2. *de dol. mal. exc. l.* 83. §. 6. *de verb. obl. l.* 61. *ff. de solut. l. un. C. de imp. lucrat. descript.*

Si res aliena legata fuerit] Ab eo scilicet qui sciebat rem alienam esse; alioqui legatum inutile est nisi singulari conjectura voluntatis sustineatur, ut ostensum supra in explicatione §. 4. *huj. tit.*

1. *Vivo testatore*] Exempli causa hoc dictum putant Gloss. & DD. idemque obtinere quamvis id contigerit testatore mortuo: quibus assentior. Nam etsi hereditatem aditam ponamus, ex quo heres debitor efficitur: idem tamen dicendum esset, nempe heredem liberari, si antequam rem redimere & præstare posset ea ex alia causa lucrativa ad legatarium pervenerit, juxta regulam generalem traditam in *l.* 17. *de obl. & act.* Proinde frivolum est quod objicit Bachovius, diem legati cedere à morte testatoris. Sed quid si legatarius eamdem rem iterum vivo testatore alienaverit, an legatum convalescet? Negant comm. Doctores; sed ego subsisto, propter *l.* 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 emtionis &c. pretium consequi potest] *L.* 34. §. 7. *de legat.* 1. add *l.* 45. *l.* 84. §. 5. *eod. tit.* & quidem si rem totam emit aliove oneroso titulo adquisivit pretium totius; si non totam sed partem, pretium partis quam emit consequetur, *d. l.* 82. §. 3. *de legat.* 1.

2. *Duas causas lucrativas in eumdem hominem & eamdem rem*] Definitio generalis, cui locus est non tantum si ex causa legati aut fideicommissi res debeatur, *l.* 108. §. 4. *de legat. l.* 66. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 21. §. 1. *de legat.* 3. sed etiam si ex aliis causis similiter lucrativis, *d. l.* 17. *de obl. & act. l.* 83. §. 6. *de verb. obl. l.* 61. *de solut.* Est enim duarum lucrativarum causarum circa eamdem rem & personam concursus species liberationis, *d. l.* 16. *de obl. & act.* quæ, ut ego existimo, referenda est ad eas causas in quibus res incidit in eum casum unde incipere non potuit, §. 2. *Inst. infr. de inut. stip.* Cum 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; §. 24. *Inst. infr. de act.* Dices, idem contingere si res ad creditorem pervenit ex causa onerosa: cur igitur pariter hoc casu non accidit ut alius liberetur qui eamdem rem ex causa lucrativa debet? Nimirum quia cum ex causa onerosa creditor rem nactus est, licet domini jure non minus quam si ex causa lucrativa nactus esset rem habeat: emolumento tamen non videtur habere, eoque nec ad eum pervenisse secundum Veterum doctrinam, qui sic definiunt rem abesse videri ei cui pretium abest, *l.* 14. *de verb. sign.* Porro 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 eamdem rem deberi, *l.* 34. §. 3. *de legat.* 1. *l.* 87. *de legat.* 2. quamvis si ab eodem, multi-

tiplicatio legati non præsumatur, *d. l.* 34. §. 3. Exigit regula ut ea species ad creditorem pervenerit, *d. l.* 17. *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.* 82. *in pr. &* § 1. *de legat.* 1. *l.* 61. *de solut.* fac. *l.* 71. *de verb. sign.*

3. *Si ex duobus testamentis eadem res*] Ait *duobus*, id est, *duorum testamentis*] Nam si eadem res eidem sæpius legetur eodem testamento, amplius quam semel peti non potest, sufficitque vel rem consequi vel rei æstimationem, *l.* 34. §. 1. *de legat.* 1. Quippe sæpius idem legando non ampliat testator legatum, *l.* 42. *de usufr.* nec tam legasse sæpius quam sæpius locutus creditur, *l.* 66. §. 5. *de legat.* 2. *l.* 86. §. 1. *de legat.* 1. nisi manifeste constet ampliandi legati causa sæpius legasse, ut in hac specie: Duos quis scripsit heredes & damnavit unumquemque solidam rem legatario præstare; hìc idem esse responsum est atque si duobus testamentis legatum esset, *l.* 53. §. 2. *de legat.* 1.

4. Ait *eadem 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, quam si legatarius doceat testatorem multiplicare summam voluisse; præsumitur enim potius repetisse legatum quam voluisse multiplicare, *d. l.* 34. §. 3. nisi forte diversis scripturis legaverit puta testamento & codicillis; tunc enim nisi heres contrarium ostendat legatum duplicatum præsumitur, *l.* 12. *de probat.* & ibi Gloss. & comm. DD. Duar. ad *d. l.* 34. *de legat.* 1. ubi occurrit argumentis Zasii hanc distinctionem impugnantis; aut si variaverit testator modum legandi in quantitate vel qualitate, conditione, tempore, loco vel causa: nam & tunc ampliasse legatum creditur nisi contrarium doceatur, per *l.* 9. *de adim. leg.* Bald. Castr. Raphaël. Jas. in *d. l.* 34. §. 1. Gomez 1. *resol.* 12. *n.* 38.

5. *Utrum rem an æstimationem*] Igitur quod scriptum est in *d. l.* 34. §. 2. si duorum testamentis mihi 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 ex altero rem adhuc petere possim, non autem ut possim de æstimatione agere si rem antea consecutus fuero. Non obstat huic distinctioni *l.* 84. §. 2. *de legat.* 1. ubi per exceptionem repelli dicitur qui pretium rei legatæ accepit; nam in specie dict. legis heres Titius id dumtaxat 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.* 88. *de verb. sign.* ubi docet Jurisconsultus eum qui rem habet & æstimationem habere intelligi, contrà 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.* 35. *de minorib.*

Textus.

De his quæ non sunt in rerum natura.

7. *Ea quoque res quæ in rerum natura non est recte legatur, veluti fructus qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.*

L. 12. *tit.* 9. *Part.* 6.

Commentarius.

1 *Purumne sit legatum de quo hìc agitur, an conditionale. Et plenius n.* 2.

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. *Inst. infr. de inut. stip.* fac. *l.* 108. §. 10. *de legat.* 1. Quod vero in rerum natura nunc quidem non est sed futurum est aut futurum speratur legari potest, licet fieri possit ut actu in rerum natura numquam existat: veluti si fructus legentur qui in fundo Tusculano nascentur, vel quod ex Arescusa natum erit, aut insula in flumine nascitura, *l.* 24. *in pr. de legat.* 1. *l.* 17. *de legat.* 3. *l.* 1. §. *ult. de cond & dem.* cujusmodi tamen rerum legatum olim per damnationem tantum relinqui potuisse docet Gajus *lib.* 2. *Inst. tit. de legat.* §. 3. De eo quæritur,

tur, purumne sit hujusmodi legatum an conditionale. Dicendum est pro puro haberi quoad transmissionem, pro conditionali quoad obligationem, cum Gloss. & DD. comm. ad *l.* 25. §. 1. *quand. dies legat. ced.* Gomez 1. *resol.* 12. *n.* 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 omnino præstanda est; sed quando legantur fructus aut certa quantitas fructuum qui nati erunt in hoc vel illo fundo, puta hoc modo, *fructus qui nascentur in fundo Tusculano heres dato*; vel sic expressa certa quantitate, *centum amphoras vini ex eo quod natum erit in fundo Semproniano heredem meum dare jubeo*, *d. l.* 24. *de legat.* 1. *l.* 5. *de tritic. vin. leg.*

2. Ex his autem legatis si nihil natum sit nihil debetur; si non tantum quantum legatum, non amplius debetur quam quantum 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 cum ait inesse hujusmodi legatis conditionem, *l.* 1. §. *ult. de cond. & dem.* ex natura nimirum ipsius rei, *l.* 73. *in pr. de verb. obl.* extrinsecus, non ex testamento venientem. Hujusmodi autem generis conditiones cum non impediant quominus dies legati à morte testatoris cedat, mortuoque licet nondum natis fructibus legatario spes legati transmittatur ad heredem, *l.* 25. §. *ult.* junct. *l.* 6. §. 1. *quand. dies leg.* inde dictum est tales conditiones non facere legata conditionalia, *l.* 99. *de cond. & dem.* quia nimirum præcipuus hic est legatorum conditionalium effectus ut non transmittatur pendente conditione, *l.* 4. *l.* 5. §. 2. *quand. dies leg.* Non obstat *l.* 16. *eod. tit.* loquitur enim de legato alternativo & tali specie in qua duplex est dubium, & quid nasciturum, & quid heres electurus sit: nondum autem edito partu electioni locus non est. Utique vero 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 cum per rerum naturam præstari possunt, *d. l.* 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.* 12. *de alim. legat. l.* 27. §. *ult. de legat.* 3.

TEXTUS.

De eâdem re duobus legata.

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 spreverit legatum aut vivo testatore decesserit vel alio quoquo 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* eumdem hominem Stichum, *æque disjunctim legatum intelligitur.*

L. 33. *tit.* 9. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Quid sit jus accrescendi.*

2 *In hereditatibus id jus valere ex necessitate: unde ea necessitas & quis ejus effectus.*

3 *Deficientium heredum portiones quibus, pro qua parte accrescant.*

4 *Valere idem jus & in legatis, sed ex sola præsumta voluntate testatoris: unde dissimilia effecta, & quæ.*

5 *Vetus inter genera legatorum circa jus accrescendi differentia.*

6 *Juri accrescendi locum non esse nisi inter conjunctos; & genera conjunctorum exposita.*

7 *Qui hic & passim disjuncti dicuntur, eos & ipsos vere conjunctos esse. Et n.* 10.

8 *Quibus, pro qua parte defecta pars collegatarii accrescat.*

9 *Inter legatarios diversarum rerum jus accrescendi non esse.*

11 *Singulos tam conjunctorum quam disjunctorum diversa consideratione recte & totum habere dici & partes.*

12 *Quid sit partem ab initio facere, notato Gothofredo & Goveano.*

13 *Locus Ulpiani in* l. 34. §. 9. de legat. 1. *expositus, rejecta interpretatione Ant. Fabri.*

14 *An partem faciat qui è conjunctis tempore testamenti mortuus est aut incapax.*

15 *An conjuncti post obitum testatoris mortui portio conjuncto accrescat.*

16 *An inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habeat.*

17 *Quibus argumentis probari videatur, verbis conjunctos re conjunctos non esse: quibus item contrà.*

18 *Communis sententiæ, quod etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi valeat, plenissima defensio.*

19 *Quid hic juris apud nos; & quid in legato alimentorum.*

1. TAngitur hìc disputatio de jure accrescendi, quâ nulla in toto jure nostro creditur esse vel subtilior vel perplexior. Jus accrescendi est, quo deficientium heredum ejusdem hereditatis aut collegatariorum ejusdem rei portiones adjiciuntur iis qui suam portionem agnoverunt. Appellatione heredum & bonorum possessores intelligimus, *l.* 3. §. *ult. de bon. poss.* junct. *l.* 138. *de verb. sign.* & *l.* 2. *de bon. poss.* & eos quoque quibus ex fideicommisso restituta est hereditas *l.* 43. cum *l. seq.* §. 1. *l.* 79. *ad Trebell. l.* 83. *de adq. her.* Gomez 1. *resol.* 5. *n.* 19. Appellatione legatariorum etiam fideicommissarios singulares & donatarios mortis causa, *l. un.* §. *ult. C. de cad. toll.*

2. Valet hoc jus in hereditatibus ex necessitate. Necessitas nascitur ex duobus juris principiis. Unum hoc est, *Neminem hereditatis sibi delatæ partem semel quæsitam repudiare posse*, *l.* 4. *C. de rep. her.* Alterum, *Neminem ejusdem hereditatis quæ alium heredem non habet partem habere posse partem repudiare*, *ll.* 1. & 2. *ff. de adq. her. l.* 20. *C. de jur. del. l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* Quin nec ipsum testatorem hoc jus in heredibus prohibere posse demonstravimus sup. in §. 5. *Inst. de her. inst.* Si vero non prohibuerit, interpretatione juris etiam quasi ex voluntate ejus inducitur tanquam ex tacita substitutione, *l.* 61. §. 1. *de legat.* 2. vid. Osw. Hill. *in not. ad* Don. *lib.* 7. *c.* 12. & 26.

3. Ergo qui ex aliqua parte heres extitit sive ex testamento sive ab intestato, ei invito etiam & ignoranti deficientium portiones accrescunt, *l.* 31. *l.* 53. §. 1. *de adq. her. l.* 9. *de suis & leg. her.* & accrescunt semper cum suo onere, æris scilicet alieni & legatorum, *d. l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* Si plures sint qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus qui agnoverint, si omnes conjuncti aut disjuncti sint; sin promiscue conjunctim disjunctimque instituti aut ab intestato vocati, deficientis disjuncti portio omnibus, conjuncti solis conjunctis accrescit ex tacita voluntate testatoris aut legis. Accrescit vero singulis non ex æquo sed pro portionibus hereditariis; & in distributione, si permistim instituti sint disjuncti & conjuncti, placet cunjunctos unius potestate personæ fungi, ut non plus universi auferant quam singuli disjuncti, *l.* 34. *in pr. ff. de legat.* 1. *d. l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* Eademque ratio est heredum legitimorum, cum alii conjunctim seu nomine collectivo, alii separatim vocantur: quod fit cum quidam in stirpes alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, §. 6. *Inst. inf. de her. quæ ab int.* fratres & fratrum filii, *Nov.* 118. *cap.* 3.

4. Valet idem jus & in legatis inter collegatarios ejusdem rei, verum effectu nonnihil dissimili; namque in legatis locum habet non ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumta voluntate testatoris eamdem rem pluribus legantis: quippe quos singulos partem quidem habere velle intelligitur, & legatum scindi si concurrant; si vero non concurrant, solidum postposito herede. Proinde & inter collegatarios ejusdem rei prohiberi accretio potest; & si singulis res singulæ relictæ sunt uno deficiente portio ejus non accrescit collegatariis, sed in hereditate manet augetque jus heredis, cui & ab initio relinqui potuisset, *l.* 84. §. *pen. de legat.* 1. Deinde cum deficientis heredis portionem coheres etiam invitus & cum onere semper accipiat, collegatarius ut plurimum nec invitus, nec semper cum onere partem accipit deficientis collegatarii. In quo hæc distinctio Justiniano probata videtur, ut siquidem conjunctim eadem res duobus legata est, portio deficiens volenti tantum sed cum onere accrescat; si separatim, invito quidem sed sine onere, *l. un.* §. 11. *C. de cad. toll.* Ratio est, quia cum conjuncto ex persona deficientis portio defecta deferatur, potest eam non admittere, quoniam deficiens potuit; eâ autem admissa etiam onus ei adjunctum subire debet, arg. *l.* 117. *de reg. jur.* Utrumque contrà in disjuncto, quia ex sua ipsius persona solidum habet, suumque magis non diminutum retinet quam consequitur alienum, ut huic potius non decrescere quam portio deficientis accrescere videatur; sic enim Justinianus disputat in *d. l. un.* §. 11. *vers. sin vero C. de cad. toll.* & facit *l.* 4. *de legat.* 2. add. Gomez 1. *resol.* 10. *n.* 42. Bart. & comm. DD. in *d. l. un.* & in *l.* 89. *de legat.* 3. Duar. 1. *de jur. accresc.* 11.

5. Jure veteri fuit in hac quæstione nonnulla in legatis ipsis differentia ; nam si conjunctim eadem res per vindicationem legata fuerat, pars deficiens accrescebat; si per damnationem manebat penes heredem ; at utroque casu post legem Juliam Papiam fiebat caduca. Si disjunctim, singulis solidum debebatur; sed in legato vindicationis concursu partes fiebant, & altero non concurrente totum collegatarius auferebat, sive jure accrescendi sive non decrescendi ; in legato damnationis unus rem alter pretium rei ab herede percipiebat, ut in hoc genere legati nullo casu locus pateret juri accrescendi : testes Ulp. *in fragm. tit.* 24. Gajus *lib.* 2. *Inst. tit.* 5. atque ex parte Justinianus *d. l. un.* §. 11. Hæc differentia etsi novo jure unà cum caducis sublata est, & jus accrescendi admissum inter omnes quibus eadem res quocumque genere legati & quocumque modo relicta : ideo tamen notanda fuit, quia passim vestigia ejus adhuc apparent in responsis Veterum, quæ non satis accurate ad normam novi juris à Compilatoribus descripta sunt : quod est maxime quod hanc quæstionem tam perplexam facit. VINN. Nec tamen in universum per legem Papiam sublatum jus accrescendi, quod visum Em. Merill. *var.* Cujac. *lib.* 1. *cap.* 39. Valuit enim, si post apertas tabulas aliquid deficeret : valuit si collegatarius haberet liberos : valuit in usufructu aliisque casibus de quibus Jan. à Costa ad §. *ult. Inst. de SCto Orphit.* & Jac. Gothofr. ad *leg. Jul.* & *Pap. caduc. cap.* 19. HEIN.

6. Porro autem cum non nisi inter conjunctos (nam & disjuncti qui dicuntur ratione rei conjuncti sunt) locus sit juri accrescendi nec olim etiam fuerit, inde nata quæstio de conjunctis eorumque differentia, quem locum tractat Paul. *l.* 142. *de verb. sign.* & *l.* 89. *de legat.* 3. ex cujus disputatione discimus, conjunctos generaliter dici omnes qui ad eamdem hereditatem aut rem vocantur, sive uno sermone sive diversis ; & in proposito quibus eadem res ab eodem testatore legata est. Ceterum hos solos, non alios, ac proinde nec eos quibus res diversæ quamvis una oratione, *l.* 84. §. *pen. de legat.* 1. nec quibus res eadem à diversis testatoribus, *l.* 16. *quib. mod. usufr. amitt.* nec quibus separatim partes ejusdem rei legatæ sunt, *l.* 1. *in fin. pr. de usufr. accresc.* jus conjunctionis aut accrescendi habere.

7. Ceterum licet conjuncti omnes conjuncti sint in eamdem rem, ex verborum tamen forma & conceptione dividuntur, *d. l.* 142. & *d. l.* 89. in tres species, ut alii dicantur re conjuncti tantum, quorum scilicet singuli separatim seu diversis orationibus ad eamdem hereditatem aut rem vocantur, ut *Titius heres esto* : *Sejus heres esto. Titio fundum Tusculanum do lego* : *Sejo fundum Tusculanum*, aut *eumdem fundum do lego* ; alii re & verbis simul, quos scilicet & nominum & rei complexus jungit ut *Titius & Sejus heredes sunto. Titio & Sejo fundum Tusculanum do lego* ; alii denique verbis tantum, qui eadem oratione ad eamdem successionem aut rem vocantur, additis his verbis, *æquis partibus* ; veluti, *Titius & Sejus heredes sunto æquis partibus. Titio & Sejo fundum illum æquis partibus do lego.* Hæc divisio primum eo comparata est, ut intelligamus in omni specie harum conjunctionum jus accrescendi valere ; nam ubi jus conjunctionis est ibi jus est accrescendi, & contrà, *l.* 16. *quib. mod. us. amitt.* nec disputatio de conjunctis ob alium finem instituta est quam ut sciremus, inter eos qui conjuncti sunt jus accrescendi esse, inter alios non esse ; quamvis sint qui verbis conjunctos excludant, de quo plenius postea. Deinde ex ea quoque discimus omnes conjunctos non æque conjunctos esse, sed alios aliis conjunctiores; & nimirum eos quos etiam oratio conjungit, magis conjunctos quam quos conjungit res tantum oratio separat : unde est quod hi cum illis comparati disjuncti passim appellantur ; illi soli conjuncti, *l.* 34. *in pr. de legat.* 1. *l.* 63. *ff. de her. inst. l. un.* §. 10. & *seq. C. de cad. toll.* & apud Ulpian. & Gajum; estque arctioris hujus conjunctionis effectus insignis in eo, quod utroque modo conjuncti in portione deficientis potiores habeantur & oratione separatos excludant, *d. l.* 89. *de legat.* 3. *d. l.* 63. *de her. inst. d. l. un.* §. 10. *vers. sin vero*, ubi etiam hujus rei ratio affertur. Plane si testator plures una oratione comprehenderit non eo animo ut eos conjungeret, quod plerumque fit, sed brevitatis studio celerius loquens, deque eo constet : tum si quis ex his defecerit, ceteri non plus in hujus portione juris habebunt quam alii qui aperte oratione sejuncti sunt, *l.* 66. *de her. inst.*

8. Quidquid autem hìc accrescit, nulli accrescit nisi qui portionem suam agnovit; si plures agnoverint, singulis accrescit pro virilibus & æquis portionibus, quemadmodum & ab initio omnibus in casum concursus æquæ & viriles partes datæ intelligun-

guntur, *d. l. un.* §. 11. *l.* 19. §. *ult. l.* 67. §. 1. *de legat.* 1. Si conjuncti & disjuncti commixti sunt, conjuncti in divisione unius personæ vicem sustinent, nihilo plus ut accipiant omnes quam unus ex disjunctis, *l.* 34. *in pr. de legat.* 1. *d. l. un.* §. 10. Exempla jam sibi quisque sine negotio formare poterit. In accretione ususfructus quædam sunt peculiaria, quæ à nobis notata sunt sub §. *ult. Inst. sup. de usufr.* Attigi strictim plerague omnia quæ in hac materia visa sunt cognitu maxime necessaria, quibusque perceptis res tota utcumque intelligi, & de plerisque controversiis judicari poterit: nonnulla etiam latius declarabo inferius.

9. *Eadem res*] Quod obiter ante tetigimus hìc prolixius explicandum est, nimirum non esse jus accrescendi nisi ad eamdem rem plures vocati sunt, aut, quemadmodum hìc 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.* 84. §. *pen. de legat.* 1. Sed etsi singulis partes ejusdem rei legatas proponas hoc pacto, *Mævio fundi illius partem dimidiam*, *Sejo partem dimidiam do lego*: non intelligitur res eadem legata, sed altera atque altera, & diversæ singulis; ac proinde cessat jus accrescendi, unoque deficiente pars ejus non ad collegatarium sed ad heredem pertinet, *l.* 1. *in fin. pr. de usufr. accr.* Non enim quia partes istæ indivisæ sunt & inter se confusæ, eo minus sunt diversæ, quarum una sit unius altera alterius, *l.* 5. *de stip. serv.* Neque obstat, quod ex duobus heredibus quorum unus institutus sit ex parte dimidia alter ex altera dimidia, uno deficiente pars ejus accrescit alteri qui ex sua parte heres extitit: quoniam conditio hereditatis non patitur ut qui solus sit heres ejusdem hereditatis partem habere possit, partem non habere, *ll.* 1. & 2. *ff. de adq. her. l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* At nihil prohibet ejusdem fundi partem dimidiam alicui legari ut altera dimidia remaneat apud heredem. Illud frustra objicitur, quod nemini concessum est ejusdem rei sibi legatæ partem velle partem nolle, *l.* 4. *de legat.* 2. Nam in proposito cum pars tantum singulis legata sit, qui partem suam agnoscit totum quod sibi legatum est agnoscit. Quod si partem tantum partis suæ amplecti vellet & reliquum repudiare, hìc ei obstaret juris ista ratio. Sed etsi duobus res eadem & solida conjunctim legata sit, potest nihilominus deficientis portio repudiari, *d. l. un.* §. 11. *C. de cad. toll.* 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 jus esse accrescendi, quoties ex duobus qui in solidum habuerunt concursu res divisa est, *l.* 3. *in pr. de usufr. accr.*

10. *Sive conjunctim sive disjunctim*] Conjunctim legari dicitur, quando una oratione una eademque res pluribus legatur. Disjunctim seu separatim, quando singulis orationibus singuli ad eamdem rem vocantur: ut hic sint plures enuntiationes, illic una copulata, *d. l. un.* §. 10. & §. *seq. C. de cad. toll. l.* 1. §. 3. *de usufr. accr. l.* 33. *de legat.* 1. indeque est, quod alii conjuncti alii disjuncti passim dicuntur. Ceterum conjunctio hæc & disjunctio ex verbis potius quam ex re æstimatur, cujus respectu omnes conjuncti sunt quibus res eadem legata licet disjunctim; & hi sunt qui in specie re conjuncti appellantur, *l.* 142. *de verb. sign. l.* 89. *de legat.* 3. quod & supra notatum est, & simul observatæ nonnullæ inter hæc genera differentiæ cum de onere partis accrescentis quæritur, itemque de prærogativa & partibus faciendis cum permixti sunt.

Scinditur inter eos legatum] Hoc alibi sic dicitur, *concursu partes faciunt*, aut *concursu partes habent*, *l.* 3. *de usufr. accr. l.* 34. §. 10. *de legat.* 1. *l.* 80. *ff. de legat.* 3. *l.* 7. *C. de legat.* Estque hoc certissimum argumentum in utroque hoc genere legati, hoc est, sive conjunctim sive disjunctim 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 unumquemque solidum petere posse, non expectato casu quo alter deficiat; aut alterum rem alterum æstimationem consequi: quod olim in una specie legati per damnationem inter disjunctos obtinebat, hodie non obtinet, nisi manifestissimum sit ex scriptura testatorem solidum ad utrumque pervenire voluisse, *l. un.* §. 11. *C. de cad. toll. l.* 33. *de legat.* 1. quo in loco valde conspicua sunt emblemata Triboniani, sed habere solidum considerato eventu alterius deficientis, idque ex voluntate testatoris.

11. Omnino enim credibile est testatorem

rem ad hunc eventum respexisse, atque ideo re conjunxisse singulos, seu singulis eandem rem legasse, ut altero deficiente alter in solidum eam haberet, cum absque eo foret ut pars deficientis rediret ad heredem. Contrario autem respectu, si nimirum consideramus casum utriusque concurrentis, partes habere recte 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 tantum ab initio assignatæ. Ceterum quod tam conjunctos quam disjunctos solidum ab initio habere dicimus, id non caret omni scrupulo. Nam contrà Ulpianus *d. l.* 34. §. 9. *de legat.* 1. expresse scribit, si conjunctim res legetur partes ab initio fieri; nec solum partem facere eos in quorum persona constitit legatum, verum eos quoque quorum in persona non constitit.

12. Hunc locum obstare non putant qui non intelligunt quid sit partem ab initio facere. Quod tamen minime obscurum est. D. Gothofredus in notis ad *d.* §. 9. scribit, *partem facere, non quorum personæ in divisione partem accipiunt, sed cum ejus qui deficit aut incapax est pars conjuncto accrescit*, contra manifestam *d.* §. sententiam & perpetuum usum juris auctorum, quibus partem facere, est facere ut quis partem tantum habeat in eo quod totum habiturus esset si solus esset, aut impedire ne totum ad alterum pertineat, ut constat ex *l.* 8. §. 8. *l.* 17. *de inoff. test. l.* 7. *de reb. dub. l.* 84. §. 8. *de legat.* 1. cum similib. Et igitur perspicue 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 utroque solidum vindicante res inter eos scinditur. Tot errores & errores conspicui quot pene dixerim verba. Nam primo qui partes ab initio non habent, in his dici non potest partes ab initio fieri, sed tantum concursu: quæ perpetuo inter se opponuntur. Deinde quid aliud est partes habere ab initio, quam 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 concurrere non possit, certissimo tamen jure perinde habetur ac si concurrisset, suamque partem abstulisset. Confundit Goveanus & pro iisdem habet, sive dicas partes ab initio fieri, sive partes fieri concursu: quod in tanto viro vix ferre possum. Postremo illud quoque falsum est, posse in concursu vel singulos conjunctos solidum vindicare, vel unum eorum quamdiu alter adhuc concurrere potest. Non enim amplius vindicare licet quam delatum est; at in eventum quo uterque concurrit singulis non solidum sed partes relictæ intelliguntur, quod pluribus confirmat Ant. Faber *decad.* 49. *err.* 9. Quamobrem miror, D. Swanemburgium locum hunc Goveani notatu tam dignum existimasse, ut eum integrum verbis Goveani descripserit *cap.* 8. *tract. de jur. accresc.*

13. Quid ergo respondemus ad dict. locum Ulpiani in *l.* 34. §. 10. *de legat.* 1. ubi tam diserte Jurisconsultus ait *in conjunctis partes ab initio fieri*? Ant. Faber id quod generaliter Jurisconsultus definit de conjunctis restringit ad verbis conjunctos tantum, qui effectu ne conjuncti 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 adeo dicamus, de 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 hereditate mansissent, vel accrevissent conjuncto; nam ex lege Julia Papia conjunctis 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, *l. unic.* §. 1. & *seqq. C. de cad. toll.* Eòdem referendum atque eodem modo explicandum quod est in *l.* 84. §. 8. *de legat.* 1. Plane illud concedo, disjunctis apertius atque expressius solidum ab initio assignari quam conjunctis, utpote quibus ipsa conjunctione quodammodo partes attribui videantur: quod consideravit Justinianus *d.*

l.

l. unic. §. 11. sed tamen nec disjunctis solidum simpliciter datum dici potest; alioqui non concursu res divideretur, sed alter rem, alter æstimationem consequi deberet.

14. *Si alter deficiat*] Non potest dici deficere in cujus persona legatum numquam constitit; veluti si quid ei datum sit qui quo tempore testamentum condebatur in rebus humanis non erat, puta diem suum functus cum id testator ignoraret; aut ei quicum testamenti factio non est sive incapaci, puta deportato aut peregrino. An igitur si alter è conjunctis aut testamenti tempore jam mortuus sit aut capere ex testamento nequeat partem alteri faciet, an totum ad alterum pertinebit? Et eum quidem qui tempore testamenti non fuit in rerum natura, partem nec olim fecisse testatur Justinianus *d. l. un.* §. 3. *C. de cad. toll.* Puto autem & quod ei qui capere non poterat conjunctim cum alio relictum erat in eadem causa fuisse, ut & hoc conjuncto totum cederet, quoniam æque quam illud pro non scripto habebatur, arg. *l. 1. C. de her. inst.* quod tamen non aliter processisse quam si alter simpliciter & omnino incapax fuerat, evincitur ex verbis *d. l.* 34. §. 9. *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 paulo ante hoc interpretati sumus, in fisci favorem partem ejus ex lege Julia Papia caducam fieri.

Aut spreverit legatum] Post legem Juliam Papiam si eadem res duobus conjunctim legata erat, etiam partem repudiantis caducam factam colligitur ex loco Ulpiani in *fragm. tit.* 24. §. 11. *& seq.* ubi scribit partem non concurrentis conjuncti, quæ in legato vindicationis jure civili accrescebat, in legato damnationis in hereditate remanebat, ex lege Papia caducam fieri; nunc autem certum est in utroque genere legati accrescere, atque hactenus etiam conjunctos & disjunctos esse pares.

15. *Vivo testatore decesserit vel alio quoquo modo*] Ad illius quoque partem lex Papia pertinebat qui è conjunctis vivo testatore decesserat vel quolibet alio modo defecerat, puta damnatione in metallum aut deportatione, uti ex d. loco Ulpiani manifestum est; idque quod 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 *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 ejus 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 debere cœpit; ceterum nec accrescit collegatario sed ad heredem deficientis transmittitur, qui effectus est cessionis diei in legatis & fideicommissis, *l. 5.* & passim *quand. dies leg. ced.* & 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 tamen accrescat collegatario, sed ad heredem similiter transmittatur, quemadmodum si solus esset totum transmitteret, per *d. l. un.* §. 5. Non frustra igitur dixit, *vivo testatore.*

Totum ad collegatarium pertinet] Si plures sint, omnes autem vel conjuncti tantum vel tantum disjuncti, pars deficientis accrescit omnibus ex æquo; si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum ceteris anteferuntur; disjunctorum partes accrescunt omnibus, sic ut in divisione omnes conjuncti pro una persona habeantur, *d. l.* 34. *in pr. de legat.* 1. *l.* 89. *ff. de legat.* 3. *d. l. un.* §. 10. *C. de cad. toll.* Quod autem conjunctis accrescit accrescit cum onere, quod disjunctis sine onere, *d. l. un.* §. 11. *sub fin.* de quibus etiam dictum superius.

Titio & Sejo hominem Stichum do lego] Quod in his quibus quid conjunctim legatur Justinianus solum utitur exemplo re & verbis conjunctorum, id inter alia multos movet ut negent inter verbis tantum conjunctos esse jus accrescendi: quo in numero sunt Goveanus *n.* 26. Hotom. *6. obs.* 12. Ant. Fab. *6. conj.* 1. & *dec.* 49. *err.* 4. D. Swanemb. *de jur. accresc. cap.* 8. Sed sane 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 conjunctorum id est eorum omnium quibus res eadem legatur una oratione, & disjunctorum quibus quid legatur orationibus diversis: ut

li-

licet in exemplo proposito Titius & Sejus sint re & verbis conjuncti, tamen ut tales hic non considerentur sed ut conjuncti simpliciter; ac proinde hic locus potius contrariam sententiam juvat, quæ etiam in sola verbali conjunctione juri accrescendi locum tribuit. Sed tamen utra sententia verior sit, operæ pretium est penitius inquirere.

16. Illud pro confesso habendum atque omnino retinendum est, nullos esse conjunctos ad quos quidem jus accrescendi pertineat nisi qui re sint conjuncti, sive quibus relicta eadem res. Proinde neque ii quibus res diversæ relictæ sunt quamvis una oratione pro conjunctis hic habentur, veluti si ita dixerit testator, *Titio & Mævio singulos servos do lego*, utut verbis conjungantur, *l.* 84. §. *pen. de legat.* 1. neque ulla, id est, ne rei quidem conjunctio esse intelligitur, ubi partes tantum ejusdem rei singulis simpliciter datæ; ut proinde hoc etiam casu sine dubio jus accrescendi cesset, *l.* 1. *in fin. pr. l. pen. de usufr. accres.*

17. Hinc jam de quæstione proposita judicandum est. Nam si verbis tantum conjuncti qui dicuntur in distinctione generum conjunctorum non sint simul re conjuncti, ex superiore definitione jus accrescendi ad eos non pertinebit; contrà pertinebit si iidem re quoque conjuncti sunt, ut ecce in hoc exemplo: *Titio & Sejo fundum Tusculanum æquis partibus do lego*: constat Titium & Sejum 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 tantum conjuncti, *l.* 142. *de verb. sign.* item verbis conjuncti non etiam re, *l.* 89. *de legat.* 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.* 34. §. 9. *de legat.* 1. & semper partes habere dicantur, *l.* 89. *de legat.* 3. Sed his non obstantibus verius existimo, verbis conjunctos quos hic vocamus etiam re conjunctos esse. Etenim qui sic legat, *Titio & Sejo fundum Tusculanum do lego ex æquis partibus*, is utique utrumque conjungit in eamdem rem, dum simul & semel eumdem fundum ambobus legat. Nec mutat hanc conjunctionem partium æqualium expressio; nam etsi hæ partes non exprimuntur, tacite tamen significantur enumeratione personarum, *l.* 56. *de cond. & dem.* Quæ autem non expressa intelliguntur tamen, si exprimantur pro supervacuis habentur, *l.* 69. *de her. inst.* ut omnino verum sit quod Baro ait, non aliter differre verbis conjunctos a conjunctis re & verbis, quam 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 tantum conjuncti, conjuncti verbis non re? Non quia vere verbis tantum conjuncti sint, re plane disjuncti; sed quia tales videntur in comparatione cum re & verbis conjunctorum, inspecta forma & conceptione verborum, quæ sola hæc 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 cum pariter ad eamdem rem vocentur, pariter pro re & verbis conjunctis habendi sunt. Ex quo porro 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.* 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 expresse partium in hac conjunctione testator meminit, id ex mente ejus sic à prudentibus acceptum, non quod duobus, verbi gratia, ita conjunctis simpliciter velit singulos partes adscriptas atque in omnem eventum habere, etiamsi non concurrant; sed quod cum sciret, si concurrerent ambo quod & futurum speravit, singulos totum habere non posse, istis verbis demonstrare voluerit quid in hunc eventum singuli habituri essent. At si unus deficiat, etiam in verbali conjunctione sic mentem testatoris acceptam, quasi in hunc casum alterum solidum habere voluerit, nec ob aliam causam ad eamdem rem utrumque vocaverit, quam quod eam rem vel alterum eorum magis habere voluit quam heredem suum. Sed inquis, verbis conjuncti dicuntur semper partes habere, *d. l.* 89. *de legat.* 3. ergo omni casu habent, & ab initio & ex postfacto.

Re-

Respondeo, id quoque dici ex comparatione re & verbis conjunctorum: nimirum Jurisconsultus eo loco docendi gratia distinguit verbis conjunctos à conjunctis re & verbis simul, non ex eo quod re ipsa est, sed ex eo quod videtur, quia verbis conjuncti partes habent externa forma verborum, re & verbis conjuncti non habent; neque alia ratione hæc genera secerni possunt. Quod vero apud Ulpianum scriptum est, si conjunctim res legetur partes *ab initio* fieri, *d. l.* 34. §. 9. *de legat.* 1. id tam ad verbis & re simul conjunctos pertinet, quam ad conjunctos verbis tantum; ac proinde locus iste vel ad legatum damnationis referendus est, vel ad legem Juliam Papiam & jus caducarium; uti & *l.* 84. §. 8. *eod.* In *leg.* 7. *de legat.* 2. aperte Jurisconsultus loquitur de legato damnationis; eodemque pertinere principium legis 16. *de legat.* 1. arguit ejusdem legis §. *ultimus.* Concludendum igitur est, etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habere: quippe cui toties locus est quoties res eadem duobus in solidum legata est sic ut partes concursu habeant, sive eas habeant ex voluntate testatoris expressa sive ex tacita, *l.* 3. *de usufr. accr.* Atque hæc communis est sententia, probata quoque Duareno *lib.* 1. *de jur. accr. cap.* 10. Baroni in *comm. ad hunc* §. Donell. 7. *comm.* 13. & 8. *comm.* 21, Gœd. ad *l.* 142. *de verb. sign. n.* 12.

18. Confirmatur hæc sententia primum aperto textu *l.* 16. §. *ult. de legat.* 1. ubi non solum qui re & verbis conjunctus est, sed etiam cui virilis portio data, id est conjunctus verbis tantum, arg. *d. l.* 142. non concurrente altero totum vindicare dicitur. Deinde ex eo quod verbis conjunctus etiam potior dicitur esse in hoc jure quam is qui re tantum conjunctus est, *d. l.* 89. *de legat.* 3. siquidem jus prælationis necessario præsupponit jus accrescendi & conjunctionem realem; & præposterum est quod Ant. Fab. *decis.* 49. *err.* 8. & 9. respondet, verbis conjunctos licet per se re disjuncti sint, ex accidenti tamen & postfacto etiam re conjunctos fieri, concurrente tertio aliquo qui illis re conjungatur; nam conjunctionem non concursus efficit, sed dispositio testatoris ad eamdem rem plures vocantis; ut necesse sit eos quos in parte deficientis concurrere aut aliis præferri volumus considerari ut ab initio sententiâ tetatoris conjunctos. Nihil pro sententia Fabri facit quod à Javoleno responsum est, in hac specie si testator Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam, & eumdem fundum Titio legaverit, Sejo deficiente, partem ejus pro portione legati non Mævio solum sed etiam Titio accrescere, *l.* 41. *in pr. de legat.* 2. Nam Mævius & Sejus in hac specie verbis conjuncti non sunt, sed conjuncti re tantum, verbis inter se separati: quod ipse Jurisconsultus expresse testatur; ait enim, separatim & partes fundi & totum legatum esse; apparetque legatum hoc sic à Jurisconsulto acceptum ex sententia testatoris, quasi Mævius & Sejus sint in unam dimidiam inter se conjuncti; Titius autem cum his in eamdem dimidiam, quia cui totus fundus legatus est utique & eadem dimidia legata intelligitur, cum verbo totius ambæ dimidiæ ei legatæ sint: similiter ut in usufructu conjunctos esse dicimus quorum uni fundus alteri ususfructus ejusdem fundi legatus est, *l.* 19. *de usufr. leg.* quod plenius & eleganter explicat Don. in *epist. ad Alber. Gentil.* inserta opusculis Donelli postumis. Postremo cum nullus alius conjunctionis in hac quæstione sit effectus quam ut jus accrescendi conjunctus habeat, cur si verbis conjuncti ab hoc jure removendi sunt, conjunctos tamen eos non disjunctos appellamus? Non obstat communi sententiæ quod Celsus *l.* 20 *de legat.* 2. respondit, servo communi quod legatum est, id si alter dominorum omitteret alteri non accrescere. Nulla enim omnino in tali legato conjunctio est, ut ipsa textus verba evincunt; & ratio est, quia partes dominicæ semper pro inæqualibus habentur; fortuitumque est, quod æquales singuli habeant. At vero non est jus conjunctionis nisi inter eos quos testator in eamdem rem conjunxit æqualiter. Magis obstare videtur *l. pen. de usufr. accr.* ubi minime obscure Papinianus pronuntiat, re separatos videri quibus eadem res æquis portionibus relicta est. Loquitur quidem de usufructu ejusdem rei æquis portionibus legato; sed vel magis idem obtinere debet in simili casu legata proprietate, utpote quæ difficilius accrescit quam 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 cujus ususfructus relictus est, sed de portionibus singulorum heredum à quibus relictus est: quam interpretationem & initium *d. l. pen.* juvat, & plane confirmat ratio reddita ab Ulpiano in fragmento sequenti in hæc verba, *cum alius ab alio herede usumfructum vindicet.* Bene autem Papinianus

negat, in hujusmodi specie legatarios in eamdem rem conjungi, cum partes hereditariæ prius divisæ sint. Bachovius *d. legem pen.* accipit de eo casu quo dimidia singulis separatim seu diversis orationibus relicta est; sed hoc verbis Papiniani minime convenit. In hereditate huic quæstioni non est locus: quippe in qua, ut initio monuimus, jus accrescendi ex dispositione juris proficiscitur, quod neminem ejusdem hereditatis quæ alium heredem non habeat partem habere partem repudiare permittit; & ideo portio occupata necessario vacantem ad se trahit: quamquam illud etiam in hereditate quæri potest, ex pluribus diversi generis conjunctis quis cui præferatur. Reliqua per se quisque nunc facile expediet; plura tamen qui desiderabit, adire poterit DD. in *d. l.* 89. *de legat.* 3. Gomez 1. *resol.* 10. Grass. §. *jus accrescendi.* Ant. Fab. *dec.* 49. & 50. Christin. *vol.* 1. *decis.* 312, & 2. *seqq.* & qui propriis tractatibus hanc materiam explicarunt, Duar. Govean. Ant. Fumæum, Jo. Suev. Corn. Swanemb.

19. D. Grotius *lib.* 2. *manuduct.* 23. scribit, apud nos in toto hoc argumento non usque adeo subtilitatem juris civilis attendi, sed ejus præcipue rationem haberi quod proprius abesse videtur à sententia & mente testatoris; idque æstimari non ex verbis tantum & rei pretio, verum etiam ex conditione & qualitate personæ tum testatoris tum legatariorum. VINN. Quæ Grotii sententia cùm evidenti æquitate fulciatur, & nostris moribus admodum est consentanea. ADDIT. In legatis alimentorum, ut hoc obiter addam, juris 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 adq. rer. dom.* quod comparatur cum jure accrescendi, *l.* 33. *in fin. de usufr.* ita & in usufructu limitato ad finem alimentorum jus accrescendi cessare placuit; ut recte Cujacius.

TEXTUS.

Si legatarius proprietatem fundi alieni sibi legati emerit, & ususfructus ad eum pervenerit.

9. *Si cui fundus alienus legatus sit, & emerit proprietatem deducto usufructu, & ususfructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat, recte eum agere & fundum petere Julianus ait: quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet; sed officio judicis continetur ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.*

Vid. l. 43. *tit.* 9. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Speciem hoc loco propositam pertinere ad doctrinam traditam* §. 6. *huj. tit.*
2 *Quæ sit hujus loci sententia, & quo colore defendatur.*
3 *Interpretum error circa ejus explicationem notatus.*
4 *Ant. Fabri opinio confutata.*
5 *Non esse novum ut interdum condemnatio fiat in res petitæ æstimationem.*

1. HIc locus, ut ex argumento intelligitur, subjungendus potius fuerat §. 6. *huj. tit.* 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 contrà legatum penitus evanescere, eo quod duæ causæ lucrativæ in eamdem 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 ejus consequi possit, *l.* 82. §. 3. *de legat.* 1. Unde etiam si quis fundi sibi legati proprietatem emit detracto usufructu, & ususfructus postea ad eum pervenit, puta 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 pervenisset. Nam etsi ususfructus non in parte sed in jure consistit; tamen quia emolumentum rei continet merito vicem partis obtinere placet, *l.* 66. §. *pen. l.* 76. §. 2. *de legat.* 2. *l.* 58. *de verb. obl.* Ceterum in hac specie nihilominus fundum recte peti, nec plus quam oportet ea petitione contineri intelligi tradit hic Justinianus post Julianum in *d. l.* 82. §. 2. *de legat.* 1.

2. *Recte eum agere & fundum petere*] *Recte*, id est, impune, sine metu cadendi causa; quæ pœna est eorum qui plus petendo per-

pe-

peram agunt, §. 33. *Inst. inf. de act.* Sensus igitur horum verborum est, posse legatarium agentem ex testamento eum herede simpliciter intendere fundum sibi dari oportere, etiamsi nudam dumtaxat proprietatem emerit, usumfructum adeptus sit gratis, neque hac intentione sua plus eum complexum videri debere quam oporteat: fundum, inquam, ipsum, non διατίμησιν, æstimationem, ut male Theoph. & Pac. quod arguunt sequentia.

Quia ususfructus in petitione servitutis locum obtinet] Poterat objici, immo perperam in casu proposito agere legatarium, ac re ipsa atque aperte plus petere si simpliciter fundum petat: quippe appellatione fundi plenam proprietatem significari, *ll.* 10. & 19. *de usufr. leg. l.* 58. *de verb. oblig.* ac proinde tanto plus quam oportet eam petitionem complecti, quanto pluris æstimari constat plenam proprietatem quam 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 plenam proprietatem petere intelligitur, tamen in casu præsenti fundi verbum sic accipi oportere, ut eo nuda tantum proprietas designata intelligatur, seu fundus quatenus petenti emolumento abest, ut ususfructus intellectu ab eo separetur, & ob id tamquam servitus in hac petitione considerari debeat, hoc est, ut nec petitus censeatur; cum & alias cum usufructus separatus est appellatione fundi nudam proprietatem significari constet, *l.* 25. *de verb. sign.* Hæc interpretatio cum petitori necessaria sit, ne alioqui formula excidat si eum plus debito intentione sua complexum dicamus, omnino hic recipienda est: quoniam in ambigua intentione id semper accipere jubemur quod petitori utile est, *l.* 66. *de judic.*

3. Scio longe aliter hunc locum ab aliis explicari; sic enim fere ceteri existimant, quod Justinianus hic ait legatarium recte agere & fundum petere, id hanc habere sententiam, legatarium recte, id est strictæ rationi juris convenienter, ac proinde sine periculo amissionis causæ 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, & sic accipiunt, quasi dixisset, quia ususfructus non jam 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 Sempronii legatum mihi á 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 ususfructus ut consolidatus & conjunctus cum proprietate, sive ut à proprietate separatus & tamquam 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 eamdem 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. Immo vero nego unquam eum qui fundum petit posse intelligi usumfructum jure servitutis petere; quicumque enim fundum petit, eum necesse aut solidam proprietatem intelligere, *l.* 5. *in pr. si usufr. pet.* aut nudam, *l.* 25. *de verb. sign.* Denique non recte in specie proposita solidum fundum aut solidi æstimationem peti, statis aperte ut nihil videtur probat quod apud Julianum in *d. l.* 82. §. 3. *de leg.* 1. notat Marcellus; ait enim, si parte fundi alieni mihi legati redemero, pars mihi legata sit aut donata, idem esse quod in specie proposita à Juliano, & ideo me partem dumtaxat petere debere: quibus verbis non obscure innuit, nec in præcedenti specie Juliani solidum recte petit; alioqui species quam proponit Marcellus ut similem Juliani longe esset dissimilis.

4. Antonius Faber *6. conj.* 8. ne hoc quidem concedit, in casu proposito simpliciter fundum recte 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 supra 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 *lex* 19. *de obl. & act.* ubi diserte Julianus scribit, eum qui non ex causa lucrativa rem habere cœpit, non prohiberi eamdem ex causa lucrativa petere; tum etiam manifeste locus Marcelli modo citatus; nam si partem fundi

quam ex causa onerosa consecutus sum recte peto, cur prohibear proprietatem petere quæ ex tali itidem causa apud me est? Cetera quæ eodem loco Faber adversus hanc sententiam & adversus ipsum adeo Tribonianum disputat assis non æstimo.

5. *Sed officio judicis continetur &c.*] Quamvis ratio judicii hoc exigat, ac proinde regulare sit ut condemnatio fiat in rem ipsam quæ petita & in judicium deducta est, *l.* 18. *comm. div.* evenit tamen nonnumquam ut necesse sit aut æquum & humanum, condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem; veluti si res petita culpâ debitoris aut post moram peremta sit, *l.* 23. *de verb. obl.* item si res aliena quæ petitur domino venalis non sit, aut venalis quidem sed immenso pretio, *l.* 14. §. *ult de legat.* 3. vel si ea ex causa onerosa ad creditorem pervenerit, *l.* 19. *de obl. & act. l.* 84. §. 5. *de legat.* 1. §. 6. *sup. hoc tit.* Idemque est, si creditor partem quam ex simili causa nactus est petat, *l.* 82. §. 3. *de legat.* 1. & in casu proposito, ubi fundo alieno legato fundi proprietas quæ ex causa onerosa apud legatarium est petitur, *d. l.* 82. §. 2. *de legat.* 1. Hic igitur judicis officio incumbit, ut reum coodemnet non in rem petitam puta ut fundum præstet 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, *Judex tanti litem æstimabit quantum actori aberit, d. l.* 82. §. 2. *de legta.* 1.

TEXTUS.

De re legatarii.

10. *Sed si rem legatarii quis ei legaverit, 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.*

COMMENTARIUS.

1 *Celsum videri à ceteris dissensisse circa casum quo legatarius rem suam sibi legatam vivo testatore alienaverit; tentatur tamen conciliatio.*

2 *Quomodo temperandum quod dicitur, rem suam nemini recte legari.*

SEd si] Particula hæc videtur arguere hunc §. esse appendicem disputationis habitæ in §. *præc.* & §. 6. *huj. tit.* Nam ut illic tractatur de re quæ post testamentum conditum legatarii 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 *inf.* §. 1. *Inst. 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 Justinianus tale legatum inutile esse, propterea quod fieri non potest ut quis duabus ex causis dominium adquirat, *l.* 3. §. 22. *de adq. poss.* qua ratione nec stipulatio rei suæ nec emtio valet, *l.* 82. *de verb. obl. l.* 16. *de contr. emt.* Idem rescriptum est in *l.* 23. *C. de legat.* & responsum ab Ulpiano *l.* 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 alienaverit, nihilo tamen magis legatum convalescit. Quod sumtum ex definitione regulæ Cathonianæ, 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 ad Ulp. *d. l.* 41. §. 2. *de leg.* 1.

1. Aliud tamen Celsi judicium fuisse eumque in hac quæstione dissensisse à ceteris existimant Cujac. Hotom. Bachov. per *d. l.* 1. §. 2. ubi sic Celsus scribit: *Item si tibi legatus est fundus qui scribendi testamenti tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris legatum tibi debebitur, quod non deberetur si testator statim decessisset.* Et sane 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 Jurisconsulti, & posita conditionaliter. An quia tum diverso charactere scribenda fuerant, uti mos est Jurisconsultorum quoties verba testamenti aut stipulationum recitant? At hoc negligi potuit à librario; nec perpetuo observatur, *l.* 76. *in pr.* & §. 1. *de verb. obl. l.* 1. §. 10. *de extraord. cognit.* An quia regula Catoniana ad conditionalia non pertinet? *l.* 4. *de reg. Caton. d. l.* 41. §. 2. *de legat.* 1. ut propterea non debuerit exemplum conditionalis legati à Celso proponi tamquam exceptio regulæ, & in quo definitio Catonis falsa sit. Atqui etiam præcedens species

in

in §. 1. *d. l.* 1. *eod.* exemplum continet legati conditionalis, quod tamen & ipsum ab eadem regula Celsus excipit. Denique difficulter adduci possum ut credam, in diversis Jurisconsultorum sententiis aut Ulpianum aut Celsum suam simpliciter promturos fuisse, quasi in re certa minimeque dubia. Sed tamen inquies, fatendum tunc erit inepte Celsum facere quod excipit de regula quód ad regulam non pertinet. Fatere igitur & tu æque inepte & 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 cum conditio in utraque specie adscripta talis sit ut deficiat si statim testator decedat, si longiuscule vivat impleri possit: fieri utroque casu potest ut, contrà quam regula definit, legatum quod non valuisset si statim descessisset testator, valeat si diutius vixerit. Ad cetera autem legata conditionalia nec verba regulæ pertinent.

2. Ceterum meminerimus, quod initio dictum est, rem suam nemini rectè legari sic accipiendum esse, primum si ea res perfectè legatarii sit; hoc est, ita ut avocari nequeat. Nam si rem ex bonis ejus qui Reipub. causa aberat usu adquisierim, & ea antequam evinceretur nihil legata sit, postea evincatur: rectè ex testamento petam eam mihi dari oportere, *l.* 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 legatarii deest. Pone, emphyteusin, superficiem aut pignus testatori aut alii in re legatarii constitutum; rectè ea legatur, & proficit legatario legatum in eo quod juris alieni fuit, *l.* 43. §. *ult. l.* 71. §. *pen. l.* 86. *in pr. & §. ult. de legat.* 1. *l* 1. §. 1. *de liberat. leg.* Nec dubito quin idem dicendum sit si alius in ea re usumfructum habeat, arg. *l.* 76. §. 2. *de legat.* 2. licet dissentiat Accurs. propter textum in *l.* 66. §. *pen. in fin. de legat.* 2. quo in loco vitiose legitur, *propter istas causas*; cum legendum sit *præter*, ut bene Cujac. *lib.* 5. *ad Afric.* in *l.* 25. *de vulg. & pup. subst.* observavit; & nonnullis in exemplaribus legi testis est Donell. 8. *comm.* 11. In quibusdam editionibus *præter* in margine adscriptum vidi. Postremo si nec ea res testatori debita sit; nam debitori quod debet rectè legatur, licet dominus ejus rei sit, *l.* 1. *in pr. de lib. leg.* vid. *inf.* §. 13. *huj. tit.* VINN. Sed in dubio facile vincit lectio Florentina. Videtur hic sensus esse. Dixerat Papinianus fundo legato etiam usumfructum rectè peti, itemque tuendum fundum si oppignoratus sit, præstandam possessionem si alius possideat. Ne quis autem existimaret, idem etiam locum habere si res nostra nobis legata sit, addit: *Sin autem res mea legetur mihi, legatum propter istas causas non valebit.* Id est, uti rectè interpretatur Osw Hilliger. *ad Donell. enucl. lib.* 8. *cap.* 2. non licebit ex superioribus argumentum ducere. Et hinc assentiri non dubito Accursio. Inter pignus enim & usumfructum multum interest. Rem meam oppignoratam recipere non possum nisi soluto ære alieno; ususfructus ad me redit mortuo usufructuario, vel ex aliis causis. HEIN.

TEXTUS.

Si quis rem suam quasi non suam legaverit.

11. *Si quis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum: nam plus valet quod in veritate est quam quod in opinione. Sed & si legatarii esse putavit, valere constat: quia exitum voluntas defuncti habere potest.*

COMMENTARIUS.

1 *Male & 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 tantum in quibus error gerenti non obstat quominus velit & possit in quo errat. In aliis contrariam regulam probari.*

SUpra §. 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 heredis legaverit quam existimabat suam esse, Papinianus docet utile esse legatum, *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. Hic ex converso docemur, quid juris sit si testator rem suam legavit quasi alienam; item quid si legavit suam cum crederet eam esse legatarii: placere autem utroque casu valere legatum; & valebit igitur vel magis si suam rem lega-

ve-

verit quasi heredis, arg. *d. l.* 67. §. 8. *de legat.* 2.

1. *Non plus valet quod in veritate &c.*] Puto rationem hanc, quod præter Bachovium nemo animadvertit, male accommodari ad hunc priorem hujus §. casum, & omnino pertinere ad sequentem, cum quis rem suam quasi legatarii legavit. Nam non recte hìc dixeris, ideo valere legatum, quia contrà quam opinabatur verum est testatorem rem suam legasse: quoniam etsi opinionem attendas, aut quod opinabatur verum esset, rem scilicet alienam esse, legatum tamen valeret. Est vero in promtu alia ratio ob quam in proposito falsa testatoris opinio non obstet legato: nimirum quoniam si alienam rem credens eam nihilominus legavit, heredemque suum onerare voluit alienæ rei redemtione, multo magis eam legaturus fuisse præsumitur si scivisset suam esse, *d. l.* 67. §. 8. *de legat.* 2.

2. *Sed & si legatarii esse putavit valere constat*] Ad hunc casum recte accommodabimus regulam, *Plus valere quod in re & veritate est quam quod in opinione.* Nam si hìc opinionem spectari placeret nullum esset legatum, quia quod legatarii est inutiliter ei legatur, §. *præc.* Est autem regula ista ex earum genere quæ ad certos dumtaxat casus & actus pertinent; locum enim tantum in iis habet in quibus error gerenti non obstat quominus velit & possit id in quo errat; ut ecce, in casu proposito falsa testatoris opinio non impedit quominus rem suam legare potuerit; neque etiam quominus velle eam legatam existimari debeat; nisi quis dicat, quotiescumque res sua legatario legatur, ideo legatum non valere quia animus legandi desit: quod verum non est; neque enim ideo tale legatum inutile quia voluntatem legandi testator non habuit, sed quia voluntas ejus effectum sortiri non potest, cum quod alicujus jam est id ejus amplius fieri non possit, §. *præc.* Hæc vero ratio cum cesset, si non legatarii, quod testator falso existimabat, sed ipsius testatoris res esse deprehendatur, cessare quoque debet ista dispositio: quod & ipsum Justinianus non obscure significat, cum ita infert, *quia exitum voluntas defuncti habere potest.* Ejusdem generis exempla atque ad ea eamdem hanc regulam applicatam videmus in *l.* 4. §. 1. *de mand. vind. l. pen.* §. 4. *de jur. & facti ign.* In iis vero actibus qui ab animo æstimantur & pendent certumque propositum gerentis requirunt, cujusmodi sunt aditio & repudiatio hereditatis, contraria regula probata est; placetque plus valere quod est opinione quam quod in veritate, *ll.* 15. & 16. junct. *l.* 19. *de adq. her.* nimirum quia in his error impedit quominus fiat quod fieri vere poterat, si quis sciret quod in re est; ac proinde quod verum est procedere non sinit. D. Hotomannus sic generaliter definit, *in errore facti prævalere veritatem; in errore juris plus posse opinionem*: quod ego falsum esse puto. Nam etsi testator rem suam tamquam legatarii in jure errans legaverit valebit haud dubie legatum: è contra si in facto errans rem legatarii legaverit tamquam suam non valebit; ut proinde & in errore juris plus interdum valeat veritas, & in errore facti plus opinio.

TEXTUS.

De alienatione & oppignoratione rei legatæ.

12. *Si rem suam legaverit testator posteaque eam alienaverit, Celsus putat si non adimendi animo vendidit nihilominus deberi; idemque divi Severus & Antoninus rescripserunt. Iidem rescripserunt eum qui post testamentum factum prædia quæ legata erant pignori dedit, ademisse legatum non videri; & ideo legatarium cum herede ejus agere posse ut prædia à creditore luantur. Si vero quis partem rei legatæ alienaverit, pars quæ non est alienata omnino debetur; pars autem alienata ita debetur si non adimendi animo alienata sit.*

LL. 17. *&* 40. *tit.* 9. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Quibus ex rebus conjiciatur utrum res legata adimendi legati causa alienata sit, necne.*

2 *Responsum quoddam Scævolæ cum aliis locis conciliatum.*

3 *Oppignoratione rei legatæ non videri legatum ademtum.*

PErtinet hic locus ad *tit. seq. de adem. legator.* est enim rei legatæ alienatio species tacitæ ademtionis; quoniam hoc ipso quod testator rem in alium transfert recedere à priore voluntate videtur. Ceterum quia etiam legatum rei alienæ consistit, potest hìc oriri voluntatis quæstio, an res adimendi legati

ti animo al'enata sit nec ne; ut si non sit, legatum adhuc peti possit: quod hìc docet Justinianus.

1. *Si non adimendi animo*] Sed unde hunc animum aut contrarium colligimus? Ex causa nimirum alienandi, quæ si libera plane fuit, id est si testator nulla necessitate compulsus rem alienaverit, puta donaverit, aut cum necesse non erat vendiderit eam, animo adimendi id eum fecisse creditur, *l.* 18. *l.* 24. §. 1. *de adim. legat.* ac de hoc casu accipiendi textus in *l.* 8. *pr. de legat.* 1. *l.* 15. *de adim. legat. l.* 1. & 3. *seqq. de pec. leg.* §. 17. *inf. huj. tit.* item *l.* 6. *de legat.* 1. Falluntur enim qui putant hac in re quidquam 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, hìc contra 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 hìc ab heredibus quamvis reis exigitur, *l.* 11. §. 12. *de legat.* 3. quoniam præsumtio pro legatario eodemque actore facit, quasi non videatur extinguendi legati causa alienare, qui etiamsi maxime legatum valere velit tamen alienare cogitur.

2. Ceterum distinctioni propositæ non parum obstare videtur responsum Scævolæ in *l.* 27. §. 3. *de instr. legat.* Patronus liberto quem ex parte heredem scripserat per præceptionem fundum legavit cum instrumento & his quæ in eo fundo futura erant cum moreretur. Respondet Jurisconsultus sine distinctione etiam vinum in eo fundo repertum, quod vivus testator vendiderat & cujus pretii partem tertiam acceperat, ad libertum ex causa præceptionis pertinere, nisi contrariam voluntatem heredes approbent. At vero si alienatio extra causam necessitatis facta argumentum est mutatæ voluntatis, dicendum erat id vinum pertinere ad coheredes 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. *conj.* 6. respondet, non debere videri adhuc alienatum vinum, quoad effectum ademtionis legati, quod nondum traditum est; & maxime cujus nomine venditori pretium nondum numeratum, aut eo nomine ei satisfactum est, arg. *l.* 19. *de contr. emt.* §. 41. *Inst. sup. de rer. div.* Plane pro qua parte pretium testator accepit, difficile dictu est eam quoque partem legato præceptionis contineri; & ego dixerim potentem pro ea parte exceptione summovendum esse.

Divi Severus & Antoninus rescripserunt] Neque responsum Celsi extat, neque hoc Impp. Severi & Antonini rescriptum. Fuisse tamen quod hìc traditur recepti juris patet ex *l.* 18. *de adim. leg.* junct. *l.* 11. §. 12. *de legat.* 3.

3. *Qui prædia pignori dedit ademisse legatum non videri*] Pignoris datio etsi proprie alienatio non est, quippe cum res pignori data in dominio debitoris maneat, eique soluto debito restituenda sit; tamen pro specie alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. alien. non alienand.* Ceterum ipsum nomen pignoris satis indicat alienationis necessitatem; neque enim pignus dari solet nisi ab eo qui necessitate adductus est; ut proinde recte & superiore sententiæ convenienter Impp. Severus & Antoninus rescripserint, eum qui rem legatam oppignorat adimendi animo hoc facere non videri; sive ut ipsi loquuntur *non videri voluntatem suam circa legatarii personam mutare.* Extat rescriptum in *l.* 3. *C. de legat.* Enimvero audiendum nihilominus heredem existimem, si paratus sit ostendere animo adimendi rem à testatore pignori datam.

Cum herede agere ut prædia luantur] Hoc est, ut heres de suo tantam pecuniam creditori solvat in quantam prædia obligata sunt, atque ita ea prædia obligatione liberata ac redemta legatario præstet, *d. l.* 3. *C. hoc tit.* quod tamen accipiendum est secundum distinctionem traditam sub §. 5. *hoc tit.*

Si vero quis partem rei alienaverit &c.] Hoc omnino præcedentibus est consequens; nam quod juris est in toto quoad totum, idem etiam valere debet in parte quoad partem, *l.* 76. *de rei. vind.* Et ideo 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.

De liberatione legata.

13. *Si quis debitori suo liberationem legaverit legatum utile est; & neque ab ipso debitore neque ab herede ejus potest heres pe-*

petere, neque ab alio qui heredis loco sit. Sed & potest à debitore conveniri ut liberet eum. Potest etiam quis vel ad tempus jubere ne heres petat.

L. 47. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Liberationem debitori jam certo jure recte legari.*
2 *Quis liberationis legatæ effectus.*
3 *Quis ejus legati quo damnatur heres ad tempus non petere.*

QUod Titius mihi debet id & Sempronio recte lego & ipsi Titio debitori meo: illud legatum est quod dicitur nominis, de quo plura *inf. sub.* §. 21. *hoc tit.* hoc, quod appellatur liberationis; deque hujus legati effectu agitur in præsenti §. Respondet *tit. π̃. de lib. leg.* ubi variæ hujus legati formulæ occurrunt. Is quoque qui chirographum debitori legat, liberationem legare videtur, *l.* 3. §. 1. *d. tit.* fac. *l.* 59. *de legat.* 3. *l.* 44. §. 5. *de legat.* 1.

1. *Legatum utile est*] Liberationem debitori posse legari jam certum est, ait Jurisconsultus in *l.* 3. *pr. de lib. leg.* quæ verba arguunt id aliquando controversum fuisse. Cur vero fuerit significare videtur idem Jurisconsultus *l.* 1. *pr. eod.* ubi ait, debitoribus ea quæ debent recte legari, licet domini eorum sint. Quippe nostrum proprie 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 antea qui negarent ipsi debitori quod debet recte legari: quia scilicet nemini res sua legari potest. Sed eorum opinio merito explosa est; nihil enim quod debitoris sit hoc legato contineri intelligitur, sed jus tantum quod creditor habet seu obligationem debitumve remissum.

2. *Neque ab ipso debitore*] Legato liberationis non dissolvitur ipso jure obligatio; aut protinus ipso jure debitor liberatur; sed potest liberationis sibi legatæ fructum duplici ratione consequi: excipiendo, si debitum heres petat, si non petat, ultro ex testamento agendo ut liberetur, *l.* 3. §. 3. *l.* 22. *l.* 25. *in pr. de lib. leg.* Quamobrem quod alibi dicitur heredem petere non posse, *l.* 2. §. 1. *l.* 15. *eod.* & hoc ipso in textu, id sic accipiendum est, non posse eum petere efficaciter; nam petentem exceptione doli mali repelli.

Neque ab herede ejus neque ab alio qui heredis loco] Qualis est bonorum possessor, & is cui ex fideicommisso hereditas restituta est. Interdum tamen effectus hujus legati intra personam solius debitoris consistit; veluti si quis ita dixerit, *Heres meus á solo Lucio Titio ne petito*, vel, *A Lucio Titio quandiu vivit heredem meum petere nolo.* Quoties enim legatum coheret personæ legatarii ad heredem ejus non transit; sicut nec ullum aliud jus personale ad heredem transmittitur, *l.* 8. §. 3. *l.* 20. *de lib. leg.*

3. *Ad tempus julerene heres petat*] Potest heres damnari ut ad certum tempus non petat. Cujus legati hic effectus est, ut heres intra id tempus petens à debitore heredeve ejus exceptione summoveatur. Ceterum 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, cum temporalem tantum ex testamento habeat. Ut autem heres paciscatur cum debitore ne intra id tempus petat intra quod testator peti vetuit, ne hoc quidem requirendum est, quia debitore inutile, nihil amplius in eum conferens quam quod jam habet, exceptionem scilicet temporalem. VINN. Quin & is præcipuus hujus legati effectus est, quod interea usuræ promissæ non debentur, *l.* 88. *ff. de reg. jur. l.* 117. *ff. de verb. oblig.* HEIN.

TEXTUS.

De debito legato creditori.

14. *Ex contrario si debitor creditori suo quod debet legaverit, inutile est legatum: si nihil plus est in legato quam in debito; quia nihil amplius per legatum habet. Quod si in diem vel sub conditione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repræsentationem. Quod si vivo testatore dies venerit vel conditio extiterit, Papinianus scripsit utile esse nihilominus legatum, quia semel constitit: quod & verum est. Non enim placuit sententia existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam perveneris à qua incipere non potest.*

COMMENTARIUS.

1 *Quot modis accidat ut plus sit in legato rei debitæ quam in debito.*

2 *Taxa-*

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 Justiniano improbari.*

5 *Jure Cod. & Inst. vix este ut non sit plus in legato quam in debito.*

UT 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 quam in debito, legatum non valeat; sin vero emolumenti quid contineat, aut quacumque ratione plus in legato sit quam in debito, utile sit legatum, *l.* 28. cum *l. seq. de legat.* 1. *l.* 66. *de legat.* 2. *l.* 25. *sub fin. de lib. leg. l.* 1. §. 10. *ad leg. Falcid.*

1. *In diem vel sub conditione debitum pure legetur*] Hæc exempli tantum causa proferuntur; nam longe pluribus modis quam his duobus accidit ut plus sit in legato rei debitæ quam in debito; & totidem modis fit ut legatum sit utile. Videamus ergo quot modis id fiat. Ut plus in legato sit quam in debito primum efficitur debiti repræsentatione, puta si id quod sub conditione aut in diem debetur pure legetur; sic enim fit ut in legato plus sit tempore, *l.* 29. *de legat.* 1. & *hoc text.* Secundo si quod loco longinquiore aut minus commodo debebatur legetur loco citeriore aut commodiore hic enim loco plus est in legato quam in debito, *d. l.* 29. Tertio ut plus sit in legato sæpe efficit nova actio ex testamento; nempe 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 ideo legatum valet quia honoraria actio sæpe temporaria, ex testamento civilis est & perpetua, *d. l.* 28. vel alias uberior, ut est actio ex testamento quavis alia actione stricti juris propter incrementum usurarum & fructuum, *l.* 3. *l.* 34. junct. *l.* 38. §. 7. *ff. de usur. l.* 3. *C. eod.* proinde si id quod ex stipulatu debebatur legatum fuerit creditori, legatum utile est, *d. l.* 28. §. 1. Et generaliter toties valet hoc legatum quoties creditoris interest ex testamento potius agere quam ex pristina obligatione, *l.* 11. *de lib. leg.* Erratque adeo perspicue Wesemb. cum negat, ex eo solo videri plus esse in legato quam in credito, quod nomine legati pinguior actio sit. Sed & in eo nonnihil commodi est, quod speciei à debitore eodemque domino legatæ dominium statim in creditorem transeat, & pro sola actione personali etiam in rem habere incipiat, *l.* 3. §. 2. *de legat.* 3. Ceterum etsi hæc legata ob commoditatem novæ actionis sustinentur; quia tamen hereditatem non minuunt, neque ipsa minuntur lege Falcidia, nec in his creditoris legatarii fideicommitti potest, *d. l.* 28. §. 1. *de leg.* 1. *d. l.* 3. §. 2. *de legat.* 3. Ubi vero commodum est repræsentationis, pro modo istius commodi Falcidia inducitur & fideicommissum valet, *l.* 1. §. 10. *ad leg. Falcid. l.* 2. *de dot. præleg.* Si exceptio metuebatur, creditoris fideicommitti potest, *l.* 7. §. *ult. de legat.* 3. VINN. Potest & eatenus pinguius videri legatum quam debitum, quod cum ex hoc actio dumtaxat personalis competat, ex legato etiam nascitur actio hypothecaria ob hypothecam legatario competentem in rebus defuncti, *l.* 1. *C. comm. de legat.* HEIN.

Propter repræsentationem] Id est, quia ex testamento præsenti die debetur. Repræsentare est, ante diem aliquid præstare aut solvere, vel antequam aliquid debeatur solvere. Sueton. in *August. cap. ult. l.* 1. §. 2. *de dot. præleg. l.* 36. §. 1. *de cond. & dem.* Cicero *epist. ad fam. lib.* 16. *ep.* 14. *Dies promissorum adest quem etiam repræsentabo si advenerit.* Seneca *epist. ad Lucil.* 95. *Petis à me ut id quod in diem suum dixeram debere referri, repræsentem.* Gloss. *vert. repræsentare*, ἐν παρουσίᾳ ποιεῖν *repræsentatio*, ἐμπαρουσιασμός, *Theoph.* omnemque accelerationem significat, ut in illis Ciceronis: *repræsentare improbitatem*, *lib.* 16. *ad Attic. epist.* 2. *repræsentare libertatem*, 2. *Philipp. cap.* 46. Sic Curtius *lib.* 6. *cap.* 11. *repræsentare consilium* dixit, pro *ante diem exequi.*

2. *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, utpote sublata jam utilitate repræsentationis, quæ sola legi & oneri locum facit, *l.* 1. §. 10. *ad leg. Falcid. l.* 7. §. *ult. de legat.* 3. *l.* 2. *de dot. præleg.* Quod visum monere propter con-

fidentiam Ant. Fabri, qui *lib.4. conj.* 12. contra manifestam & auctoritatem juris & rationem affirmare ausus est, etiam in hoc nostro casu, cum dies venit aut conditio extitit, & Falcidiæ locum dari & fideicommissum deberi. Falso nimirum ille contendit, cum dies aut conditio legatum facit, Falcidiam non in commodo repræsentationis dumtaxat sed in toto legato locum habere, legatariumque ratione totius legati fideicommisso gravari posse: temere id colligens ex verbis Papiniani in *l.* 5. *ad leg. Falcid.* eumque cum Paulo in *d. l.* 1. §. 10. *eod.* & Ulp. in *d. l.* 7. §. *ult. de legat.* 3. *l.* 2. *de dot. præleg.* qui id diserte 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, nullumque omnino commodum in re sentit. Fac. *l.* 28. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 3. §. 2. *de legat.* 3. Extat responsum Papiniani in *l.* 5. *ad leg. Falcid.*

3. *Existimantium extinctum esse legatum, &c.*] Hìc iterum, ut *supr.* §. 11. occurrunt duæ regulæ contrariæ, quarum una definit: *Quod semel utiliter gestum est durare, etiam si ille casus extiterit à quo initium capere non potuisset.* Altera contra: *Negotium extingui, eum is casus postea incidit unde incipere non poterat.* Hæ duæ propositiones, ut constat, non possunt simul esse veræ simpliciter & in universum. Immo neutra earum perpetua est aut vera in omnibus causis, *l.* 85. §. 1. *de reg. jur. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* In negotiis omni ex parte perfectis, id est quæ nihil futuri ad consummationem desiderant, sine exceptione valet prior definitio, numquam 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.* 16. §. *ult. de rit. nupt. l.* 31. *in pr. de don. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.* Quod si negotii gesti jus adhuc pendeat & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid amplius desideretur, hìc aliud atque aliud pro conditione casus postea incidentis placet. Nam si quod postea intervenit tale sit ut impediat quominus negotium recte cœptum ad finem perducatur, placet quod ante gestum est resolvi; si non impedit, durare quod bene gestum est exitumque suum sortiri. Ut ecce, testamentum, legata, fideicommissa etiamsi ab initio utiliter constituta sint, non statim tamen ita plene perficiuntur ut nihil amplius ad consummationem voluntatis desideretur; reliquum enim adhuc est ut heres ex testamento existat, ut legatarius legatum consequatur. Finge nunc, eum qui testamentum jure fecerat capite postea minutum esse, servum scilicet factum aut deportatum aut adrogatum: dicimus irritum fieri testamentum; nempe quia superveniente servitute, deportatione, adrogatione conditio personæ testatoris sic mutatur ut testamentum habere non possit ac ne heredem quidem omnino, §. 4. *Inst. sup. quib. mod. test. inf. l.* 6. §. 5. *& seqq. de injust. rupt. l.* 8. §. 1. *& seqq. qui test. fac. l. pen.* §. 2. *de bon. poss. sec. tabb.* Finge, servo alieno quid legatum esse eumque servum postea à testatore redemtum: 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.* 83. §. 5. *de verb. obl.* §. 2. *Inst. inf. de inut. stip.* §. *pen. Inst. inf. de noxal. act. l.* 43. §. *ult. de furt. l.* 11. *de servit. l.* 11. *de judic. l.* 15. *in fin.* junct. *l. seq. ad leg. Aquil.* Sed finge, testatorem post testamentum factum incidisse in furorem aliamve mentis abalienationem, aut amisisse facultatem audiendi loquendive, aut bonis ei interdictum: hìc contra dicimus testamentum quod antea recte factum erat nullo horum casuum infirmari: quippe quia nec furor interveniens, nec auditus sermonisve amissio, nec bonorum ademta administratio impedit quominus testamentum exitum habeat, atque ex eo hereditas ceteraque relicta obtineantur, utpote statum & fortunas suas testatore retinente, §. 1. *& 2. seqq. Inst. sup. quib. non est perm. fac. test. l.* 6. §. 1. *l.* 18. *qui test. fac.* fuse Don. post DD. vulg. in *d. l. pen.* §. *ult. de verb. obl.*

4. Ceterum non idem omnes in omni ejusmodi specie sensisse apparet ex *l.* 98. *de verb. obl.* Atque in casu hìc proposito, cum quis quod in diem aut sub conditione debebat creditori suo pure legavit & vivente testatore dies supervenit aut conditio extitit, Paulus in *l.* 82. *de legat.* 2. aperte disentit à Papiniano in *l.* 5. *ad leg. Falc.* Si demum 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; contra Papinianus, etiamsi vivo testatore dies venerit &c. utile esse hujusmodi legatum scribit,

bit, quia semel constitit. Paulus igitur ad jus hujus legati requirit ut etiam antequam dies aut conditio existat testator mortuus sit; Papinianus unum tantum hic tempus testamenti spectandum, atque ex eo de vi & jure relicti statuendum existimat, quod consentaneum videtur regulæ Catonianæ. Papiniani sententiam rejectâ Pauli Justinianus hic amplexus est.

5. Tota disputatio hujus §. quod Compositores ipsi non animadverterunt, hodie inutilis pene & supervacua videtur; vix enim est ut legatum debiti jam non sit utile creditori, postquam Justinianus etiam actionem hypothecariam legatariis dedit & jus taciti pignoris in bonis defuncti, *l.* 1. *C. comm. de legat.* ut proinde uno tantum casu nunc accidere possit ut legatum rei debitæ nihil utilitatis contineat, videlicet quando legatarius creditor etiam extra causam legati jus pignoris habet constitutum sibi jam ante vel á debitore vel à lege, ut in specie §. proxime sequentis. VINN. Nemo hanc rem accuratius tractasse videtur viro eximio Jac. Gothofredo in *comment. ad l.* 85. §. 1. *ff. de reg. jur. p.* 391. ubi regulas has ita conciliat: (1) *Quæ ex præsenti vires capiunt, quæque non tantum ab initio semel constiterunt verum etiam utiliter constituta sunt, quorumque dies utiliter ante casum existentem cessit: ea durant etsi casus extiterit à quo initium capere non possent*, nisi rei aut personæ status essentialis ita mutatus fuerit ut jam adimpleri res nequeat. (2) *Quæ ex præsenti vires non cœperunt, vel quamvis consistant non tamen constituta sunt ante casum existentem, denique quorum dies nondum cessit: ea evanescunt emergente casu á quo initium capere non potuerunt.* Ex his duabus regulis egregie solvi quæstiones singulares idem Gothofredus per inductionem ostendit; simulque docuit dissensum Veterum, quem jam Cujacius observavit, inde esse quod non satis distinxerint illa, *negotium consistit*, & *negotium utiliter constitutum est*: quæ diversa admodum esse nemo non videt. HEIN.

TEXTUS.

De dote uxori legata.

15. *Sed si uxori maritus dotem legaverit valet legatum, quia plenius est legatum quam de dote actio. Sed si quam non accepit dotem legaverit, divi Severus & Antoninus rescripserunt, siqui dem simpliciter legaverit, inutile esse legatum; si vero certa pecunia vel certum corpus aut instrumenta dotis in prælegando demonstrata sunt, valere legatum.*

COMMENTARIUS.

1 *Jure antiquo in relegatione dotis semper plus fuisse quam in obligatione.*

2 *An novo jure adhuc aliquid in ejusmodi legato commodi.*

3 *Quid juris, si quæ 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 discamus ex superiore regula, ut si plus sit in legato quam in debito legatum valeat; si nihil amplius, legatum sit inutile.

1. *Quia plenius est legatum quam de dote actio*] Hæc verba arguunt, Veteres semper existimavisse plus esse in legato quam in obligatione dotis; ut proinde relegatio dotis non potuerit non jure veteri valere, fac. *tit. ff. de dot. præleg.* Ut autem legatum plenius esset faciebat aut utilitas repræsentationis in dote pecuniaria, cujus repetitio dilationem habebat, ut annua, bima, trima die, ἐπιαυτῷ, διετίᾳ, τριετίᾳ, id est, tribus annuis pensionibus redderetur; legatum autem statim peti poterat, *l.* 1. §. 2. *l.* 2. *d. tit.* Ulp. *in fragm. tit.* 6. §. 5. aut commoditas novæ actionis; nam etsi ceteræ dotes statim reddebantur, teste Ulp. *d. loc.* tamen dote prælegata hoc commodum sentiebat uxor quod dominium rei dotalis statim ad eam redibat, actionemque in rem consequebatur; cum pro dote repetenda personalem tantum actionem rei uxoriæ haberet, arg. *l.* 3. §. 2. *de leg.* 3. aut si dotem sibi reddi stipulata fuerat, quod pro actione ex stipulatu consequebatur actionem ex testamento, imitantem in plerisque naturam actionum bonæ fidei, per *l.* 28. §. 1. *de legat.* 1. Adhæc variæ olim actioni de dote objiciebantur exceptiones & retentiones; sæpe etiam dos lucro mariti cedebat. Vid. Ulp. *in fragm. d. tit.* 6. *l.* 15. §. 1. *ff. sol. matr l. un.* §. 5. *& seq. C. de rei uxor. act.* quibus locus non erat dote relegata.

2. Justinianus vero jus & petitionem mulieris sic auxit, *d. l. un.* & *l.* 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 Justiniani habet, *d. l. un.* §. 7. *vers. exacto C. de rei uxor. act.* Tentari tamen potest cum plerisque Interpretibus, etiam post constitutiones Justiniani relegationem in universum utilem censeri debere, propterea quod agenti ex testamento non potest objici exceptio quam vocant competentiæ. Tametsi enim non omnibus heredibus mariti conventis actione de dote hoc beneficium competit, *l.* 25. *de re jud.* sufficit tamen communi filio qui patri heres extitit competere, *l.* 18. *solut. matr.* atque ita aliquando legatum utile esse posse & solidum obtineri, ubi alias in id tantum fieret condemnatio quod reus facere posset. VINN. Sed hæc commoda legati non adeo magni momenti sunt; actionem enim realem uxor soluto matrimonio habet tamquam domina dotis. Actio ex stipulatu de dote æque bonæ fidei & pinguis est ac actio ex testamento, excepta repræsentatione. Denique merito dubites an liberi beneficium competentiæ ob legatum hoc amittant, vid. *ll.* 12. 13. & 18. *ff. solut. matr. l.* 25. *de re jud.* junct. *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. Observavit id contra Lauterbachium celeberrimus Pagenstech. in *admonit. ad ff. Part.* §. 116. HEIN.

3. *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 tantum in dote non accepta & simpliciter legata obtinet; sed etiam in omni simili legato incertæ rei aut quantitatis, *l.* 75. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 25. *sub fin. de lib. legat.* fac. *l.* 69. §. 4. *de jur. dot.*

Si vero 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*, *ll.* 3. & *ult. C. de fals. caus. adi. leg.*

Valere legatum] *D. l.* 25. *in fin. ff. de lib. leg. d. l.* 3. & *ult. C. de fals. caus. adi. leg. d. l.* 75. §. 1. *in fin. de legat.* 1. Ratio aperta est, & expressa dictis locis, quia falsa demonstratio legatum non vitiat: de quo pluscula *inf.* §. 30. *hoc tit.* Eadem ratione si major quantitas legato comprehensa sit quam 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. §. 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 recte respondet Jo. Faber, referre utrum legetur certa quantitas ut quantitas, an ut certum corpus aut species, veluti *Centum quæ in arca habeo*, *l.* 34. §. 4. *l.* 51. *de legat.* 1. Priore casu falsam demonstrationem non nocere legato; posteriore idem juris esse quod certo corpore quod non extat demonstrato, ut siquidem extet quantitas sic designata legatum valeat; si non extet inutile sit, *l.* 108. §. 10. *de legat.* 1. *l.* 32. §. 5. *de legat.* 2.

TEXTUS.

De interitu & mutatione rei legatæ.

16 *Si res legata sine facto heredis perierit legatario decedit. Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit non tenetur heres. Si vero heredis servus legatus sit & ipse eum manumiserit, teneri eum Julianus scripsit; nec interest sciverit an ignoraverit à se eum legatum esse. Sed & si alii donaverit servum, & is cui donatus est eum manumiserit, tenetur heres; quamvis ignoraverit à se eum legatum esse.*

L. 41. *tit.* 9. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Servi alieni qui legatus sit manumissione heredem ita liberari ut nec æstimationem debeat; & quid si res legata evicta sit.*

2 *Heredem qui servum proprium à se legatum vel ignorans manumisit obligatum remanere; & cur nominatim hoc pronuntietur de servo heredis 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.* 23. *de verb. obl. l.* 30. §. 6. *ad leg. Falc. l.* 47. §. *ult. de legat.* 1.

Si res] Id est, res certa, species seu certum corpus, *l.* 26. §. 1. *de legat.* 1. *d. l.* 23. *de verb. obl. d. l.* 30. §. 4. *ad leg. Falc.* idque

ex

ex prædicato *perierit* satis intelligitur, quod in res certas seu species solum cadit. Nam cum res incerta, puta homo generatim, aut centum aurei, legata aut in obligationem deducta est, numquam dici potest res legata aut alias debita periisse; quoniam omnes homines generaliter & infinite centum legato aut obligatione continentur; eoque fit ut in his nullo rerum casu sive heres sive quis alius debitor liberetur, *d. l.* 30. §. 5. *ff. ad leg. Falc. l.* 11. *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.* 30. §. 4. *l.* 37. *de verb. obl.*

Sine facto heredis perierit] Sive naturali interitu sive facto alieno, puta si servum legatum alius occiderit, *l.* 18. §. *alt. de dol.* Nam si ipsius heredis facto res periit, non magis id legatario nocere debet quam ceteris creditoribus quæ facto debitorum contigerunt. Sed & si res naturali fato perierit, ceterum post moram ab herede factam, heredis id detrimentum erit, *l.* 39. §. 1. *de legat.* 1. Certa enim est juris regula, mora interveniente perpetuari obligationem, ut post moram re peremta nihilo secius teneatur debitor quam si res adhuc extaret, *d. l.* 23. *de verb. obl. l.* 82. §. 1. *l.* 91. §. 3. *eod. l.* 5. *de reb. cred.* de quo commodius infra in materia obligationum. Ait, *perierit.* Periisse non tantum res intelligitur cum in rerum natura esse desiit, verum etiam cùm commercio exemta est, §. 1. & 2. *Inst. inf. de inut. stip. l.* 83. §. 5. *de verb. obl. l.* 92. *de solut.*

Legatario decedit] Hoc locis compluribus traditum, *l.* 26. §. 1. *l.* 36. §. *ult. l.* 47. §. *ult. l.* 112. §. 1. *de legat.* 1. *d. l.* 23. *de verb. obl.* atque, ut superius diximus, jus est commune omnium debitorum qui certam speciem debent.

1. *Sine facto heredis manumissus*] Etiam servi alieni legati manumissione heres liberatur, si nulla ejus culpa argui potest, *l.* 35. *de legat.* 1. *l.* 91. §. 1. *vers. sin autem de verb. obl. l.* 92. *de solut.* ubi Paulus hanc manumissionem ait morti similem esse; scilicet quia manumissione servus commercio eximitur. Quare nec æstimationem præstare heres tenetur, quam præstare cogitur cum res adhuc extat eamque dominus non vult vendere, §. 4. *sup. hoc tit.* Quid si res legata non peremta sed legatario evicta sit? Et si quidem ex causa pignoris evicta sit à creditore, heres 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.* 29. §. *pen. de legat.* 3. *l.* 45. §. 1. *de leg.* 1. & hoc casu tenetur heres rem obligatam nexu pignoris liberare, §. 5. *hoc tit.* Sin autem evicta fuerit à domino ut res aliena, hìc interest in genere res legata sit an in specie; nam si in genere, & heres rem unam aliquam ex eo genere dederit, quæ postea à domino evincatur, non liberabitur, ob eamdem scilicet causam quam modo dixi; si vero in specie, puta Stichus aut Pamphilus, sic distinguendum est, ut si testator eam rem tamquam alienam legaverit, teneatur heres eam redimere aut æstimationem ejus dare, §. 4. *hoc tit.* si tamquam suam, placet heredem liberari modo præstet rem talem qualis apud testatorem fuit, *l.* 77. §. 8. *de legat.* 2.

2. *Heredis servus legatus & ipse eum manumiserit*] Si heres 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.* 112. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 28. *qui & á quib. man.* quippe etiam manumissione res interire intelligitur, quia desinit esse in commercio; & nemo suo se facto obligatione liberare alterique damnum afferre potest, *l.* 25. §. 2. *in fin. ad sen. Treb. l.* 91. *de verb. obl.* Quod ergo dicitur in *d. l.* 28. *qui & à quib. man.* heredem 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, *l.* 65. §. *pen. de cond. ind.* nam indebiti condictio, utpote quæ ex bono & æquo introducta est, nihil revocare consuevit præter iniquum lucrum, *l. pen. eod. tit.* Cur vero Justinianus hoc loco & Jurisconsulti in *d. l.* 112. §. 1. *de leg.* 1. & *d. l.* 28. *qui & á quib. manum.* nominatim loquuntur de servo heredis proprio? Nimirum quia heres 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 leg.* Quin etsi sub conditione servus testatoris legatus fuerit, licet pendente conditione pleno jure heredis sit, placet tamen libertatem ab he-

herede consequi non posse, *l.* 29. §. 1. *qui & à quib. man.* Sed quid est igitur quod Paulus in *l.* 91. §. 2. *de verb. obl.* scribit, Julianum putasse teneri heredem qui cum nesciret à se petitum codicillis ut restitueret manumisit? nam libertate non procedente non potest dici manumisisse. Responsum ipsum Juliani, quod extat in *l.* 25. §. 2. *ad sen. Treb.* rem expediet. Non ait Julianus servum hereditarium ab herede legatum aut quem nominatim heres restituere rogatus est posse manumissione heredis liberum fieri; sed posse heredem qui hereditatem restituere jussus est, servum qui ex ea hereditate sit manumittere, ut tamen obligatus maneat pretiumque servi fideicommissario præstet: inter quæ multum interest. Nam cum servus hereditarius certus specialiter legatus est, manifestum est testatorem velle hunc ipsum servum præstari, non æstimationem ejus. At in fideicommisso hereditatis potest favore alicujus rei quæ in ea hereditate sit alia interpretatio voluntatis recipi, quasi ad sensum testatoris nihil intersit utrum res ipsa an æstimatio præstetur.

Sed & si alii donaverit & is eum manumiserit &c.] Heres qui servum proprium à se legatum alteri donavit, quamvis eum à se legatum ignoret, tamen si is cui donatus est eum manumiserit tenetur in servi æstimationem, *d. l.* 112. §. 1. *de legat.* 1. Ratio eadem quæ in specie præcedente, quia facto heredis accidit ut servus commercio sit exemtus, quod alteri damnum afferre non debet. Tantum hic non proxima sed remota causa heres est.

TEXTUS.

De interitu quarumdam ex pluribus rebus legatis.

17. *Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancillæ mortuæ fuerint partus legato cedunt. Idem est & si ordinarii servi cum vicariis legati fuerint; quia licet mortui sint ordinarii, tamen vicarii legato cedunt. Sed si servus fuerit cum peculio legatus, mortuo servo vel manumisso vel alienato peculii legatum extinguitur. Idem est si fundus instructus vel cum instrumento legatus fuerit; nam fundo alienato & instrumenti legatum extinguitur.*

COMMENTARIUS.

1 *Si ancilla cum suis natis legata sit duo intelligi legata separata & æque 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 heres teneatur supplere quod decessit, sed præstatione ejus quod superest liberetur. Hæc res quatuor exemplis declaratur: legati ancillæ cum suis natis: servorum ordinariorum cum vicariis; *hoc* §.: legati gregis: §. *seq.*: legati peculii, §. 20. Ceterum, ut dixi, ita quod superest legato cedit, si id quoque principaliter legatum sit, non si ut accessio ejus quod decessit; nam peremta re principali etiam 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. Late 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, *l.* 8. *l.* 24. §. 2. & 3. *l.* 39. §. 1. *de legat.* 1. *l.* 10. *l.* 39. *de legat.* 2. *l.* 16. *de legat.* 3.

Partus legato cedunt] *L.* 62. cum *l. seq. de leg.* 1. Poterat videri unum hic esse legatum principale, alterum, natorum scilicet, accessorium; quod etiam Servio visum fuit, qui ob id mortua ancillâ negabat partum deberi. Sed revera liberi matris accessio non sunt; statim enim ut sunt editi separatam plane habent existentiam; & ideo recte Paulus scribit duo hic esse legata separata, hoc est, æque principalia, *l.* 3. *de pec. leg.* & Celsus in *l.* 63. *de legat.* 1. sententiam Servii ut falsam nec voluntati defuncti accommodatam rejicit. Ego quoque sententiam Joann. Fabri & Aretini falsam esse puto & voluntati testatoris minime consentaneam, qui existimant, si pecudes cum fœtu legatæ fuerint morte pecudum legatum fœtus tamquam accessorium extin-

singui. VINN. Genuina ratio cur nec ancillæ partus nec fœtus animalis hìc pro accessione ancillæ vel animalis haberentur, hæc esse videtur, quia post partum non pertinent ad ancillam vel animal, sed ad dominum; adeoque hujus respectu utraque res erat separata, utraque principalis; nullaque remanebat inter matrem & fœtum connexio. HEIN.

2. *Idem est si ordinarii cum vicariis*] Hìc 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 sunt debeantur. Et sane fatendum est servos vicarios accessionis locum obtinere, quatenus considerantur pars peculii ordinariorum; ceterum ex se non sunt sed revera ordinariorum conservi, *l.* 9. *de pec. leg.* atque ut tales considerantur in casu proposito, cum diserte cum ordinariis & ipsi legantur; ut hìc quoque sint duo legata separata, & vicarii æque principaliter ut ordinarii legati intelligantur, *l.* 4. *d. tit.*

3. *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 varie? Quia peculium accessionis locum obtinet; cujus conditionis quæ sunt extingui solent cum principales res peremtæ fuerint: ratio reddita à Gajo in *l.* 2. *d. tit.* Eadem ratione placet, & penu certa cum vasis legata & consumta ne vasa quidem deberi, *l.* 2. *l.* 4. *in pr. de penu leg.* Hoc tamen inter peculium & vasa penuaria interest, quod peculium non est simplex & mera accessio quæ necessario servum sequatur: quippe si simpliciter servus legatus sit peculium legato non cedit, *l.* 24. *de pec. leg.* Sed vasa penuaria pura puta sunt accessio; & ideo penu simpliciter legata, vasa quoque sine quibus recte penus haberi non potest, legato continentur, *l.* 3. §. *ult. de pec. leg. l.* 4. *pr. de penu legat.*

4. *Si fundus instructus vel cum instrumento*] Exemplum simile proxime præcedenti; ideo enim fundo cum instrumento legato & alienato etiam legatum instrumenti extinguitur, quia hìc non sunt duo diversa & separata legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis & sequelæ. Nam instrumentum fundi accessio est. Et si quidem sic aliquis legaverit, *fundum cum instrumento*, alienato fundo instrumentum peti non posse semper constitit, *l.* 1. §. 1. *l.* 5. *de instr. vel. instrum. leg.* Ceterum an idem sit si sic legaverit, *fundum & instrumentum* aut, *fundum instructum*, non satis convenit. Labeo *lib.* 1. *pithan.* putat inter omnes hasce scripturas nihil interesse, *l.* 5. *de instruct. leg.* Justinianus quoque hoc loco idem prædicat de legato fundi instructi & legato fundi cum instrumento. Denique & Paulus eadem duo ut eamdem vim habentia conjungit, *d. l.* 1. *in pr. eod. tit.* Verum idem Paulus in notis ad Labeonem *d. l.* 5. hanc scripturam, *fundum cum instrumento*, à ceteris diserte separat; sic ut dicat ex illa scriptura fundo alienato nihil deberi, ex duabus reliquis posse instrumentum esse legatum.

5. Eguinarius Baro existimat Paulum cum Justiniano nullo modo conciliari posse; Hotomannus etiam secum pugnare, atque ex insita sibi cum Labeone simultate solo Labeonis redarguendi studio contrarium respondisse. Verum 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 adq. rer. dom. l. ult. de usuc.* & fortassis sic etiam Labeonem ab eo tractari in *d. l.* 5. non arbitror tamen aut secum eum pugnare aut cum Justiniano. 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 postea fundo frustra 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.* Cum 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 hìc non tam plana ac perspicua est quam in specie superiore, ideo admitti posse quæstionem voluntatis, & tentari fundo alienato nihilominus instrumentum tamquam separatim atque æque principaliter legatum ex sententia testatoris deberi, eoque

pro-

probato legatarium vincere. Non pugnat igitur secum Paulus, cum 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 cum Justiniano: quippe qui quod regulare est hìc tantum proposuit; quod & fecit Labeo *d. l. 5.* quem idcirco explicari potius à Paulo quam taxari oportuit. Ad hunc ferme modum hæc quoque componunt Cujac. Wesemb. post Bart. *d. l. 5.* aliter *l. 30. ibid.* Myns. Balduin. *hic* Quanto plenius sit legatum fundi instructi quam fundi cum instrumento docet Ulpian. *l. 12. §. 15. & §. 27. cum seqq. de instruct. vel instrum. leg.*

TEXTUS.

De grege legato.

18. *Si grex legatus fuerit & postea ad unam ovem pervenerit, quod superfuerit vindicari potest. Grege autem legato etiam eas oves quæ post testamentum factum gregi adjiciuntur legato cedere Julianus ait. Est autem gregis unum corpus ex distantibus capitibus: sicut ædium unum corpus est ex cohærentibus lapidibus.*

COMMENTARIUS.

1 *Ratio dubitandi circa priorem speciem hujus §. & cur non idem in legato usufructu gregis. Remissive.*
2 *Ratio exempli posterioris.*

1. GRege legato si numerus ovium decreverit, tamen quæ supersunt capita debentur, etiamsi unica tantum ovis reliqua sit, *l. 22. de legat. 1.* Quo loco Pomponius etiam dubitandi causam significat: quæ hæc esse poterat, quod rei legatæ interitu legatum extinguitur, §. 16. *sup. hoc tit.* Etenim grex etsi neque accretione neque decretione mutetur sed idem maneat, *l. 21. §. 1. de exc. rei jud.* tamen ubi decrevit usque ad numerum minorem decem interiisse censetur, quia iste numerus gregem non constituit, *l. ult. de abig. l. ult. quib. mod. us. amitt.* Vid. *l. 65. §. 1. de leg. 2.* Fabrot. ad *Theophil. hic l. 79. de leg. 3.* Gregem autem legavit testator non separatim singula capita, quæ aliud sunt quam grex, *l. 1. infin. de rei vind.* Dicendum est, eum qui gregem legat omnia capita quæ in eo grege sunt legare intelligi, atque ideo quidquid ex grege superest die legati cedente legatario deberi. Licet enim capita quæ supersunt pauciora sint quam ut per se gregem constituant, tamen quotquot supersunt pars sunt aut fuerunt illius gregis qui legatus est; ac proinde etiam legato continentur, *l. 113. de reg. jur.* Nam nec area insula est; & tamen si insula legata combusta sit responsum est aream adhuc vindicari posse, *d. l. 22. de legat. 1.* nimirum quia area pars est aut fuit rei legatæ, id est insulæ, *l. 98. §. 5. vers. non est 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 longe juris est in legato gregis, aliud in legato usufructu gregis. Diversitatis rationem alibi diligenter exposui sub §. 3. *Inst. sup. de usufr. n. 6.*

Ad unam ovem] Quamvis 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. 63. §. 1. de leg. 2. l. 79. de leg. 3.* Fabrot. ad *Theoph. hic.*

2. *Post testamentum gregi adjiciuntur*] Exemplum contrarium, cum rei legatæ vivo testatore aliquid accessit. Cui grex legatus est ad eum etiam omnia capita pertinent quæ postea gregi adjecta sunt, *l. 21. de leg. 1.* Ratio est, quia testator non illum gregem quantus tunc erat, sed plane quantuscumque erit cum dies legati cedet legasse intelligitur. In summa grex legatario crescit & decrescit. Eademque ratio legati armenti & equitii.

Unum corpus ex distantibus capitibus] Ut ædium sic etiam gregis unum corpus est; verum συνημένον, id est, *connexum*, atque ex pluribus partibus inter se cohærentibus constans; hoc διεζευγμένον, *disjunctum*, constans ex pluribus corporibus distantibus, ut populus, legio, collegium, *l. 23. §. 5. de rei vind. l. 30. de usuc.*

TEXTUS.

De ædibus legatis.

19. *Ædibus denique legatis, columnas & marmora quæ post testamentum factum adjecta sunt legato dicimus cedere.*

COMMENTARIUS.

1 *Si areæ legatæ domus imposita sit, superficien*

ciem simul cum solo deberi; & quid si res legata in aliam speciem mutata sit.

1. ALiud exemplum augmenti rei legatæ. Per columnas autem & marmora quælibet additamenta intelligenda sunt, *l.* 41. §. 9. *& seqq. de legat.* 1. Sed & si areæ legatæ domus imposita sit, placet domum, hoc est solum & superficiem deberi, ut diserte traditum est in *l.* 39. *de legat.* 2. & *l.* 44. §. 4. *de legat.* 1. ubi hæc quidem 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: quippe cui superficies etiam aliàs jure accessionis cedit; ut res aucta potius quam mutata videatur, §. 29. *& seq. Inst. sup. de rer. div. l.* 98. §. *ult. de solut.* Non est contrarium quod apud Gajum scriptum est: si domo quæ legata erat destructa aliam eodem loco testator ædificaverit legatum non deberi, *l.* 65. §. *ult. de legat.* 1. quia destructione rei legatæ legatum interit, veluti si domum legatam testator diruat, navem legatam dissolvat, *l.* 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.* 79. §. *pen. de legat.* 3. & omnino adversatur, nisi hæc Celsi verba, *quamquam tunc peti non poterit*, per concessionem accipiantur, ut sit hic sensus: quamvis ponatur is casus quo tunc, id est stante ædificio legatum peti non potuit, uti non potest cum constat testatorem sic ædificasse ut nollet domum deberi, quæ sceptio est *d. l.* 44. §. 4. *de legat.* 1. tamen nunc, id est ædificio destructo posse aream peti; quia mutatio voluntatis tantum 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, siquidem ea species ad pristinam materiam redire non potest, veluti si ex marmore statua, ex lana legata vestis, ex materia legata navis facta sit, legatum intercidit, *l.* 78. §. 4. *d. l.* 88. *pr. &* §. 1. *de legat.* 3. Si vero species in quam res translata est in suum initium redigi potest, veluti si massâ legata scyphi ex ea facti sint, placet consistere legatum, atque in hujusmodi materiam prævalere, *d. l.* 78. §. 4. *d. l.* 88. §. *ult.* fac. §. 25. *Inst. sup. de rer. div.* nisi tamen aut hic heres probet testatorem à legato recessisse, aut illic legatarius probet non recessisse: quomodo accipi debet Ulp. in *d. l.* 44. §. 2. *de legat.* 1. Adi Don. *d. cap.* 17. Cujac. 5. *a d African.* in *l.* 36. *de usufr.* & 23. *obs.* 22.

TEXTUS.

De peculio.

20. *Si peculium legatum fuerit, sine dubio quidquid peculio accedit vel decedit vivo testatore legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hereditatem aliquid servus adquisierit, Julianus ait, siquidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem adquisitum est legatario cedere; quia hujusmodi legati dies ab adita hereditate 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 relictum ut petitionem habeat pecuniæ quam in rationes dominicas impenderit. Iidem rescripserunt, peculium videri legatum cum rationibus redditis liber esse jussus est, & ex eo reliqua inferre.*

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 ante aditam hereditatem 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 ademtum fuerit.*

5 *Legato peculii non contineri quod servus domino expensum tulit.*

6 *Peculium legatum videri ei qui rationibus reliquisque redditis liber esse jussus est.*

MUlta ex hoc §. discimus. Primum, cujus lucro vel damno cedat augmentum vel deminutio peculii legati: deinde servo qui peculium habet manumisso quem peculium sequatur: tum legato peculii an contineatur quod expensum in rationes dominicas: postremo, qui rationibus reliquisque redditis liber esse jussus est an peculium ei legatum intelligatur.

1. *Accedit vel decedit vivo testatore*] Pe-

culium est instar universi alicujus patrimonii, in quo sunt corpora & nomina ac jura seu credita & debita : passim *tit. ff. de pecul.* unde fit ut facile & diminutionem & incrementum recipiat, *l. 65. pr. de legat.* 2. Papyrius Fronto dicebat, peculium simile esse homini : quippe nasci crescere descrescere mori, *l.* 40. *de pecul.* Ait, *vivo testatore*; neque hic distinguitur utrum ipsi servo manumisso peculium legatum sit an extraneo, neque etiam utrum ex rebus peculiaribus auctum sit peculium an extrinsecus. Ratio est, quia quamdiu testator vivit nullo casu dies legari cedit, id est nihil dum deberi intelligitur.

Quod si post mortem testatoris &c.] Si post mortem testatoris ante aditam hereditatem auctum fuerit peculium, hic interest ipsi servo manumisso peculium legatum sit an extraneo; deinde si extraneo, utrum auctum sit peculium ex rebus ipsis peculiaribus, puta ex partu ancillarum vel fœtu pecorum; an quid aliunde peculio accesserit, puta ex operis aut quæstu servi ex donationibus aut legatis. Si ipsi servo manumisso peculium legatum sit, placet omne augmentum legato cedere; si extraneo, incrementa ex rebus peculiaribus dumtaxat; cetera non deberi sed ad heredem pertinere, *l.* 8. §. *ult. de pecul. legat.* & hoc nostro *text.* Rationem diversi juris mox audiemus.

2. *Quia hujusmodi legati dies ab adita hereditate credit*] Ratio cur placeat in casu quod ipsi servo peculium legatum est etiam id quod jacente hereditate ex operis ejus vel ex alia re non peculiari accedit ipsius lucro esse. Unde quoque simul intelligimus cur in casu opposito penes heredem illud maneat. Nimirum sic in universum jus est, ut cum quæritur quantum sit in legato id tempus inspiciatur quo dies legati cedit, *l.* 8. §. *ult. de pec. leg.* id est cum res legati deberi incipit, *l.* 213. *de verb. sign.* neque enim ante ad legatarium quidquam pertinere potest. Proinde si ante diem legati cedentem quovis modo auctum fuerit legatum, etiam augmentum illud legatario debetur; si post diem cedentem, id solum quod res ipsa ex se producit Jam vero quando ipsi servo manumisso peculium legatum est, tam peculii legati quam libertatis dies ab adita hereditate cedit, *l.* 7. *in fin. l.* 8. *quand. dies legat.* quando autem extraneo, cedit statim à morte testatoris sicut in ceteris omnibus legatis, exceptis conditionalibus & quæ ad heredem non transeunt, *l.* 2. *cum* 3. *seqq. d. tit. l. un.* §. 5. *&* 6. *C. de cad. toll.* Consentaneum igitur omnino est, ut peculium legatum servo crescat eumque sequatur cum omni augmento usque ad aditam hereditatem; extraneo augeatur quovis quidem modo usque ad tempus mortis testatoris; ceterum quod jacente hereditate extrinsecus accedit heredis lucro sit.

3. Quod tamen diximus, peculii legati diem extraneo cedere ex mortis testatoris tempore, ei aperte adversatur quod ex Juliani sententia Ulpianus in *l.* 8. §. *ult. de pecul. legat.* scribit, si ipsi servo peculium legetur *tempus spectandum quo dies legati cedit*; si vero extraneo *mortis tempus*. Ergo 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 manifeste pugnat, ut sine incusatione Compilatorum pugna hæc sedari non possit. Quid ergo dicimus? Nimirum Ulpianum cum Juliano respondisse secundùm jus suorum temporum & senatusconsulta quæ circa legem 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 vero antiqui juris vestigium oculos ac manus consarcinatorum fugisse. VINN. Id & alibi factum, veluti in *ll.* 31. *&* 104. *ff. de cond. & demonstr. l. fin. ff. de don. mort. caus. l.* 3. § *ult. &* 1. 42. *ff. de hered. inst.* quæ loca jam notavit Cujac. ad Ulpian. *in fragm. tit.* 24. §. 31. HEIN.

Nisi ex rebus peculiaribus] Puta ex partu peculiarium ancillarum fœtuve pecorum, *d. l.* 8. §. *ult. de pec. leg.* Hoc enim cum accedit ipsum peculium ex se augetur atque amplificatur; ut hujusmodi augmentum etiam post diem legati cedendum contingens merito legatario sequatur : arg. §. 19. *Inst. sup. de rer. div. l.* 6. *de adq. rer. dom.*

4. *Peculium autem nisi legatum &c. quamvis si inter vivos*] Servo testamento manumisso peculium nisi nominatim ei legatum fuerit non debetur, *l.* 24. *de pec. leg.* At eum qui inter vivos manumittitur placet peculium sequi si non adimatur, *l.* 53. *ff. de pecul. l. un. C. de pecul. ejus qui lib. mer.* Quæritur ratio differentiæ. Glossa ex Joanne hanc af-

affert, quod inter vivos manumissos operas patrono debeat, in quarum compensationem peculium ei relictum credendum sit; libertus autem Orcinus neque heredi neque ulli alii operas præstare teneatur. Schneidewinus ex Joann. Fabro hanc, quod dominus servum quem inter vivos manumittit majori affectione prosequatur quam quem testamento; ac proinde etiam majorem erga illum exercere intelligatur liberalitatem quam erga hunc cui libertatem in id tempus confert quo rebus suis amplius uti non potest. Hinc esse, quod plus mereri dicatur qui vivens dat eleemosynam quam qui moriens &c. Sed quid nodum in scirpo quærimus? Peculium servo vindictâ, verbi causa, manumisso relictum, eum neque ut compensatio operarum sequitur: quippe quas etiam ademto peculio præstaret; neque quia major putatur esse affectio domini erga servum quem vindictâ quam quem testamento manumittit; licet enim hoc verum sit, tamen cum morientes longe simus liberaliores quam viventes & adhuc valentes, liberalior quoque ac prolixior interpretatio convenit voluntati morientium quam viventium, *l.* 12. *de reg. jur.* Denique & cùm testamento & cùm vindictâ servus manumittitur manumissio ipsa præter libertatem nihil ei tribuit; est enim manumissio non peculii datio sed libertatis. Sed quod vindictâ manumissum peculium sequi placet si id ei non adimatur, hanc rationem habet; quod duplex in tali casu donatio est: una expressa libertatis, altera tacita minime tamen obscura peculii. Etenim cum dominus manumisso peculium non adimit, sed id eum jam libertum sibi habere permittit, hoc ipso non obscure id ei donat ac concedit, cum si donatum nollet posset adimere. Hoc vero in manumissum testamento quadrare non potest, qui non nisi post mortem testatoris libertatem consequitur, hoc est eo tempore quo qui libertatem dedit peculium liberto relinquere non potest; & quia cum poterat nominatim non reliquit, ideo id apud heredem suum cum cetero jure manere voluisse censetur. Fac. *d. l.* 53. *ff. de pecul. d. l. un. C. de pecul. ejus qui lib.*

5. *Petitionem pecuniæ quam in res dominicas*] Quamvis quod servus domino expensum tulit, id est 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. §. 4. *de pecul. leg.* Quin etiam responsum est, si servo inter vivos manumisso peculium ademtum non sit ac proinde concessum, tamen eum debitores peculiares convenire non posse nisi mandatis sibi actionibus, *d. l.* 53. *de pecul.* adeoque verum videtur quod Theophilus scribit, peculio legato, τὰ ἐν προχείρῳ ὄντα καὶ ἐν ἑτοίμῳ, *quæ in promtu & in parato sunt*, dumtaxat 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.* 23. §. 2. *de pec. leg.* Ceterum si rationibus redditis reliqua, id est quæ putatis rationibus domino eum debere compertum fuerit; de peculio solvere aut certam summam heredibus inferre jussus sit, ei quod in peculio superest legatum intelligitur, *l.* 8. §. 7. *d. tit.* Nam qui servum ex peculio quod debet aut partem peculii inferre jussit, non potest non videri de cetero aliter sensisse, per *l.* 12. §. 43. *vers. denique Neratius de instruct. vel instrum. legat.*

TEXTUS.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

21. *Tam autem corporales res legari possunt quam incorporales; & ideo quod defuncto debetur potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario præstet; nisi exegerit vivus testator pecuniam, nam hoc casu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet*: Damnas esto heres meus domum illius reficere, *vel*, illum ære alieno liberare.

L. 15. *tit.* 9. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Legato nominis quid contineatur.*

2 *Extingui hoc legatum si dum vivit testator debitum exactum fuerit, aut etiam ultro solutum & quare.*

3 *Admitti tamen hìc probationem non mutatæ voluntatis ex facti circumstantiis.*

4 *Quid juris si cum debitum peti cœptum esset testator inter moras judicii 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 recte legentur. Duo autem sunt quæ hoc §. docemur: unum est, posse legari tam res incorporales quam corporales (in textu trajectio est) alterum, non solum res quæ proprie & specialiter ita dicuntur legari posse, sed etiam facta.

Quam incorporales] Non modo res corporales ut fundus, ædes, homo, vestis, aurum, argentum, pecunia numerata &c. legari possunt, sed etiam incorporales, ut usus, ususfructus, servitutes prædiorum, pars hereditatis aut bonorum, liberatio, actio seu nomen debitoris; & hoc est quod Jurisconsultus ait, & corpora omnia & jura & servitutes legari posse, *l.* 41. *in pr. de legat.* 1. Quid usu, usufructu, quid servitute legata legato contineatur explicatur propriis *tit. in π̃.* quid legata parte hereditatis, *l.* 8. § *ult. de legat.* 2. *l.* 22. §. *ult. ad senat. Treb.* quid parte bonorum, *l.* 9. *de legat.* 2. *l.* 26. §. 2. *l.* 23. *de legat.* 1. De liberatione legata & quid eo legato contineatur diximus sup. §. 13. *huj. tit.* agiturque de eo item tit. proprio in *π̃.* Hic de legato nominis agendum est.

Quod defuncto debetur potest alicui legari] Quod mihi debetur & debitori meo recte lego legatum dicitur liberationis, & tertio alicui: veluti, *Centum quæ mihi Sejus ex causa mutui debet Titio do lego, l.* 75. §. 1. & 2. *l.* 82. §. *pen. de legat* 1. estque id legatum quod passim *nominis* appellatur, *l.* 44. §. 6. *de legat.* 1. *l.* 11. §. 13. *l.* 34. *l.* 59. *ff. de legat.* 3. *l.* 18. *C. de legat.* Qui chirographum legat debitum quoque seu nomen aut actionem legari intelligitur, non tabulas solum, *d. l.* 44. §. 5. *de legat.* 1. *d. l.* 59. *de legat.* 3.

1. *Ut actiones legatario præstet*] Legato nominis nihil amplius continetur quam ut actiones suas heres præstet, *d. l.* 44. §. 6. *d. l.* 75. §. 2. *l.* 105. *de legat.* 1. Ex quo intelligere possumus nomine legato neque pecuniam ab herede posse exigi, neque periculo ejus nomen esse; sed cessione actionum, licet inanium si forte debitor solvendo non sit, heredem 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 Sejus debet Titio lego, d. l.* 75 §. 2. Atque olim quidem sive nomen legatum fuerat sive venditum aut donatum, nulla actio legatario venditor aut donatario prodita erat, qua suo nomine cum debitore experirentur; sed expectandum iis erat donec heres aut creditor actiones suas mandaret: quibus mandatis, non suo sed mandantis nomine & procuratores in rem suam experiebantur. Postea vero his utiles actiones adversus debitores tribui cœperunt, quas suo nomine non expectata cessione directarum exercerent, *l.* 18. *C. hoc tit. l.* 5. & *l.* 7. *C. de ber. vel act. vend. l.* 16. *in pr. de pact.* Quod ideo videtur constitutum esse; quia cessio actionum sæpe protrahebatur; & interdum nec cedi actio potest, ut in specie *l.* 1. *C. de obl. & act.*

2. *Nisi exegerit testator pecuniam*] Nominis legatum ita demum effectum habet si debitum à vivo testatore exactum non fuerit; ceterum si testator post factum testamentum pecuniam à debitore exegerit legatum extinguitur, teste Ulp. *d. l.* 75. §. 2. *de legat.* 1. quod hic confirmat Justinianus. Ratio hujus rei est, quia testator exacto debito quod legaverit ademisse legatum videtur: quemadmodum & ille qui rem legatam postea alienavit, *l.* 11. §. 12 & 13. *de legat.* 3. Quin alia etiam ratione eaque fortiore id hic efficitur quam ubi res legata postea alienatur. Nam res tametsi alienata est durat, legatumque consistere potest licet res aliena facta sit; at cum nomen exactum est, extinguitur ipsa substantia debiti, ἡ σύγχυσις τοῦ χρέως, hoc est illud ipsum quod legatum est perimitur, ut frustra desideraturus sit legatarius actiones sibi ab herede præstari quæ nullæ supersunt. Hæc differentiæ ratio indicatur *d. l.* 11. §. 13. & *d. l.* 76. §. 2. *de leg.* 1. nec absimile est quod traditur in *l.* 7. §. 4. *de lib. leg.* legatum liberationis evanescere si dum vivit testator debitum exactum fuerit. Sed & si ultro quod debebatur solutum est, vel acceptilatione aliave qualibet ratione debitor liberatus; legatum nominis sicut & liberationis extinguitur, *l.* 21. *de lib. leg.*

3. Enimvero etiam hic admittitur probatio non mutatæ voluntatis ex facti circumstantiis, *l. pen.* §. *ult. de adim. leg.* Finge, ideo nomen exactum esse quia forte debitor ad inopiam vergebat, & pecuniam pro deposito testatorem habuisse: poterit legatum aut fideicommissum peti, quasi non hoc animo testator debitum exegerit ut legatum adimeret, *d. l.* 11. §. 13. Petetur autem hoc casu legatum recta ab herede; nam frustra etiam hic legatarius ageret cum herede ut actiones sibi cedantur: quippe quæ debitore

re liberato nullæ supersunt. Similiter si debitor ultro pecuniam obtulit & acceptam item pro deposito testator habuit, placet legati aut fideicommissi petitionem superesse, quasi voluntate non mutata, *d. l.* 11. § 13. Exigi vero etiam in hoc casu videtur ut in deposito sit habita pecunia; secus autem esse si ut in solutum data ita simpliciter in solutum accepta sit, arg. *d. l.* 11. § 13. *d. l.* 21. *de lib. leg.* ubi simpliciter Jurisconsultus respondet, solutione debiti extingui legatum nominis. Glossa tamen distinguendum putat inter debitorem qui ultro solvit & qui à creditore conventus: quam distinctionem Schneidewino probari video.

4. Ait, *nisi exegerit.* Quid ergo si cum pecunia peti cœpta esset, testator inter moras judicii aut etiam post sententiam nondum facta solutione decesserit? Bart. in *l. 6. de instruct. vel instrum. leg.* eumque secuti Angel. & Myns. *hic*, putant, eo casu petitionem legati superesse, nec inteligi ademtum legatum quamdiu res non desiit esse plane integra. Et vero si rem legatam vendidisset testator eâque nondum tradita decessisset, legatum pro extincto non esse habendum probat textus in *l.* 27. §. 3. *de instruct. vel instrum. leg.* Quod etiam nobis videri supra diximus in §. 12. *huj. tit.* Sed non sunt hæc prorsus similia. Et alienatio rei legatæ non necessaria, & petitio debiti argumenta sunt mutatæ voluntatis. Ceterum nuda venditio seu quæ traditione consummata non est pro alienatione non habetur quod effectum attinet ademtionis; ideo scilicet quia traditio arbitrii venditoris ejusdemque testatoris est, qui rei dominio quod transferre poterat retento, & maxime si nec pretium acceperit, non videtur protinus legatum ademtum 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 sane pro Bartoli sententia facit *d. l. 6. de instr. leg.* Nam in specie illic proposita vel maxime debetur quod exactum est, idque pro confesso sumitur; sed dubitatur, an si debitor condemnatus vivente testatore non satisfecit, etiam ejus petitionem legatarius habeat, quod ex sententia judicis debitum nec dum solutum est, propter verba legati, *quod meum erit*, quibus testator usus proponitur.

5. *Damnas esto heres meus domum illius reficere*] Etiam facta, ut diximus, recte leguntur aut in fideicommissum deducuntur: id est damnari potest heres aliusve qui testamento obligari potest rogari ut aliquid in gratiam alterius faciat vel non faciat; & qui jussus aut rogatus est parere debet, modo ne quod fieri scriptum est contra jus vel bonos mores sit, *l.* 112. §. *pen. de legat.* 1. aut æstimationem non recipiat, veluti si heres liberos suos emancipare jussus sit aut extraneum aliquem adoptare, *l.* 114. §. 8. *de legat.* 1. *l.* 41. §. 8 *de legat.* 3. junge tamen *l. 92. de cond. & dem.* Facere jubetur heres & licite in exemplis hic propositis cum damnatur domum alicujus reficere, vel aliquem ære alieno liberare & similibus, veluti si jubeatur alteri domum vel monumentum extruere aut fundum vendere, *l.* 49. §. *ult. de legat.* 2. *l.* 49. §. 7. *& seqq. de leg.* 1. *l.* 11. §. *ult. de leg.* 3. Paul. 3. *sent.* 6. Non facere, veluti si vetetur fundum aut domum aliamve rem alienare extra familiam, *d. l.* 114. §. 15. *de legat.* 1. *l. 69.* §. 3. *de legat.* 2. Plane si id quod fieri jussus est ad nullius utilitatem pertineat, veluti si testamento quid vetitum alienari, nec causa expressa sit, & personæ ignoretur propter quam testator id fieri velit, placet scripturam quasi nudum præceptum contineat nullius momenti esse, *d. l.* 114. §. 14. *de leg.* 1. *l.* 38. §. 4. *l.* 93. *in pr. de legat.* 3. Ejusdem generis sunt quæ à Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circa sepulturam voluntates, veluti ut vestes aut ornamenta in funus impendantur, *l.* 113. §. *ult. de legat.* 1. *l. ult.* §. 2. *de aur. leg.*

Textus.

De legato generali.

22. *Si generaliter servus vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.*

L. 23. tit. 9. Part. 6.

Commentarius.

1 *Quid prudentibus sit genus, quid species.*

2 *Definitionem hujus §. ad genera summa aut subalterna non pertinere, sed tantum ad genus infimum; nec tamen aliter quam si species huic generi subjectæ certam á natura habeant determinationem.*

3 *Si res generis legato subjectæ naturâ determinatæ non sunt legatum inutile esse, nisi testator res ex eo genere habeat; & num hoc etiam in fundo simpliciter legato obtineat.*

Ubi

4 *Ubi utile est legatum generis regulariter electionem esse legatarii.*

5 *Vetus & speciosa inter genera legatorum circa potestatem eligendi differentia.*

6 *An istius differentiæ ratio adhuc habenda postquam legatorem omnium una cœpit esse natura.*

7 *Quibus casibus heredis sit electio etiamsi testator id non expresserit.*

8 *Electionem in casu nostro non esse usquequaque liberam.*

1. INsignis hic locus est & difficilis. Illud primo notandum, genera à nostris dici ex omnia quæ sub appellatione communi plures res hic 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 vulgo vocant individua & non esse species contendunt. ut Stichus, hic equus, hic bos. In quo nostri communem usum loquendi sequuntur: veluti cum dicunt, in mutuo recipi non eamdem speciem sed genus; pro quo in scholis dicerent, non idem numero sed idem specie. Quinetiam ex sententia quorumdam philosophorum revera quæ de individuis prædicantur genera sunt, scilicet infima: individua ipsa species, nempe specialissimæ; atque adeo ab ipso etiam Aristotele sic appellantur, ut videre est *lib. 2. philos. cap. 3. & lib. 3. cap. 4.* item *lib. 1. de part. animal. cap. 4.* Deinde non omne legatum generis valere.

2. Interpretes primum & recte 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 minimam de mundo, ut loquuntur, heres præstando liberaretur. Dein in genere infimo, quod uti diximus in scholis est infima species, recte distinguunt inter res huic generi subjectas; ut si tales sint quæ certam determinationem habeant à natura ut homo equus bos, earum rerum generaliter relictarum legatum valeat, *l. 13. l. 37. in pr. l. 108. §. 2. de legat. 1. l. 25. §. 17. fam. ercis.*

3. Si vero naturâ determinatæ non sint ut fundus & domus (quippe quæ non naturâ sed destinatione hominis constituuntur, *l. 24. §. 3. de legat. 1. l. 60. de verb. sign.*), in eo omnes consentiunt ut si testator nullas ædes aut fundos habuerit, ex simplici harum rerum legato nihil debeatur, magisque deerisorium tale legatum sit quam utile, *l. 71. de legat. 1. l. 69. §. 4. de jur. dot. l. 115. in pr. de verb. obl.* utpote 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 possint quantum præstari debeat: ac proinde similiter habendum ac si corpus ignotum legatum sit, *d. l. 69. §. 4. de jur. dot.* Quod si testator fundos aut ædes habuerit, ædibus simpliciter legatis omnes consentiunt legatum esse utile, unasque ex his quas testator relinquit deberi; estque in eam rem textus apertus in *d. l. 71. in pr.* At si fundum in genere legaverit, alii non magis hoc casu legatum valere putant quam si nullos fundos testator habuisset; alii tam fundi legatum utile esse quam domûs, unumque ex fundis quos testator regionibus distinctos habuit præstandum. Pro illis facit, quod generaliter traditum est, fundo non demonstrato nec legatum ullum nec stipulationem esse, *d. l. 69. §. 4. de jur. dot. d. l. 115. in pr. de verb. obl.* pro his, exemplum ædium legatarum, *d. l. 7. de legat. 1.* quarum & fundi hactenus eadem ratio videtur, arg. *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 heredem damnaverit vinum oleum frumentum dare non adjecta quantitate, hoc legatum sic esse accipiendum quasi testator legasset vinum oleum frumentum suum, & tantum quantum ex his generibus habuit, *l. 7. de trit. vin. ol. leg.* Cui sententiæ, quæ est Petri de Bellapert in *d. l. 115.* ego quoque accedo; quamvis contraria pluribus probata dicatur: quod tamen & ipsum incertum est, vel teste Gomezio & ipso contrariæ sententiæ asserore, *1. resol. 12. n. 32. & 2. resol. 11. n. 9.* Consule D. Don. in *d. l. 115. n. 13. & seqq. de verb. obl.* ubi simul docet, stipulationis & legati non eamdem per omnia in proposito rationem esse: quod & verum esse vel ex sola collatione *d. l. 7. de tritic. vin. leg. & l. 74. de verb. obl.* apparet. Quinimo etsi nullum fundum nullasve ædes testator habuerit, ex æquitate tamen juris Canon. atque ex verisimili mente defuncti simplex harum rerum legatum sustinendum esse, & pro modo facultatem ejus, dignitate ac caritate vel necessitudine legatarii statuendum quales præstari debeant, post Archidiac. Panorm. Felin. & Alexandrum censet idem Gomezius *d. loc. n. 10.*

Ele-

4. *Electio legatarii est*] Ubi utile est legatum generis placet electionem non heredi sed legatario dari, ut hic scriptum est & in *l.* 2. §. 1. *de opt. leg.* Idemque est si plures res disjunctim legatæ sint, veluti Stichus aut Pamphilus, *l.* 34. §. *pen. de legat.* 1. *l.* 19. *l.* 23. *de legat.* 2. aut si ex duabus pluribusve rebus nominatis una legata fuerit: puta si testator dixerit, *Ex duobus servis meis unum Titio do lego*, *l.* 20. *de legat.* 1. Diversi autem casus sunt qui proponuntur in *l.* 32. §. 1. *l.* 39. §. 6. *eod.* Ceterum additur hic exceptio, *nisi aliud testator dixerit.* Addamus & alteram, *nisi sermonem ad heredem direxerit*; nisi potius dicimus, hoc etiam verbis illis, *nisi aliud dixerit*, significari. Sed etsi testator aliud non dixit, magna tamen adhuc cautione quod hic simplicer definit Justinianus, in legato generis legatarii electionem esse, indiget.

5. Jure veteri etiam cum genere legato aut duabus rebus disjunctim de jure eligendi quæritur differentia erat inter genera legatorum. In legato vindicationis legatario, in damnationis heredi electio permittebatur: cujus differentiæ testimonia non obscura videmus in *l.* 34. §. *pen. l.* 45. §. 1. *l.* 110. *de legat.* 1. *d. l.* 19. §. 23. *l.* 43. §. *ult. de leg.* 2. *l.* 29. §. 1. *de leg.* 3. Hoc autem & voluntas testatoris exigere visa est & ratio juris. Voluntas testatoris: quippe qui in legato vindicationis sermonem confert ad legatarium ei dans, legans, eum sumere, capere, sibi habere jubens; in legato autem damnationis heredem alloquitur damnans jubensve eum dare aut facere. Ratio juris, quia is cui per vindicationem res legata erat, non tam 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 vindicare potest, quod significat African. *l.* 108. §. 2. *de legat.* 1. ubi ait ejus electionem esse oportere cui potestas sit qua actione uti velit. At cui per damnationem quid relictum erat is eam rem vindicare non poterat, sed tantum in personam ex testamento agere, heredemque ut debitorem quasi ex contractu obligatum convenire, hujusmodi puta formula, *Ajo te mihi Servum dare oportere*; aut hac, *Ajo te mihi Stichum aut Pamphilum dare oportere.* Itaque juris ratio postulabat ut hic heredi concederetur electio exemplo ceterorum debitorum, quorum regulariter electionem esse in debito generis aut pluribus rebus disjunctim promissis constat, §. 33. *vers. huic. autem Inst. inf. de act. l.* 10. *in fin. de jur. dot. l.* 75. §. 8. *de verb. obl.*

6. Quæritur vero an hodie distinctionis istius ulla porro ratio habenda sit. Nam postquam Justinianus differentiam generum legatorum sustulit legataque omnia sic exæquavit, ut etiam jus vindicandi, à quo jus eligendi pendere videtur, per *d. l.* 108. §. 2. *de legat.* 1. ex omnibus conces erit, *l.* 1. *C. comm. de legat.* multis visum est, electionem legatarii factam perpetuam, neque ex modo legandi amplius æstimandam. Verum ego eorum sententiam veneror, qui negant legatorum illam exæquationem ad effectum de quo hic agimus trahi oportere: quippe quæ, ut supra quoque monui, sic semper accipienda sit, ut ne quid admittatur contra voluntatem testatoris. Utri autem electionem tributam testator velit, legatarione an heredi, non potest apertius declarare, quam cum jubet aut legatarium vindicare aut heredem dare. Illic enim, cum verba executiva, ut loquuntur, ad legatarium dirigit, apertissime significat se eligendi quoque potestatem ei facere; hic vero cum eadem verba ad heredem refert, hoc ipso contrà ostendit se heredis arbitrio permittere quam rem velit dare. Et igitur si ita testator legaverit, *Heres meus damnas esto hominem dare*; vel sic alternative, *Heredem meum Stichum aut Pamphilum dare jubeo*: in his legatis dicimus etiam nunc heredi electionem concedendam, non obstante supra dicta exæquatione. Nihil enim magis rationi repugnat, quam ut ibi electionem tribuamus legatario, ubi eam testator tam manifeste permittit heredi. Quamobrem nec vindicationem legatario ante dari oportebit, quam heres declaraverit quid ex genere aut rebus disjunctim hoc modo legatis præstare velit. Atque hanc sententiam post Gloss. Bart. & comm. DD. in *l.* 23. *de legat.* 2. & *in l.* 27. *de legat.* 1. probat Gomez 2. *var. resol.* 11. *n.* 43. nec non summi viri Covar. *in cap. indicante n.* 3. *x.* *de testam.* Ant. Faber 6. *conj.* 1. Wesemb. & Bachov. *hic.*

7. *Nisi aliud testator dixerit*] Aliud dixisse testator intelligi debet, non tantum si expressis verbis heredi electionem permisserit, *l.* 12. *de opt. leg. l.* 84. §. 9. *de legat.* 1. *l.* 11. *in fin. de leg.* 2. verum etiam si verba legati executiva ad heredem direxerit, ut fit cum quid per damnationem ab herede legatur, ut jam dictum & demonstratum est. Plane enim cum ex voluntate testatoris tota hæc res æstimanda sit, parum interest verbis an per modum

dum legandi voluntatem suam declaraverit. Sed etsi testator aliud non dixerit, opus tamen hìc est non una cautione. Nam neque ad res omnes generaliter legatas definitio Justiniani pertinet, & ad quas pertinet in his electio legatarii non est infinita. Sciamus igitur primum, definitionem tantum pertinere ad eas res quas ex eo genere testator habuit: si nullas habuit, placere heredis arbitrio potius rem permitti quam legatario infinitam electionem dari, de qua verisimile non est testatorem sensisse cum tam insigni onere heredis, arg. *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. & quod de vino certæ quantitatis expresse traditum est, *l.* 3. *de trit. vin. leg.* non est dubium quin ad ceteras quoque res pertineat; idemque dicendum sit non solum si certa quantitas verum etiam si corpus in genere legatum fuerit, puta 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.* 108. §. 2. *de legat.* 1. Deinde nec pertinere definitionem ad res omnes quas testator ejus generis habuit, sed ad corpora tantum aut species non ad quantitatem: quippe quæ undecumque sumi & solvi potest, *l.* 4. *de trit. leg. l.* 35. §. 1. *de aur. arg. leg.* & quâ legata ut quantitate nec actionis electio nec vindicatio est. Sed & cum corpora genere legato contenta certis finibus naturâ circumscripta non sunt, qualia sunt domus navis fundus, non legatarii sed heredis electio est, qui rem unam quam volet ex his quas testator habuit legatario dabit. De domo legata hoc aperte scriptum est in *l.* 71. *in pr. de leg.* 1. quapropter dubitandum non est quin idem obtineat si navis simpliciter legata sit aut fundus, posito quod nos putamus, fundi legatum valere si testator fundos habuit. Ratio est non ea quam vulgo afferunt, quod heres præsumatur melius scire de qua re testator senserit; nam hæc ratio in heredibus extraneis, in impuberibus, furiosis &c. locum non habet; & si vera esset heredi indistincte tribui deberet electio; sed ne, si legatario hìc electionem concedimus, heredem supra quam credibile est testatorem voluisse oneremus, quæ conjectura legis est, *d. l.* 67. §. 8. *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 quam 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, quam & ipse probat 2. *var. res.* 11. *n.* 9. Auctoritas pandectarum Florentinarum (in quibus hæc scriptura est in *pr. d. l.* 71. *Si domus alicui simpliciter legata sit, cogentur heredes quam velet domum ex his quas testator habuit legatario dare*), me aliquando movit, ut etiam domo aut re alia ejusdem conditionis indistincte legata, putarem legatario electionem competere, sed plus apud me nunc valet consensus reliquorum omnium exemplarium, in quibus constanter legitur, *cogetur heres quam domum volet &c.* ob rationem allegatam; & scriptura Florentina orationem efficit duriorem. In editione Haloandri legitur, *cogentur heredes quam domum volent &c.* quæ scriptura etiam certius quam vulgata heredi electionem tribuit. VINN. Sed magis est ut servetur lectio Florentina; Haloander enim ex ingenio scripsit *volent*- nec consensus reliquorum exemplarium opponi potest Florentinæ reliquorum fonti. Vid. cl. Henr. Brenckmanni *Hist. Pandect. lib.* 3. *cap.* 11. Si ergo plures hujus generis res reliquit testator, omnino electio erit legatarii. Nec obstat *l.* 37. §. 1. *ff. de legat.* 1. quippe ubi magis species certa legata, quam genus. Denique præsumtio quidem est testatorem voluisse quàm minimum onerare heredem suum, *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. sed & fortior militat præsumtio pro legatario, quod ei electionem concedere voluerit testator dum speciem certam non expressit. HEIN.

8. Postremo sciendum est, etiam tunc cum legatario electio datur non dari infinitam & per omnia liberam, ut possit ex genere legato quodcumque velit etiam optimum eligere; puta, verbi causa, homine generaliter legato, actorem; sed conclusam intra modum ut ne optimum accipiatur, *l.* 37. *de legat.* 1. Unde apparet, Veteres in tota hac electione id semper egisse, ne immensum quid tribueretur legatario neve heres nimis oneraretur. Illud expeditum est, si de certo servo aut re alia testator senserit nec appareat de qua, heredis electionem esse, *d. l.* 37. §. 1. *fac. l.* 32 §. 1. *l.* 39. §. 6. *de leg.* 1. VINN. Quæcumque hìc de electione rei legatæ ab Interpp. disputantur, ea decisa sunt in *d. l.* 23. *tit.* 9. *Part.* 6. ubi distinguitur an res mobilis, veluti servus, equus, legata sit; an domus vel aliquod ædificium: re mobili in ge-

genere legata, si plures illius generis in hereditate sunt, electionem esse legatarii, qui tamen non optimam eligere potest; si res illius generis inter bona defuncti non fuit, electionem esse heredis, qui eam legatario comparare debet, dum tamen non pessimam comparet. Si domus legata sit, cum aliquas testator haberet, tunc in electione esse heredis quam velit legatario dare; si vero unam tantum domum testator habuerit, hanc necessariò dare tenetur; verumtamen si nullam testator domum habuerit illusisse legatario videtur, nec seriò cum eo egisse; ac proinde nullius momenti est legatum. Quæ in hac lege de domo dicta sunt, ea æquitate suadente ad alias res quæ à natura certis limitibus circumscripta non sunt, nullo negotio derivabis. ADDIT.

TEXTUS.

De optione legata.

23. *Optionis legatum, id est ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatariumjusserat, habebat olim in se conditionem; & ideo nisi ipse legatarius vivus optasset ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex constitutione nostra & hoc in meliorem statum reformatum est, & data est licentia heredi legatarii optare servum licet vivus legatarius hoc non fecerit. Et diligentiore tractatu habito & hoc in nostra constitutione additum est, sive plures legatarii extiterint quibus optio relicta est & dissentiant in corpore eligendo, sive unius legatarii plures heredes sint & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente: ne pereat legatum, (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant) fortunam esse hujus optionis judicem, & sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors pervenerit illius sententia in optione præcellat.*

LL. 25. & 26. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Legatum electionis idem esse quod optionis, diversum autem á simplici legato generis & alternativo.*

2 *Legatum generale & alternativum, quantumvis cum jure eligendi, non esse idem cum eo quod optionis dicitur.*

3 *Optionis legatum habuisse olim in se conditionem eamque cohærentem personæ legatarii, ita ut ad heredes non transmitteretur.*

4 *Explicatur* l. 75. §. pen. de legat. 1. *rejecta interpretatione Donelli.*

5 *Notatur inconsiderantia Bachovii.*

6 *In* l. ult. C. comm. de legat. *nihil cautum de jure optandi transmittendo; sed temere diversos casus misceri.*

7 *Frequens fuisse apud Veteres judicium sortis, qui & micatione digitorum usi.*

1. QUidam putaverunt, aliud esse legatum optionis aliud electionis: quod falsum esse, atque utroque vocabulo significari specialem ac solemnem electionem manifeste apparet ex *l.* 5. *de legat.* 1. *ll.* 1. & 2. *in pr.* & §. *ult. ll.* 4. & 8. *in pr.* & passim *tit. ff. de opt. vel elect. leg.* Ceterum legatum optionis seu electionis diversum esse à simplici legato generis aut alternativo certum est, *d. l.* 2. *in pr.* & §. 1. *l.* 9. §. 1. *d. tit.* Nec una inter hæc differentia est. Nam primum 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 vindicationem: generis aut alternativum sæpe per damnationem.

2. HInc est, quod in legato optionis electio sit essentialis, atque ea, legata optione, non possit non esse legatarii; in legato autem generali & alternativo nonnumquam heredi electio competit; vel quia expresse ei data est, vel quia forma legandi tacite in eum collata. Præterea generis legatum purum est, ac proinde si antequam vindicet legatarius decesserit ad heredem transmittitur, *l.* 12. §. *pen. quand. dies leg. ced.* at optionis legatum habebat olim in se conditionem, scilicet si ipse legatarius optasset ut hic ait Justinianus; eratque adeo jus hoc optandi mere personale ut in heredem transferri non potuerit. Adhæc cui genus legatum est ei optimum ex eo genere eligere non licet, *l.* 37. *de legat.* 1. ei autem licet cui legata est optio, *l.* 9. §. 1. *de dol. mal.* Grot. 2. *manuduct. cap.* 22. excepto casu speciali *l. ult.* §. 1. *C. comm. de legat.* Denique optio solemnis numeratur inter actus legitimos, *l.* 77. *de reg. jur.* quo sane referri non potest simplex quæ legato generis inest electio. Plane in *d. tit. ff. de opt. leg.* occurrunt quidem etiam loci in quibus tractatur, genere legato cui arbitrium eligendi permitten-

dum sit, ut in *l.* 2. §. 1. *l.* 10. *l.* 12. *ejusd. tit.* sed aliter fieri non potuit propter affinitatem quam alterum legatum cum altero habet. Est enim in utroque electio; & in eo quoque conveniunt quod semel dumtaxat optare aut eligere licet, *l.* 5. *de legat.* 1. *l.* 20. *de opt. leg.* fac. *l.* 84. §. 9. *de leg.* 1. *l.* 11. *in fin. de leg.* 2. Item in his, quod in utroque legato singulæ res quodammodo sub conditione legatæ intelligantur, *l.* 3. *qui & à quib. man.* quod res omnes quarum aut genus aut optio legata exhibendæ, *l.* 4. *de opt. leg. l.* 3. §. 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, utrum elegerit*; puto tamen nihilomagis optionem legatam, sed pro simplici legato generis aut alternativo hoc etiam habendum, arg. *l.* 19. *de opt. leg.* Proprie enim optio legata dicitur cum ipsa electio, τὸ προαιρεῖσθαι, 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.* Julianus in *l.* 10. *eod.* verbum optionis in generaliore significatione accepit pro quavis electione.

3. *Habebat in se conditionem*] Σιωπηρῶς (*tacite*) Veteres, ut hìc commemorat Justinianus, credebant legatum optionis in se habere hanc conditionem, *si ipse legatarius optasset.* Quæ quidem conditio etsi tacite inerat, cujus generis conditiones non solent facere legata conditionalia, *l.* 99. *de cond. & dem.* tamen quia ex voluntate testatoris videbatur proficisci, eamdem vim atque effectum habebat quam habent conditiones ceteræ quæ ex testamento veniunt, scilicet ut legatum efficeret conditionale. Sed & ipsa conditio legati quasi personæ injuncta, ab alio quam à legatario ipso impleri non poterat, ut proinde jus eligendi in optionis legato personale esset, & vel ideo ad heredem mortui ante electionem legatarii transferri non potuerit.

4. Non obstat *l.* 75. §. *pen. de legat.* 1. ubi sic scribit Ulpianus: *Si quis ita stipulatus, Stichum aut decem, utrum ego velim legaverit quod ei debebatur, tenebitur heres ejus ut præstet legatario actionem, electionem habituro utrum decem an Stichum persequi malit.* Nam ut superius 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*, utrum elegerit legatarius, est quidem etiam electio personalis, sed hactenus ut servo aut filio cohæreat, *l.* 76. *de verb. obl.* non ut nullo electo decedente legatario post diem legati cedentem ad heredem jus electionis non transmittatur; transmitti enim expresse scriptum est à Paulo in *l.* 19. *de opt. leg.* nec ulla est inter tale legatum & ejusdem generis stipulationem differentia. Jam vero si stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, mortuo me ante electionem in heredes obligatio transit, ut idem Paulus respondet in *d. l.* 76. *de verb. obl.* Nec est admittendum, quod Donellus in *d. l.* 76. existimat obligationem transire, electionem non transire: quo nomine etiam reprehenditur à Bachovio *hìc*; nam Donelli illam opinionem cùm ipse locus satis refellit, tum perspicue species paulo ante proposita ex *d. l.* 75. §. *pen. de legat.* 1. nisi enim unà cum obligatione ipsum etiam jus eligendi quod ex stipulatione testatori quæsitum erat in heredem ejus translatum fuisse ponamus, heres cedendo actionem id jus transferre in legatarium non potuit: quippe quod nec ipse habuit.

5. Inconsiderate autem Bachovius jus electionis ex contractu quæsitum in quæstione proposita distinguit ab eodem jure delato ex testamento, quasi illud non impediatur conditione quominus ad heredem transeat, hoc contrà. Nam etsi verum & notissimum est, legatum conditionale mortuo pendente conditione legatario intercidere; stipulationem autem sub conditione contractam mortuo ante conditionem stipulatore non extingui sed spem obligationis transmitti in heredem: §. 2. *Inst. infr. de verb. obl. ll.* 4. & 5. §. 2. *quand. dies leg. l.* 42. *de obl. & act.* hæc tamen differentia non pertinet ad conditiones quæ personis injunguntur, qualis sit omnino necesse est in memorata stipulatione si eam conditionalem facimus, & nempe 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, *ll.* 44. & 69. *de cond. & dem.* Hinc jam opinor intelligimus non temere credendum iis esse qui pro certo tradunt, apud Paul. in *d. l.* 19. *de opt. leg.* scriptum fuisse, *transmitti non placuit*; Tribonianum autem responsum Pauli ad jus novum & constitutionem Justiniani in *l. ult. C. comm.*

comm. de legat. accommodasse sublata negatione.

6. *Ex constitutione nostra data est licentia heredi legatarii optare*] Ubi Justinianus caverit quod hìc se cavisse dicit, ut legatum optionis ad legatarii qui non optavit heredem transmittatur, non invenio. Interpretes omnes intelligunt *l. ult. C. comm. de leg.* & sane ea quæ mox sequuntur de dissensione plurium heredum circa electionem forte dirimendam arguunt eam constitutionem hìc significari. At enim, quod Interpretes non animadverterunt, nihil amplius ea constitutione sancitur quam ut si heredes legatarii inter se de electione non conveniant controversia sorte dirimatur; de jure vero optandi ad heredes legatarii ante electionem mortui contra rationem juris veteris transmittendo plane nihil ibi cavetur. Immo vero constitutio sic scripta est, ut ex ea nihil aliud colligi posse videatur quam quod etiam apud veteres jam olim sic obtinuerit, ut legata optione si legatarius ipse non optasset ad heredes ejus jus optandi traduceretur. Memorat enim inter Veteres dubitatum fuisse quid statuendum foret si plures legatarii quibus optio legata esset, vel unius legatarii plures heredes, circa elictionem corporis dissentirent. Inepta profecto dubitatio si electio in legato optionis mere personalis fuit, hoc est, ita personæ legatarii cohæsit ut nec ad heredes ejus transierit. Quid dicam non habeo nisi quod Tribonianus diversos casus temere videtur miscuisse, & casum plurium legatariorum de electione disputantium inconsiderate confudisse cum casu plurium heredum unius legatarii: quod & Bachovius existimat. VINN. Ast tanta oscitatio cadere non videtur in Tribonianum. Ex nostro §. patet primo, conditam constitutionem eâque cautum ut & heredes legatarii optare possent; deinde, diligentiore habito tractatu ei constitutioni aliquid additum esse. Prior constitutio priori inserta Codici periit; additamentum migravit in Codicem repetitæ prælectionis, habeturque *l. ult. C. comm. de legat. & fideic.* Nec est quod aliquem turbet, quod Tribonianus ibi speciem proponat ubi legatarii heredes dissenserint circa electionem. Nam hujusmodi speciei & jure veteri locus esse potuit si testator ita legaverit, *Titio, aut eo mortuo ejus heredibus servum quem optaverint do lego.* Itaque ex *d. l. ult.* non sequitur ut jam ante Justinianum legatarii heredibus jus optandi fuerit. HEIN.

Optare servum] Quod de servo hìc dicitur exempli id causa dictum intelligimus, atque ad rem quamlibet cujus optio legata sit pertinere, *d. l. ult. C. comm. de leg.* Sic passim videmus in optionis legato tantum servorum mentionem fieri; & Papinian. in *l. 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 eo sæpius Jurisconsulti & consulebantur & scribebant, id quod manifeste apparet ex lectione totius *tit. ff. de opt. leg.*

7. *Sorte hoc esse dirimendum*] Si plures legatarii vel unius plures heredes in optando dissentiant, unus sorte qui optet constitui, cujus optionem cæteri ratam habeant, expresse cautum est *d. l. ult. C. comm. de legat.* Frequens autem admodum etiam apud Veteres fuisse sortis & fortunæ judicium ex variis Jurisconsultorum responsis elucet, *l. 14. de judic. l. 24. §. 17. de fideic. lib.* quamquam vix ubi negotium animi judicio explicari potest: de quo nos *lib. 1. select. quæst. cap. 35.* Utebantur antiqui & micatione digitorum. Varro, *Micandum erit cum Græco, utrum ego illius numerum an ille meum sequatur.* Cicero 1. *de offic. Sed quasi aut sorte aut micando victus alteri cedat alter.* Suet. *in August. c. 13. Patrem & filium pro vita rogantes sortiri aut micare jussit.* Quando autem & quibus casibus res dubia sorti permittenda sit ab hoc loco alienum est quærere. VINN. In loco Suetonii alii legunt *sortiri aut dimicare*; sed *micare* habuit Codex MS. Salmasianus. Sic res olim in foro, sic carnes de lanio micando emebantur. Quod Turcium Apronianum V. C. Præfectum urbi utilitate suadente sustulisse ex marmore veteri intelligimus. Vide plura apud Casaub. in not. ad Sueton. *l. c.* HEIN.

TEXTUS.

Quibus legari potest.

24. *Legari autem illis solum potest cum quibus testamenti factio est.*

L. 1. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

TRansit hìc Imperator ad partem principalem hujus tituli secundam, in qua agi-

tur de personis quibus legari potest. Sic autem initio definit legari illis solum posse cum quibus testamenti factio est. Non ait, qui testamenti factionem habent: quo soli proprie significantur qui testamenti faciendi jus habent, ut ostendimus supra in §. 6. *Inst. de test. ord.* sed cum quibus testamenti factio est: quo continentur etiam qui ipsi testamentum facere non possunt modo jus capiendi ex alieno testamento habeant. Quinam autem isti sint docetur §. 4. *præc. tit.* De iis qui capere non possunt dictum est in heredum institutione. Olim hac in parte nonnulla inter legata & fideicommissa differentia fuit; poteratque quibusdam incapacibus fideicommissum relinqui quibus legari non poterat vel propter conditionem libertinitatis vel propter leges Voconiam, Juliam Papiam aut similes quibus capere aut totum capere vetabantur; qua de re forte uberius infra *sub tit. Inst. de fideic. her.* Illud nunc sciamus, legibus istis & differentiis incapacium sublatis nullum amplius hac in re discrimen inter legata & fideicommissa superesse.

TEXTUS.

Jus antiquum de incertis personis.

25. *Incertis vero personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incertæ personæ poterat relinquere, ut divus Hadrianus reseripsit. Incerta autem persona videbatur quam incerta opinione animo suo testator subjiciebat; veluti si quis ita dicat,* Quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit ei heres meus illum fundum dato. *Illud quoque quod iis relinquebatur qui post testamentum scriptum primi consules designati essent, æque incertæ personæ legari videbatur; & denique multæ aliæ hujusmodi species sunt. Libertas quoque incertæ personæ non videbatur posse dari; quia placebat nominatim servos liberari. Sub certa vero demonstratione, id est, ex certis personis incertæ personæ recte legabatur; veluti,* Ex cognatis meis qui nunc sunt si quis filiam meam uxorem duxerit ei heres meus illam rem dato. *Incertis autem personis legata vel fideicommissa relicta & per errorem soluta, repeti non posse sacris constitutionibus cautum erat.*

L. 9. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Exponuntur aliquot loci ex quibus falso quidam colligunt, etiam jam olim hereditatem legatumve incertis personis relinqui potuisse.*
2 *De legatis relictis civitatibus, municipiis, collegiis, pauperibus.*
3 *Cur ejus quod incertæ personæ relictum erat per errorem soluti non esset repetitio.*

1. INcertæ personæ olim neque hereditas neque legatum aut fideicommissum relinqui poterat. Ulp *in fragm. tit.* 22. §. 3. & *tit.* 24. §. 18. Paul. 3. *sent.* 6. Ratio hæc erat, auctore Ulpiano *d. tit.* 22. §. 3. quoniam certum esse debet testantis consilium. Sic enim verba legis XII. tabb. *Uti quisque legassit* Veteres interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac solido judicio statuerit &c. At hereditatem bonave sua magno sæpe labore quæsita relinquere incertæ personæ tam certi consilii non est, ut potius species quædam dementiæ esse videatur. Non est contrarium quod Marcianus scribit, tale legatum utile esse, *Illis qui testamentum meum obsignaverint heres meus decem dato, l.* 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 cum is privatam voluntatem suam scribit: tamen non possunt non esse certi eo tempore quo proprie testamentum fieri dicitur, hoc est, cum solemnia peraguntur quibus adhiberi testes nisi sciente testatore & rogante non possunt. Non obstat quoque *l.* 62. §. 1. *de her. inst.* agitur enim ibi expresse 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.* 33. §. 1. *de cond. & dem.* quamvis totam exceptionem illam, *nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum pro qua persona testator senserit*, responso Jurisconsulti adjectam à Triboniano nullus dubitem. Add. Ant. Fab. 5. *conj.* 19. Magis videtur obstare *l.* 5. *de reb. dub.* Respondet Donellus, proponi illic legatum aut fideicommissum relictum incertæ quidem personæ, sed ex certis tamen; quod etiam olim licuit ut statim audiemus: quippe verba illa fideicommissi,

si, *Sive quis alius restitutionem mihi impetraverit*, cum Juliano & Gajo 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.

2. Porro ex hoc jure manavit, quod nec civitates nec municipia aut collegia heredes institui aut legatum capere potuerunt, Ulp. *d. tit.* 22. §. 4. Plin. *lib.* 5. *epist.* 7. *ad Calvisium*: *Nec heredem*, inquit, *institui nec percipere posse rempub. constat.* Ceterum postea ut hæc corpora legatum capere possent permissum fuit etiam tempore mediæ Jurisprudentiæ, *l.* 32. *in fin. l.* 73. §. 1. *l.* 1. 117. *l.* 122. *de legat.* 1. *l.* 20. *de reb. dub. l.* 26. *ad senat. Treb.* A Nerva hoc primum introductum; post deinde à senatu, auctore Hadriano, diligentius constitutum fuit, Ulp. *in fragm. tit.* 24. §. 28. Paulus Marco id tribuit, *d. l.* 20. *de reb. dub.* In propriis nominibus facilis est auctorum lapsus. Tandem etiam concessum ut civitates & municipes heredes institui possent, *l.* 12. *C. de her. inst.* quod ætate Ulpiani & Pauli nondum obtinebat, ut liquet ex fragmentis ejusdem Ulpiani *tit.* 22. §. 4. & *d. l.* 26. *ad Treb.* quibus locis hoc tantum traditur, fideicommissam hereditatem municipibus restitui ex senatusconsulto Aproniano. Eamdem denique rationem habuit quod legatum pauperibus relictum non valebat, quod nunc firmum ratumque omnibus modis habetur; daturque jus & nomen heredis Episcopis, OEconomis, Xenoni: nomen ut sint heredes: jus ut debita exigant, creditoribus hereditariis respondeant, pauperibus relicta dividant, *l.* 24. *l.* 49. §. 1. *& seqq. C. de Episc. & Cler.* Cyn. Bald. Salic. in *d. l.* 24. Bart. in *l.* 5. *de reb. dub.* Tulden. ad *tit. C. de incert.* VINN. Hujus juris historia non satis accurate exponi videtur à Vinnio. Quamvis enim Ulpianum sequutus à Nerva antiquum jus primum mutatum esse existimet: id tamen non satis conciliari posse videtur loco Plinii, qui sua ætate nondum capere potuisse res publicas tradit, idque sub Trajano ut videtur. Nam in eadem epistola 7. *lib.* 5. liberalitatis ac munificentiæ erga Novocomenses mentionem facit, quam jam post consulatum ostendisse videtur, uti ex marmore apud Gruter. P. CCCCLIV. & MXXVIII. apparet. Primùm ergo senatusconsulto permissum videtur ut caperent civitates fideicommissa; idque sub Hadriano, consule Apronio, anno Christi 117. vel 123. Sub eodem & legata civitatibus relicta SCto. firmata. Ulp. *in fragm. tit.* 24. §. 28. unde legati hujusmodi exemplum extat in *l.* 101. *ff. de leg.* 3. Postea D. Marcus id jus etiam ad collegia, *l.* 20. *ff. de reb. dub.* immo etiam ad vicos protulit, *l.* 73. §. 1. *ff. de legat.* 1. Denique & heredes institui potuere civitates non demum per Constitutionem Leonis Thracis, *l.* 12. *C. de her. inst.* sed jam temporibus Pauli, id est Severi & Caracallæ, ceu ex *l.* 121. *ff. de legat.* 1. colligimus. HEIN.

Quam incerta opinione] Incerta persona hìc dicitur quam testator animo suo incerta & cæca opinione subjicit, id est, cum mens & cogitatio testatoris nullis certis finibus circumscripta tamquam 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 cum 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] Antea 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 legari non potuit. Aliam nunc subjicit ejusdem juris ampliationem, quod nec libertas cujus summus alioqui favor semper fuit incertæ personæ dari potuerit: addita ratione, *quia placebat nominatim servos liberari*, quod videtur cautum fuisse lege Fusia Caninia. Ulp. *in fragm. tit.* 1, §. *ult.*

Sub certa vero 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 heres meus illud dato.* Ulp. *in fragm. tit.* 24. §. 18. & notandum, in exemplo proposito demonstrationi expresse addi hæc verba, *qui nunc sunt*; alioqui incerta adhuc foret demonstratio.

3. *Per errorem soluta repeti non posse*] Hic locus confirmat id quod ante diximus, ex subtilitate quadam juris civilis hoc esse quod incertæ personæ legari non potest; neque enim ratio naturalis impedit quominus, verbi causa, ei qui filiam meam aliquando uxorem ducturus est heredem meum aliquid dare jubeam. Proinde ex hujusmodi relicto etiam olim nascebatur debitum naturale; id est, heres 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: quippe naturalis obligationis hic certissimus jure quoque civili effectus est ut impediat ejus quod ex ea causa solutum est repetitionem, *l.* 13. *l.* 19. *de cond. ind. l.* 10. *de obl. & act.* Christin. *vol.* 4. *decis.* 50. *n.* 4. erratque adeo manifeste Pacius hunc locum restringens ad legata quæ pietatis aut religionis intuitu relinquuntur: quo in errore Mynsing. non fuit, ut falso existimat Bachovius.

TEXTUS.

Jus antiquum de postumo alieno.

26. *Postumo quoque alieno inutiliter antea legabatur. Est autem alienus postumus qui natus inter suos heredes testatori futurus non est; ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo.*

COMMENTARIUS.

1 *Postumos esse similes incertis personis; ceterum non per omnia eodem jure cum his censeri.*

2 *Postumi alieni qui, & eorum diversa genera.*

QUi in utero sunt sive postumi, & tam alieni quam sui, in hereditate legitima semper pro jam natis habiti sunt & capaces hereditatis sibi ab intestato delatæ, *l. pen. de stat. hom. l. pen. de leg.* 1. Verum in hereditatibus testamentariis & legatis nemo postumus pro nato initio habitus fuit, propter verba legis XII. tabularum, *Uti quisque legassit* &c. quæ sic à prudentibus, ut etiam ante diximus, accepta sunt, uti quisque certo consilio ac judicio decreverit &c.

1. Cum enim postumi omnes incertæ sint personæ aut incertis personis similes, contra legem fieri visum est si aut heredes instituerentur aut legatum iis daretur, quasi non solido consilio id à testatore factum esset, ignorante & an nasciturі sint & quales nasciturі & quot nasciturі. Paulatim tamen disputatione fori propter utilitatem & non sine magna ratione receptum, ut postumi sui recte heredes instituerentur & legatum ex testamento caperent. In postumis alienis interpretatione prudentum nihil mutatum: qua de re fusius disputavimus sub §. 2. *Inst. sup. de exher. lib.* Non in omnibus tamen eamdem rationem postumi alieni & cujusvis alius incertæ personæ fuisse, ex eo apparet quod fideicommissum postumo alieno utiliter relinquebatur, *l.* 5. *in fin. de reb. dub. l.* 2. *de jur. codicill.* ceteris incertis personis inutiliter. Et vero non est postumus plane similis tali personæ quam testator omnino incerta & cæca cogitatione animo suo subjicit; sed magis & quodammodo similis iis quos numquam vidimus, qui etiam heredes institui possunt, §. *ult. Inst. sup. de her. inst.* Ceterum quod hìc Justinianus ait, postumo alieno jure antiquo inutiliter legari, ei obstat *l.* 6. *de reb. dub.* nam in calce præcedentis *legis* 5. proponitur quis rogatus hereditatem restituere postumo suo vel alieno; & mox continenter in *l.* 6. *sequenti*, postumus heres institutus vel cui legatum relictum est. Respondeo, sunt loci isti diversorum auctorum; ac proinde necesse non est ut quod in uno dicitur de postumo vel suo vel alieno cui hereditas restitui jussa est, repetatur in altero in quo simpliciter proponitur postumus heres institutus aut legatum postumo datum; nec illud etiam eo loco quæritur, an cum postumo, & cum quo testamenti factio sit; sed an & quando postumus partem faciat.

Inter suos heredes testatori futurus non est] Postumus suus & alienus sic inter se opponuntur, ut suus postumus dicatur qui si vivo testatore nasceretur in potestate ejus esset primumque ab eo gradum in familia obineret: uno verbo, qui nasceretur testatori suus heres, qualis est is qui in utero uxoris testatoris est, aut uxoris filii ejus præmortui aut emancipati postquam uxor jam conceperat, §. *pen. Inst. sup. de tutel.* §. 2. *tit. præc.*

2. Postumi alieni, omnes qui si vivo testatore nascantur aut in ejus potestate familiave non nascuntur, aut non nascuntur proximo ab eo gradu: uno verbo, qui sui aut inter suos non nascuntur. Horum autem diversa sunt genera & varii gradus. Primum postumus alienus avo est nepos natus ex filio, etiam quem superstitem in potestate habebat; quamdiu enim filius in familia manet nepos ex eo suus heres avo non agnascitur, §. 2. *Inst.*

Inst. sup. de exher. lib. d. §. 2. *præc. tit.* §. 2. *Inst. de her. ab intest.* At enim quia aliquando fieri potest ut hic nepos postumus suus heres testatori agnascatur, puta si filius vivo testatore decesserit, pro suo hactenus habitus atque ex formula Galli heres institui potuit, *l.* 29. *de lib. & post.* Magis alienus postumus est nepos conceptus ex filio emancipato, *hoc text.* in quo etiam ob causam jam dictam hujus tantum nepotis postumi fit mentio: item qui in utero est uxoris filii qui in adoptiva familia est, *l.* 1. §. 8. *de vent. in poss. mitt.* & qui nasci speratur ex testatoris filia, §. *ult. Inst. sup. de pat. pot.* Eadem porro ratione postumus matri alienus est postumus, puta si cæso utero extractus fuerit, *l.* 6. *fin. pr. de inoff. test.* & aviæ, qui in ventre est filiæ, aut uxoris filii; & adhuc magis alieni qui nascituri sunt ex agnatis aut cognatis, *l. pen. de leg.* 1. *d. l.* 6. *de inoff.* Postremo alienissimi & maxime extranei, qui neque legitimi futuri sunt neque cognati, *l.* 6. *de vent. in poss. mitt.* Hos autem omnes Justiniani definitio complexa est.

TEXTUS.

Jus novum de personis incertis & postumo alieno.

27. *Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta; cum in nostro Codice constitutio posita sit, per quam & huic parti medemur non solum in hereditatibus 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.*

COMMENTARIUS.

HUjusmodi species sine justa emendatione] Dubium est utrum indistincte hoc referendum sit ad speciem de incertis personis de quibus superius egit, an vero tantum ad speciem de alieno postumo cujus proxime meminit in §. *præc.* Sed recte plerique Interpp. sentiunt, Justinianum loqui in universum de specie incertarum personarum quas hactenus commemoravit; atque hoc dicere, constituisse se ut & postumo alieno & ceteris personis incertis quas modo eventus postea demonstrarit legatum relictum valeat. Atque hoc ex eo satis intelligitur quod scriptum est in §. 25. *huj. tit.* incertis personis legari olim concessum non fuisse: quod stulte diceretur si ne nunc quidem id concessum esset constitutione Justiniani. Habemus etiam certissima hujus rei argumenta in hoc ipso §. quæ in progressu indicabimus. Hoc tamen dubii adhuc relinquitur, quatenus scilicet jus illud quod de incertis personis recensuit emendarit. Non enim dicit se id jus penitus sustulisse, sed non penitus reliquisse inemendatum. Ex verbis quidem Justiniani nihil hic colligere possumus, quam hoc eum constitutione sua cavisse, ut incertitudo personæ cui quid legatum est, non amplius 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 heres meus centum dato*; eumque collocasse ignorante testatore qui inimicus testatori fuerit, qui pessime de eo meritus, qui sit infamis aut vitæ flagitiosæ: non putarem huic quidquam ex hujusmodi legato deberi, ne nunc quidem post constitutionem Justiniani. Certius vero de re tota constitui posset si constitutio ad quam hic relegamur extaret; sed in Codice quo nunc utimur desideratur. Græcam fuisse verisimile est, omissamque à Latinis descriptoribus intercidisse.

Non solum in hereditatibus] Ergo olim nec heres institui incerta persona potuit: quod etiam diserte scriptum est ab Ulp. *in fragm. tit.* 22. §. 3. De postumo tamen alieno testatur ipse Justinianus §. *seq.* potuisse eum & antea heredem institui. Ceterum hoc quomodo accipiendum sit ibi declarabimus.

Et fideicommissis] De fideicommissis cautum propter personas incertas, §. 25. *hoc tit.* nam postumo alieno etiam antea fideicommissum relinqui potuisse evincitur ex *l.* 2. *de jur. cod. l.* 5. §. *ult. de reb. dub.* Et hoc certum argumentum est, Justinianum non solum de postumo alieno cavisse sed de ceteris quoque personis incertis.

Tutor autem nec per nostram const. incertus dari] Hic iterum locus ostendit verum esse quod diximus Justinianum in constitutione cujus hic meminit emendasse jus de personis incertis non solum postumis; male enim alioqui in ea tutorem incertum exciperet. Quod autem exceperit tutorem incertum atque in

eo

eo jus vetus conservari voluerit, *l.*20. *de test. tut.* ad cautionem pupilli pertinet; quippe cujus interest ne incerti aut ignoti de quorum fide diligentia ac moribus testatori constare non potuit ad tutelam admittantur, maxime sine satisdatione à qua tutores testamentarii immunes sunt. Cui adde, quod in delatione tutelæ nullum lucrum vertitur quod ea suscepta tutor consequatur.

TEXTUS.

De postumo alieno herede instituto.

28. *Postumus autem alienus heres institui & ante poterat & nunc potest; nisi in utero ejus sit quæ jure nostro uxor esse non potest.*

COMMENTARIUS.

1 *Quomodo accipiendum quod hic ait Justinianus, postumum alienum etiam antea heredem institui potuisse.*

2 *Confutantur Alciatus & Bachovius qui putant huic loco deesse negationem.*

ETsi, ut superius dixit, antea ita jus fuit ut postumo alieno inutiliter legaretur; nihilominus tamen, ut nunc hic ait, heres institui is postumus etiam antea potuit. Hoc autem non videtur convenire cum iis quæ supra relata sunt de inutili institutione postumi alieni & de emendatione juris veteris etiam hac in parte à Justiniano facta. Tum si antea postumus alienus heres institui potuit, quid opus fuit addere etiam nunc eum institui posse? an quia constitutione sua jus vetus in eo confirmavit? Nullo modo; profitetur enim expresse se antiqui juris observationem circa incertas personas & postumos alienos emendasse etiam in hereditatibus, significans sua demum illa constitutione effectum ut etiam postumus alienus recte heres instituatur.

1. Sed sciendum est neutrum jure civili in persona postumi alieni valuisse, sive heres institutus esset sive legatum ei datum; ceterum legatum etiam jure prætorio insuper habitum, cum eo jure institutio postumi alieni ut favorabilior sustineretur, institutumque prætor adjuvaret dando ei bonorum possessionem secundum tabulas, *infr. pr. tit. Inst. de bon. possess. l.6. de inoff. testam. l.* 1. §. 12. *de vent. in poss. mitt. l.* 3. *de bonor. poss. sec. tabb.* Quamobrem Interpretes fere omnes hæc verba Justiniani, *& ante poterat, & nunc potest*, sic acceperant: ante poterat jure prætorio, nunc potest etiam jure civili, ex constitutione scilicet Justiniani, ut cum utrumque intelligi non possit de eadem juris specie, accipiatur de eodem juris effectu; cum parum referat ad vim tabularum utrum hereditas ex iis adiri, an bonorum possessio peti possit: quod ego verissimum esse arbitror. Neque obstat quod Justinianus loquitur de herede *instituto* quod verbum est juris civilis; sic enim loqui eum necesse fuit ut ostenderet differentiam institutionis & legatorum de quibus antea egerat. Et quid prohibet quominus dicatur jure facta institutio quæ jure prætorio sustinetur? Sane Ulp. in *d. l.6. de inoff. test. l.* 1. §. 12. *de vent. in poss. mitt.* cum de postumo alieno loquens, eum heredem scriptum aut heredem institutum natumque, secundum tabulas habere scripsit, nihil aliud significat quam postumum alienum jure prætorio recte heredem institui. Quin etiam Paulus simpliciter respondet hujusmodi institutionem jure fieri, *l.*25. §. 1. *de lib. & postum.* cujus species huc quoque pertinet, ut bene contra Cujacium observavit Ant. Fab. *9. conj.* 2.

2. Dominus Bachovius tamen contra omnium exemplarium & Græcarum Institutionum fidem existimat huic loco deesse negationem, & legendum, *Postumus autem non alienus*, id est, *suus*: quod jam olim etiam tentavit Alciatus *9. parerg.* 1. Sed errare eos aperte ostendit subjecta exceptio, *nisi in utero ejus sit quæ jure nostro uxor esse non potest*: quæ exceptio necessario intelligenda est de postumo alieno, sive eam accipias de postumo qui in utero sit ejus mulieris quicum omnino nullum connubium est, ut sunt Vestales, Sanctimoniales seu Ascetriæ, quæ perpetuam voverunt castitatem; sive etiam de eo postumo qui ex ea muliere & testatore nasciturus est quæ illius uxor esse prohibetur, propter cognationem puta aut affinitatem, aut quia alii nupta: quippe quod ex his nascitur vivo testatore in potestate ejus nasci non potest; estque turpis hujusmodi institutio ipsoque jure non valet, *l.* 9. §. 1. *de lib. & postum.* Jam vero stultissime excideretur postumus alienus si id quod præcedit ad postumum alienum non pertinet, sed ad non alienum sive suum dumtaxat. Mirorque adeo judicium Bachovii, qui hac exceptione etiam confirmari putat suam illam & Alciati emendationem. Ceteris Bachovii argumen-

mentis quivis facile occurret qui modo hæc nostra attente legerit.

Textus.

De errore in nomine legatarii.

29. *Siquidem in nomine, cognomine, prænomine, agnomine legatarii testator erraverit, cum de persona constat nihilominus valet legatum. Idemque in heredibus servatur; & recte. Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur nihil interest.*

LL. 9. tit. 9. & 13. tit. 3. Part. 9.

Commentarius.

1 *Subtilius ac diligentius quam passim explicatur differentia nominum propriorum.*
2 *Cur error in nomine legatarii non vitiet legatum cum de persona constat. Et n. 5.*
3 *Nec errorem in nomine proprio rei legatæ vitiare legatum; & cur vitiet error in nomine appellativo?*
4 *Quid si testator rem oculis subjectam alieno nomine appellaverit.*

TRactationi de incertis personis ea de errore nominis, item de falsa demonstratione & falsa causa ideo subjungi videtur, quia hæ quoque quodammodo personam legatarii incertam reddunt. Pertinet huc titulus π. *de cond. & demonst.* item *tit. Cod. de fals. caus. adj. leg.* cum 2. *seqq.* ad quos vid. D. Tudel. & Perez. add. Christin. *vol.* 4. *decis.* 49. Nos etiam quædam subtilius atque accuratius quam illi fecerunt explicabimus.

1. *In nomine, cognomine, prænomine, agnomine*] Hæc quatuor nomina etiam Imp. Gordianus distincte expressit *l.* 4. *C. de test.* & Charisius Grammaticus ita 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 Licinus Crassus Dives, Marcus Porcius Cato Sapiens, Quintus Fabius Maximus Allobrox, Lucius Cornelius Scipio Asiaticus.* Charisius autem non satis distincte 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 Cornelii, 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 cognomen acceperunt, quamquam ejusdem essent familiæ teste Cicerone pro *Muræn.* quo tamen loco non agnomen illud sed cognomen vocat. Idem *lib.* 2. *de offic. cap.* 16. *Divitem Crassi*, & libro de *senect. cap.* 2. *Sapientem M. Catonis cognomen* fuisse scribit. Apud nostros quoque tantum nominis, prænominis & cognominis mentionem fieri reperio, *l.* 1. *de lib. & post. l.* 21. §. 1. *qui test. fac. l.* 8. §. 2. *sec. tabb.* Unde apparet Veteres appellatione cognominis etiam agnomem complecti, etsi hæc interdum distinguant. Cicero *lib.* 1. *de invent. cap.* 9. *Nomen cum dicimus*, inquit, *cognomen quoque & agnomem intelligatur oportet.* Non fuere autem apud Romanos agnomina aut frequentia aut necessaria, quippe quibus plerosque caruisse constat. At his tribus, prænomine, nomine, cognomine perpetuo uti consueverant: ut *L. Cornellius Sylla; C. Julius Cæsar; M. Tullius Cicero.* Theophilus hanc rem Græcis parum cognitam, ut potest, declarat, scribens nomen esse τὸ κύριον ὄνομα (*præcipuum nomen*), prænomen quod nomini præponitur à majoribus vel benefactoribus assumtum. Hodie in toto orbe Christiano præter nomen familiæ sive cognomen hereditarium à parentibus aut amicis proprium nomen mutuamur quod nobis imponitur, cùm Sacramento Baptismi initiamur & in Ecclesiam recipimur. Vinn. Omnibus Romanis fuisse cognomen haud facile demonstraveris. Aliud de C. Mario, Q. Sertorio & L. Mummio observavit Plutarchus in *vita Marii ab init.* Sic & feminæ, eodem teste, nomen quidem habebant gentile, ut Tullia, Fulvia, Livia; immo & prænomen, ut à Perizonio, Spanhemio aliisque demonstratum est, sed nullum cognomen. Sed & id observandum, genti Sulpitiæ bina semper fuisse prænomina: alterum commune *Servius*, alterum proprium

ut *Cajus Marius* &c. Adoptivi plerumque retento prænomine assumebant nomen patris adoptantis, & cognominis loco addebant nomen gentis ex qua prodierant, inflexum in *Anus*: e. g. *M. Julius Octavianus*. Sed hæc tamen non semper ita se habuisse permultis exemplis ostendit vir summus Ex. Spanhemius de *usu & præst. numismat.* HEIN.

2. *Cum de persona constat*] Sive quis heredem instituit sive alicui quid legat, personam heredis & legatarii demonstrare oportet. Demonstrantur personæ citra controversiam suo nomine; cæterum & aliis rebus demonstrari possunt, & si aliis demonstrentur valet institutio & legatum perinde ac si proprio nomine demonstratæ essent, *l.* 9. §. 8. *de her. inst. l.* 8. §. 2. *ff. de bon. poss. sec. tabb. l.* 4. *C. de testam.* & generaliter in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fungitur, *l.* 6. *de reb. cred. l.* 34. *de cond. & dem. l.* 2 *de lib. & post.* Cui jam & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit errante in nomine testatore, nihilominus & institutio & legatum valeat, perindeque habendum sit quasi nomen omnino adjectum non esset, dummodo certum sit demonstratione testatoris de quo ille senserit. Ut enim cetera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari à testatore ut certo appareat quem ille intellexerit, *d. l.* 9. §. 8. *de her. inst.* pro non dicto enim est aut pro non scripto quod ita dictum scriptumve est ut non intelligatur, *l.* 2. *de his quæ pro non script. hab.* Finge ergo hoc modo vel instituisse, *Corneliæ sororis meæ filius heres esto*; vel legasse, *Corneliæ sororis meæ filio fundum illum do lego*: si soror unum tantum filium habeat, hic quia satis apparet quem testator designavit valet institutio & legatum. Idemque est si sic dixerit, *Cornelius sororis meæ Corneliæ filius heres esto*; aut, *Cornelio sororis meæ Corneliæ filio centum lego*: etiamsi ei non Cornelio sed Sempronio nomen sit. Porro dum certa sit demonstratio, unde ea ducatur nihil interest. Nam & sic recte heres nuncupatur indicio digiti; *Hic mihi heres esto*, cum præsens est qui ostenditur, *l.* 58. *de her. inst.* Denique & sic quoque recte demonstratur, *Cujus nomen in codicillis scripsero ille mihi heres esto*, *l.* 10. *de cond. inst.* cujusmodi demonstrationes in legatis vel magis valere debent.

3. 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 convenienter si quis cum unum tantum servum haberet dixerit, *Servum meum Stichum do lego*, valebit legatum licet servo *Davus* non *Stichus* nomen sit, arg. §. *seq.* Plane si quis cum 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 Jurisconsultus differentiæ hanc rarionem reddit, quod *rerum vocabula immutabilia* sint, *hominum mutabilia*. Rerum vocabula vocat, quæ Grammatici appellativa, hominum, quæ illi propria, eo quod rei sive personæ tantum singularis designandæ causa reperta sunt. Hæc mutabilia esse ait, quia scilicet privata sunt & pro arbitrio singulorum & imponuntur & mutantur; illa immutabilia, quia publica & communia, *l.* 7. §. 2. *de suppell. legat.* ut proinde error in his tolerabilis sit, in illis stultus & intolerabilis. Et est sane ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia θέσει (*impositione*) constant, & ita ut pro arbitrio cujusque privati & citra considerationem naturæ rei imponantur: inde nec rei οὐσίαν (*esentiam*) sed tantum differentiam ἐπουσιώδη (*essentiæ superadditum*) indicant. Appellativa autem fere φύσει (*naturâ*) constant, id est à natura vim suam habere videntur, saltem prima quæ sunt ἀρχηγὰ καὶ στοιχεῖα, id est principia & elementa reliquorum. Sane Cratylus apud Platonem existimat, majorem quamdam vim quam humanam prima rebus nomina impossuisse. Sed & flexa, etsi imposititia sunt, publica tamen & ipsa sunt ac communia, & sive prudenter sive temere ἀπὸ τῦ αὐτομάτυ (*sponte*) imposita sunt, non sunt tamen arbitraria ut ex singulorum opinione exaudiri debeant sed ex communi usu. In summa eorum impositio naturæ consona habetur, nec minus hæc quam prima ipsam rei substantiam indicant. VINN. Sed non temere hodie quisquam cum Cratylo apud Platonem existimabit vocabula φύσει (*naturâ*) significare non ex impositione hominum. Nec opus tam subtili ratione quam prior reddi possit. Nomen proprium uni datur, appellativum pluribus commune est vel personis vel rebus. Si quis itaque per errorem supellectilem pro veste scripserit neutrum debetur: non vestis, quia hujus non fit mentio; non supellex, quia de hac non sensit vocabulo hoc pluri-

bus

bus rebus quam vestibus conveniente. Ast si Davum pro Sticho dixit & unus tantum servus adsit, facile adparet de quo senserit testator, quia nomen proprium servile non nisi uni servo suo competere potest. HEIN.

4. De illo quæsitum est, an non saltem valeat legatum si res cùm oculis subjecta esset à testatore demonstrata sit, utut alieno nomine eam appellaverit; veluti si cum equus præsens esset ita legavit, *Hunc bovem Titio do lego.* Doctores comm. probant sententiam Accursii in *l.* 65. *de verb. obl.* existimantis valere atque equum deberi: quod tamen mihi minime consentaneum videtur ei quod scribit Paulus *l.* 3 *de reb. dub.* nimirum cum *qui aliud dicit quam vult, neque id dicere quod vox significat, quia non vult; neque id quod vult, quia id non loquitur*: convenienter plane sententiæ sive Servii sive Celsi, *non videri quemquam id dixisse cujus non suo nomine usus sit*; aut, quod idem valet, neminem videri sensisse quod non dixit; quamquam Tubero plus hìc tribuebat voluntati, *l.* 7. §. 3. *de supellect. leg.* Quamobrem magis est ut tale quoque legatum inutile haberi debeat, atque æque stultum ac derisorium ut illa de quibus in *l.* 4. *de legat.* 1. quod etiam Mynsingero verius videtur. Sane si quis chartas librorum appellatione aut contrà complexus esse dicatur, locus esse potest quæstioni voluntatis propter rerum affinitatem, *l.* 52. §. 4. *de legat.* 3. Quin etiam generaliter id admittendum putem si aliquo colore usuve 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 commodius personæ designentur, profecto nec omissio nominis nec error in nomine legatarii si aliunde de persona ejus certo constat legatum vitiare debent; & rectè Pedius nihil referre dicebat proprio nomine res appelletur an digito ostendatur an vocabulis quibusdam demonstretur, quoniam vice mutua fungatur quæ tantumdem præstant, *l.* 6. *de reb. cred.*

TEXTUS.

De falsa demonstratione.

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 emtus sit, si tamen de servo constat utile est legatum. Et convenienter si ita demonstraverit*, Stichum servum quem à Sejo emi *sitque ab alio emtus, utile est legatum si de servo constat.*

L. 19. *tit.* 9. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Regulam hoc loco traditam esse temperandam, nisi quid aliud legato obstet præter falsitatem demonstrationis: quod veriis exemplis demonstratur.*

QUod in errore nominis personæ legatarii aut proprii vocabuli rei legatæ custoditur, ut etsi falso hujusmodi nomine testator usus sit legatum tamen ob id non vitietur; modo de persona aut re aliunde constet: id etiam obtinet in demonstratione, hoc est, adjectione omni quæ extra 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, dummodo constet cui legare aut quam rem legare testator voluerit, *l.* 17. *in pr. & §. 1. l.* 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.* 34. *de cond. & dem.* Eoque respicit Justinianus *in pr. huj.* §. cum ait proximam esse superiori hanc juris regulam, *falsa demonstratione legatum non perimi.* Habet aut hæc regula suas nonnullas exceptiones, & in universum sic temperanda est, nisi quid aliud legato obstet præter falsitatem demonstrationis.

1. Etenim si demonstratio 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.* 108. §. 10. *de legat.* 1. *l.* 1. §. 7. *de dot. præl.* junct. *l.* 34. §. 4. *de legat.* 1. prius enim esse debet quod legatur quam legatum valeat aut dici possit falsa demonstratione non perimi, *l.* 40. §. *pen. de cond. & dem.* Item si quis ita legaverit, *Quod mihi Titius debet Sempronio lego*, sine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quidquam debeat, placet nullum le-

legatum esse, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione quia non apparet quid quantumve legatum sit, *l.* 75. §. 1. *de leg.* 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 quidquam Titio debeatur legatum sit utile; quia sola falsa demonstratio legatum non vitiat, *d. l.* 70. §. 1. *de leg.* 1. *l.* 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 alii quam 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 iterum 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 condictionem sive causam, *d. l.* 75. §. 2. *d. l.* 25. *vers. quod si sic.* Nimirum etsi hic centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum quam liberatio: quo legato hoc continetur, ut si heres petat exceptione removeri; si non petat ultro pulsari possit ut debitorem liberet, *l.* 3. §. 3. *de lib. leg.* Neutri vero horum locus esse potest ubi nulla est obligatio. Pari denique ratione si testator centum quæ Titius ei debebat legaverit Sempronio, dicendum erit inutile esse legatum si nihil Titius debeat; *d. l.* 75. §. 2. quippe nec hic legantur centum quæ heres det, sed actio quam præstet adversus Titium; hoc enim legato nominis continetur ut heres actiones suas præstet, nullas vero habere aut præstare potest adversus eum qui nihil debet: quod Jurisconsultus in *d. l.* 75. §. 2. breviter his verbis significat, *esse enim debitor debet.*

Stichum servum meum vernam] Exemplum falsæ demonstrationis. Est autem verna servus domi ex ancilla natus, οἰκογενὴς (*domi genitus*) οἰκοτραφὴς (*domi educatus*): quod nomen Festus à *vere* deductum putat, *quod id tempus duce natura fœtura est.* Hinc *vernaculus*, ut *vernacula lingua. uvæ vernaculæ*, id est ἐπιχώριοι (*propriæ regionis*). Cic. 5. *in Ver. cap.* 61. *vernaculum crimen* pro domestico. Cæsar *cap.* 7. *de bello Hispan. vernaculas Pompeji legiones* pro propriis dixit.

Stichum servum quem à Sejo emi] Aliud ejusdem generis exemplum ex *l.* 17. §. 1. *de cond. & dem.* ubi & aliud occurrit, veluti si ita servum 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 falsæ demonstrationis adjectæ rei legatæ. Idem vero etiam obtinet si in persona legatarii designanda quid erratum sit aut falso demonstratum, puta circa corpus vel artificium vel officium vel patriam vel necessitudinem vel affinitatem, dummodo de persona ejus constet cui testator legaverit, *d. l.* 17. §. 1. *l.* 33. & *l. seq. de cond. & dem.* Quod tamen & ipsum semper sic accipiendum est, dum nihil amplius obsit legato quam falsa demonstratio, non etiam error qui obstet voluntati, qualis plerumque nascitur ex errore sanguinis; nam si quis propter hanc opinionem aliquid alicui legaverit ut sanguine conjuncto, qui non erat, legatum non valebit, arg. *ll.* 4. & 7. *C. de her. inst.*

TEXTUS.

De falsa causa adjecta.

31. *Longe magis legato falsa causa adjecta non nocet; veluti cum 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 umquam 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 fundum meum do lego.

L. 20. *tit.* 9. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Cur longe minus falsa causa legato adjecta nocere dicatur quam falsa demonstratio.*
2 *Causam in futurum collatam sive modum huc non pertinere.*
3 *Qua ratione legatum in proposito sustineatur.*
4 *Insigne hujus juris temperamentum.*
5 *Qua in re conditio & modus conveniant & discrepent.*

QUod juris est, ait Gajus, in falsa demonstratione hoc vel magis est in falsa causa, *l.* 17. §. 2. *de cond. & dem.* Cau-

sa

sa nostris dicitur causa præterita seu ratio propter quam aliquid datur aut fit, *l.* 52. *de cond. ind.* causa irritatrix quam dialectici προκαταρκτικὴν (*primariam*) vocarent; alias ἀφορμὴ, occasio, causa impelens dicitur. Igitur causa, id est ratio legandi etiamsi falsa sit legata non obstet.

1. Sed cur ait longe minus falsam causam legato adjectam nocere quam falsam demonstrationem? Puto idcirco quia nomen & demonstratio 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.* 72. §. 6. *de cond. & dem.* cum ideo ait falsam causam legato non obesse, *quia ratio legandi legato non cohæret.*

2. Causa quæ in futurum confertur modus appellatur; veluti, *Centum lego ut opus extruatur* &c. *d. l.* 17. §. *ult. ff. de cond. & dem. tit. C. de his quæ sub mod. leg.* Ea autem huc non pertinet; quia quod sub modo legatum est perinde fere habetur ac si sub conditione relictum esset, *l.* 92. *ff. de cond. & dem. l.* 1. *C. d. tit.*

3. *Legatum tamen valet*] Donare etiam nihilominus testator voluit aut saltem voluisse præsumitur: quippe qui sciebat se ob negotia sua gratis gesta aut patrocinium sibi præstitum nulla necessitate remunerandi teneri, arg. *l.* 82. *de reg. jur. l.* 52. *l.* 65. §. 2. *de cond. ind.* Cum igitur gratuitam mereque voluntariam exercuerit liberalitatem, non debet hanc evertere falsitas occasionis qua primum provocatus ad legandum fuit. Nam & si quis inter vivos ob hanc causam quid dederit, quod negotia sua adjuta putabat falsa licet persuasione, datum consistit nec repeti potest, *d. l.* 52. *de cond. ind.* redditurque hæc ratio in *d. l.* 65. §. 2. *eod.* quia qui dedit donare voluit. Et vel magis igitur id valere debet in ultimis voluntatibus, arg. *l.* 12. *de reg. jur.* VINN. Accedit & alia ratio legatis propria. *Legare*, ut supra ex Ulpiano demonstravimus, est *legis modo aliquid relinquere.* Testator itaque est instar legislatoris. Hujus autem lex obligat tametsi falsa ratione munita, quia jam ipsa legislatoris voluntas pro ratione est. Recte Puffendorffius *de jure nat. & gent. lib.* 1. *cap.* 6. §. 1. *Lex licet & ipsa suis non debeat carere rationibus; hæ tamen proprie causa non sunt quare ipsi obsequium præstetur, sed potestas præcipientis, qui ubi voluntatis suæ decretum significavit obligationem subdito adfert, omnino juxta præscriptum suum faciendi, etsi fors ipsi rationes præcepti aut ita liquido appareant.* Ita ergo & heredi necessitas imponitur voluntatem testatoris tamquam legislatoris adimplendi, si vel maxime hìc rationem vel nullam vel falsam adjecerit legato. HEIN.

4. Ceterum insigne hujus juris temperamentum Papinianus addit *l.* 72. §. 6. *de cond. & dem.* nisi heres probet testatorem legaturum non fuisse si causam quam adjecit falsam esse scivisset. Verba Papiniani sunt, *Sed plerumque doli exceptio locum habebit si probetur alias legaturum non fuisse*: quasi dicat, etsi falsa causa adjecta legatum numquam ita vitiat quin summo jure peti possit, propter regulam de falsa causa; tamen plerumque fieri ut petentem legatarium heres summoveat exceptione doli mali, docens testatorem solius causæ quæ adjecta est gratia legatum reliquisse alias non fuisse legaturum; id vero sæpe probatu non est usque adeo difficile. Quid enim si testator aliquando apud amicos aperte dixerit se, si, verbi causa, Titius negotia sua non curasset nihil habere cur ei quidquam 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, alias nihil se illi legaturum fuisse? Denique quotiescumque probari potest tamquam pro compensatione accepti beneficii legatum datum esse locus erit exceptioni doli: quippe quæ omnibus obstat qui non ex voluntate defuncti aliquid petunt, *l.* 3. §. *ult. de adim. leg. l.* 4. §. 10. *de dol. mal. except.* Et ideo si quis cùm Titio quædam sua negotia peregre curanda commisisset, atque existimans ea diligenter curata esse centum eidem Titio legaverit cum adjectione hujus causæ, quam falsam esse & negotia illa neglecta heres doceat: putarem hìc etiam petenti legatario obstaturam doli mali exceptionem.

Conditionaliter enuntiata] Si causa conditionaliter hoc modo enuntiata fuerit, *Titio si negotia mea curavit fundum lego*, causa legato ipsa conceptione cohæret; & si falsa est fit ut voluntas legato desit & legatum sit inutile, *l.* 17. §. *pen. de cond. & dem.* nam conditiones quæ in præsens aut præteritum tempus conferuntur, si falsæ sint statim vi sua inanem & inutilem actum reddunt, §. *penult. Inst. infr. de verb. obl.* Itaque hoc casu legatum non debebit ipso jure; eoque nec ex-

exceptio adversus petentem desiderabitur.

5. Conditioni affinis est modus; utrumque enim futurum aliquid spectat. Nam si hac legandi formula testator utatur: *Titio centum do lego ut mihi monumentum faciat*, legatum est sub modo, *d. l. 16. §. 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 relictum non debetur ante eventum conditionis, & si conditio defecerit extinguitur, *ll. 3. & 4. C. de cond. insert.* quamquam non omnium conditionum eventus perpetuo 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 contra 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 hereditatibus quoque locum habet, *l. 7. l. 18. de cond. & dem.* Plura de conditionibus insertis D. Tulden. & Perez ad *tit. de fals. caus. adj. & 2. seqq.* Christin. *vol. 5. decis. 49.*

TEXTUS.

De servo heredis.

32. *An servo heredis recte legemus quæritur; & constat pure inutiliter legari, nec quidquam proficere si vivo testatore de potestate heredis exierit; quia quod inutile foret legatum si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere quia diutius testator vixerit. Sub conditione vero recte legatur servo, ut requiramus an quo tempore dies legati cedit in potestate heredis non sit.*

L. 8. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

HUjus & sequentis §. exiguus hodie usus est servitute jam sublata. Proponuntur duæ quæstiones contrariæ una hoc §. an servo heredis recte legetur; altera §. seq. an recte legetur domino servi heredis instituti.

Pure inutiliter legari] Quod servo legatur ipsi domino legari intelligitur, *l. 31. de her. inst.* proinde si servo legetur vel ipsi heredi à semetipso legatur: quod à juris ratione alienum est, *ll. 18. & 116. §. 1. de legat. 2.* Ulp. *in fragm. tit. 24. §. 20.* neque natura patitur ut idem sibi & creditor sit & debitor, quod fieri necesse est si servo heredis legari volumus; nam heres hìc & creditor sit oportet quia dominus legatarii, & debitor quia heres testatoris. Hinc quotiescumque accidit ut creditoris & debitoris jura in eamdem personam concurrant confunditur obligatio & necessario extinguitur; quia nemo sibi obligatus esse potest, *l. 75. ff. de solut. l. 7. C. de pact.*

Si vivo testatore de potestate] Utrum quod pure relictum est valeat necne ex tempore facti testamenti æstimandum, juxta præscriptum regulæ Catonianæ, quæ quod legatum inutile foret moriente statim testatore ex postfacto convalescere non patitur, *l. 1. de reg. Cat.* Atque in proposito si statim testator decedat vires habere legatum non potest. Eadem ratione supra dictum est, cum res sua alicui legatur, quia hoc legatum ab initio non consistit, ideo non convalescere etiamsi legatarius eam rem vivo testatore alienaverit, §. 10. *sup. hoc tit.*

Sub conditione vero recte] Quod legatum per conditionem suspenditur, id in incerto est aliquando valiturum sit, necne; ut dici non possit tempore testamenti valere aut non valere; & ideo placet Catonis regulam ad legata conditionalia non pertinere, *l. 4. de reg. Cat.* quæ hoc amplius non pertinet ad legata, quorum dies non mortis tempore sed post aditam hereditatem cedit, *l. 3. eod.*

An quo tempore dies legati cedit] Dies legati sub conditione relicti ante eventum conditionis non cedit, *l. 5. §. 2. quand. dies leg.* id est legatum sub conditione datum non ante deberi incipit quam conditio extiterit, *l. 213. de verb. sign.* atque ex eo demum tempore vires hujusmodi legatum capit; ut proinde etiam satis sit cum conditio existit rem in eo statu esse ut possit vires capere: quemadmodum in proposito potest, si scilicet eo tempore servus non sit in potestate heredis. Quod si tempore conditionis existentis adhuc in heredis sit potestate proculdubio legatum nullum est. Sed inquies, etiam in casu præcedenti contingere potest ut die legati cedente servus non sit in potestate heredis; potest enim ante mortem testatoris, ex quo tempore dies legati pure relicti cedit, ab he-

re-

rede 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 omnino habeatur licet diutius 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.

De domino heredis.

33 *Ex diverso, herede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur non dubitatur. Nam etsi statim post factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum qui heres sit dies legati cedere intelligitur; cum hereditas á legato separata sit, & possit per eum servum alius heres effici si prius quam jussu domini adeat in alterius potestatem translatus sit; vel manumissus ipse heres efficitur: quibus casibus utile est legatum. Quod si in eadem causa permanserit & jussu legatarii adierit evanescit legatum.*

L. 8. *tit.* 9. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

HÆc species superiori contraria est. Ait, ei cujus servus heres institutus est etiam sine conditione recte legari, hac ratione quia etiamsi statim decedat testator, tamen hoc casu dies legati apud eum qui heret sit non cedit : innuens legatum quidem cedere domino, ac proinde eo mortuo ante aditam hereditatem ad heredem ejus transmitti; sed non cedere apud heredem, ut in casu superiori cùm domino herede instituto servo ejus legatur : quippe dominum non recta per servum heredem fieri, sed ita si jussu ejus hereditatem adierit : posse autem fieri ut servus institutus priusquam jussu domini hereditatem adeat vel manumittatur vel alienetur, atque ita vel sibi vel alteri domino cujus jussu adierit hereditatem adquirat, maneatque sic hereditas à legato separata. Cum itaque hic legatum & hereditas decedente testatore statim in eamdem personam non concurrant, neque ita necessario sequatur hereditatis cum legato confusio, ut superiore casu legati cum hereditate : placet legatum interim in suspenso esse; & siquidem servus antequam jussu domini hereditatem adierit manumissus vel alienatus fuerit utile esse legatum; si vero in eadem causa manserit & jus legatarii adierit evanescere propter confusionem cum hereditate, quo fit ut in eum casum deducatur unde incipere non poterat. Eadem ratione responsum est, à filio herede patri etiam pure legari posse, *l.* 25. *l.* 91. *in pr. de legat.* 1.

TEXTUS.

De modo & ratione legandi. De ordine scripturæ.

34. *Ante heredis institutionem inutiliter antea legabatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio. Pari ratione nec libertas ante heredis institutionem dari poterat. Sed quia incivile esse putavimus scripturæ ordinem quidem sequi (quod & ipsi antiquitati vituperandum fuerat visum) sperni autem testatoris voluntatem : per nostram constitutionem & hoc vitium emendavimus, ut liceat & ante heredis institutionem, & inter medias heredis institutiones legatum relinquere, & multo magis libertatem cujus usus favorabilior est.*

Summa tit. 3. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Veteres non satis idoneam rationem habuisse improbandi legata ante heredis institutionem relicta. Et num.* 2.

SEquitur hujus tituli caput ultimum, in quo abolentur quædam juris veteris scrupulositates quæ circa formam legandi observabantur; & nimirum hæ tres, quod ante heredis iustitutionem, quod post mortem heredis, quod pœnæ nomine legari non poterat.

1. *Ante heredis institutionem*] Olim si ab institutione heredis initium testamenti factum non esset legata ante institutionem heredis relicta inutilia erant; veluti si quis in ordinando testamento ita primo loco dixisset : *Titio centum do lego*; deinde loco secundo : *Sempronius mihi heres esto* : legatum hoc ut præpostero ordine ante heredis institutionem relictum non valebat. Ulp. *in frag. tit.* 24. §. 14. Paul. 3. *sent.* 6. §. 1. Cujus rei rationem hanc affert Ulp. *quia potestas testamen-*

menti ab heredis institutione incipit : id est, quia per institutionem heredis demum vires robur ac firmamentum testamentum accipit ; ut, proinde heredis institutio veluti caput ac fundamentum totius testamenti præcedere debeat ; & quod antè relictum tamquam extra testamentum relictum videatur ἐκτὸς τῆς διαθήκης (*extra testamentum*) ut ait Theophilus. Ceterum hæc ratio Justiniano tanti visa non est ut propter eam ordo scripturæ necessario sequendus sit spreta testatoris voluntate. Et merito. Sit enim institutio heredis caput & ut fundamentum testamenti, ex ea testamentum vires accipiat, uti revera accipit, *l.* 10. *de jur. cod.* non ideo tamen legatum institutioni heredis præpositum perinde habendum quasi extra testamentum relictum sit; quoniam cum unus continuus testandi actus sit, nihil in eo ὕστερον πρότερον (*præposterum, aut non suo loco scriptum*) videri debet ; & proinde sive antecedat legatum sive institutionem heredis sequatur, institutio semper manet caput ac fundamentum testamenti ; nec scio an aliam rationem habeat quod olim etiam ante heredis institutionem fideicomissum dari potuit. Ulp. *in fragm. tit.* 25. §. 6. & §. 3. *Inst. sup. qui test. tut. dar.* & quod licebat testamentum ordiri ab exheredatione, *l.* 1. *de her. inst.* qua de causa Jurisconsultus ibi non simpliciter dicit eum qui testatur ab heredis institutione debere initium facere testamenti, sed plerumque debere.

Nec libertas heredis institutionem] Quasi dicat, quamvis libertatis magnus semper fuerit favor ; tamen hac in re non plus licuisse circa libertatis dationem quam cetera legata. Excipit Ulpian. testamentum militis, *in fragm. tit.* 1. §. 15.

2. *Etsi antiquitati*] Ipsi etiam Veteres in plerisque potiorem rationem ducunt voluntatis quam ordinis scripturæ. Cujus rei exempla passim occurrunt ; ut in *l.* 14. *depec. leg. l.* 77. §. 12. *de legat.* 2. *l.* 6. *de solut. l.* 14. *de legat.* 2. & identidem pronuntiant voluntatem testatoris in testamento totum facere, *l.* 53. §. 3. *de her. inst. l.* 12. *in fin. de legat.* 1. At enim in hac specie quæ non tam ab ordine scripturæ quam à juris ratione dependere visa est non sunt ausi idem definire: quæ tamen profecto nimia fuit scrupulositas. Nam cum illud admiserint ut fidejussor præcedere posset principalem obligationem, §. 2. *Inst. infr. de fidejuss.* nulla idonea ratio dari posse videtur cur non etiam hoc receperint ut legata præcedere possent institutionem heredis ; neque enim magis fidejussio sine principali obligatione consistere potest quam legatum sine heredis institutione. Denique cum ut antea diximus actus testandi sit continuus, in eo considerari non oportet quid prius aut posterius fiat ; cum totum illud quod fit unus sit unius temporis actus, *l.* 21. §. *ult. qui test. fac.* quod & D. Wesembecius notat.

Per nostram constitutionem] Non extat alia quæ hujus rei meminit quam illam ad Mennam præfectum prætorio in *l.* 24. *C. de testam.* qua tamen nihil aliud cavetur quam ut ne vitia in scribendo commissa imperitiâ tabellionum obsint testatoris voluntati. Unde plerique putant, & est verisimile, constitutionem qua primum atque ex professo jus vetus abolitum est desiderari. Ceterum quod Baro existimat, constitutione illa sic cautum fuisse ut ordo qui hìc commemoratur à testatore observari debeat, & tantum inversionem ordinis in scribendo à tabulario factam non vitiare testamentum falsum esse arguunt verba hujus textus, quæ manifeste indicant Justinianum sua illa constitutione totam hanc rem arbitrio testatoris simpliciter permississe, ut nihil intersit veterem ordinem servet an à legatis initium sumat.

Et inter medias] Hoc etiam jure veteri licitum fuisse testis est Paul. 3. *sent.* 6. §. 1. Nostri notarii ineptiam suam produnt dum semper fere à legatis & fideicommissis testamentum incipiunt, quasi pudeat inverti rerum ordinem si heredis institutio quæ tamen caput est & basis totius rei primo loco scribatur. Gomez 1. *var. res.* 2. *n.* 5. Jac. Verwey *art. test. cap.* 16. VINN. Axioma juris civilis, quod in testamento omnia ab heredis institutione robur ac firmitatem accipiunt Hispanorum leges non admittunt : quin etiam sine heredis institutione quemquam testari posse statutum est *l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* Præterea hodiernus notariorum mos quem hìc sugillat Auctor iisdem legibus & præcipue *l.* 103. *tit.* 18. *Part.* 3. comprobatur. ADDIT.

TEXTUS.

De legato post mortem heredis vel legatarii.

35. *Post mortem quoque heredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur ; veluti si quis ita dicat*, Cum heres meus mortuus fuerit do lego. *Item*, Pridie quam heres aut legatarius morietur. *Sed simili modo hoc correximus firmitatem hujusmodi legatis ad fideicom-*

commissorum similitudinem præstantes; ne in hoc casu deterior causa legatorum quam fideicommissorum inveniatur.

COMMENTARIUS.

1 *Cur post mortem heredis aut legatarii legare non liquerit.*
2 *Cur licuerit in tempus mortis.*
3 *Legatum filio emancipato post mortem patris relictum conferri; cum pater morietur non item.*

HÆc item mera quædam subtilitas fuit quod olim post mortem heredis aut legatarii legare concessum non erat, testibus Ulpiano *in fragm. tit.* 24. §. 15. & Paulo 3. *sent.* 6. §. 4. quam ob causam hunc quoque juris articulum emendavit Justinianus.

1. *Inutiliter legabatur*] Ulp. *d. loc. Post mortem heredis*, inquit, *legari non potest, ne ab heredis herede legari videatur, quod juris civilis ratio non patitur*; & Paul. similiter *d. loc. Post mortem heredis legari non potest, quia nihil ab heredibus heredis relinqui potest.* Credo quia incertum est quinam illi futuri sint; deinde quia mandare alieno heredi non licet. In universum vero post mortem heredis aut legatarii ideo legare non licebat, quoniam vetus erat regula juris, ut obligatio quæ non cœperat à defuncto vel contra defunctum, in persona heredis vel contra heredem non inciperet, §. 12. *Inst. inf. de inut. stip.* Jam vero si quod post mortem heredis legatur valere volumus, necesse est obligationem quæ contra defunctum non incœpit adversus heredem transire; si quod post mortem legatarii, necesse est ut obligatio quæ à defuncto non incœpit ad heredem ejus transeat. Cur igitur, inquies, fideicommissum post mortem heredis relinqui potuit? Ulp. *in fragm. tit.* 25. §. 6. Resp. Benigne id receptum fuit ut fideicommissum relinqui posset ab heredis vel legatarii herede, salva in ceteris superiore regula, *l.* 5. *de legat.* 3.

2. *Cum heres meus mortuus*] Aut, *Titio cum mortuus fuerit do lego.* Enimvero quamvis post mortem legari non potuit, in tempus tamen mortis tam legatarii quam heredis legatum conferri poterat, puta hoc modo: *L. Titio cum morietur do lego*; vel: *Heres meus cum morietur damnas esto dare.* Paul. *d. loc.* §. 5. & Ulp. *eod. l.* 12. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 79. §. 1. *de cond. & dem.* quemadmodum & stipulatio in mortem promissoris aut stipulatoris utiliter concipiebatur, §. 14. *Inst. infr. 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 ante mortem in persona morientis incipiat, & cœpta ad heredem transmittatur.

3. Hinc etiam illud est, quod etsi filius emancipatus non tenetur conferre legatum post mortem patris ei relictum, *l. pen. ff. de collat. l.* 15. *C. eod.* conferre tamen teneatur quod ei legatum est cum pater morietur; quia id non post mortem patris demum adquisivisse, sed moriente patre manenteque adhuc vita eum habuisse interpretamur. Constat autem emancipatum juberi ea omnia conferre fratribus qui in potestate manserunt quæ moriente patre habuit, *l.* 6. *C. d. tit.* Ulp. *in fragm. tit.* 28. §. 3. add. Cujac. 3. *obs.* 34.

Pridie quam heres aut legatarius morietur] Existimaverunt Veteres hoc legatum incidere in speciem præcedentem & eum casum quo post mortem heredis aut legatarii legatur. Nam cum illud *pridie* ante mortem incertum sit, & non nisi postquam jam mortuus est heres aut legatarius sciri possit quis ille dies fuerit, non magis hic obligationem ante mortem incipere posse crediderunt quam si expresse post mortem legatum esset. Quam ob causam stipulatio quoque hujusmodi, *Pridie quam moriar*; vel, *Pridie quam morieris dare spondes*? inutilis erat, *d.* §. 12. *Inst. infr. de inut. stip.* Ecce sollicitam Veterum diligentiam.

Correximus] Ex constitutione Justiniani etiam post mortem heredis aut legatarii legare licet, uti & stipulatio in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris concepta ex ejusdem constitutione valet, *l.* 7. *C. de contr. stip.* Idem alia constitutione antiqui juris regulam abrogavit, permisitque actiones ab heredibus & contra heredes incipere, *l. un. C. ut act. ab her.* Mutandi juris veteris hanc causam habuit, quod illud in pura puta subtilitate consistebat. Cur enim cum legatum in tempus mortis conferre liceat, non liceat in tempus post mortem aut in ante 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.

Quam fideicommissorum] Nam fideicommissa etiam olim post mortem heredis recte

relinquebantur, teste Ulp. *in fragm. tit.* 25. §. 6. & in *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3.

TEXTUS.

Si pœnæ nomine relinquatur adimatur vel transferatur.

36. *Pœnæ quoque nomine inutiliter antea legabatur & adimebatur vel transferebatur. Pœnæ autem nomine legari videtur quod coërcendi heredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat aut non faciat; veluti si quis ita scripserit*, Heres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit, *vel ex diverso*; Si non collocaverit dato decem aureos Sejo; *aut si ita scripserit*, Heres meus si servum Stichum alienaverit, *vel ex diverso*, Si non alienaverit Titio decem aureos dato. *Et in tantum 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 valde observabantur; quin etiam nec libertates pœnæ nomine dari posse placebat; eo amplius nec heredem pœnæ nomine adjici posse Sabinus existimabat; veluti si quis ita dicat*, Titius heres esto; si Titius filiam suam in matrimonium Sejo collocaverit Sejus quoque heres esto. *Nihil enim intererat qua ratione Titius coërceretur, utrum legati datione an coheredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit; & generaliter ea quæ relinquuntur, licet pœnæ nomine fuerint relicta vel ademta vel in alium translata nihil distare á ceteris legatis constituimus, vel in dando vel in adimendo vel in transferendo: exceptis videlicet iis quæ impossibilia sunt vel legibus interdicta aut alias probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere secta meorum temporum non patitur.*

Vid. l. 3. *tit.* 4. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Veteris juris quod hic refertur variæ rationes.*

2 *Quid sit pœnæ nomine legare.*

3 *Abrogatio hujus juris cum causa abrogandi.*

4 *Interpp. plerosque circa hunc articulum errasse, eo quod non satis intellexerint quid sit pœnæ nomine legare.*

5 *Notatur Bachovii & Sutholti insignis error.*

1. TErtia hæc species est in qua jus vetus circa formam legandi à Justiniano mutatum. Olim quod pœnæ nomine relictum erat in ea causa fuit ut qualecumque hoc esset in totum non valeret. Ulp. *in fragm. tit.* 24. §. 17. fac *l.* 12. *de cond. & dem. l.* 2. *de bis quæ pœn. nom.* Jul. Capitolinus in *Anton. cap.* 8. *Primus constituit ne pœnæ causa legatum relictum maneret.* Neque alia in hac re fideicommissorum quam legatorum causa fuit, Ulp. *tit.* 25. §. 11. Hujus autem juris duplicem rationem fuisse Theophilus memorat. Primum quoniam in heredis arbitrium hoc legatum confertur; sic autem juris constitutio est ut legatum in potestate heredis poni non possit, *l.* 43. §. *pen. de leg.* 1. Deinde quia finis legandi hujusmodi legato obstat; quippe legata ex animo & benevolentia erga legatarium proficisci debere, non puniendi aut territandi heredis causa relinqui; pœnæ vero causa quod legatur non beneficentiæ erga legatarium exercendæ gratia relinqui, sed contra naturam legati odio heredis, ut sit pœna non præmium non honos. Quin & tertia ejusdem 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.* 71. §. 2. *de cond. & demonstr.* Atque hanc quoque rationem videtur significare Theophilus, cum ait, hoc genus legati modum quemdam præscribere heredibus, καθ' ὅδε αὐτοὺς πολιτεύσαι (*quem ipsos agere oportebat.*)

Adimebatur vel transferebatur] Exemplum sit: *Titio centum do lego. Titius filiam suam Sejo in matrimonium ne collocet. Si Titius filiam suam Sejo collocaverit, quod Titio legavi non do non lego*; vel, *Quod Titio legavi Sempronio do lego.*

2. *Quod coërcendi heredis causa relinquitur*] Vel etiam quod coërcendi legatarii causa adimitur aut transfertur, ut in exemplo modo proposito. Plenius aliquanto definit Ulp. *tit.* 24. §. 16. *Pœnæ*, inquit, *causa legatur quod coërcendi heredis 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 heredis gratia legat; sed eum solum qui nullam aliam causam legandi habet

bet quam ut heres coërceatur: quod diligenter notandum est, ut scilicet intelligamus legatum pœnæ nomine non relictum videri non solum cum heres non constringitur ullo modo, sed etiam cum constringitur aut coërcetur sed alius rei gratia, legati scilicet quod datum est juvandi, aut voluntatis testatoris confirmandæ.

Et in tantum hæc regula observatur] Amplificat veterem regulam quatuor modis. (1) Quod etiam Principes in eo quod pœnæ nomine ipsis relictum erat huic se juri subjiciebant. (2) Quod nec ex testamento militis hujusmodi legata debebantur. (3) Quod ne libertas quidem pœnæ causa dari poterat. (4) Quod placebat nec heredem pœnæ causa adjici posse. Quibus & quintum adjici potest, quod nec fideicommissa quorum longe laxior natura quam legatorum erat pœnæ nomine dari poterat. Ulp. *in fragm. tit.* 25. §. 11.

3. *Hujusmodi scrupulositas nobis non placuit*] Justinianus etiam in hoc articulo juris veteris observationem ut nimis scrupulosam abrogandam putavit, idque effecit constitutione ea quæ extat in *l. un. C. de his quæ pœn. nom.* ut jam quæ pœnæ nomine relinquuntur vel adimuntur aut transferuntur non minus valeant quam cetera quæ jure relicta sunt. Et profecto nemini iniquum videri debet eum qui heres instituitur aut legato honoratur pro modo relicti à testatore gravari, aut constringi ut aliquid faciat quod possit facere, & honeste possit: præsertim cum voluntatem defuncti legis instar observari etiam Veteres voluerint, *l.* 35. §. 3. *de her. inst.* Humanum tamen esse plerisque visum est, ut heres ob justam ac probabilem causam saltem excusetur à pœna. Covar. in *cap. Raynaldus* §. 1. *n.* 7. π. *de testam.* Peregr. *lib.* 3. *de jur. fisc. cap.* 18. *n.* 108. Sand. *lib.* 4. *tit.* 6. *def.* 1.

4. Ex his vero perspicuum est errare Interpretes qui putant jam tum tempore mediæ Jurisprudentiæ pœnæ nomine legare licitum fuisse, & Justinianum hìc intelligere jus quoddam antiquius eo quod relatum est in Pandectas. Causam errori præbuit quod non intellexerunt quid sit pœnæ nomine legare. Putant, tale legatum *Heres uxori meæ penum dato, si non dederit centum dato*: quale legatum citra controversiam semper valuit, *l.* 1. *de pen. leg. l.* 1. §. 18. *de leg. Falc. l.* 19. *quand. dies leg.* exemplum esse ejus quod pœnæ nomine relictum est. Verum ex definitione Ulpiani paulo ante à me relata atque illustrata facile apparet hoc exemplum ad legata pœnæ causa relicta non pertinere: quippe in quo nihil proponitur relictum aut cautum odio heredis aut ob eam causam ut heres coërceatur; sed totum apparet relictum & cautum uxoris gratia. Manifesta igitur illa ignoratio est elenchi. Neque necesse est ut cum Cujacio *tract. 5. ad Afric. in l.* 1. *de his quæ pœn. nom.* excipiamus de regula hanc speciem, *Heres meus tale monumentum mihi ædificato; si non ædificaverit centum Titio dato, l.* 6. *l.* 27. *de cond. & dem.* Nam ne hoc quidem legatum pœnæ nomine relictum dici debet ex superiore definitione, quod præcipue testatoris causa relictum est & quo heres provocetur ad faciendum quod testator sibi fieri voluit. Justius movere Interpretes potuit *d. l.* 1. *de his quæ pœn. nom.* Sed jam docti omnes vident locum istum esse interpolatum, Tribonianumque de suo hæc verba, *illicite vel probrose*, responso Africani inseruisse, atque in calce item adjecisse verbum *talem*, ut subserviret constitutione Justiniani, quæ quidem sublato jure veteri permittit pœnæ causa legari sed excipit quæ illicita probrosa vel impossibilia sunt. VINN. Immo id non adeo exploratum est Eruditis *legem* 1. *ff. de his quæ pœn. caus.* esse à Triboniano interpolatam. Potius vir illust. Corn. van Bynkersh. *de legat. pœn. nom. relict. cap.* 4. inde colligit, ea tantum legata visa olim pœnæ nomine relinqui quibus testator heredem ad probrosum aliquid faciendum cogere vellet. Quæ si vera sunt non potest quidem Tribonianus argui quod constitutioni Justiniani subserviens responsum Africani interpolavit; ast erit tamen tunc ejus culpæ reus quod non intelligens naturam horum legatorum Justiniano auctor fuerit legata pœnæ nomine relicta confirmandi, & excipiendi tamen legata quibus heres ad turpe facinus impellatur; cum tamen hæc sola sint legata pœnæ nomine relicta. Ita aliquid concessit Justinianus quod semper concessum fuit, prohibuit quod semper prohibitum: id est actum egit. Si cui & id difficile creditu videatur, quia & Ulpian. *in fragm. tit.* 24. §. 17. legata pœnæ nomine relicta fere eodem modo definit atque hìc Justinianus: is cogitet velim, an non legata pœnæ nomine fuerint omnia quæ ab herede ejus vexandi causa relinquebantur, quibusque sæpe adigebantur ad ridiculas conditiones. Et tale fors fuit testamentum illud Staberi apud Horat. *lib.* 11. *serm. sat.* 3. *v.* 84.

Heredes Staberi summam incidere sepulcro;
Ni sic fecissent, gladiatorum dare centum
Damnati populo paria, atque epulum arbitrio
Arri,
Frumentum quantum metit Africa.

Justinianus ergo has tricas sustulit jussitque rata esse hæc legata, dum ne quid turpe & bonis moribus adversum heredi injungeretur. Conf. vir cl. Nic. Hieronym. Gundl. *diss. de Principe herede cap. 6. §. 32.* HEIN.

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. 9. de cond. inst.*

Hujusmodi dispositiones valere secta meorum temporum non patitur] Merito hujusmodi dispositiones ne nunc quidem valere patitur; quippe pœnæ locus dari non debet ubi nullum delictum nulla fraus aut culpa est, *l. 131. de verb. sign.* Quæ vero culpa aut fraus in eo qui non facit quod vel naturâ impossibile est vel legibus aut bonis moribus contrarium? Igitur hujusmodi legatum, *Heres meus nisi mare ebiberit, nisi matrem domo expulerit centum Titio dato*, nullius momenti est, ut bene Glossa in *d. l. un. C. de his quæ pœn. nom.* notat, & disserte scriptum est in *d. l. 1. ff. eod.*

5. Mirorque adeo judicium Bachovii in *Treutl. vol. 2. disp. 13. thes. 6.* & Sutholti, qui hoc à præceptore hausit, *diss. 11. n. 59.* contendentium, in proposito non vitiari legatum, sed vitiari illud ipsum & pro non adjecto haberi quod adjectum impossibile aut legibus interdictum est, arg. §. 10. *Inst. sup. de her. inst. l. 104. §. 1. de legat. 1. l. 3. de cond. & dem.* cum similibus: quibus locis traditur conditionem impossibilem aut turpem legato adjectam legatum non vitiare, sed ipsam vitiari & pro non scripta esse. Quis enim non videt quantum intersit utrum simpliciter quis centum leget sub conditione impossibili aut turpi, puta hoc modo: *Titio si digito cœlum tetigerit, si uxorem suam prostituerit centum do, lego*; an centum leget pœnæ causa, eo heredi 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, ne legatario cui nihil imputari potest fraudi sit quod non pareat conditioni cui per rerum naturam aut leges parere non potest. Hic legatum nullius momenti est, non quia legato adjecta impossibilis aut turpis conditio; sed quia relictum est puniendi heredis causa si ipse conditioni non pareat, id est non faciat quod naturâ 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, cùm, 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 §.

Secta meorum temporum] Id est ratio, disciplina, justitia, *l. ult. C. de pact. l. 2. C. ad leg. Jul. majest.* Trajan. ad *Plin. 10. 56.*

TITULUS XXI.

DE ADEMTIONE LEGATORUM ET TRANSLATIONE.

Dig. lib. 34. tit. 4. Et. l. 39. tit. 9. Part. 6.

Continuatio. Quam variis modis ademtio legatorum fiat.

DIctum hactenus est de iis quæ ad constitutionem legati pertinent: nunc, uti mos est Jurisconsultorum, exponitur quomodo recte ab initio constituta infirmentur. Id fit cùm aliis modis, tum maxime ademtione aut translatione; de quibus etiam hìc Justinianus solum agit. Est autem hæc facultas liberrima, ut quod testator semel alicui legavit id ei adimere aut in alium transferre possit, voluntasque defuncti ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum, *l. 4. hoc tit.* Ademtione legati vel ipso jure legatum extinguitur vel ope exceptionis enervatur. Ipso jure legatum ademtum in-

intelligitur si testator declaraverit contrariam voluntatem; idque vel verbis, sive directo contrariis dum testatur se adimere quod dedit, sive aliis quibuscumque ex quibus aperte intelligatur pœnituisse eum prioris voluntatis, arg. *l.* 13. *eod.* vel rebus & factis, veluti si legatum consulto induxerit, *l.* 16. *eod.* aut rem legatam destruxerit, *l.* 65. §. *ult. de legat.* 1. *l.* 88. §. 2. *de legat.* 3. aut in novam speciem transtulerit quæ ad pristinam materiam reduci non possit, *d. l.* 88. *in pr. & §.* 1. vel nulla necessitate adductus alienaverit; de quo actum §. 12. *tit. præced.* vel denique si quis nomen debitoris sui alteri legatum exegerit, de quo sub §. 21. *ejusd. tit.* Ope exceptionis ademtio introducitur si quid intervenerit ex quo mutata voluntas testatoris colligi possit, cum neque verbis neque facto aliquo palam declaravit se legatum adimere; veluti si graves inimicitiæ inter testatorem & legatarium intercesserint nec reconciliatio secuta sit, hìc petenti legatario obstabit exceptio doli ex nuda eaque præsumta contraria voluntate, *l.* 3. §. *ult.* junct. *l. seq. hoc tit.* Proinde omnino assentior Bartolo in *l.* 14. *de legat.* 1. Angelo Myns. & Schneid. *hic*, posse legatarium opposita exceptione doli submoveri, etiamsi imperfecto testamento legatum ademtum esse proponatur: quippe cum hæc exceptio obstet omnibus qui voluntate testatoris destituuntur, *l.* 4. §. 10. *de dol. mal. exc. l.* 36. §. 3. *de test. mil.* Præter hæc, quod hìc non tangit Justinianus, legata etiam casu intercidunt, videlicet si testamentum quo aliquid relictum est rumpatur aut irritum fiat, *l.* 17. *de injust. rupt. l.* 8. §. *pen. de inoff. testam. l.* 181. *de reg. jur. l.* 1. *C. de post. her. inst.* Una tamen hìc exceptio est jure novissimo, nisi testamentum rescissum sit ex causa præteritionis aut exheredationis: quod cum incidit tota institutio irrita esse jubetur, certa autem capita rata manere, *auth. ex causa C. de lib. præt.* vid. *sup. tit. Inst. de inoff. testam.* Porro eadem libertate qua legatum adimitur etiam in alium transferri potest, de quo in §. 1. seu parte hujus tit. altera.

TEXTUS.

De ademtione.

Ademtio legatorum sive eodem testamento adimantur sive codicillis firma est. Sed & sive contrariis verbis fiat ademtio; veluti si quod ita quis legaverit, do lego, *ita adimatur*, Non do non lego; *sive non contrariis sed aliis quibuscumque verbis.*

L. 39. *tit.* 9. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

Sive eodem testamento] Meminit tantum ejusdem testamenti, propterea quod si aliud testamentum factum fuerit hoc ipso legata priore testamento relicta infirmantur, unaque eum testamento in quo relicta sunt citra ullam aliam revocationem corruunt. Et igitur quod priore scripturâ testamento datum est id posteriore adimi potest, *ll.* 13. & 17. *hoc tit. l.* 16. *de vulg. & pup.* atque adeo etiam statim & continenter, ut opinor, revocari: puta hoc modo, *Centum Titio do lego; immo non do non lego.* Neque obstat quod traditur in *l.* 188. *de reg. jur.* ubi pugnantium in testamento jubetur neutrum valere, quod Græci rediderunt τὰ ἐν διαθήκη ἀλλήλοις ἐναντιώμενα οὐκ ἔρρωται (*in testamento mutuò sibi adversantia non valere*), quoniam regula ista procedit in perplexis atque inter se collidentibus, cujusmodi speciem habemus in *l.* 16. *de cond. inst.* non ubi prior scriptura per posteriorem corrigitur commutatur aut rescinditur, *d. l.* 17. & ibi Gloss. & Bart. *hoc tit.*

Sive codicillis] Intellige, testamento confirmatis, ut bene Martin. & Placent. teste Accurs. *hic & in præfat. Nov.* 159. *vers. manifestum.* Quippe cùm codicillis testamento non confirmatis nihil directo dari potuerit, *l.* 43. *de man. test.* §. 10. *Inst. inf. de fideic. her.* consequens est, & arguit *l.* 6. *de vulg. & pup.* nec quod testamento datum erat codicillis non confirmatis potuisse adimi; ita quidem certe ut ademtio ipso jure valeret; nam quin petens legatarius per exceptionem doli hoc casu repelli potuerit non est dubitandum, *l.* 4. §. 10. *de dol. mal. exc.* Errat igitur & Accurs. *dd. loc.* & Bart. in *l.* 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

est posse etiam ipso jure similiter adimi : eoque jure utimur.

TEXTUS.
De translatione.

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.*

COMMENTARIUS.

AB alio ad alium] Ex Gajo *l. 5. hoc tit.* Potest vero & aliis modis translatio fieri. Paulus *l. 6. eod.* quatuor modos commemorat. *Aut enim*, inquit, *á persona in personam transfertur*, ad quem modum pertinet species hic proposita; *aut ab eo qui dare jussus est transfertur ut alius det, aut cum res pro re datur, pro fundo decem aurei ; aut quod pure datum est transfertur sub conditione.* Adjiciatur & quintus, cum quod prius sub conditione datum est deinde pure legatur, *l. 89. de cond. & dem.*

Hominem Stichum quem Titio legavi Sejo do lego] Videtur hæc formula similis esse formulæ conjunctionis quæ re fieri dicitur cum disjunctim eadem res duobus legatur, qualis illa, *Titio hominem Stichum do lego, Sejo eumdem do lego* : qua nil Titio adimi, sed Sejus in eamdem rem cum Titio vocari intelligitur, §. 8. *tit. præc.* nisi evidenter appareat adimere testatorem voluisse, *l. 33. de legat. 1.* Sed diversæ omnino sunt hæ formulæ ; & cum quis ita dicit : *Quod Titio legavi id Sejo do lego* : ex ipsa conceptione perspicue 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 heres meus illi dato si illud aut illud factum erit*: legatum sub conditione translatum videri responsum est, eo quod commemoratione prioris legati posterius scriptum sit, *l. 89. de cond. & dem.* Obstare tantum videtur quod ex Juliano Ulpianus & Paulus referunt, in hac specie, *Ex qua parte Sejum institui ex eadem parte Sempronius heres esto*, Sejum & Sempronium conjunctim intelligi institutos, *l. 15. in pr. de her. inst. l. 142. in fin. de verb. sign.* Sunt qui in institutione heredum sic jus esse arbitrantur, in legatis contra : quod ego falsum puto, & diversas esse formulas, *Stichum quem Titio legavi Sejo lego*; & *Stichum quem Titio legavi eumdem Sejo lego* ; illâ enim aperte adimitur Titio quod Sejo datur, hac uterque in eadem rem manifeste conjungitur; cum idem utrique legatur. VINN. Alioquin dari solet regula, *Ex repetitione nominis primi legatarii præsumi translationem ; ex non repetita legatarii commemoratione conjunctionem.* e. g. *Stichum quem Titio legavi, Cajo do lego. Titio Stichum do lego, eundem Cajo do lego.* Nec obstat exemplum ex *l. 15. pr. ff. de her. inst.* Nam si Stichus pro eadem parte legatur Cajo & Sejo, res ipsa docet hic non translationem esse sed conjunctionem. Regula autem nostra indicat quid in dubio sit præsumendum. Conf. celeb. Pagenstech. *admonit. ad Pand. Part. 5. §. 148. p. 581.* HEIN.

TITULUS XXII.

DE LEGE FALCIDIA.

Dig. lib. 35. tit. 2. Cod. lib. 6. tit. 50. Nov. 1. Part. 6. tit. 11.

Ratio ordinis & argumentum tituli.

IN disputatione de legatis omitti non debuit de lege Falcidia, quâ novissime 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 modum patrimonii in ponenda ratione legis. Postremo quæ res ante rationem Falcidiæ deducantur ostenditur, & quomodo por-

porro in reliquo ratio legis ineatur.

TEXTUS.

Continuatio. Ratio & summa hujus legis.

Superest ut de lege falcidia dispiciamus, qua modus novissime legatis impositus est. Cum enim olim lege XII. *tabularum libera erat legandi potestas ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare; quippe cum ea lege ita cautum esset*, Uti quisque legassit suæ rei ita jus esto: *visum est hanc legandi licentiam coarctare; idque ipsorum testatorum gratia provisum est, ob id quod plerumque intestati moriebantur recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire. Et cum super hac tam lex Furia quam lex Voconia latæ sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur; novissime lata est lex Falcidia, qua cavetur ne plus legare liceat quam dodrantem totorum bonorum: id est, ut sive unus heres institutus sit sive plures apud eum eosve pars quarta remaneat.*

L. I. *tit.* II. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Occasio legis hujus ferendæ.*
2 *Exponuntur verba legis* XII. *tabb.* Uti quisque legassit suæ rei.
3 *Quo aspectu leges Furia, Voconia, Falcidia testatorum gratia latæ dicantur.*
4 *Latas esse hasce leges heredum 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 cautum.*
8 *Ad quæ vel statim vel sensim virtus legis producta.*

1. LEGE XII. *tabularum libera erat legandi potestas*] Causa seu potius occassio rogandæ hujus legis. Lege XII. tabularum licebat testatoribus universum patrimonium suum in legata consumere, nihil ut heredi relinqueretur præter onus & molestiam æris alieni. Sic enim ea lege simpliciter cautum erat, uti quisque legavisset ita uti jus esset, *l.* 120. *de verb. sign.* Hac licentia cum testatores usi essent, eveniebat plerumque ut suprema eorum judicia destituerentur recusantibus scriptis heredibus nullo suo aut quam minimo lucro hereditatem adire, atque aliena dumtaxat gratia maximis sæpe oneribus minimeque necessariis se implicare. Quod cum & ipsis testatoribus inutile esset & publice interesse existimaretur supremas hominum voluntates conservari, *l.* 5. *test. quemadm. aper.* visum est ex usu esse Reip. heredes justo aliquo lucro ad adeumdam hereditatem invitari, quo suprema morientium judicia retinerentur. Id quod ita commode fieri posse creditum est, si libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur, ut cum non totum patrimonium legatis exhaustum foret, esset aliquid videlicet quod heredes ex testamento caperent. Quæ res cum primum lege Furia deinde Voconia tentata esset, tandem lege Falcidia perfecta est.

2. *Uti quisque legassit suæ rei*] Ita quoque verba legis XII. tabb. referuntur in *l.* 120. *de verb. sign. Legassit suæ rei* dictum pro *super pecuniam & re sua*: quomodo auctor *ad Heren. libr.* 1. & Ulp. *in fragm. tit.* 11. §. 13. legis verba referunt, quasi dictum esset, pro commodo & utilitate rei suæ, ut sit dativus adquisitive positus, ut loquuntur Gramatici. Illud enim minime convenit, ut hæc verba *rei suæ* non ad verbum *legassit* sed ad illa, *jus esto*, referantur; atque ita legamus, *Uti legassit, ita rei suæ jus esto*: quod voluit Alciat. ad *d. l.* 120. & Baro *hic.* Primum quia verba illa, *ita jus esto* absolutæ ponuntur. Deinde quia etsi transitum in rem aliam haberent, tamen nemo ita loqueretur *ita jus esto illius rei*, sed *de illa re.* Denique non dicimus, si quis quid legaverit *ita jus esto de re sua* sed *de re ejus*, utentes pronomine demonstrativo non reciproco; quia legans de se prius locutus non est. VINN. Legem hanc decemviralem jam alio loco exposuimus uberius. Conf. & *Antiq. nost. Rom. lib.* 11. *tit.* 15. §. 2. *nota p.* 436. *edit. nov.* HEIN.

3. *Ipsorum testatorum gratia*] Ait leges Furiam Voconiam Falcidiam ipsorum testatorum gratia latas, ne scilicet, ut subjicit, voluntas eorum destituto testamento periret. Forte etiam hæc ratio fuit, quod qui substantiam omnem legatis erogant, crediblie sit errore ductos id facere, existimantes plus se in bonis habere quam habent, arg. *l.* 25. *qui & á quib. man.* Quamquam autem etiam retenta plena legandi licentia & secundum eam exhausto legatis patrimonio legatarii adhuc facere possunt ut voluntas ser-

servetur ; quippe qui , ne deserto testamento nihil consequantur, potius cum herede paciscentur partemque remittent, §. 2. *inf. in fin. hoc tit.* tamen facilius heredem inductum iri ut hereditatem adeat legumlatores putaverunt , si jure suo & beneficio legis partem aliquam haberet quam si beneficio legatariorum.

4. Licet autem hinc intelligere leges hasce rogatas non esse singulorum testatorum gratia, sed tantum in genere & quasi in abstracto testatores à latoribus consideratos, tamquam omnes ita affecti sint, ut malint partem legatariis detrahi quam 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 heres aliqua harum legum uteretur : quod non licuisse certum est, sed contrà etiam invito testatore contra sententiam ejus eoque prohibente vim suam illas exercuisse , ut de lege Falcidia expresse traditum est , *l.* 15. §. 1. *& ult. l.* 86. *in fin. hoc tit.* convenienter capiti secundo ejusdem legis, quo nemini plus legare permittitur quam dodrantem bonorum , *l.* 1. *in pr. 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 , utpote cujus voluntati multo plus quam ceterorum tribuitur. Illud enim plane à ratione juris nostri alienum est, quod cum Porcio Mynsingerus tentat, ideo in testamento militis cessare Falcidiam, quod hoc ipso quod cautum est ne legi Falcidiæ locus esset in testamento militis, cautum quoque intelligatur ut heres à milite institutus velit nolit hereditatem adeat , compellente eum si nolit magistratu ; & adhuc magis, quod illi magis placet , dum existimat cum Corasio , eo quem miles heredem instituti repudiante, proximos qui ab intestato veniunt legati præstatione obstringi. Et quid si illi quoque repudient ? Denique ex eo quoque perspicue apparet Falcidiam non induci ex voluntate singulorum testantium, quod laudatur heres qui solida legata præstat quasi pleniore officio fidei fungens , & apud quem plus valeat defuncti voluntas quam beneficium legis *l.* 1. *& ult. C. hoc tit. l.* 5. §. 15. *de don. int. vir. & ux.* Porro ex his simul intelligimus latas esse superiores leges in heredum potissimum gratiam , & nominatim Falcidiam , de qua sola nunc quæritur ; quod etiam diserte traditum est in *l.* 7. *hoc tit.* ac proinde toto cælo errant qui asserunt, hasce leges principaliter & potissimum introductas esse testatoris causa ; secundùm autem testatorem causa heredis ; quo in numero etiam D. Hotomannus est.

5. *Lex Furia*] Primus C. Furius Tribunus plebis liberam illam legandi potestatem coangustavit , lege perlata ne cui supra mille asses legare liceret , constituta quadrupli pœna adversus eam qui plus cepisset , Ulp. *in fragm.* 1. & Theoph. *hic* ; qui tamen non asses sed νομίσματα habet , id est ; aureos seu solidos. Et forte hæc eadem lex est quam intelligit M. Tullius pro *Corn. Balb. cap.* 8. *Tulit*, inquit , *apud majores nostros legem C. Furius de testamentis* ; sed tamen non ausim hoc certo affirmare , quia quid ea lege quam memorat cautum fuerit non exprimit ; atque ex solo Ulpiano & Theophilo discere possumus , quid lege Furia testamentaria , cujus hìc meminit Justinianus , cautum tentatumque sit coërcendæ licentiæ legandi gratia , videlicet ne legare liceret ultra milles asses. Qua quidem re etsi modus aliquis legatis imponitur, finis tamen non fit legandi ; & cum de singulis dumtaxat legatariis lex caveret , facile evenire poterat utu no atque altero itemque tertio legato hereditas præsertim non opulenta tota absumeretur, atque hoc modo res ad vetus incommodum recideret.

6. *Lex Voconia*] Cùm usu omnium rerum magistro compertum esset lege Furia superius incommodum 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 quam ad heredem heredesve pervenerit, ut ex Verrina de prætura urbana intelligitur , ubi duo hujus legis capita memorantur , quorum altero coërcitæ mulierum hereditates, altero cautum (quod etiam Theophilus scribit) ne plus haberet legatarius quam heres. Verum ne hac quidem lege finis legandi factus , cum & ipsa de singulis tantum caveret legatariis. Quid enim si numerus legatariorum tantus sit ut in singulos singulis sextulis erogatis una quoque tantum sextula & forte unus aureus heredi relinquatur ? Quis spe tantuli lucelli hereditatem alicujus cernat ? Sed & lex illa de eo tantum cavebat qui census esset ; ei vero qui census non esset licebar

per

per eamdem legem plus legare quam ad heredem perventurum erat, ut ex eodem loco Ciceronis intelligi potest.

7. *Lex Falcidia*] Quæ & ipsa plebiscitum est. Lata est à Pub. Falcidio tribuno plebis temporibus Augusti, Cn. Domitio Calvino & C. Asinio Pollione Coss. ann. ab Urb. cond. DCCXLV. teste Dione *lib.* 48. *p.* 450. Hac demum lege certis terminis circumscripta est legandi licentia, dum non de singulis legatariis sed de cunctis cavet ne ultra dodrantem in legata consumatur, *l.* 1. *hoc tit.* Quare ut maxime legetur multis, semper tamen quadrans totorum bonorum post hanc legem latam heredis lucro cedat necesse est. Superiores igitur leges etsi modum 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.

8. *Ne plus legare*] Lex Falcidia nominatim de legatis locuta videtur. Ceterum & ad alia producta est; & statim quidem, ut opinor, interpretatione prudentum ex legis sententia ad fideicommissa singularum rerum. Neque enim persuadere mihi possum id primum factum senatusconsulto Pegasiano centum demum annis post legem latam: quamvis fere omnes sic sentire videam, motos §. 5. *seq. tit. vers. ex singulis.* Nam cum utique hoc lex velit & caveat ne minus quam quarta pars bonorum heredibus relinquatur, ut proinde directo ea pars nec auferri nec minui à testatore potuerit, *l.* 15. §. 1. *& ult. hoc tit.* quis credat oblique id fieri potuisse, licitumque fuisse tam longo tempore legis sententiam circumvenire patrimonium fideicommissis onerando aut exhauriendo? Neque in *d. vers. ex singulis*, expresse dicitur retentionem quartæ partis ex singulis rebus per fideicommissum relictis permissam esse senatusconsulto Pegasiano; sed simpliciter permissam esse, non addito quo jure permissa sit: quamquam etiam alia istius loci interpretatio est. Quin etsi Tribonianus expresse hoc affirmaret mihi tamen id suspectum foret. Sane in libris nostris promiscue, quantum ad hanc rem attinet, de legatis & fideicommissis singularibus tractatur, *l.* 5. *l.* 13. *l.* 15. *l.* 18. & passim *hoc tit. l.* 2, & 3. *C. eod.* Porro 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 legi fieri potuisse: is cogitet ante hanc constitutionem eamdem rationem harum donationum & inter vivos fuisse; quippe sic donata placebat antea in computationem Falcidiæ non venire, propterea quod vivo testatore exibant ex bonis ejus; siquidem etiam quod mortis causa donabatur ἐπὶ τὸ πολὺ (*ut plurimum*) statim transferebatur in donatarium. Ceterum quoniam revocare hujusmodi donationem licebat, nec ante plena ac perfecta censebatur quam mors insecuta fuisset, *l.* 32. *de mort. caus. don.* ob hanc causam Severo visum est id etiam quod ita donatum est hactenus in patrimonio computari ut de eo quarta Falcidiæ nomine detrahi posset. At fideicommissa omnimodo in bonis relinquuntur ut demum post mortem ab herede præstentur. Exemplo donationum mortis causa admissa etiam est Falcidia in donationibus inter virum & uxorem, quæ morte confirmantur, *l.* 12. *C. hoc tit.* propter fideicommissa quoque introducta est in intestatorum successionibus: quod à Divo Pio factum scribit Paulus in *l.* 18. *hoc tit.* Denique vis legis senatusconsulto Pegasiano tracta est etiam ad fideicommissarias hereditates, de quo seorsum *tit. seq.* VINN. Id addo, ex Pauli *rec. sent. lib.* 3. *tit.* 8. §. 1. constare jam ista ætate legem Falcidiam etiam ad fideicommissa porrectam fuisse. Ait enim: *Exhausta legatis aut fideicommissis aut mortis causa donationibus hereditate, auxilio Falcidiæ institutus heres quadrantem retinere potest.* Cumque idem Paulus *l.* 8. *ff. hoc tit.* referat jam sub D. Pio hanc legem prolatam esse ad fideicommissa ab intestato: verosimillimum sane est clam ante eamdem valuisse in fideicommissis testamento relictis. An autem jam ante senat. Pegasianum non magis liquet, quam illam interpretationem hoc senatusconsulto fuisse invectam. HEIN.

Sive unus sive plures] Interest vero utrum legata simpliciter ab omnibus heredibus relicta sint, an ex pluribus heredibus ex certis partibus institutis aliqui nominatim gravati; illo enim casu sufficit ut solida legata præstentur dodrantem hereditatis 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 solum heres si possidet quartam partem retinere potest aut errore facti non retentam repetere, *l.* 1. §. 11. *hoc tit. l.* 9. *C. eod.* sed etiam si non possidet portionem suam à quovis possesso-

re vindicare, *l. 26. eod.* Putat D. Cujacius à Justiniano id primum constitutum esse *l. pen. C. eod.* verum hoc vel ex eo refellitur, quod placet legata pro rata portione ipso jure per legem Falcidiam minui, *l. 73. §. ult. eod.* vid. Anton. Fab. *lib. 4. conject. 1.* & *lib. 6. c. 2.*

TEXTUS.
De pluribus heredibus.

1. *Et cum quæsitum esset, duobus heredibus institutis (veluti Titio & Sejo) si Titii pars aut tota exhausta sit legatis quæ nominatim ab eo data sunt aut supra modum onerata, à Sejo vero aut nulla relicta sint legata aut quæ partem ejus dumtaxat in partem diminuant: an quia is quartam partem totius hereditatis 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 heredibus ratio legis Falcidiæ ponenda est.*

COMMENTARIUS.

1 *Cur dubitatum an in specie hìc proposita Falcidiæ locus esset; & cur esse placuerit.*

2 *Quando in portionibus defectis ratio legis habeatur.*

LEge Falcidia potestas facta est patrifamilias tantum pecuniam testamento dandi legandi quantam volet, dum ita detur legetur ut ne minus quam quartam partem hereditatis heredes capiant. In uno herede instituto res expedita est; nam si is solutis legatis quartam totius hereditatis integram habet legi satisfactum est; eaque portione contentus esse debet, sive semel ex toto asse institutus sit, sive ex pluribus partibus ex una parte pure ex altera sub conditione, ex una legatis onerata ex altera illibata, *l. 1. §. 13. l. 11. §. pen. hoc tit.* cujus rei ratio peti potest ex *l. 52. §. 1. de adq. her.* Manifesta quoque est legis sententia ubi plures quidem heredes sed sine partibus omnes instituti sunt aut legata simpliciter ab omnibus relicta. Sed quæsitum est, duobus aut pluribus heredibus ex certis partibus institutis si unius dumtaxat portio nominatim onerata sit aut exhausta, an legi satisfactum videri debeat si apud coheredes pars quarta hereditatis maneat intacta. Placuit autem satisfactum non videri, idque hac ratione quod lex non de uno aliquo herede caveat sed ex æquo omnibus consultum velit, *l. 77. eod.* & *hoc text. in fin.*

1. *Duobus heredibus institutis*] Testator cum non amplius quam centum in bonis haberet duos heredes, puta Titium & Sejum, utrumque ex semisse heredes instituit. A Titio quadraginta aut quinquaginta legavit, à Sejo vero nihil aut minus viginti quinque, ita ut apud Sejum quarta totius hereditatis pars vel etiam amplius atque adeo semis integer maneat. Quæritur, an mortuo testatore Titius integra quadraginta aut quinquaginta quæ ab eo nominatim relicta sunt legatariis solvere teneatur, an nihilominus quartam partem suæ partis possit retinere? Videri poterat legi Falcidiæ satisfactum esse, cum quarta pars apud alterum maneat illibata: utique satis esse ad intentionem legis, hoc est ad sustinendum testamentum, si vel unus suo quadrante contentus hereditatem adierit. Placuit tamen in proposito Titium quartam partem ejus partis ex qua institutus est retinere posse: quippe legem non simpliciter cavere ut quarta pars hereditatis salva maneat, sed nominatim ut heredes quartam partem ex testamento capiant: quibus verbis cum non uni alicui heredi tantum sed omnibus & singulis consultum velle intelligatur, apparet legi non satisfieri nisi singulis quoque heredibus suæ cujusque partis quarta pars intacta servetur; & hoc est quod dicitur, in singulis heredibus rationem legis Falcidiæ ponendam esse, *l. 77. hoc tit.*

2. *In singulis heredibus ratio legis ponenda*] Hoc tamen ita est si omnes qui instituti sunt heredes extiterint; nam si quidam defecerint, in portionibus defectis non semper separatim ratio legis Falcidiæ habetur, sed aliquando hæ confunduntur cum portionibus aliorum qui heredes extiterunt. In quo hæc distinctio probata est, ut si verbi causa ex duobus heredibus institutis alter deficiat á quo aut nihil aut parum relictum erat, atque ita hujus portio vel substitutionis vel accretionis jure ad coheredem cujus portio onerata est pervenerit, placeat legatarios per deficientem portionem adjuvari, videlicet ut integra legata præstentur, quæ non præstarentur si is qui defecit heres extitisset. Quod si pars quæ accessit exhausta sit aut onerata, ejus vero qui accessit integra aut tantum delibata: tum perinde in deficientis portione ratio Falcidiæ ponatur ac si ad eum qui suam por-

portionem omisit pervenisset. Extat hæc distinctio in *l.* 78. *hoc tit.* eademque à contrario sensu colligi potest ex *l.* 4. *C. de senat. Trebell.* quamquam variasse Jurisconsultos apparet ex *l.* 1. §. 14. *hoc tit.* 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 tantum Falcidiâ utitur; qui vero suam portionem integram habet legata præstat ex persona deficientis, cujus proinde jure eum uti æquum sit, arg. *l.* 10. *l.* 177. *de reg. jur.* Indicatur hæc ratio non obscure in *l.* 87. §. 4. *l.* 1. §. 13. *hoc tit.* Ceterum in parte onerata quæ defecta est, sententia superior sic accipienda ac temperanda, si coheres 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 pure ex defecta quasi sub conditione quæ jam extitit: solida legata præstanda erunt, satisque tunc est ut legi satisfiat hunc alterum totius assis quadrantem consequi, auctore Juliano in *d. l.* 87. §. 4. nam ut legata in ea specie repetita esse dicamus cum Cujacio 4. *obs.* 35. ratio decidendi qua Jurisconsultus utitur non sinit: qui etiam diserte sententiam suam sic restringit, ut dicat eam tunc procedere cum coheres vivo testatore decessit: quod etiam Paulus non obscure significat in *d. l.* 1. §. 13. sic enim ait, legata per oneratam deficientis portionem non augeri si is omiserit hereditatem. Add. Don. 8. *comm.* 23. Cujacius 4. *obs.* 36. & 15. *obs.* 14. & 25. *obs.* 23. Ant. Faber 4. *conj.* 13. & 18. *conj.* 14. *& seq.* mire variant nec sibi constant. Est vero universæ superiori distinctioni locus in legatis uno eodemque testamento relictis; ad ea legata quæ pater primis tabulis ab impubere, secundis à substituto reliquit non pertinet; siquidem vetus est juris regula, *In tabulis patris & filii unam Falcidiam servari*, *l.* 11. §. 5. *& pen. l.* 79. *& l.* 87. §. *ult. hoc tit.* quasi legata secundis tabulis relicta primis sub conditione data videantur.

TEXTUS.

Quo tempore spectatur quantitas patrimonii ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur.

2. *Quantitas autem patrimonii ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur mortis tempore spectatur. Itaque (verbi gratia) si is qui centum aureorum patrimonium in bonis habeat centum aureos legaverit, nihil legatariis prodest si ante aditam hereditatem per servos hereditarios aut ex partu ancillarum hereditariarum aut ex fœtu pecorum tantum accesserit hereditati ut centum aureis legatorum nomine erogatis heres quartam partem hereditatis habiturus sit; sed necesse est ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso si septuaginta quinque legaverit & ante aditam hereditatem in tantum decreverint bona (incendiis forte aut naufragiis aut morte servorum) ut non amplius quam septuaginta quinque aureorum substantia vel etiam minus relinquatur, solida legata debentur. Nec ea res damnosa est heredi cui liberum est non adire hereditatem: quæ res efficit ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum herede in portione pacisci.*

L. 3. *tit.* 11. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Exceptio regulæ hìc propositæ.*
2 *Ejusdem regulæ declaratio.*
3 *Heredem à legatariis cogi non posse ut adeat.*

IN quantitate patrimonii exquirenda circa deductionem Falcidiæ visum est mortis tempus spectari: exinde neque accessione legata augeri neque decessione minui, sed incrementum omne & damnum quod jacente hereditate contingit heredem sequi, *l.* 73. *l.* 15. §. 3. *in fin. l.* 56. *pr. hoc tit.* Cujus rei ratio est, primum quoniam heres quartam partem ex bonis hereditariis habere debet; at ea proprie 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.* 73. §. *ult.*

1. *Nihil legatariis prodest si ante aditam hereditatem &c.*] Postquam placuit à morte testatoris legata deberi pro eo modo patrimonii qui tunc fuit, accessio ante aditam hereditatem contingens legatariis prodesse non debet, *d. l.* 73. *l.* 30. *hoc tit.* Excipiendum tamen hìc 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 hereditatem commodo legatariorum, *l. 56. §. 1. eod.* eamdemque rationem habet quod responsum est, si pater cum quo ex contractu filii de peculio agi poterat à creditore filii heres institutus sit & legis Falcidiæ ratio ponatur, peculii quantitatem non quod mortis sed quod aditæ hereditatis tempore fuit in quadrantem patri imputari, *d. l. 56. §. 1. l. 83. eod.* quamvis peculio post mortem creditoris deminuto juxta regulam spectetur tempus mortis, neque legatariis id noceat: quasi nihil intersit peculium post mortem creditoris deminutum sit an debitor pauperior factus, *d. l. 56. in pr. l. 50. §. 1. de pecul.*

2. Quamobrem quod vulgo dici solet, *eamdem rationem esse damni & commodi*: id intelligamus locum habere in iis quæ primum emergunt & accedunt post mortem, veluti si quid accesserit hereditati ex fructibus, ex partu ancillarum, aut per servos hereditarios quæsitum, *hoc text. & d. l. 73. d. l. 30. hoc tit.* non in iis quibus causam dedit præcedens factum testatoris. Quinimmo hæc, si subtilius res examinetur, non post mortem demum accedunt, sed omnino ad tempus mortis sunt referenda; quoniam ratione principii & fundamenti jam tum in bonis fuerunt: quemadmodum & servi qui apud hostes sunt post mortem testatoris reversi, quod ad Falcidiam pertinet, locupletiorem faciunt hereditatem, *l. 43. eod.* ita ferme & Bachovius *hic.*

In tantum detreverint] *Dict. l. 30. d. l. 73.* Sunt vero hæc sic accipienda, si damna circa res alias quam quæ legatæ sunt inciderint; nam si res ipsa legata perierit sine culpa heredis, id non heredi sed legatariis nocet secundum tenorem perpetui juris, quo traditum est omnes debitores qui speciem aliquam id est rem certam debent liberari si ea res ante moram sine facto eorum perierit, *l. 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred.* Sciamus igitur tunc periculo heredis esse res hereditarias cum res incerta legata est, veluti homo in genere, aut quantitas, puta centum aurei, decem modii frumenti. Hic enim etsi res omnes hereditariæ perierint, dici tamen numquam potest rem quæ legata est periisse, *l. 11. C. si cert. pet.* eleganter Mæcian. in *d. l. 30. §. 2. & seqq.* vid. sup. *§. 16. Inst. de legat.*

3. *Cum herede in portione pacisci*] In fideicommissariis hereditatibus provisum est senatusconsulto Pegasiano ut si scriptus heres nolit adire hereditatem jussu prætoris adeat & restituat. Hoc vero beneficium neque legatariis neque his quibus singulæ res per fideicommissum relictæ sunt tributum est, *l. 17. si quis omiss. ca. test. l. 14. §. 5. & 2. seqq. ad senat. Treb.* quo loco Hermogenianus etiam differentiæ rationem reddit, nimirum nullam habere iniquitatem quod fideicommissi hereditatis servandi causa heres adire cogatur, postquam senatusconsulto Trebelliano cautum est ut omnia onera hereditatis transferantur in eum cui ex fideicommisso hereditas restituta est, *l. 4. eod. tit.* legati vero aut fideicommissi particularis causâ heredem compelli adire hereditatem æquum non esse; propterea quod in hos onera hereditaria transferri non possunt; neque admittendum est ut quis alieni dumtaxat emolumenti causa se ære alieno & litibus vexationibus aliisque molestiis implicare cogatur. Proinde hoc solum relinquitur ut legatarii cum herede in portionem paciscantur: quod illi facile facturi sunt & potius aliquid remissuri quam ut patiantur testamentum destitui totumque quod legatum est sibi perire, *d. l. 73. in fin. pr. hoc tit.*

TEXTUS.

Quæ detrahuntur ante Falcidiam.

3. *Cum autem ratio legis Falcidiæ ponitur antè deducitur æs alienum, item funeris impensa & pretia servorum manumissorum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur ut ex eo quarta pars apud heredem remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur pro rata scilicet portione ejus quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si fingamus quadringentos aureos legatos esse & patrimonii quantitatem ex qua legata erogari oportet quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis debet detrahi. Quod si trecentos quinquaginta legatos fingamus, octava debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta deinde quarta detrahi debet. Antè enim detrahendum est quod extra bonorum quantitatem est, deinde quod ex bonis apud heredem remanere oportet.*

L. 2. tit. 11. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *In bonis defuncti quæ numerentur cum de lege Falcidia quæstio est.*

2 *An*

2 *An heres quod sibi à defuncto debetur deducat; & quid si rogatus ne id legatariis imputet.*

3 *Quibus casibus lex Falcidia cesset.*

1. ANtequam summa constituatur unde quarta Falcidiæ deducenda sit, necesse est exquiratur quid in patrimonio defuncti sit habendum; ex eo enim quartam heres habere debet. Patrimonium cujusque dici scimus cujusque facultates aut substantiam sive quod quisque in bonis habet, *l.* 14. §. *ult. l.* 16. *ad senat. Treb.* Bona cujusque intelliguntur quæ deducto ære alieno supersunt, *l.* 39. §. 1. *de verb. sign.* Nimirum ergo in bonis seu patrimonio defuncti sciamus non numerari omnia quæ cum moreretur habuit, sed id solum quod hereditariis oneribus deductis superest. Cujusmodi onera sunt, æs alienum hereditarium, funeris impensæ & pretia servorum manumissorum: quæ omnia idcirco in ponenda ratione legis Falcidiæ deduci placuit, uti hoc loco docetur. Cetera quæ appellatione bonorum continentur in patrimonii quantitate esse intelliguntur, si modo ejus naturæ sint ut & ad heredes certo mansura transeant (nam contra est si vel non transeant, ut actio injuriarum, ususfructus, *l.* 38. *hoc tit.* vel ita transeant ut non sint mansura; exemplum in *l.* 11. §. 1. & 2. *l.* 38. *eod.*) & ex iis heres aliquid commodi percipere potuerit; non enim computatur nomen inane quod tantum ex eventu hereditatem auget, *l.* 22. §. *pen. l.* 56. §. 1. *hoc tit.* neque debitum naturale nondum solutum, *l.* 1. §. 17. *eod.*

2. *Æs alienum*] Primum in hanc deductionem venit æs alienum, id est id omne cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, *l.* 54. *hoc tit.* Sed & æris alieni loco habetur, si quid est cujus præstandi causa mortuo testatore ante aditam hereditatem nata est, tanquam contractum ab hereditate, *l.* 39. *eod.* Illud quæsitum circa hanc deductionem, an etiam heres quod sibi à defuncto debetur detrahere possit. Subtilitas rationis facere videtur ne possit; quippe cùm aditione hereditatis confundatur obligatio, atque ita fiat ut quod prius ei debebatur deberi desinat, *l.* 75. *l.* 95. §. 2. *de solut.* Sed nihilominus placuit deduci posse, *l.* 6. *C. hoc tit.* idque ob hanc proculdubio causam, quoniam in ratione legis Falcidiæ cum de æstimatione patrimonii agitur mortis tempus spectatur, quo tempore nondum est ulla actionum confusio. Hodie hoc amplius à Justiniano tributum heredi qui inventarium confecit, ut nec adita hereditate actiones ejus confundantur, sed ut similem cum creditoribus extraneis fortunam habeat, *l. ult.* §. 9. *C. de jur. delib.* Quid si heres rogatus sit ne creditum legatariis imputet? Ratione doli mali exceptionis apud arbitrum Falcidiæ voluntas defuncti servabitur, *l.* 12. *hoc tit.* sic ut debito fini quadrantis compensato superfluum æris alieni tantùm dodranti detrahatur, *l.* 15. §. 4. *hoc tit.* Exemplum esto: quadringenta sunt in bonis, heredi debita ducenta, legata trecenta: heres compensabit cum quadrante centum; reliqua centum de dodrante detrahet. Hodie de hoc supervacue quæritur, quoniam Falcidiæ detractio nominatim vetari potest, *Nov.* 1. *cap.* 2.

Impensa funeris] Ea est quæ fit causa funeris, hoc est ut funus ducatur mortuus efferatur & sepeliatur, & sine qua neque funus duci neque mortuus sepeliri honeste potuisset. Quare etiam id quod erogatum est in locum in quem mortuus infertur funeris causa impensum videri debet, *l.* 14. §. 3. *de relig. & sumt. fun. l.* 1. *in fin. l.* 2. *hoc tit.* Hæc autem impensa semper ex hereditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet præcedere cum bona solvendo non sunt, *l.* 45. *de relig. & sumt. fun.*

Pretia servorum manumissorum] Neque tantum eorum qui testatoris proprii fuerunt verum etiam quos heres cum alieni essent redimere & manumittere rogatus est, *l.* 37. §. 1. *eod.* Aliarum quoque impensarum quæ modo hereditatis suscipiendæ causa factæ sint deductionem permisit Justinianus, *l. ult.* §. 9. *C. de jur. delib.*

3. 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.* 81. §. 1. *hoc tit.* in commodo tamen repræsentationis legi patuisse locum non dubito, arg. *l.* 2. *in pr. de dot. præl. l.* 1. §. 10. *hoc tit.* Libertates quoque datæ per Falcidiam non minuebantur, *l.* 33. *eod. l.* 8. §. 9. *de inoff. test.* Hodie cessare creditur in legato in pios usus relicto, per *auth. similiter C. hoc tit.* quamquam in *Nov.* 131. *cap.* 11. unde *d. auth.* sumta est hoc non dicatur absolute; & contrà sæpe 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.* 12. unde *auth. sed & ea hoc tit.* & in universum si prohibuerit expresse heredem Falcidiâ uti, *Nov.* 1. *cap.* 2. *auth. sed cum testator C. hoc tit.* item si heres 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.* 59. *pr.* & §. 1. *hoc tit.* Postremo qui sciens, aut errore juris, totum legatum solvit nullam quartæ nomine condictionem habet, *l.* 9. *C. hoc tit.* VINN. Circa detractionem Falcidiæ celebris est inter Interpp. nostros disputatio: alii putant eam omnino sublatam fuisse *leg. Ordinam.* (1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.*) alii ægre ferunt tot juris civilis capita paucis verbis derogari, atque detractionem Falcidiæ etiam hodie usu tenendam esse defendunt; moventur præcipue auctoritate *legg. Partt.* in quibus integer titulus est de detractione Falcidiæ (*tit.* 11. *Part.* 6.). Verum licet hujus sententiæ AA. sint magni apud nos nominis (Molin. *de primog. cap.* 17. *lib.* 1. *n.* 10. Matienzo ad *d. l. Recop.* Pichard. in *pr. Inst. hoc tit.* & alii) tamen si dicendum quod res est, non satis hi accurate juris Hispanici œconomiam perpendisse videntur. Cúm enim dicta lex *Recop.* cum aliis plurimis hunc in finem lata sit ut scrupulosas & captiosas juris civilis observationes quæ in nostrum jus irrepserant, resecaret; & nullibi profecto superstitiosior Romana jurisprudentia appareat quam in Falcidiæ detractione, ne scilicet herede repudiante exitum defunctus patiatur intestati: jam cum ex *d. l. Recop.* nec heredis institutio, nec hujus aditio ad confirmandas testamenti tabulas sit necessaria: quis porro dubitabit cessante legis Falcidiæ ratione cessare legem debere? ut recte monuerunt Aceved. ad *d. l.* 1. *Recop.* Anton. Gomez *lib.* 1. *var. cap.* 12. Nil moramur quid *legg. Partt.* de Falcidia statuant; sexcenta etenim sunt loca è jure civili in *Partitar.* Opus nullo delectu transcripta, quæ nec nunc obtinent nec umquam obtinuerunt. Vid. Olano in *epilog. legg. Partitar.* correctarum per alias leges, sive per desuetudinem & non usum. ADDIT. Addi potest cessare quartam Falcidiam si liberis suppleatur portio legitima, *l.* 36. *C. de inoffic. testam.* item si legata sponte soluta integra, *Nov.* 1. *cap.* 2. *l.* 9. §. 3. *de jur.* & *fact. ign.* denique si instrumenta legata; quamvis eo casu vix quæstio quidem nasci possit, *l.* 5. *C. hoc tit.* HEIN.

TITULUS XXIII.

DE FIDEICOMMISSARIIS HEREDITATIBUS.

Dig. lib 36. *tit.* 1. *Cod. lib.* 6. *tit.* 42. *&* 49. *Novell.* 39. *&* 108. *Et l. ult. tit.* 11. *Part.* 6. *Lib.* 5. *tit.* 7. *Recop.*

Ratio ordinis: tum quid sit fideicommissum.

SUpra titulo de legatis §. 3. promisit Imperator se separatim de jure legatorum & fideicommissorum tractaturum, ne scilicet permixta utriusque juris tractatio rem ipsam redderet difficiliorem aut magis laboriosam. Exposito igitur jure legatorum quæ ratione obligationis & tempore & jure antiquiora sunt fideicommissis, superest nunc ut de fideicommissis instituatur disputatio: quod alterum est partitionis antepositæ membrum. *Fideicommissum est*, auctore Ulpiano *in fragm. tit.* 25. *quod non civilibus verbis sed precative relinquitur; nec ex rigore juris civilis proficiscitur sed ex voluntate datur relinquentis.* Igitur sic recte definiveris: *Fideicommissum est id omne de quo quis suprema defuncti voluntate rogatus est ut daret vel faceret.*

TEXTUS.

Continuatio.

Nunc transeamus ad fideicommissa. Sed prius est ut de hereditatibus fideicommissariis videamus.

COM-

COMMENTARIUS.

1 *Fideicommissi divisio & summa eorum quæ hic explicantur.*

2 *Cur prius de fideicommissis hereditatis quam singularum rerum agatur.*

1. FIdeicommissum aut universale est aut particulare seu potius singulare. Uuiversale, quod hereditatem 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 proxime; de universalibus sive fideicommissariis hereditatibus hoc præsenti titulo: in quo Justinianus ostensa prius communi fideicommissorum origine & incremento disserit de forma relinquendi fideicommissum hereditatis ab herede scripto, deque restitutæ hereditatis effectu; tum de senatusconsultis Trebelliano & 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.

2. *Prius est*] Quemadmodum prius egit de heredibus instituendis & deferenda testamento hereditate quam de legatis testamento dandis, adquisitionem universitatis ut digniorem præponens adquisitioni rerum singularum: ita etiam hic prius agere voluit de fideicommissis universalibus, quæ vi & effectu idem sunt quod hereditas; postea de fideicommissis singularibus quæ respondent legatis, de quibus alioqui prius dicendum fuerat juxta §. 3. *Inst. de legat.* Nam uti quoque monuimus in explicatione *d.* §. 3. exæquatio legatorum & fideicommissorum de qua illic agitur ad fideicommissariam hereditatem minime pertinet, quoniam fideicommissarius restituta hereditate heredis loco habetur; sed ad specialia fideicommissa dumtaxat. Potest & hæc ratio dari, quod cum antequam de legatis dissereret egerit de deferenda directo hereditate tum heredem instituendo tum substituendo: recte quoque nunc atque ordine faciat quod antequam disputet de fideicommissis rerum singularum doceat quomodo hereditas deferatur indirecto atque oblique, sive quomodo per fideicommissum heredes substituantur. Vide quæ notavimus sub §. *ult. Inst. per quas pers. cuiq. adq.* & ad *rubr. tit. de vulg. subst.*

TEXTUS.

Origo fideicommissorum.

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 fideicommittebant eorum qui capere ex testamento poterant. Et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo juris sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. Postea divus Augustus primus semel iterumque gratiâ personarum motus; vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorumdam perfidiam, jussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur & populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; tantusque eorum favor factus est ut paulatim etiam prætor crearetur qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.*

L. 14. tit. 5. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Ante D. Augusti tempora fideicommissa vim obligandi non habuisse: notato Mynsingero.*

2 *Genera incapacium, & in his gratificandis fideicommissorum usus.*

3 *Lege Voconia mulieres heredes institui non potuisse.*

4 *Accurata in hoc legis caput inquisitio.*

5 *Legem istam postea in desuetudinem abiisse.*

6 *De fideicommissis extra ordinem jus dici solitum, & quorum ea jurisdictio. Et n. 8.*

7 *Quod in* l. 1. junct. l. 2. C. comm. de leg. *disponitur, non pertinere ad fideicommissa universalia.*

1. *PRimis temporibus infirma*] Olim ante D. Augusti tempora fideicommissa nullam vim obligandi habebant, sed eorum præstatio à fide religione ac probitate pendebat ejus qui rogatus erat. Nam quemadmodum quod precario alicui utendum conceditur totum pendet à liberalitate & voluntate ejus qui concessit sine ulla necessitate obligationis, *ll.* 1. & 2. *de precar.* ita nec ex precibus testatoris quemquam invitum obstringi debere existimabant, non magis quam ex commendatione, *l.* 11. §. 2. *de legat.* 3.

Nam

Nam quod potestati & arbitrio alicujus relinquitur, cujusmodi est quod rogatur, non inducit obligationem, *l.* 13. *C. de contr. emt.* Mynsingerus *primis temporibus* sic interpretatur, ante legem XII. tabb. suavissimo utens argumento, quod utique sub Numa Pompilio fideicommissa viguisse verisimile sit, utpote sub quo Rege vel maxima vis fidei fuerit: quæ insignis est ἀιστορησία (*historiæ ignoratio*). Sic enim ille disserit, ut videatur existimasse jam ante urbem conditam decem viros legem tulisse, aut post legem latam regnasse Pompilium.

Qui capere ex testamento poterant] Duplex olim usus fideicommissorum fuit: unus in morientibus in peregrinatione, ubi sæpe eveniebat ut testamentum facere non possent propter penuriam testium civium Romanorum: quæ res etiam usum codicillorum invexit, *inf. tit. Inst. de codic. in pr.* alter in gratificandis incapacibus, cum scilicet heres clam fidem accommodabat ut incapaci restitueret: quod fideicommissum tacitum dicitur, *l.* 103. *de legat.* 1. *Gloss. Bas. tacitum* σιγηρὸν ὅ ἐστιν ἐξω τῆς διαθήκης (*tacitum quod est extra testamentum*), domestica cautione vel chirographo promissum, *d. l.* 103. *l.* 10. *de his quæ ut indign.*

2. Incapacium autem olim duo fuere genera: unum eorum qui conditione personæ capere non poterant, quo in numero erant proscripti deportati, item dedititii & 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 principii *tit. Inst. de her. inst.* Exemplum fideicommissi prioris generis incapacibus relicti in proscripto habemus apud Ciceronem *lib.* 1. *in Verr.* qui de prætura urbana dicitur; ubi de P. Trebonii testamento commemorat, qui cum Aulum fratrem proscriptum haberet scripsit ut heredes jurarent se curaturos ut ex sua cujusque parte ne minus dimidiâ ad fratrem proscriptum perveniret. Alterius generis apud eumdem Cic. *lib.* 2. *de fin cap.* 18. ubi refert P. Sextilium Rufum rogatum à Q. Fabio Gallo ut omnis hereditas ad filiam pervenerit, eamque rem Rufum ad amicos detulisse. Idem *eod. lib.* memorandum fidei exemplum narrat de Sex. Peduceo, qui rogatus hereditatem restituere uxori testatoris, cum sciret nemo eum rogatum esse, ultro ad mulierem venit eique nihil opinanti viri mandatum exposuit hereditatemque reddidit.

3. Ostendunt hæc exempla lege Voconia mulieres heredes institui non potuisse, non uxorem à marito, non filiam à patre. Atque hinc porro hoc quoque certo colligitur, nec ad patris legitimam hereditatem filias à lege admissas fuisse, multoque minus consanguineas ad successionem fratrum; ac proinde quod Paulus *lib.* 4. *sent.* 8. de rogatione Voconia scribit, esse ἀμάρτημα μνημονικόν (*memoriæ lapsum*) quod pluribus confirmamus *inf. tit. Inst. de leg. agn. succ.* §. 3. Multorum lex Voconia scriptis celebrata est: meminerunt Cic. *dd. loc.* & in *orat. pro Cor. Balb.* Livius *lib.* 41. (in epitome Flori mendose legitur *Volumnius* pro *Voconius*) Quintil. *declam.* 264. Dio *lib.* 56. Gell. *lib.* 17. *cap.* 6. & *lib.* 20. *cap.* 1. Ascon. Pedian. *in orat. de præt. urban.* Augustin. *lib.* 3. *de civ. Dei cap.* 21. Latam esse eodem loco scribit Augustinus inter secundum & postremum bellum Punicum: quod verum esse liquet ex eo quod apud Ciceronem *lib. de senect.* M. Cato gloriatur se eam legem suasisse, *cum jam natus esset annos* LXX. sic enim legendum arbitror, non ut vulgo legitur, V. & LX. *annos.* Lata enim est, ut eodem loco indicatur, Q. Marcio Philippo iterum & Cn. Servilio Cæpione coss. quorum consulatus incidit in A. U. C. 585. qui est à consulatu M. Catonis & L. Valerii Flacci 26. ut patet ex chronologia rer. Rom. Ubbonis Emmii. Legis duo fuere capita, forte etiam plura quæ ignoramus. Nam & infinitam legandi licentiam lege XII. tabb. concessam exemplo legis Furiæ coërcuit, ut *tit. præc.* demonstratum est; &, quod præcipuum est, sanxit ne quis virginem neve mulierem heredem faceret, auctore Cicerone *d. lib.* 1. *in Verr. cap.* 43. Flor. *d. epitom.* ac ne filiam quidem, testibus Ascon. *d. loc.* & Augustin. *d. lib.* 3. *cap.* 21.

4. Utrum autem simpliciter & à tota successione mulieres remotæ fuerint, an partem aliquam saltem per legem adhuc capere potuerint incertum est. Et filias quidem certe non in totum exclusas fuisse ostendit locus Ciceronis *lib.* 2. *de finib. cap.* 18. ubi ait, amicos Sextilii, quem rogatum scribit hereditatem restituere filiæ testatoris, censuisse non plus filiæ dandum quam posset ad eam lege Voconia pervenire. Lucium quoque Lentulum tem-

temporibus Augusti, cum adhuc vigeret lex Voconia, filiam suam ex parte heredem scripsisse intelligere licet ex *princ. Inst. inf. de codicill.* Dio vero *lib. 56. p. 662.* de feminis in universum refert, eas lege Voconia prohibitas κληρονομεῖν ὑπὲρ δύο καὶ ἥμισυ μυριάδας οὐσίας (*hereditatem capere*) *supra 25. 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, Asconio, Floro, Augustino protulimus; sed postea legem ut nimis rigidam ita mitigatam, ut saltem partem aliquam mulieribus capere liceret, idque Dionem sic accepisse quasi cautum à Voconio legis auctore, ut alias fieri solet. Illud tamen parum adhuc constat, quantam partem postea mulieribus percipere permissum. Quintilianus *d. decl.* ait, *lege Voconia cautum ut ne mulieri plus quam semissem relinquere liceret*; sed hoc, ut in scholasticis exercitationibus fere fit, à Quintiliano confictum esse existimo cum Cujacio. Ipse autem Cujacius putat, lege cautum, *ut ne quis census mulierem heredem faceret ultra quadrantem*, accommodans eo locum Dionis, quem accipit de 25. millibus sestertiûm; quippe quæ fuerit quarta pars bonorum ejus qui census dicebatur, nempe qui centum millia sestertiûm possidebat, quod Asconius prodidit in *d. lib. 1. in Verr.* nam vetus ratio postea valde mutata fuit, auctisque civium opibus sestertii in locum assium subrogati videntur: siquidem initio, ut ex Livio & Dionis. Halicarn. constat, maximus census erat centum millium æris seu assium: quam summam æquant 25. mille sestertii, quippe quorum singuli quatuor assibus postea æstimati sunt. Bachovius censet locum Dionis rectius accipi de 25. mille assibus, qui census initio quartæ clasis fuit & quarta census maximi pars. Interpres Dionis vertit centum millia nummum; sed ille haud dubie nummum pro asse accepit quamvis perperam; sestertium enim nummum non assem dicimus. Utut sit illud constat, licet fideicommissum aliquod contra legem Voconiam aut similem relictum fuisset ac proinde heres nulla necessitate obstringeretur ad illud præstandum, Veteres tamen existimasse contra officium boni viri heredem facere fidemque violare qui voluntati testatoris non pareret, ut perspicuum est ex eo quod de Sexto Peduceo commemoravimus ex *lib. 2. de finib. cap. 58.* & quod Cicero eodem loco refert de Sextilio rogato omnem hereditatem restituere filiæ testatoris: *Tenuit*, inquit, *Sextilius permagnam hereditatem, unde si secutus esset eorum sententiam qui honesta & recta emolumentis omnibus & commodis anteponerent, ne numum quidem attigisset.* Notatur & à Val. Maximo avaritia Corneliæ, quod fideicommissa prædia filio Q. Pompejo publica quæstione prostrato non redderet, *lib. 4. cap. 2. in fin.*

5. Ex libris nostris manifestum est legem Voconiam postea plane in desuetudinem abiisse; & jam tum sua ætate obliteratam fuisse testatur Gellius *lib. 20. c. 1.* Eo vero jure quod pòst secutum est nec licitum heredi fuisse videtur hereditatem incapaci restituere. Argumento est quod favore fisci constitutum fuit, ut si heres hujusmodi fideicommisso tacite fidem suam accommodasset, hereditas ei auferretur & vindicaretur fisco, *ll. 1. & 3. de jur. fisc.* Ad fiscum quoque pertinuisse fideicommissum deportato relictum constat ex *l. 7. de legat. 3.* Denique Ulp. *in fragm. tit. 25. §. 5.* cum generaliter definivisset fideicommissum non aliis dari posse quam quibus legari potest, solos mox excipit Latinos Junianos. VINN. Multa hìc Vinnius quæ dici potuissent accuratius. Nos more nostro pauca. Frustra in Pauli loco *lib. 4. sent. tit. 8. §. 21.* castigatur ἁμάρτημα μνημονικόν. Paulus enim docet feminas ultra consanguineas successiones non admitti ad legitimas hereditates. Addit rationem, *idque jure civili Voconiana ratione* (non Voconiana rogatione) *videtur effectum.* Lex Voconia ea de re nihil sanxerat. At ex ratione hujus legis stricte Veteres interpretabantur jus mulierum ab intestato succedendi; idque mansit etiam postquam lex Voconia civitatis opulentiâ fuerat obliterata. Vid. doct. Schultingii annot. ad Paul. *ibid. p. 412.* Deinde quod ad locum Dionis attinet eum accuratissime exposuit vir cl. Jac. Perizonius *dist. de lege Vocon. p. 144.* ubi docuit, in textu Dionis intelligi drachmas ad quas plerumque Græci rationem inibant pecuniæ Romanæ. (Vide Jo. Fr. Gronov. *de pecun. vet. III. 16.*) XXV. ergo millia drachmarum sunt CM. sestertiûm. HEIN.

Gratia personarum motus] Igitur Augustus non confirmavit fideicommissa certâ & perpetua lege, sed cum unum atque alterum fideicommissum confirmasset ob causas quæ hìc memorantur, consules demum auctoritatem suam interponere jussit, id est, consulibus cognitionem de fideicommissis singulis

annis aut in singulis negotiis mandavit. Ait, *gratiâ personarum.* Ipse Augustus relictum à se fideicommissum L. Lentuli gratia, qui rogaverat, præstitit, *inf. tit. Inst. de codic. in pr.* Potuit & eorum gratiâ moveri quibus fideicommissum relictum dicebatur, puta personæ sanguine aliave necessitudine defuncto conjunctæ aut singulari eruditione aliisve rarıs animi dotibus præditæ.

Per ipsius salutem] Antiquissimum genus jurisjurandi aut potius vehementioris asseverationis etiam sanctis viris usurpatum, *Genes. cap. 42. v. 15.* μὰ τὴν ὑγείαν φαραὼ, *per salutem Pharaonis.*

6. *In assiduam jurisdictionem*] Ut jam non amplius cognitio de fideicommissis speciatim in singulis negotiis aut quotannis magistratibus mandaretur, sed ut perpetuo vi & potestate magistratus sui de fideicommissis omnibus jus dicerent, quamquam extra ordinem, ut scilicet ipsi magistratus cognoscerent, non more judiciorum usitato formulam & judicem darent, Ulp. *in fragm. tit.* 25. §. 10. unde fideicommissi persecutio extraordinaria dicitur, *l.* 178. §. 2. *de verb. sign.*

7. Justinianus quidem ut monuimus *sup.* §. 3. *Inst. 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.* iiceret persequi & fideicommissa, *l.* 2. *C. eod.* Verum hoc ad fideicommissa rerum singularum dumtaxat, sicut & universa exæquatio, pertinet; erratque perspicue Mynsingerus dum id transfert ad fideicommissa hereditatis.

8. *Prætor proprius crearetur*] Pomponius *l.* 2. §. 32 *de orig. jur.* tradit, Claudium duos prætores creasse qui de fideicommissis jus dicerent, ex quibus unum D. Titius detraxerit. Sueton. in *Claud. c.* 23. *Jurisdictionem*, inquit, *de fideicommissis quotannis & tantum in urbe magistratibus delegari solitam in perpetuum, atque etiam per provincias potestatibus demandavit.* Quod etiam Ulp. *d. loc.* confirmat, scribens cognitionem de fideicommissis in provinciis fuisse præsidum provinciarum; item *l.* 5. *C. de reb. cred.* Prætoris fideicommissarii mentio fit in *l.* 78. §. *pen. de legat.* 3. *l pen. in fin. quib. ad lib. proclam. l.* 92. *in pr. ff. 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. *cap. 6. Non debes*, inquit, *apud prætorem petere fideicommissum sed apud consules, major enim prætoriâ cognitione summa est.* Atque ita accipiendum quod Ulp. *d. tit.* 25. scribit, cognitionem de fideicommissis Romæ esse consulum aut prætoris qui fideicommissarius vocatur. VINN. Immo ipsos Imperatores extra ordinem aliquando de fideicommissis cognovisse comperio. Exemplum est in *l.* 26. *ff. de prob.* Adde Cujacium *lib.* 21. *observ. cap.* 24. HEIN.

TEXTUS.

De fideicommisso heredis scripti.

2. *In primis sciendum est, opus esse ut aliquis recto jure testamento heres instituatur ejusque fidei committatur ut eam hereditatem alii restituat; alioqui inutile est testamentum in quo nemo heres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit*, Lucius Titius heres esto, *potest adjicere*, Rogo te Luci Titi ut cum primum poteris hereditatem meam adire eam Gajo Sejo reddas, restituas. *Potest autem quisque & de parte restituenda heredem rogare; & liberum est vel pure vel sub conditione relinquere fideicommissum vel ex certo die.*

L. 14. *tit.* 5. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Quis cui à quo fideicommissum hereditatis recte relinquat.*

2 *Ex certo die aut in diem cur fideicommissum recte detur, hereditas non item.*

1. OBliqua adquirendæ hereditatis ratio iisdem illis rebus constat quibus directam constare diximus *sup.* §. *ult. Inst. per quas pers.* videlicet delatione fideicommissi & delati susceptione. Deferre seu relinquere fideicommissum hereditatis possunt qui & testamentum facere, *l.* 2. *de legat.* 1. *l.* 1. *in pr. & seqq.* §§. *de legat.* 3. *l.* 6. §. 3. *de jur. cod.* Relinqui iis potest qui qualemqualem testamenti factionem habent, id est, vel passivam ut loquuntur, arg. §. 24. *Inst. sup. de legat. l.* 1. *ff. de legat.* 1. Neque ulla nunc est in hac parte differentia inter heredum institutiones aut legata & fideicommissa sive universalia sive specialia. Ab iis relinqui potest ad quos hereditas nostra perventura est, sive directo sive oblique, sive ex testamento sive ab intestato, sive jure civili sive jure

jure honorario, §. 10. *Inst. inf. huj. tit.* In modo relinquendi nihil interest utrum testamento relinquatur an codicillis; at testamento à solo herede instituto relinqui potest, codicillis etiam à legitimo. Susceptio utriusque factum & voluntatem desiderat, & heredis fideicommissum restituentis, & fideicommissarii restitutum accipientis: de quibus omnibus aut maxima eorum parte amplius in progressu.

Recto jure testamento heres instituatur] Cùm quis testamento fideicommissum vult relinquere necesse omnino est, quod hìc traditur, ut testator directo aliquem testamento heredem instituat, eumque roget ut hereditatem alii restituat; quippe cum sine institutione heredis testamentum consistere non possit, §. 34. *Inst. sup. de legat.* Utrum autem heres institutus eodem testamento rogetur an codicillis nihil refert, §. 1. & 2. *Inst. inf. de cod. l.* 8. *ff. eod.*

2. *Vel ex certo die*] Fideicommisso hereditatis hoc cum legatis & fideicommissis rerum singularum commune est, ut non tantum pure aut sub conditione, quomodo etiam directo potest heres institui, verum etiam ex certo die aut in diem relinqui possit, sicut legata & singulæ res per fideicommissum, *l.* 1. & passim *tit. de cond. & dem.* quamvis directo hereditas ita dari non possit. Nimirum diem heredis 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, §. 9. *Inst. sup. de her. inst. l.* 7. *de reg. jur.* At in restitutione hereditatis hoc jus non offenditur, cum is qui restituit nihilominus heres maneat, §. *seq.* Vinn. Hodie etiam sine heredis institutione testamentum tenet; & nihil refert quibus verbis, directis an obliquis, heres instituatur, modo de voluntate testatoris certo constare possit, arg. *l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* Heres etiam ex die vel in diem recte datur, arg. *ejusd. leg.* Addit.

Textus.

Effectus restitutionis hereditatis.

3. *Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit nihilominus heres permanet; is vero qui recipit hereditatem aliquando heredis aliquando legatarii loco habetur.*

Vid. l. 8. *in fin. tit.* 11. *Part.* 6.

Commentarius.

Regula est juris antiqui, *Qui semel heres extitit non potest desinere heres esse, l.* 88. *in fin. de her. inst. l.* 7. §. 1. *in fin. de minor.* quæ regula ex eo sumta est, quod placet obligationem & actionem à persona ejus cui aut adversus quem semel quæsita est avelli non posse: de quo diligentius Deo volente præcipiemus *inf. sub* §. 1. *Inst. de actionib.* Hoc igitur jure constituto consequens est nec eum qui rogatus defuncti hereditatem alii restituit heredem esse desinere, ac proinde ipsum nihilominus tamquam heredem & experiri actionibus hereditariis & conveniri posse. Ceterum Trebelliano senatusconsulto effectum est, ut restituta hereditate is qui restituit nudum tantùm nomen heredis retineat, atque ut agens exceptione restitutæ hereditatis repelli & conventus alios repellere possit, *l.* 1. §. 4. *ad senat. Treb.*

Aliquando heredis aliquando legatarii loco] Loco heredis habebatur si restituta esset hereditas ex senatusconsulto Trebelliano; loco legatarii si ex Pegasiano restitutio fieret, ut mox declarabit & Ulpianus ostendit *in fragm. tit.* 25. §. 12. Nam quod Giphanius scribit, fideicommissarium legatarii loco habitum si pars tantum hereditatis ei restituta esset, falsum esse apparet ex §. 6. *inf. hoc tit.*

Textus.

De senatusconsulto Trebelliano.

4. *Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo & Annæo Seneca coss. senatusconsultum factum est, quo cautum est ut si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit omnes actiones quæ jure civili heredi & in heredem competerent ei & in eum darentur cui ex fideicommisso restituta esset hereditas. Post quod senatusconsultum prætor utiles actiones ei & in eum qui recepit hereditatem quasi heredi & in heredem dare cœpit.*

Vid. l. 8. *in fin. tit.* 11. *Part.* 6.

Commentarius.

1 *Cur in catalogo consulum non recenseantur Trebellius & Seneca.*

2 *Quæ incommoda huic senatusconsulto causam dederint.*

3 *Cur cum senatusconsulta sint pars juris civilis, senatus eum cui restituta est hereditas heredem non fecerit, eive & in eum non dederit actiones directas.*

4 *Quid juris si debitor heredi aut heres creditori solverit post factam restitutionem.*

1. *Rebellio Maximo & Annæo Seneca coss.*] Hoc idem testatur Ulpian. *l.* 1. *ad Treb.* Ceterum 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 Pegasi & Pusionis fasti meminerunt; & in *l.* 26. §. 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 cum 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 Gratian.* negat Senecam consulem fuisse. VINN. Immo vix excusandus, quia suffectus cos. etiam consul est. Consulatus Senecæ & Trebellii incidit in ultimos menses A. U. C. 814. Quærit Marcilius ad §. 6. *Inst. ad senat. Trebell.* cur SCtum. hoc dicatur Trebellianum, ac non potius Annæanum, cum tamen L. Annæus Seneca fuerit cos. major. Respondet, videri hoc SCtum. omnino initio nomen Annæani tulisse, sed translatum postea ad nomen Trebelliani, quia Senecæ perduellionis rei memoria damnata fuerit. Sed nec apud Tacitum cui Marcilius testimonium denuntiat hoc reperio, nec semper SCtis. à majore consule nomen inditum, sed ab eo qui tum ad senatum retulerat. Sic SCtum. A. U. C. 931. Juliano Rufo & Gavio Orphito coss. factum, non à cos. majore Julianum, sed ab Orphito Orphitianum dictum est. Aliud Nerone & Pisone coss. A. U. C. 810. Pisonianum vocatur, *l.* 8. *ff. ad senat. Silan.* Omittimus exempla alia. HEIN.

Si hereditas ex fideicommissi causa restituta sit] In omni legato & fideicommisso inest hæc conditio, si heres à quo relicta sunt heres extiterit: quod in fideicommissis ex restituendi verbo satis intelligitur. Qua de causa si heres aut adire hereditatem noluerit, aut antequam adeat mortuus sit aliave ratione defecerit, hic eveniet ut destituto testamento fideicommissum quoque pereat, uti cetera quæ in testamento scripta sunt non adita hereditate irrita fiunt, *l.* 9. *ff. de test. tut. l.* 14. *C. de fideic. l.* 13. §. 3. *l.* 27. §. 6. *ad sen. Treb.*

2. Cum autem heredes qui rogati erant hereditatem restituere aut metu litium aut prætextu metus hereditatem adire plerumque recusarent; cumque esset æquissimum eos onera subire in quos jus fructusque transferretur potius quam cuiquam fidem suam esse periculosam: senatusconsulto Trebelliano dubitatio heredum cum metu incommodi sublata est, cautumque ut quæ actiones in heredem competunt darentur in eum cui ex fideicommisso restitueretur hereditas, quo magis in reliquum confirmarentur supremæ defunctorum voluntates, *l.* 1. §. 2. & 3. *ad senat. Trebell.*

Actiones quæ jure civili] Senatus loquitur de transferendis iis actionibus quæ jure civili heredi & in heredem competunt; transeunt tamen ex senatus sententia & actiones honorariæ, veluti actio ex constituto, ex jurejurando & similes; immo & causam naturalium obligationum transire placet, *l.* 40. *l.* 64. *in pr. eod.*

Ei & in eum] Quemadmodum senatus heredibus subventum voluit in eo quod actiones quæ in heredem competebant dari voluit in fideicommissarium, ut posset heres si à creditoribus hereditariis conveniretur uti exceptione restitutæ hereditatis; ita & subvenit fideicommissariis in eo quod actiones quæ heredi competebant fideicommissario dari voluit, cui soli ob hoc agendi efficaciter facultas competit; heres autem agens per exceptionem à creditoribus hereditariis repelli potest, *d. l.* 1. §. 4. Plane non ultrà actiones ex senatusconsulto transeunt quam pro ea parte hereditatis quæ rogatu testatoris restituta est, §. 6. *infr. hoc tit.*

3. *Præter utiles actiones*] Licet senatusconsulta pars sint juris civilis, ac proinde per senatusconsultum heres effici possit, ut efficitur senatusconsultis Tertylliano & Orficiano, eum tamen cui ex fideicommisso restituta est hereditas senatus heredem non fecit, propterea quod jam alius jure civili per adi-

aditionem heres factus locum obtinet, quem stricta juris ratio non patitur desinere heredem esse: quæ eadem porro ratio efficit ut nec directæ actiones ad fideicommissarium transire queant, sed ut semel heredi quæsitæ sunt ita perpetuo apud eum maneant, neque à persona ejus possint separari. Cum igitur actiones directæ non possint & apud heredem manere & simul pari jure fideicommissario aut in fideicommissarium dari, prætor ex auctoritate senatus utiles ei & in eum tamquam heredi & in heredem actiones dedit, ut hic scriptum est. Convenit *l.* 18. §. *ult. ad leg. Falc.* & *l. pen. in fin. ad senat. Treb.* Neque injuria fit creditoribus hereditariis quod actiones eorum directæ mutentur in utiles; nam nova utilis quæ succedit ejusdem cum vetere potestatis est eumdemque effectum habet, *l.* 47. *de neg. gest.* In summa senatusconsulto Trebelliano hoc effectum est, ut actiones quæ heredi & in heredem jure civili competunt post restitutionem hereditatis in persona heredis inutiles sint; utque agens exceptione repelli, conventus alios repellere possit. Contra vero in persona fideicommissarii sint efficaces, ut is solus & agat efficaciter & conveniatur.

4. Sed quid si debitor post restitutionem hereditatis heredi solverit? aut quid si heres post restitutionem factam solverit creditori? Poterit solutum per condictionem indebiti repeti, *l.* 64. *in pr. eod.* quippe cum per restitutionem inutilis plane atque inefficax per senatusconsultum in persona heredis obligatio fiat, & vinculum quoque æquitatis tollatur, ita ut nuda tantum civilis obligatio remaneat. Enimvero si heres aut debitor solverint cum scirent se tutos esse exceptione, cessabit condictio, *l.* 26. §. 3. *de cond. ind.* quoniam donare voluisse præsumuntur, *l.* 53. *de reg. jur.*

Textus.

De senatusconsulto Pegasiano.

5. *Sed quia heredes scripti cum aut totam hereditatem aut pene totam plerumque restituere rogabantur adire hereditatem 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 hereditatem restituere perinde liceret quartam partem retinere atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus quæ per fideicommissum relinquuntur eadem retentio permissa est. Post quod senatusconsultum ipse heres onera hereditaria sustinebat; ille autem qui ex fideicommisso recipiebat partem hereditatis legatarii partiarii loco erat, id est ejus legatarii cui pars bonorum legabatur: quæ species legati partitio vocabatur, quia cum herede legatarius partiebatur hereditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter heredem & partiarium legatarium interponi, eædem interponebantur inter eum qui ex fideicommisso recepit hereditatem & heredem, id est, ut lucrum & damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset.*

L. 8. *tit.* 11. *Part.* 6.

Commentarius.

1 *Quæ incommoda Pegasiano senatusconsulto causam dederint.*
2 *Hoc senatusconsulto vim legis Falcidiæ productam ad fideicommissa hereditatis.*
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 hereditaria in eum cui ex fideicommisso restituta esset hereditas transferrentur, id tamen nondum sufficiebat ad invitandum heredem ad adeundam hereditatem. Quamvis enim nullum damnum post hoc senatusconsultum heredi adeunti & restituenti immineret: tamen, ut est ingenium humanum, recusabant adhuc plerumque heredes scripti adire hereditatem alieni emolumenti causa, unde ipsi nullum aut exiguum lucrum percepturi erant; atque ita fiebat adhuc ut fideicommissum hereditatis sæpe 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 hereditate. Quin potius hoc senatusconsulto vis legis producta est ad fideicommis-

missa hereditatis. Justinianus *orat. ad senat.* Pegasianum factum esse ait πρὸς τὴν τῦ φαλκιδίυ μίμησιν (*ad imitationem Falcidiæ*). Atque hinc est quod Veteres etiam quartam hujus senatusconsulti, quam nunc vulgo Trebellianicam vocant, non quartam Pegasiani sed quartam Falcidiæ aut commodum Falcidiæ perpetuo appellarint, ut videre est in *l.* 41. §. 3. *de vulg. & pup. l.* 2. §. *ult. de jur. cod. l.* 18. *l.* 30. §. 7. *l.* 47. §. 1. *l.* 86. *l.* 93. *ad leg. Falc. ll.* 2. 3. & 22. §. 2. *l.* 55. §. 2. *l.* 58. §. 3. *ff. ad senat. Treb. ll.* 1. 10. & 11. *C. ad leg. Falcid.* Ulp. *in fragm. tit.* 25. §. 12. §. 3. *Inst. sup. quib. mod. test. inf.*

3. Est tamen adhuc aliquod discrimen circa res quas in hasce quartas imputari placet. Nam in Falcidiam quæ ex legatis deducitur ea tantum imputantur quæ jure hereditario heres capit; in quadrantem vero Pegasianum etiam ea quæ heres fiduciarius capit jure legati vel fideicommissi, aut implendæ conditionis causa, *ll.* 74. 76. & 91. *ad leg. Falc.* Quæ differentia inde nata videtur, quod lex Falcidia ultra dodrantem legari vetat, ut proinde apud heredem quarta pars non quarumlibet rerum sed hereditatis manere debeat; non prohibet autem senatus ultra dodrantem heredis fideicommitti; tum etiam quod Falcidia voluntati testatoris subservit, quem verisimile non sit legatis patrimonium suum exhaurire voluisse, sed potius opinioni ejus non respondere calculum facultatum; at senatusconsultum manifeste testatoris voluntati adversatur, quæ hæc est ut restituta hereditate apud heredem nihil præter nudum nomen heredis remaneat. Plane nec pars ea prælegati quæ à coherede accipitur heredi fiduciario in quartam imputatur, *l.* 18. §. *ult. ad sen. Treb. l.* 86. *d. l.* 91. *ff. ad leg. Falc. l.* 24. *C. fam. erc.* forte quod verisimile non sit testatorem qui portionem coheredis hactenus imminuit voluisse ut alteri id in quartam partem ejus partis quam restituere jussus est imputaretur. Variant tamen in hac re Interpretes. Videsis Don. 7. *comm.* 30. & 8. *cap.* 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. *disp.* 13. *thes.* 3.

4. *Ex singulis quoque rebus*] Hinc plerique colligunt ante senatusconsultum Pegasianum non licuisse heredi 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. in pr. tit. prox.* 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 herede rogato restituere hereditatem, non de eo qui oneratus sit fideicommissis particularibus. Verba Trebelliani referuntur in *l.* 1. §. 2. *ad senat. Trebell.* 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 hujus textus; quippe quibus hoc solum significari existimo cum Bachovio, ut si heres & hereditatem partemve hereditatis restituere jussus est & insuper ab eo particularia fideicommissa relicta sunt, non tantum quartam deducere possit ex fideicommisso hereditatis, sed pro rata etiam ex particularibus relictis: quemadmodum eodem modo pro rata quoque detraheretur ex legatis, si quæ testator simul reliquisset, *l.* 3. §. 2. *ad senat. Treb.* Quis sit hujus disputationis fructus intelliges ex iis quæ *n.* 3. tradidimus. Add. Vas. *de success. resol. lib.* 2. §. 1. D. Tulden. *comm. in tit. Inst. de sing. reb. per fideicom. relict. cap.* 4.

5. *Ipse heres onera sustinebat*] Trebellianum transferebat onera in fideicommissarium, retentionem autem nullam permittebat. Pegasianum retentionem quartæ partis concedebat, onera vero nulla transferebat: quasi sufficere heredibus deberet quod quarta pars ipsorum lucro cederet, ob cujus commodi perceptionem onera & judiciorum molestias subirent, nomina hereditaria persequerentur, ac juris erat ex lege antiqua XII. tabb. *l.* 6. *C. fam. erc.* Igitur restituta ex senatusconsulto Pegasiano hereditate, id est quarta ex auctoritate hujus senatusconsulti contra voluntatem testatoris retenta, ipse heres solus atque in solidum onera hereditaria sustinebat, cessante videlicet senatusconsulto Trebelliano; utpote cui locus non erat nisi ubi secundum voluntatem defuncti heres restituisset, §. *seq. huj. tit.*

6. *Legatarii partiarii loco erat*] Universitatem alicui legari posse, id est partem dimidiam tertiam aut quartam bonorum aut hereditatis docuimus *sup. ad tit. Inst. de legat. in pr.* Neque tamen hunc legatarium, quem par-

partiarium appellabant, fuisse successorem juris ullasve actiones hereditarias ei inve eum datas, sed partem bonorum sibi legatam sine ullo incommodo obtinuisse: id quod verum esse hic locus clare ostendit; nam si actiones in hujusmodi legatarium transiissent quemadmodum ex senatusconsulto Trebelliano transeunt in eum qui recepit hereditatem, non magis opus fuisset interpositione stipulationum partis & pro parte quarum hîc fit mentio inter heredem & legatarium partiarium, quam inter heredem & eum cui ex Trebelliano restituitur hereditas.

Partitio vocabatur] Is cui pars bonorum legata erat legatarius partiarius dicebatur, atque hæc legati species partitio, Ulpian. *in fragm. tit.* 24. §. 23. & *tit.* 25. §. 13. Meminit & Cic. 2. *de legib.* Rationem appellationis hanc esse ait Justinianus, quoniam cum herede legatarius partiebatur hereditatem, id est res hereditarias seu universa bona: quomodo & hereditas vendi dicitur; neque enim legatarius partiarius efficiebatur successor juris ut jam dictum est.

Unde quæ solebant stipulationes &c.] Inter heredem & legatarium partiarium solebant interponi stipulationes de lucro & damno communicando, quæ proprie dicebantur partis & pro parte, §. *seq.* Quippe heres sive quid deberet hereditas solvebat, sive quid deberetur idem exigebat; sed antequam hereditatem adiret stipulabatur à legatario partiario, *Si quid à me solutum sit ejus te partem redditurum spondes?* & vicissim alter ab herede, *Si quid exegeris ejus partem mihi daturum spondes?* Quæ stipulationes postea inter heredem quoque & eum cui deducta quarta ex senatusconsulto Pegasiano restituebatur hereditas interponi cœperunt, ut remedio harum stipulationum lucrum & damnum pro rata parte communicaretur; nam solus heres hoc casu actiones & exercebat & excipiebat. Vid. Paul. 4. *sent.* 3. Ulp. *in fragm. tit.* 25. §. 13. Theoph. *hic.*

TEXTUS.

Quibus casibus locus est senat. Trebell. vel Pegasiano.

6. Ergo si quidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tunc ex Trebelliano senatusconsulto restituebatur hereditas & in utrumque actiones hereditariæ pro parte rata dabantur: in heredem quidem jure civili; in eum vero qui recipiebat hereditatem ex senatusconsulto Trebelliano tamquam in heredem. At si plus quam dodrantem vel etiam totam hereditatem restituere rogatus esset, locus erat Pegasiano senatusconsulto; & heres qui semel adierat hereditatem (si modo sua voluntate adierat) sive retinuerat quartam partem sive retinere noluerat, ipse universa onera sustinebat. Sed quartâ quidem retenta quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur tamquam inter partiarium legatarium & heredem; si vero totam hereditatem restitueret emtæ & venditæ hereditatis stipulationes interponebantur. Sed si recusabat scriptus heres adire hereditatem, ob id quod diceret eam sibi suspectam esse quasi damnosam, cavebatur Pegasiano senatusconsulto ut desiderante eo cui restituere rogatus esset jussu prætoris adiret & restitueret hereditatem; perindeque ei & in eum qui reciperet hereditatem actiones darentur, ac juris est ex Trebelliano senatusconsulto, quo casu nullis stipulationibus est opus; quia simul & huic qui restituit securitas datur, actiones hereditariæ ei & in eum transferuntur qui recipit hereditatem: utroque senatusconsulto in hac specie concurrente.

Vid. l. ult. tit. 5. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *An heres qui ultro totum quod rogatum est restituit solus onera subeat ex Pegasiano.*
2 *Stipulationes emtæ & venditæ hereditatis.*
3 *Caput senatusconsulti de coactione recusantis adire.*

Non plus quam dodrantem] Senatusconsulti Pegasiani duo principalia capita fuere, quorum uno cavebatur de herede rogato totam hereditatem aut plus quam dodrantem restituere; altero de eo herede fiduciario qui adire hereditatem recusabat. Nihil autem hoc senatusconsulto cautum de herede qui ex voluntate defuncti quartam aut amplius habens ultro hereditatem adiit. Itaque hoc casu restitutio fiebat ex senatusconsulto Trebelliano, & pro rata actiones transferebantur in fideicommissarium sine ope stipulationum, Ulp. *in fragm. tit.* 25. §. 12.

Pro parte rata] Verbi causâ. Heres rogatus quarta parte retenta reliquam hereditatem restituere fidem præstitit. Existit creditor hereditarius cui centum debentur: huic in 75. utilis ex Trebelliano adversus fideicommissarium actio datur: in reliqua 25. directam habet jure civili adversus heredem.

Si

Si modo sua voluntate] Nam si à prætore coactus adierat transferebantur actiones omnes in fideicommissarium, ut cautum erat senatusconsulto Trebelliano; de quo mox plura.

1. *Ipse universa onera sustinebat*] Ait, heredem rogatum totam hereditatem aut super dodrantem restituere, si modo sua sponte hereditatem adiisset, etiamsi eam secundum voluntatem defuncti restituisset, id est, sine deductione quartæ universa onera hereditaria sustinuisset; atque ita nec hoc casu actiones in eum qui recipiebat hereditatem post senatusconsultum Pegasianum fuisse translatas: quod perquam absurdum videtur. Utique enim propter commodum quod heres ex eo senatusconsulto consequebatur, ut contra voluntatem defuncti quartam partem retinere posset, vicissim senatui visum est ipsum solum onera hereditaria sustinere: quo casu etiam necessario cessat senatusconsultum Trebellianum. At ut heres eo etiam casu quo ultro voluntati defuncti paret totumque quod rogatus est restituere restituit, onera hereditaria solus subeat, nulla ratio esse videtur; quippe cum hic non minus restitutio fieri possit ex senatusconsulto Trebelliano atque actiones ex eo transferri, quam cum heres ex voluntate testatoris quartam integram habet & reliquum restituit: quo casu actiones pro rata in fideicommissarium dari in *pr. huj.* §. dictum est. Finge heredem rogatum dextantem restituere eumque plenam fidem defuncto præstare malle quam contra ejus voluntatem aliquid retinere potestate senatusconsulti Pegasiani. Cur hoc casu non æque fieri possit restitutio ex senatusconsulto Trebelliano & actiones pro dextante transferri in fideicommissarium, quam cum ubi dodrantem restituere jussus est & restituit transferuntur pro dodrante? Diversi juris non alia fuisse videtur ratio quam quod cum heres salvum habet quadrantem ex judicio defuncti, senatuscons. Pegasiano uti non potest, etiamsi maxime velit; nam ad hunc casum senatusconsultum illud non pertinet, sed intacta hactenus prioris senatusconsulti mansit auctoritas. At vero cum plus quam dodrantem 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 heredi fideicommissario gratificari voluisse censetur, ut tam oneribus hereditariis obstrictus maneat quam si detracta quartâ reliquum dumtaxat restituerit. Facit eo quod scribit Paulus 4. *sent.* 3. §. *ult.* qui totam hereditatem restituit, cum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, repetere eam non posse. Ceterum, ut arbitror, aut summi juris ratio hoc efficiebat; aut, quod magis puto, pertinuit ad eum casum quo heres qui Pegasiano uti poterat totam hereditatem simpliciter restituit. Quod si enim nominatim testatus fuisset velle se hereditatem restituere ex senatusconsulto Trebelliano actionum transferendarum causa, non video cur hoc admitti non debuerit. Immo restitutionem ita ex Trebelliano solitam fieri expresse tradit Paul. *d. lib. & tit.* §. 1. & Modestin. *l.* 45. *ad sen. Treb.* quo tamen loco consultius putat, suspectam ut heres dicat hereditatem coactusque à prætore restituat: quo & ipso casu ex Trebelliano restitutio fieri intelligitur & actiones transferuntur; atque hoc etiam Cujacius observasse videtur, qui in *not. ad Paul.* scribit, eum qui totam hereditatem restituere rogatus est, si Falcidiam omittat fidei explendæ gratia, vel ex senatusconsulto Pegasiano restituere debere interpositis emtæ & venditæ hereditatis stipulationibus; vel quod expeditius est ex senatusconsulto Trebelliano, aut vi prætoris ex Pegasiano coactus nullis interpositis stipulationibus.

Quasi partis & pro parte] De quibus dictum §. *præc.* Nam ad exemplum partis & pro parte stipulationum quæ de lucro & damno communicando interponi solebant inter heredem & legatarium, hac quoque in causa interponebantur inter heredem & fideicommissarium, ut inter illum pro quadrante & hunc pro dodrante commoda & incommoda communicarentur, Ulp. *in fragm. tit.* 25. §. 13. Paul. *d. lib. & tit. in pr.* Theoph. *hic.*

2. *Emtæ & venditæ hereditatis*] Cum tota hereditas rogatu defuncti sponte restituebatur emtæ & venditæ hereditatis stipulationes interponebantur. Quales illæ stipulationes fuerint nusquam diserte traditum est, nisi quadantenus apud Ulp. *l.* 50. §. 1. *de verb. oblig.* ubi hæc ex parte emtoris profertur: *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolove malo tuo factum est eritve quominus perveniat*, subaudiendum, *tantam dari spondes?* Ex quo cum Hotomanno suspicari licet hanc fere contrariæ stipulationis formulam fuisse: *Quantam pecuniam hereditatis causa præstitero solvero tantam dari spondes?* Etenim inter emto-

torem & venditorem hereditatis id agi constat, quod Ulp. scribit *l. 2. de her. vel act. vend.* ut neque amplius neque minus juris emtor habeat quam apud heredem futurum esset, effectu scilicet; neque enim vi istarum stipulationum actiones hereditariæ in emtorem transferri potuerunt. At enimvero, ut non multo antè probavimus, potuit hoc casu & ex Trebelliano nominatim restitutio sic fieri ut actiones transferrentur sine interventu hujusmodi stipulationum.

3. *Si recusabat heres scriptus*] Alterum hoc principale caput senatusconsulti Pegasiani fuit; ut si heres recusaret adire hereditatem jussu prætoris adire & restituere cogeretur, *l.* 4. *l.* 6. §. 2. *l.* 14. §. *pen.* & passim *hoc tit. l.* 17. *si quis om. c. test.* Ulp. *in fragm. tit.* 25. §. 14. At inquies, cum adire facti sit, ad quod nec servus à domino præcise compelli potest *l.* 3. *C. de her. inst.* quomodo ad id compelletur heres? Compelli præcisse posse non existimo, sed contumaciam heredis pro aditione habendam, *l. pen.* §. 1. *C. ad sen. Treb.*

Quasi damnosam] Sufficit autem hoc ab herede allegari; neque enim inquiritur solvendo sit hereditas necne. Sed neque præscribitur heredi cur metuat hereditatem adire vel cur nolit; cum variæ sint hominum voluntates, quorumdam negotia timentium, quorumdam vexationem, quorumdam æris alieni cumulum tametsi locuples videatur hereditas, quorumdam offensas vel invidiam, quorumdam gratificari volentium his quibus hereditas relicta est sine onere tamen suo, *d. l.* 4. *ad sen. Treb.*

Quo casu nullis stipulationibus est opus] Jussu prætoris adita & restituta hereditate, ei & in eum qui recepit hereditatem actiones dantur perinde atque si ex Trebelliano senatusconsulto restituta fuisset, idque ut ita fiat Pegasiano senatusconsulto cautum esse scribit Ulp. *d. tit.* 25. §. 14. Quamobrem nullis hic stipulationibus opus erit. Ut autem restituenti hoc casu prospectum ne ullum damnum sentiat, ita vicissim omne commodum amitti, quod, si cogi se passus non esset, vel beneficio Pegasiani vel ex voluntate defuncti percipere potuisset, *d. l.* 4. *d. l.* 14. §. 4. *l.* 27. §. 2. & §. 14. *huj. tit.*

Utroque senatusconsulto concurrente] Nam quod heres invitus cogebatur adire à prætore id erat ex senatusconsulto Pegasiano; quod actiones transferrentur in eum qui recipiebat hereditatem, ex Trebelliano.

Textus.

Pegasiani in Trebellianum transfusio.

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 quam difficultas placet: ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus quam differentiis utriusque senatusconsulti, placuit explosso senatusconsulto Pegasiano quod postea supervenit omnem auctoritatem Trebelliano senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissariæ hereditates restituantur: sive habeat heres ex voluntate testatoris quartam, sive plus sive minus sive nihil penitus: ut tunc quando vel nihil vel minus quartâ apud eum remanet, liceat ei vel quartam vel quod ei deest ex nostra auctoritate retinere vel repetere solutum quasi ex Trebelliano senat. pro rata portione actionibus tam in heredem quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hereditatem sponte restituerit, omnes hereditariæ actiones fideicommissario & adversus eum competant. Sed etiam id quod præcipuum Pegasiani senatusconsulti fuerat, ut quando recusaret heres scriptus sibi datam hereditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hereditatem volenti fideicommissario restituere & omnes ad eum & contra eum transferre actiones; & hoc transposuimus ad senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas heredi imponatur si ipso nolente adire fideicommissarius desideret restitui sibi hereditatem, nullo nec damno nec commodo apud heredem remanente.*

L. 8. *tit.* 11. *Part.* 6.

Commentarius.

1 *Cur stipulationes ex senatusconsulto Pegasiano descendentes captiosæ visæ; & an testator deductionem hujus quartæ vetare possit?*

2 *An heres qui non confecit inventarium amittat quartam senatusconsulti.*

3 *Duplex deductio juxta cap.* Raynutius 16. x^. de test.

4 *Pro qua parte actiones transeant aut remaneant.*

5 *Explicatur* l. 5. C. ad sen. Treb.

6 *Legatorum onera ad solum fideicommissarium pertinere.*

TRansfunditur hoc loco vis omnis senatusconsulti Pegasiani in Trebellianum,

ut jam ex solo senatusconsulto Trebelliano restituatur hereditas. Itaque heres nunc quasi ex hoc senatusconsulto quartam vel quod quartæ deest retinere potest : ex eodem actiones pro rata communicantur : si heres adire & restituere nolit ex hoc senatusconsulto cogitur: restituta tota hereditate sive sponte sive jussu prætoris actiones omnes in fideicommissarium transeunt ; nullusque jam amplius usus stipulantium quarum antea meminit.

Ex Pegasiano senatusconsulto descendentes] Stipulationes partis & pro parte, emtæ & venditæ hereditatis non sunt senatusconsulto Pegasiano primum introductæ, sed sunt antiquiores. Dicuntur autem hic ex Pegasiano descendere, quia eo senatusconsulto translatæ sunt ad restitutionem hereditatis, locum non habente Trebelliano. Hotomannus hinc colligit nominatim senatusconsulto mentionem harum stipulationum factam fuisse.

1. *Captiosas*] Capitiosæ fuerunt stipulationes emtæ & venditæ hereditatis itemque partis & pro parte, quia salvæ nihilominus heredi & adversus heredem actiones manebant. Neque enim ob harum stipulationum interpositionem cogebantur creditores fideicommissarium convenire, sed heres lites excipiebat & solutum creditoribus à fideicommissario repetebat : sicut è diversò fideicomissario cum herede agendum erat ut quod à debitoribus exegisset redderetur. Ob has difficultates & litium anfractus facile eveniebat ut alter damnum pateretur vel propter calumniam vel inopiam alterius : quod cum ex Trebelliano restituitur hereditas commode potest vitari. Nam quatenus hereditas restituta est eatenus heres si conveniatur exceptione restitutæ hereditatis se tueri potest; & vicissim si ipse experiatur eâdem 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. *C. de vet. jur. enucl.* Captiosum enim nostris etiam id dicitur quod alicui fraudi aut damno est, *l.* 5. *de transact. l.* 14. §. 5. *vers. unde quidam quod met. caus. l.* 6. §. 10. *quæ in fraud. cred.* Recte igitur Theophilus reddidit, ἐπιζημίους id est, damnosas ; neque causam video cur Bachovio hæc ratio appellationis non placet.

In legibus magis simplicitas] Laudat in §. 3. *Inst. inf. de legat. agn. success*, legem XII. tabb. quod simplicitatem 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.

2. *Vel quartam vel quod deest*] Hinc Interpretes quartam hanc dixere Trebellianicam. Veteribus autem numquam alio nomine quam Falcidiæ appellatur, ut ostendi *sup.* §. 5. *huj. tit.* nimirum quia senatusconsulto Pegasiano non tam nova quarta introducta fuit quam quarta Falcidiæ producta ad fideicommisa universalia. Ex quo porro intelligitur appellatione quartæ Falcidiæ etiam proprie hanc quartam contineri, & proinde positis terminis habilibus atque in dubio ubi expresse nulla differentia constituta est inter quartam quam heres de singulis rebus detrahit & quam retinere potest ex fideicommisso hereditatis, quidquid de Falcidia jure nostro cautum est ex æquo ad utramque quartam pertinere: veluti quod Justinianus constituit, ut heres qui inventarium facere neglexit beneficium Falcidiæ amittat, *l. ult.* §. *pen. C. de jur. delib.* item quod Falcidiæ locus non est si testator expresse vetuerit heredem eâ uti, *Nov.* 1. *cap.* 2. Omnino enim verisimile est Justinianum perpetuum omnium auctorem 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 frequentiâ in contrarium itum est ut difficile dictu sit utra sententia majori numero & rerum judicatarum auctoritate nitatur. Vid. Ferrar. *in form. libell. pro leg. rei sing. n.* 5. Gom. 1. *resol.* 5. *n.* 11. & 12. Everh. *in Top. á Falc. ad Trebell. loco* 34. Gail. 2. *observ.* 138. *n.* 16. Clar. §. *testamentum quæst.* 62. Mantic. 7. *de conj. ult. vol.* 11. & 12. Fachin. 5. *contr.* 4. Perez *ad tit. Cod. de jur. del. n.* 14. & *Cod. ad senat. Trebell. n.* 20. Christin. *vol.* 1. *decis.* 316. & *vol.* 4. *decis.* 25. 51. & 52. D. Tuld. *comm. in tit. præc. cap.* 3.

3. Jure Canonico liberis universali fideicommisso gravatis duplex detractio permissa est, legitimæ & Trebellianicæ, *cap. Raynutius* 16. *x°. de testam.* quod quamquam legi-

gibus civilibus incognitum est, vid. Cujac. 8. *obs.* 5. Hotom. *illust. quæst.* 43. usu tamen etiam in foro civili per totum mundum receptum esse & tamquam Evangelium practicari testantur Bald. & Jas. *in auth. res quæ C. comm. de legat.* Castr. *in l. 6. C. ad senat. Trebell.* Christin. *vol.* 1. *decis.* 245. & *decis.* 315. VINN. Jus capitulis *Raynutius* & *Rainaldus* &c. *de test.* invectum jure civili incognitum esse plerique statuunt cum Cujacio & Vinnio nostro. Sed non inepte id negaveris. Nam (1) dum jus civile jubet ante computationem quartæ Falcidiæ (adeoque & Trebellianicæ) deduci æs alienum, profecto etiam deduci voluit portionem hereditatis legitimam, quippe quæ recte æri alieno accensetur, *l.* 8. §. 8. *ff. de inoff. test. l.* 67. §. 1. *ff. de legat.* 2. Deinde (2) in *l. 6. C. ad sen. Trebell.* diserte Zeno: *Idem*, inquit, *in retinenda legis Falcidiæ portione obtinere jubemus etsi pater vel mater filio seu filia institutis heredibus legaverit, eos easve nepotibus vel neptibus pronepotibus vel proneptibus suis ac deinceps restituere hereditatem.* Permittit ea lex liberis fideicommisso obstrictis ut possint detrahere quartam pro auctoritate Trebelliani senatusconsulti; sed addit, in eam quartam nec redditus nec quartam Falcidiam imputari. Quartam autem Falcidiam non aliam esse quam portionem legitimam acute observavit vir clarissimus Pagenstecher in *Aphorism. hoc tit.* §. 164. Sane & alibi portio hæc vocatur quarta Falcidia, ut *l.* 8. §. 9. & 14. *ff. de inoff. test. l.* 31. *C. eod.* & apud Paul. *recept. sen. lib.* 4. *tit.* 5. §. 5. Quin, jam ab aliis observatum portionem hanc vel lege Falcidia vel ex ejusdem rationibus fuisse introductam. Vid. Jan. à Cost. *ad pr. Inst. de inoff. test.* & vir cl. Schulting *Jurispr. antejust. p.* 381. Ex quo patet Pontificem in istis capitulis interpretem magis juris civilis quam legislatorem egisse. Dissentit D. Harprech. *diss. de jure deducendi duas quartas*, cujus argumentis tamen facile satisfieri posset si id jam ageretur. HEIN. Quæcumque de quarta Falcidia superius diximus, ea ad quartam Trebellianicam jure retuleris; quamobrem controversia vacat liberos hereditatem redire jussos non posse ultra legitimam aliam detrahere quartam sive Falcidiam sive Trebellianicam. Verumtamen, etiamsi quarta Trebellianica locum apud nos haberet, eam ultra legitimam filios detrahere non posse deducitur ex *l.* 8. *tit.* 11. *Part.* 6. & probat Pichard. *in comm. ad* §. 3. *Inst. hoc tit. n.* 21. & *seqq.* ADDIT.

4. *Vel repetere solutum*] Solutum scilicet errore facti, *l.* 9. *C. ad leg. Falc.* Repetitur autem hoc non beneficio senatusconsulti sed jure communi, quo ejus quod per errorem quacumque ex causa solutum est omnibus repetito conceditur: de quo diligentius suo loco.

Pro rata portione] Si pars tantum hereditatis restitui jussa est pro parte non restituta actiones apud heredem remanent, pro restituta transeunt in fideicommissarium. Si tota hereditas aut integra alicujus heredis portio, si heres eam totam restituit (sponte an coactus nihil refert) transferuntur actiones omnes; si dodrantem retenta quartâ ex senatusconsulto pro, dodrante transferuntur pro quadrante remanent, *l.* 1. *C. ad sen. Treb.* Atque in hoc differt heres 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 heres verbo dixerit se restituere, aut per epistolam vel nuntium restituerit, quamvis fideicommissarius nondum nactus sit rerum possessionem, *l.* 37. *l.* 63. *in pr. ad senat. Treb.*

5. Quod autem etiam imponenda ratione senatusconsulti deduci dicitur æs alienum, *l.* 5. *C. eod.* eo nihil aliud significatur quam 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 heredem cum portione retenta maneat. Fingamus quingenta in bonis esse; ex his centum deberi. Hîc fideicommissario restituentur 375. ac pro hac portione, id est pro novem unciis transferetur in eum onus æris alieni: 125. retinebit heres, pro qua parte ipse à creditoribus conveniendus erit. Sic enim omnino res transigenda est, postquam placuit actiones pro rata parte in utrumque dari: quod non satis recte mihi explicuisse videtur Wesemb. & post eum Christin. *vol.* 4. *decis.* 53. *n.* 5.

6. Quamvis autem heres fiduciarius pro parte sua onus æris alieni subeat, onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectare communiter placuit Accurs. in *l.* 1. §. *ult. ad senat. Treb.* Doctores in *l.* 2. & *l. ult. C. eod.* Tholosan. 42. *syntagm.* 31. *n.* 3. D. Tuld. *comm. in hunc tit. cap.* 4. Quæ sententia etsi Donello in *d. l.* 2. falsissima, mihi tamen vera videtur. Nam cùm quarta pariter ex legatis & fideicommisso detrahatur, *l.* 3.

§. 2. *eod.* utique ex residuo dodrante quem totum heres restituit legatariis satisfaciendum; alioqui non habiturus esset heres quartam integram; nisi dicamus heredem nihilominus à legatariis recte 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, arg. *l.* 3. *in pr. ad senat. Treb.* Plane si antequam restitutio facta est legatarii petant, puto heredem exceptione adjuvari non debere; cum si solvat hoc minus ex causa fideicommissi restituat, arg. *l.* 27. §. 7. *in fin. ad senat. Treb.* Quod si heres minus dodrante restituere rogatus est, pro eo quod ultra quartam habet etiam legatorum & fideicommissorum specialium onera ad eum pertinere certum est, *l.* 1. §. *pen. ad senat. Treb.* Salic. in *d. l.* 2. & *l. ult. C. eod.* Grot. 2. *manud.* 20. Myns. Schneid. *hic*: ad quem casum plerique cum Glossa etiam referunt *d. l.* 2. Bachovius in *not. ad Treutl. vol.* 2. *disp.* 14. *thes.* 9. putat, hanc *d. legis* 2. *ad sen. Treb.* sententiam esse quod fideicommissarius cogatur pati ut tam de sua parte quam de legatis quarta detrahatur, cùm concurrentibus legatariis de restituenda hereditate agitur.

Nec damno nec commodo] Quod merito placuit; nam neque damnum ullum hoc casu sentire heredem æquum est, propterea quod coactus contemplatione alterius adit; neque commodo aliquo frui debet, ne quartæ quidem, quoniam adit periculo alieno, *l.* 4. *ad sen. Treb.* de quo etiam dictum §. proxime præced.

TEXTUS.

De quibus heredibus & in quibus fideicommissariis supradicta locum habeant.

8. *Nihil autem interest utrum aliquis ex asse heres institutus aut totam hereditatem aut pro parte restituere rogatur, an ex parte heres institutus aut totam eam partem aut partem partis restituere rogatur. Nam & hoc casu eadem observari præcipimus quæ in totius hereditatis restitutione diximus.*

COMMENTARIUS.

SEntentia hujus loci satis plana est. Non tantum qui ex asse institutus est & rogatus aut totam hereditatem aut partem ejus restituere potest vel ultro adeundo & restituendo partem quartam aut quod quartæ deest retinere, remanentibus & migrantibus pro rata actionibus creditorum; vel suspectam hereditatem dicendo exonerari totamque transferre in eum qui adire cogit, *l.* 16. §. 4. *ad sen. Treb.* verum etiam si quis ex parte, & verbi causa ex semisse heres institutus sit rogatusque partem illam restituere, potest quartam partem hujus partis, & in proposito sesquiunciam retinere, ut actiones hereditariæ 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 hìc etiam locum habet vulgata regula, *Quod juris est in toto quantum ad totum, idem juris est in parte quantum ad partem*, *l.* 76. *de rei vind. l.* 3. *pro derel.* §. 12. *in fin. Inst. sup. de legat.* simile est quod sup. §. 1. *Intt. de leg. Falc.* docuit, in singulis heredibus rationem legis Falcidiæ poni. Ex. gr. Si quis ex semisse heres institutus sit rogatusque partem illam restituere, potest quartam partem hujus partis retinere.

TEXTUS.

De eo quod heres voluntate testatoris deducit præcepitve.

9. *Si quis una aliqua re deducta sive præcepta quæ quartam continent (veluti fundo vel alia re) rogatus sit restituere hereditatem, simili modo ex Trebelliano senatusconsulto restitutio fiet, perinde ac si quarta parte retenta rogatus esset reliquam hereditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est cùm deducta sive præcepta aliqua re restituitur hereditas, in solidum ex eo senatusconsulto actiones transferuntur, & res quæ remanet apud he-*

heredem sine ullo onere hereditario apud eum remanet quasi ex legato ei adquisita. Altero vero casu, cùm quarta parte retenta rogatus est heres restituere hereditatem & restituit, scinduntur actiones & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium, pro quadrante remanent apud heredem. Quinetiam licet una aliqua re deducta aut præcepta restituere aliquis hereditatem rogatus sit, in qua maxima pars hereditatis contineatur, æque in solidum transferuntur actiones; & secum deliberare debet is cui restituitur hereditas an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt & si duabus pluribusve rebus deductis præceptisve restituere hereditatem rogatus sit. Sed etsi certa summâ deducta præceptave quæ quartam vel etiam maximam partem hereditatis continet rogatus sit aliquis hereditatem restituere, idem juris est. Quæ autem diximus de eo qui ex asse institutus est, eadem transferimus & ad eum qui ex parte heres scriptus est.

L. 8. *tit.* 11. *Part.* 6.

Commentarius.

1 *An & quatenus in casu proposito consumta portione restituta legatarii & creditores cum herede agere possint.*

Supra *tit. inst. de her. inst. sub* §. 8. docuimus, si quis solus ex re certa institutus fuerit, eum perinde heredem fieri omniumque bonorum hereditatem obtinere, ac si simpliciter sine ulla mentione rei scriptus esset, ex *l.* 1. §. 4. *de her. inst. l.* 41. §. *ult. de vulg. & pup.* At si plures instituti sint, quidam ex re certa, alii simpliciter aut ex parte hereditatis: tum eos solos heredes effici qui simpliciter aut ex quota scripti sunt; qui ex certa re aut summa pro legatariis haberi, *l. pen. C. de her. inst.* nisi heredes 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 cum quis deducta certa re vel summa rogatus est hereditatem restituere. Restituta enim in proposito hereditate fideicommissarius instar coheredis est, heres instar ejus qui ex re certa institutus coheredem habet scriptum simpliciter. Quamobrem recusante quidem fideicommissario hereditatem recipere, solus qui rogatus est & adiit heres erit; at hereditate recepta jam solus fideicommissarius heredis locum obtinet, alter tamquam coheres ex re certam vicem subit legatarii.

Una aliqua re] Quod *præcedd.*§§. dicta sunt de scissione actionum hereditariarum inter heredem fiduciarium qui parte aliqua ex voluntate defuncti retenta reliquam hereditatem restituit & fideicommissarium Trebellianum, ea tunc obtinere hìc docemur quando quis rogatus est hereditatem restituere retenta parte aliqua hereditatis seu assis, sive ut vulgo Interpretes loquuntur, deducta quota. Aliud autem longe esse si quis præcepta re aliqua, veluti fundo, aut summa, puta centum aureis restituere rogatus sit; quamvis ea res vel summa quartam patem vel amplius contineat. Nam etsi hìc quoque similiter restitutio ex senatusconsulto Trebelliano fiat, actiones tamen nullas pro parte retenta nullave onera hereditaria apud heredem remanere, sed hæc omnia transire ad fideicommissarium, heredemque præceptum habiturum jure legatarii, id est sine ullo onere hereditario, quo constat legatarios non premi, *l.* 32. *ff. mand. l. ult. C. de her. act.* Mæcianus breviter & dilucide rem totam proponit in *l.* 30. §. 3. *ad sen. Treb. Multum interest*, inquit, *utrum qua pars jure hereditario retineatur an vero in re vel pecunia; nam superiore casu actiones dividuntur inter heredem & fideicommissarium; posteriore vero apud fideicommissarium sunt actiones.* Huc pertinet *l.* 1. §. *ult. eod.* Quod si heres coactus à prætore adierit etiam commodo præceptionis privabitur, *l.* 27. §. 14. *ad sen. Treb.*

Quæ quartam continet] Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, tum heres vel ad supplementum agere poterit vel quod quartæ deest jure hereditario retinere, Gloss. & DD. *hìc* arg. §. 7. *huj. tit. l.* 1. §. 16. *ad senat. Treb.* Æquum autem tunc esse ut heres saltem pro ratione istius supplementi creditorum actiones excipiat, utique in subsidium censent Glossa in *d. l.* 1. §. *ult.* Cantiunc. & Myns. *hic.*

Ex senatusconsulto Trebelliano] Ante transfusionem Pegasiani in Trebellianum si heres non ultra dodrantem restituere jussus erat restitutio fiebat ex senatusconsulto Trebelliano. Hoc cum nostri dicunt perpetuo significant actiones pro parte transferri. Si amplius dodrante restitutio fiebat ex Pegasiano: quo casu actiones apud heredem remanebant & stipulationes interponebantur secundum ea quæ tradita sunt §. 6. *huj. tit.* Hodie remoto Pegasiano indistincte pro parte restituta actiones trans-

transeunt. In casu autem proposito etiam antea restitutio fiebat ex Trebelliano, *l.* 1. §. 16. *ad sen. Treb.* actionesque in solidum transferebantur; quoniam heres apud quem nulla pars jure hereditatio remanet similis est legatario.

1. *In qua maxima pars hereditatis*] Finge, eum qui quadringenta possidebat rogasse heredem ut præcepto fundo qui trecentorum erat hereditatem Titio restitueret. Hic etiamsi fundus iste maximam partem hereditatis, id est dodrantem contineat, nihilominus tamen reliquo restituto in solidum actiones in Titium transferuntur; neque enim pretium rei rationem juris mutat aut efficit quominus res sit singularis. Ceterum hoc casu consumta portione restituta fideicommissario subveniendum esse, heredemque pro eo quod ultra quartam habet legatariis respondere debere tradunt Cantiunc. & Myns. *hic*; & multo ergo magis pro eadem quantitate tenebitur creditoribus; quippe quibus in subsidium etiam pro tota ea parte quam præcepit tenentur si hereditas solvendo non sit, ut vult idem Mynsing. & Gotofr. *in annot. marg. ad Schneid.* VINN. Quod etiam apud Hispanos obtinere constat ex *d. l.* 8. *in fin. tit.* 11. *Part.* 6. ADDIT. Etsi autem forte rationi juris veteris hæc non satis conveniunt; & fortassis nec novo, si fideicommissarius inventarium facere neglexerit, quo casu obligatur ultra vires receptæ hereditatis: novo tamen juri consentanea videntur, ubi fideicommissarius inventarium ex præscripto Justiniani fecit aut heres a se factum ei cessit: quorum alterutrum satis ei est ad exonerationem æris alieni quatenus modum hereditatis excedit, per ea quæ habet Bart. in *l.* 11. §. 5. *ad leg. Falc. n.* 9. & 10. quamquam Bachovius putat, etiamsi ipse fideicommissarius solvendo non sit heredem tamen in subsidium conveniri non posse, cum aliud remedium creditoribus paratum sit, & præcipue hoc, ut si putent heredem non esse solvendo bonorum separationem petant.

Et secum deliberare debet] Cautius faciet si jure deliberandi non utatur sed novo beneficio inventarii, quod à Justiniano datum omnibus quibus deliberandi potestas est de adeunda aut suscipienda hereditate, §. 5. *Inst. sup. de her. qual.*

Si duabus pluribusve] *L.* 27. §. 14. *hoc tit.* Quippe non multitudo rerum relictarum sed modus relinquendi juris differentiam inducit, inspiciturque semper utrum qua pars in hereditate seu jure universo heredi attributa sit, an in rebus singulis hereditariis. Mynsingerus imperite rem hereditariam cum quota hereditatis confundit.

Sed & si certa summa] Huc ergo pertinet *l.* 1. §. 17. *ad senat. Treb.* quem locum perperam DD. comm. aliò trahunt, nimirum ut probent etiam retenta quarta parte hereditatis actiones legatorum in solidum in fideicommissarium dari; quamquam vera mihi videtur propositio.

Ad eum qui ex parte] Pone, eum qui quadringenta habebat duos heredes instituisse singulos ex semisse, alterumque rogasse ut deducto fundo qui centum valet, aut deductis centum, partem suam restituere L. Titio. Titius recepta hereditate solus pro semisse actiones excipit; cum ubi partis dimidiæ heres rogatus est ut retenta parte quarta aut quadrante suæ portionis restituat atque restituit, pro sextante obnoxius maneat.

TEXTUS.

De fideicommisso heredis ab intestato.

10. *Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit ut hereditatem suam totam partemve ejus aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam alicui restituat; cum alioqui legata nisi ex testamento non valeant.*

L. 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.*
L. 3. *tit.* 9. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Ratio cur etiam à legitimis & honorariis heredibus fideicommissum relinqui possit.*

2 *An fideicommissum à legitimo herede relictum, successione propter repudiationem primi gradus agnati ad sequentem devoluta, debeatur.*

FIdeicommissum tam hereditatis quam singulare non solum testamento verum etiam codicillis relinqui potest. Quid ei observandum sit qui testamento relinquere fideicommissum hereditatis velit didicimus §. 2. *sup. hoc tit.* nimirum ut directo testamento heredem instituat atque ab eo relinquat. Codicillis potest quidem & ab herede testamentario relinqui, *l.* 3. §. 2. *l.* 8. *in pr. de jur. cod.* Ulpian. *in fragm. tit.* 25. §. 9. Ceterum potest & ab eo qui ab intestato venturus est, sive legitimum sit sive honorarius successor,

d.

d. l. 3. *pr. d. l.* 8 §. 1. Unde quamvis de instituto tantum herede senatus loquatur, *l.* 1. §. 2. *ad senat. Treb.* tamen ad legitimum quoque & honorarium per interpretationem consultum senatus extensum est, *d. l.* 1. §. 5. & *l.* 6. §. 1. *ad senat. Treb.*

1. *Intestatus moriturus*] Dubitari potuit an à successore legitimo aut honorario fideicommissum recte 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 heredes aut honorarii nihil à defuncto accipiunt, sed illos lex XII. tabb. ad hereditatem vocat, hos prætor ad bonorum possessionem. Verum hæc dubitatio facile tolli potest. Quamvis enim in casum non ademtæ hereditatis legitimi heredes à lege, honorarii à prætore vocentur: tamen cum defunctus eos testamento facto excludere potuisset aliis heredibus institutis (salva utique portione liberis & parentibus debita), hereditatem ipsis tacite relinquere videtur dum non adimit quod pro jure suo facere potuerat. Atque hoc est quod Jurisconsultus significat in *l.* 1. §. 6. *de legat.* 3. cum ait, *fideicommitti eorum posse ad quos aliquid perventurum est, vel dum ipsis datur vel dum non adimitur*: in quam sententiam eleganter Paulus *l.* 8. §. 1. *de jur. cod. Ideo*, inquit, *fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfam. sponte sua his relinquere legitimam hereditatem.* Ex quo etiam hoc efficitur, neminem posse fideicommittere heredis ab intestato nisi qui testamentum facere posset, *l.* 3. *in pr. de jur. cod.* Ulp. *d. tit.* 25. §. 3. Estque hoc juris explorati, eos qui testamentum facere non possunt nec codicillos posse, *l.* 6. §. 3. *l.* 8. §. 3. *de jur. cod.*

2. De illo quæsitum est, si quis intestatus decedens ab eo qui primo gradu ei succedere potuit fideicommissum reliquerit, si illo repudiante ad sequentem gradum devoluta sit successio, an fideicommissum debeatur. Negat Ulp. *d. l.* 1. §. *pen. de legat.* 3. quod tamen idem affirmare videtur *l.* 61. §. 1. *de legat.* 2. & Julian. *l.* 3. *de jur. cod.* Doctores vulgo cum Accurs. & Bart. ad *dd. legg.* interesse respondent utrum simpliciter heredes ab intestato venientes gravati sint an aliquis nominatim: illo casu fideicommissum à quolibet succedente deberi, hoc casu non deberi nisi à coherede gravati portionem suam repudiantis; quoniam is in portione accrescente similis est substituto, arg. *d. l.* 3. *de jur. cod.* junct. *l.* 29. §. 1. *de legat.* 2. add. Bart. in *l.* 77. §. 29. *de legat.* 2. quæ distinctio rationem habet. An. Faber 4. *conj.* 15. contendit, vitiosam esse lectionem *d.* §. *pen. legis* 1. *de legat.* 3. legendumque demta negatione, *fideicommissum debere.* Mihi tamen periculosa confidentia non placet.

Legata nisi ex testamento] Legatum olim non nisi testamento aut codicillis testamento confirmatis dari potuit: credo quia civilibus verbis atque imperativis legis modo relinquebatur. Ulpian. *in fragm. tit.* 11. fac. *l.* 38. *de cond. & dem.* quibus tantum 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 heredem facit. Probabile tamen est legata codicillis ab intestato data interpretatione plerumque adjuta atque ut vim fideicommissi haberent benigne receptum fuisse, arg. *l.* 76. *ad senat. Treb.* Hodie autem postquam constitutione Justiniani confusa est legatorum & fideicommissorum natura, *l.* 2. *C. comm. de leg.* hanc etiam differentiam sublatam esse tenebimus, & legata quoque ab intestato relicta directò valere, contra Jo. Fabrium, Angel. & Giphan. VINN. De quo apud Hispanos nulla reliqua est dubitatio ex *l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* ADDIT.

TEXTUS.

De fideicommisso relicto á fideicommissario.

11. *Eum quoque cui aliquid restituitur potest rogare ut id rursus alii aut totum aut partem vel etiam aliquid aliud restituat.*

L. 3. *tit.* 9. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

NOn modo heres de restituenda hereditate 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. §. 8. *ad sen. Treb.* posse & cogi primum fideicommissarium qui totam hereditatem cùm suspecta diceretur recepit totam restituere, *l.* 55. §. 2. *ad sen. Treb.* Solus autem heres beneficio legis Falcidiæ utitur, id est jus quartæ retinendæ habet, *l.* 47. §. 1. *ad leg. Falcid.* Etenim cum semel adita

est

est hereditas omnis defuncti voluntas rata constituitur, *d. l.* 55. §. 2. Proinde ceteri quatenus ceperunt & rogati sunt restituere fideicommisso obstringuntur, *l.* 78. §. 11. *ad sen. Treb.* similiter ut legatarii à quibus fideicommissum relictum, *l.* 32. §. 4. *ad leg. Falcid.* Plane si heres ut priori fideicommissario donaret jure suo usus non sit, posse quartam secundo fideicommissario detrahi responsum est *l.* 1. §. 19. *ad Sen. Treb.*

TEXTUS.

De probatione fideicommissi.

12. *Et quia prima fideicommissorum cunabula à fide heredum pendent & tam nomen quam substantiam acceperunt, ideo D. Augustus ad necessitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eundem Principem superare contendentes, ex facto quod Tribonianus vir excelentissimus Quæstor sacri palatii suggessit constitutionem fecimus, per quam disposuimus, si testator fidei heredis sui commisit ut vel hereditatem 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 penitus testis intervenerit: tunc sive pater heredis sive alius quicumque sit qui fidem heredis elegerit & ab eo restitui aliquid voluerit: si heres perfidiâ tentus adimplere fidem recusat negando rem ita esse subsecutam; si fideicommissarius ei jusjurandum detulerit cum 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 heredis commissa. Eadem observari censuimus etsi à legatario vel fideicommissario aliquid similiter relictum sit. Quod si is à quo relictum dicitur (postquam negaverit) confiteatur quidem aliquid á se relictum esse sed ad legis subtilitatem recurrat, omnino solvere cogendus est.*

L. 25. *post med. tit.* 11. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Quando dispositioni huj.* §. *locus.*

2 *Non mutari constituta* l. ult §. ult. C. de codic. *nec* l. 23. C. de fideic.

3 *Heredem in specie proposita non posse jusjurandum referre.*

4 *Glossema in fine textus observatum.*

AUdivimus suprà fideicommissorum originem nomen & substantiam à fide heredum manasse. Hinc Justinianus argumentum sumit mirifici in fideicommissa favoris, ut quemadmodum ex sola fide heredum ab initio pendebant, ita & sola religione heredum quorum præsentium fidei aliquid commissum est nunc consistant, nec ordinariam probationem desiderent. Constitutum hoc à Justiniano, *l. ult. C. de fideic.*

1. *Neque ex scriptura neque ex quinque testium numero*] Quando testator contemta omni alia probatione scripturæ vel testium fidei solius heredis committit ut aliquid præstet, placet Justiniano fideicommissum ab herede præstandum; idque sive neget heres fideicommissum à se relictum & jusjurandum super ea re sibi delatum subire recuset, sive ultro fateatur esse à se relictum sed dicat se non teneri quia non solemniter relictum sit, *d. l. ult.* Prius verbis constitutionis expressum est; alterum ex priori colligitur. Cur enim heres jurare recusans fideicommissum solvere cogitur? Non aliam utique ob causam quam quod recusatio jurisjurandi tacitam confessionem habet, *l.* 38. *de jurejur.* ut proinde multo magis fideicommisso eum obstringi oporteat confessione aperta. Quia autem & prior casus nonnihil iniqui habere videtur, & utroque jus novum ac contrarium ei quod de numero testium in ultima voluntate adhibendo placitum est continetur: ideo constitutionem suam adversus tacitas objectiones munivit.

2. Si quis enim forte objiciat, iniquum esse ab herede fideicommissum exigi citra ullam probationem: respondet, illud hac in re iniquum non esse ubi heres jurejurando sibi delato in sua causa constituitur testis & judex, ut sit in ejus potestate non teneri jurando se nescire quidquam relictum esse. Si quis dicat in omni suprema voluntate ad minimum requiri quinque testes, *l. ult.* §. *ult. C. de codic.* respondet, id justum esse cum res per testes probanda est ne quid falsitatis admittatur, cujus nihil in specie proposita metui potest: quoniam testimonium ab ipso herede eodemque debitore exigitur. Quod ergo traditum est in *l.* 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

pot-

poterit. Consule Mantic. *de conject. ultim. volunt. lib. 2. tit. 15. n. 5.* Qua autem ratione motus jus hoc introduxerit Justinianus in calce constitutionis exponit.

Qui in fideicommissis legitimus] Hoc à Theodosio primum constitutum est, *d. l. ult. §. ult. C. de codic.* Antea enim cum numerus testium in codicillis definitus non fuerit, vel duos idoneos suffecisse arbitror, arg. *l. 12. de testib.* de quo plenius sub *§. ult. Inst. 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.* Justinianus sancit, tunc solum obtinet cum defunctus rem quam præstari voluit fidei heredis præsentis commisit extra testamentum aut codicillos.

Cum prius ipse de calumnia juraverit] Id est, se non calumniandi seu vexandi heredemque religione urendi animo jusjurandum deferre, sed quia ita se rem habere sibi plane persuasum sit: quod jusjurandum licet alias in usu esse desierit, tamen in omni judicialis jurisjurandi delatione si exigatur est præstandum, juxta *l. 34. §. 4. de jurejur.* Damhoud. *prax. civil. cap. 151.* Merul. *lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8.*

3. *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. 38. de jurejur.* At in proposito ne referre quidem heres potest; quippe cum hìc agatur non de eo quod uterque scire potest, sed quod solus heres, & cujus actor ignarus est: quo casu relationi non est locus, *l. 11. & seqq. rer. amot. d. l. 34. in pr. de jurejur.* & ita recte Mynsing. Schneid. Wesemb. *hic*, mirumque est veteres Interpretes in re tam manifesta variare.

4. *Postquam negaverit*] Hæc verba neque in ipsa constitutione Justiniani reperiuntur, & testibus Cujacio, Russardo, Hotomanno, Contio desunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoscit; & Jo. Faber quoque refert se Bononiæ aliquot codices vidisse à quibus aberant. Quare suspicari licet glossema esse. Si vero retineantur, non ita accipienda sunt quasi non alia conditione heres in specie proposita fideicommisso obligetur quam si prius negaverit & ad jusjurandum actus jurare recuset; sed ideo posita, quia hic casus solum verbis expressus fuit. Ceterum simpliciter quisquis confitebitur de fideicommisso obligabitur; neque enim pœnæ causa hìc quidquam constitutum ut heredis inficiatio coërceatur; in quo falluntur DD. comm. Bart. Salic. Castr. Sichard. ad *d. l. ult.* Mynsing. Schneid. *hic*; sed totum voluntatis testatoris servandæ causa, ut diserte scriptum est in extremo *d. legis ult.* & tenent Jo. Fab. & Jas. 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 Wesembecio *hic*, Donello, in *d. l. ult.* nec alienus Mantica *d. lib. 2. tit. 13. n. 5.*

TITULUS XXIV.

DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM RELICTIS.

Continuatio & argumentum tituli.

HActenus de fideicommissis universalibus, quibus scilicet hereditas aut pars hereditatis relinquitur; quæ à legatis multum differunt: sequuntur nunc fideicommissa specialia, quibus relinquuntur res singulæ, quorumque & legatorum eadem ex constitutione Justiniani natura est idemque effectus; nam exæquatio illa legatorum & fideicommissorum de qua agitur §. 3. *Inst. sup. de legat.* & *l. 2. C. comm. de legat.* ad sola fideicommissa particularia pertinet, ut demonstravimus in explicatione *d. §. 3. & pr. tit. præc.* Docet hìc Imperator à quibus fideicommissa singularum rerum relinqui, tum quæ res per ea relinqui possunt: postremo in genere quibus maxime verbis fideicommissa relinqui solent.

TEXTUS.

Summa,

Potest tamen quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere, veluti fundum, argen-

tum, hominem, vestem & pecuniam numeratam; & vel ipsum heredem rogare ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis á legatario legari non possit.

L. 3. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Cur olim à legatario legari non potuerit, & an hodie possit.*

Fundum, argentum, hominem, vestem] Hæc nomina generalia quidem sunt, verum specifice hic sumuntur; intelligitur enim certa species ex eo genere relicta, *l.* 37. *de legat.* 1. Ceterum & si quis fundos suos omnes, omne argentum, vestem omnem, omnes servos per fideicommissum reliquerit, nihilominus tale fideicommissum speciale est & simile legato.

Vel legatarium] Singulæ res per fideicommissum non solum ab herede relinqui possunt verum etiam à legatario. Possunt & ab herede heredis vel legatarii, *l.* 5. §. 1. *de legat.* 3. Idem juris est de fideicommissario etiam rei singularis, §. 1. *huj. tit. l.* 9. *C. de fideicommiss.* & donatario mortis causa, *l.* 77. §. 1. *de legat.* 2. *l.* 8. §. 2. *de transact.*

1. *A legatario legari non possit*] A legatario legari non posse quamvis fideicommissa ab eo recte dentur discimus etiam ex Ulp. *in fragm. tit.* 24. §. 19. & Gajo in *lib.* 2. *Inst. tit.* 7. §. 3. Cujus differentiæ hæc ratio esse videtur, quod legata verbis civilibus & imperativis relinquuntur, quibus uti in eum solum liceat quem universi juris successorem esse volumus & locum nostrum subire. Disserit autem ita Justinianus, quasi hæc differentia etiamnum obtineret, quod etiam Giphanio videtur, eo quod hæc differentia naturalis sit, quoniam nulla legandi à legatario formula dari potest. Ego vero à communi & recepta Interpretum sententia non recedo, qui censent etiam hanc differentiam unà cum ceteris hodie sublatam esse, legataque non minus quam fideicommissa à legatario relinqui posse, per *l.* 2. *C. comm. de legat.* Equidem concedo non omnibus legandi formulis cum à legatario legatur locum esse; sed quod Giphanius ait nullam dari posse, id nego. Per præceptionem heredi á coheredibus dumtaxat legari constat. Non video etiam quomodo per vindicationem possit à legatario legari. Etenim si testator postquam ita legavit, *Titio fundum Tusculanum do lego*, mox eumdem fundum Sejo leget hac formula, *Sejo eumdem fundum Tusculanum do lego*; aut sic, *Sejus fundum Tusculanum sibi habeto*: aut conjunctio erit aut ademtio. At damnationis formulæ hic usus esse potest, *Titius damnas esto partem dimidiam fundi quem ei legavi dare Sejo: Titium legatarium meum centum Sejo dare jubeo.* 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 recte legari defendi potest; veluti si testator dicat, *L. Titius legatarius meus damnas esto sinere C. Sejum sibi habere partem fundi quem ipsi legavi.* Non obstat quod Justinianus simpliciter scribit à legatario legari non posse; nam præcedenti quoque titulo §. 10. simpliciter scripsit, legata nisi ex testamento non valere. Omnes quippe §§. in quibus observat differentiam inter legata & fideicommissa ex constitutione sua emendationem recipere voluit, quamvis separatim ita tractet quasi differentiæ adhuc manerent; id quod se facturum antea testatus est §. 3. *Inst. sup. de legat.* quo permixtio & similitudo noviter introducta clarior esset & facilior. VINN. Quin hodie legata etiam à legatario relinqui possint dubitandum non videtur. Vix tamen arbitror ex principiis juris veteris locum fuisse legato damnationis. *Damnas esto*, formula est legislatoria; testator autem erat quasi legislator non ratione legatarii quem non damnare sed locupletare debebat, sed ratione heredis tamquam successoris singularis. Ergo hujus juris ratio reddenda non est ex natura formularum. Nam revera formula nulla legato à legatariis relicto quadrabat, sed ex generali illo principio quod hodie legata & fideicommissa ejusdem naturæ esse censeantur. HEIN. Hodie etiam á legatario legari posse ad quantitatem quam judicio testatoris accepit, res certa est ex *l.* 3. *tit.* 9. *Part.* 6. ADDIT.

TEXTUS.

Quæ relinqui possunt.

1. *Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed & heredis aut legatarii aut fideicommissarii aut cujuslibet alterius. Itaque & legatarius & fideicommissarius non solum de ea re rogari potest*

est ut eam alicui restituat quæ ei relicta sit; sed etiam de alia, sive ipsius sive aliena sit. Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est inutiliter relinquitur. Cum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei qui rogatus est aut ipsam rem redimere & præstare aut æstimationem ejus solvere.

LL. 7. & 10. tit. 9. Part. 6.

Commentarius.

1 *Jam olim communia fideicommissis cum legatis.*

2 *Declaratio regulæ*, Neminem posse rogari ut plus restituat quam ipse cepit.

1. Multa etiam jam olim fideicommissis communia cum legatis fuere; quale est hoc quod hic traditur de re quæ testatoris propria non sit per fideicommissum relicta. Res quæ, cum in commercio sit, testatoris propria non est, eam necesse est vel heredis esse vel legatarii aut fideicommissarii vel tertii alicujus: quæ sola in hac tractatione plerumque aliena dicitur, ut notavimus §. 4. *Inst. sup. de legat.* Quemadmodum igitur non solum res testatoris legari potest sed etiam heredis, *d.* §. 4. ita sciamus, non solum res testatoris sed etiam heredis per fideicommissum relinqui posse; & quod responsum est, valere hujusmodi legatum etiamsi testator existimaverit rem suam esse, *l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. id ad hujus generis fideicommissum quoque pertinere. Contra quemadmodum res quæ legatarii est ei inutiliter legatur, §. 10. *Inst. sup. de legat.* ita & fideicommissario rem quæ ipsius sit inutiliter relinqui. De re legatarii aut fideicommissarii alteri legata quæri olim non potuit, quia ab his legari non licebat sed tantum fideicommissum dari. Nunc vero etiam in legatis huic quæstioni locus est. Sed hoc præterit Justinianus; quippe 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 nihilominus valere fideicommissum, eadem ratione qua si res heredis esset valeret, arg. *d. l.* 67. §. 8. *de legat.* 2. *d.* §. 4. *supr. de legat.* cum ibi notatis. Porro illud quoque commune est quod hic ait Justinianus, 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 á nobis in commentariis relatum est, legatum rei alienæ non semper deberi, sed interesse utrum testator sciverit an ignoraverit esse alienam, atque illo demum casu non hoc valere legatum, nisi conjectura voluntatis aliud suadeat: sciendum est ad fideicommissum quoque rei alienæ pertinere, *l.* 10. *C. de legat.*

Etiam de alia, sive ipsius] Legatarii scilicet qui rogatur, aut fideicommissarii primi; nam per fideicommissum non modo reddendi onus imponi potest, sed etiam dandi. Ipsi vero fideicommissario rem suam inutiliter relinqui existimo, arg. §. 10. *Inst. sup. de legat.* & mutuæ exæquationis legatorum & fideicommissorum, quidquid contrà disputet Bachovius.

2. *Ne plus rogetur quisquam restituere*] Hoc summam rationem habet. Ut enim liceat morientibus eam legem quam velit suis rebus dare: tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium cui nihil dedit oneret, aut oneret quemquam supra id quod ei reliquit & disponat de alieno, *l.* 1. §. 17. *ad sen. Treb. l.* 1. §. 6. *de legat.* 3. *l.* 114. §. 3. *ff. de legat.* 1. *l.* 9. *C. de fideic.* Hujus autem regulæ complures traduntur exceptiones: quæ tamen non tam exceptiones sunt quam declarationes regulæ. Cujusmodi est, quod si alicui centum legata sint & is duplum post tempus restituere rogatus sit placet valere fideicommissum etiam ultra summam legatam, quatenus intermedio tempore usuræ perceptæ eum excedunt, *l.* 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.* 70. §. 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.* 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.* 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 æstimationem ejus inferre, perinde ac juris est in rei alienæ legato, *l.* 14. §. 2. *l.* 30. §. *ult. de legat.* 3. quod latius explicatum *sup.* §. 3. *Inst. de legat.*

TEXTUS.

De libertate.

2. *Libertas quoque servo per fideicommissum dari potest, ut heres eum rogetur manumittere, vel legatarius vel fideicommissarius. Nec interest utrum de suo proprio servo testator roget an de eo qui ipsius heredis aut legatarii vel etiam extranei sit. Itaque & alienus servus redimi & manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, (si modo nihil ex judicio ejus qui reliquit libertatem perceperit) non statim extinguitur fideicommissaria libertas, sed differtur quoad possit tempore procedente ubicumque 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 directo ex testamento liber esse jubetur ipsius testatoris libertus fit, qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest quam qui utroque tempore testatoris fuerit, & quo faceret testamentum & quo moreretur. Directò autem libertas tunc dari videtur cum non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.*

L. 6. tit. 9. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Liberti Orcini, & numquid juris in eos familiæ.*

2 *Differentiam libertatis directæ & per fideicommissum datæ non tolli* l. 2. comm. de legat.

3 L. 58. de man. test. *cum aliis locis conciliata.*

ETiam libertates per fideicommissum dari possunt & quidem largius quam directo, cum non tantum propriis servis sed etiam alienis per fideicommissum libertas dari possit, modo vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas testatoris exprimatur, teste Licinio in *l.* 16. *de fideic. libert.* Quod ait, non tantum propriis sed etiam alienis, ex eo intelligitur directo servis alienis libertatem dari non posse: quod etiam expresse rescriptum est in *l.* 9. *C. de test. man.* Putaverit tamen quis etiam in casu libertatis servo alieno directo datæ favore libertatis defendi ei posse fideicommissariam, arg. *l.* 24. §. 10. *de fideic. libert. l.* 10. §. *ult. de testam. tut.* Sed obstant memorati textus, & maxime *l.* 9. *C. de testam. man.* quo loco rescribitur, nec heredis servo directò libertatem dari posse. Quod si directò data saltem in vim fideicommissæ valeret id utique Imperatores consulti non dissimulassent; & in *l.* 108. §. 9. *de legat.* 1. tale legatum dicitur esse nullius momenti. VINN. Nec obscura est ratio. Nam si heres directo damnatus esset servum alienum manumittere, istud legatum frustraneum fuisset si dominus eum liberum fieri nollet, adeo ut nec æstimatio legatario præstare potuisset. Non poterat autem res aliena aliter legari quam ut domino eam vendere nolente legatario æstimatio præstaretur, §. 4. *Inst. de legat.* Fideicommissorum autem cum esset benignior interpretatio, judicarunt Veteres iis & servo alieno libertatem relinqui posse, eatenus ut expectetur emendi oportunitas. Et hinc etiam reddi poterit ratio cur in *l.* 30. *ff. de manum. testam.* servo proprio qui apud hostes est servitus directo relinqui potest, quia quamvis hujusmodi servus in præsens non sit testatoris, tamen vel æstimatio præstari potest, id est, λύτρον, vel si id repudietur spes superest servum postliminii jure in potestatem heredis rediturum. HEIN.

Vel legatarius vel fideicommissarius] Qui si testatoris servus est ab herede eum rediment & manumittent; si modo quod à defuncto iis relictum est agnoverint.

Aut legatarii] Quo casu legatarius accepto legato cogetur servum manumittere, etiamsi fortasse minus sit in eo quod accepit quam in pretio servi, *d. l.* 24. §. 12. *de fideic. libert.* quia non pluris servum suum æstimasse videtur, *l.* 36. *ad leg. Falc.*

Aut etiam extranei] *L. 6. C. de fideic. libert.* Ceterum legatarius alienum servum manumittere rogatus non alias erit cogendus quam si tanti possit redimere quanti est id quod ex judicio defuncti consecutus est, *d. l.* 24. §. 12.

Non statim extinguitur libertas] Si dominus servum suum cui libertas per fideicommis-

missum relicta est vendere nolit, non ideo protinus fideicommissum extinguitur, sed spectanda est emendi oportunitas, *d. l. 6. C. de fideicom. libert.* equidem æstimatio hìc præstari non potest ut in casu §. *præced. in fin.*

Ejus qui manumittit] Cui per fideicommissum libertas relinquitur is ejus libertus efficitur à quo manumissus est, *l. 7. C. de fideic. libert.* Ceterum hìc manumissor jus patronatus in eo tantum adquirit, ut contra tabulas & ab intestato ad bona ejus venire possit; at non ut etiam operas ei possit imponere aut impositas ab eo petere, *l. 29. de bon. libert.*

1. *Ipsius testatoris*] Directa libertas ipso jure statim ab adita hereditate competit, *l. 10. C. de test. man. ll. 23, & 25. ff. de man. test. l. 32. §. ult. de test. tut.* Itaque is qui directò testamento liber esse jubetur testatoris libertus fit, ut hìc ait Justinianus: quam ob causam libertus *Orcinus* appellatur, quasi *Orci libertus*, aut ejus *qui ad orcum demissus est*: *Acheronticus* à Cujacio, Χαρωνιακὸς (*Charonus*) á Theophilo vocatur, eadem forma qua *Orcini senatores*, quorum in *Augusto cap. 35.* meminit Suetonius; à Plutarcho in *M. Antonio* Χαρωνῖται (*Charonitæ*) dicuntur. Orcinorum crebra in libris nostris mentio est, *l. 3. §. 3. de legit. tut. l. 8. de her. inst. l. 22. de pecul. leg. l. 1.* alias 2. §. 10. *de dot. præl. l. 2. de statu lib. l. 4. §. 12. ff. de fideic. lib. l. 10. C. de testam. man. l. 8. C. de jur. & fact. ign.* Orcini etiam liberti efficiuntur qui latitante herede vel legatario rogato manumittere ad libertatem perducuntur, quique ob necem domini detectam præmium libertatis consequuntur, *l. 30. §. 12. l. 49. de fideic. libert. l. 5. qui sine man.* Igitur Orcini cum eum patronum habeant qui esse desiit, non male dicuntur liberti nullius esse, *l. 4. in pr. de bon. libert.* Legimus tamen, Orcinos ad familiam testatoris pertinere, *l. 3. §. 3. de legit. tut.* libertos familiæ fieri, *l. 48. de manum. test.* liberos & cognatos jus patronatus in Orcino habere, *l. un. §. 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.

2. Porro hæc differentia etiam post constitutionem Justiniani qua directo & per fideicommissum data exæquata sunt, *l. 2. C. comm. de legat.* retinenda est; quippe quam voluntas testatoris facit, & quæ tolli sine injuria ejus 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.

3. *Quo faceret testamentum & quo moreretur*] Hoc item traditur in *l. 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. 58. de man. test.* legimus, eum qui liber esse jussus est alienatum á testatore si ante aditam ejus hereditatem rursus hereditarius factus sit hereditate adita ad libertatem pervenire: sic omnino accipiendum est, si superstite testatore in potestatem redierit; nam jacente hereditate qui mortis tempore testatoris non fuit hereditarius fieri nequit. Plane si servis testatoris qui apud hostes sunt libertas directo data sit, placet hos libertatem consequi quandocumque ab hostibus reversi sint, licet neque testamenti neque mortis tempore testatoris fuerint, *l. 39. de man testam.*

Velut ex suo testamento] Α'μέσως (*immediate*) protinus ex testamento: cum testator servum suum se mortuo simpliciter liberum esse jubet nec ab alio libertatem dari mandat.

Textus.

De verbis fideicommissorum.

3. *Verba autem fideicommissorum hæc maxime in usu habentur*: Peto, rogo, volo, mando, fidei tuæ committo: *quæ perinde singula firma sunt atque si omnia in unum congesta essent.*

L. 2. tit. 12. Part. 6.

Commentarius.

1 *Verba imperativa interdum vim habere precariorum.*

Recensentur hìc à Justiniano verba fideicommissorum maxime usitata & quæ vulgaria dicuntur in *l. 16. de fideic. lib.* nam increscente progressu temporis favore fideicommissorum longe plura recepta sunt, placuitque fideicommissum etiam aliis verbis relictum valere, veluti his, *cupio des, opto des, credo te daturum, exigo, desidero ut des, volo heredi-*

ditatem meam Titii esse, scio, non dubito te hereditatem meam restituturum Titio, l. 115. l. 118. de legat. 1. l. 67. §. ult. de legat. 2. l. 39. de legat. 3. Paulus 4. *sent.* 1. scribit, his omnibus verbis fideicommitti posse, *Rogo, peto, mando, deprecor, cupio, injungo, desidero quoque & impero.* Quod Paulus *impero* quoque inter verba fideicommissi numerat, id non videtur convenire differentiæ quam Ulpian. *in fragm. tit. 24. & 25.* facit inter legata & fideicommissa, legatum definiens quod imperative relinquitur, fideicommissum quod precative; perinde enim hoc est ac si diceret, legatum esse quodcumque verbis imperativis, quæ alias directa & civilia vocantur, relinquitur; fideicommissum quod verbis precativis sive precariis.

1. Sed sciendum est verba imperativa sæpe vim habere precariorum, quod ex objecto & voluntate testatoris æstimandum est. Etenim si sic dicat, *L. Titio heredi meo impero ut servum meum Stichum manumittat*, proculdubio hic per fideicommissum libertas data intelligitur. Idemque est si dixerit, *Jubeo*, aut *heres damnas esto manumittere.* Similiter si imperaverit heredi ut hereditatem aut rem aliquam restituat, valebit hoc jure fideicommissi tamquam verbo precario relictum. Et cur minus eo verbo relictum valeat quam si dicat, *jubeo*? quod etsi directum est, Ulp. *d. tit. 24. §. 3. l. 2. C. comm. de legat.* vim tamen precarii habere constat quoties quid restitui jubetur, *l. 88. §. 10. de leg. 2. l. 28. §. ult. de lib. leg.* aut minus etiam quam *volo*, quod cum imperativum sit tamen in fideicommissis est usitatissimum. Quod si ita dixerit, *Impero tibi heres ut L. Titio centum des*, hoc jam non fideicommissum erit sed legatum. Nihil enim interest *impero* quis dicat, an *heredem meum dare jubeo*, aut *heres damnas esto dare.* Ulpian. *d. tit. 24. §. 3.* Verba *relinquo & commendo* negat Paulus *d. loc.* ullam fideicommissi actionem parere. De verbo *commendo* constat, *l. 11. §. 2. ff. de legat. 3. l. 12. C. de fideicom. libert.* At ex verbo *relinquo* videtur fuisse petitio fideicommissi, *l. 78. §. 8. ad sen. Treb.* Sed de eo nunc laborandum non est postquam Justinianus omne verbum significans testatoris legitimum sensum legare vel fideicommittere volentis utile atque valiturum esse jussit, *l. 2. C. comm. de leg.* Sæpe enim, quod notandum est, ex conjectura voluntatis fideicommissum inducitur, cum verba fideicommissi non sunt, aut sunt fideicommissi inutilis si sola spectantur: exempla in *l. 17. in pr. l. 29. ad Treb. l. 64. l. 69. in pr. de legat. 2. l. 11. §. 4. l. ult. §. 3. de legat. 3.* Consulantur Matheac. *epit. legat. lib. 1. cap. 3.* Chiflet. *lib. 2. de jur. fideic. 18. & 20.* Mantic. *lib. 7. & 8. de conj. ult. vol.* D. Tulden. *comm. in tit. præc. cap. 3.*

TITULUS XXV.

DE CODICILLIS.

Dig. lib. 29. tit. 7. Cod. lib. 6. tit. 36. Et Part. 6. tit. 12.

Ratio ordinis. Codicilli unde dicti: eorum definitio & divisio.

Summa tituli.

VIderi alicui poterit disputatio de codicillis non recte subjecta tractationi de successione ex testamento; quippe cum si codicilli tantum facti sint succedatur ab intestato. Verum Justiniano, ut apparet, propositum hic maxime fuit agere de codicillis à testato factis, qui pars sunt testamenti ejusque jus sequuntur. Sed & codicilli ab intestato facti speciem quamdam testamenti exhibent, *l. 16. hoc tit.* Codicilli dicti sunt parvi codices, id est tabellæ ex codicibus aut ligno. Itaque quemadmodum testamentum codex appellatur, Juven. *sat. 10. Codice sævo Heredes vetat esse suos*, quia testamentum in codicibus tantum scribebatur sive tabulis grandioribus: ita voluntas suprema minus solemnis aut plena codicilli, & aliquando numero unitatis codicillus, *l. 38. ff. de cond. & dem. l. 14. C. de testam.* propterea quod scribi solita erat in codicillis, id est tabulis brevioribus & tenuioribus, ita factis ut facile quo cuique commodum esset circumferri atque in sinu gestari possent. Est igitur codicillus ὑποκορίστικον (*diminutivum*) à codice: quamquam ob-

obtinuit ut etiam nuncupata imperfecta voluntas codicillus dicatur, *l.* 13. *C. de sacrosc. Eccles. l. ult. C. de bon. libert. l. ult.* §. 1. *C. de codic.* quemadmodum heredi nuncupato dari dicitur bonorum possessio secundum tabulas licet tabulæ nullæ sint, *l.* 2. *C. de bon. poss. sec. tabb.* Codicilli igitur sunt supremæ voluntatis testatio minus solemnis; eorumque ut & testamenti duo sunt genera: scripti in quibus voluntas scribitur, & non scripti in quibus nuncupatur. Primum hìc commemorat Justinianus à quibus & quam ob causam usus codicillorum introductus comprobatusque sit; deinde modum ordinationis & quæ res codicillis relinqui possint ostendit. VINN. Non opus est ambagibus circa vocis *codicillus* originem. Codicilli Veteribus sunt epistolæ vel scripturæ ad alios missæ. Vid. Cic. ad *Fam. lib.* 4. *ep.* 12. & *lib.* 6. *ep.* 18. *ad Attic. lib.* 12. *ep.* 8. *ad Quint. fratr. lib.* 11. *epist.* 10. Imprimis ita vocatæ litteræ ad præsentes missæ. Sen. *epist.* 55. Quia ergo codicilli plerumque perscribebantur in forma epistolæ, *l.* 56. *ff. de fideic. libert. l.* 37. §. 2. *l.* 32. §. 3. *ff. de legat.* 3. *l.* 30. §. 1. *ff. de adim. vel transf. leg.* Brisson. *de formul. lib.* 8. *p.* 686. hinc & nomen retinuerunt. HEIN.

TEXTUS.

Origo.

Ante Augusti tempora constat codicillorum jus in usu non fuisse; sed primus Lucius Lentulus ex cujus persona etiam fideicommissa esse cœperunt codicillos introduxit. Nam cum decederet in Africa, scripsit codicillos testamento confirmatos, quibus ab Augusto petiit per fideicommissum ut faceret aliquid. Et cum D. Augustus voluntatem ejus implesset: deinceps reliqui ejus auctoritatem sequuti fideicommissa præstabant; & filia Lentuli legata quæ jure non debebat solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, interque eos Trebatium quoque cujus tunc auctoritas maxima erat, & quæsîsse an posset recipi hoc, nec absonans à juris ratione codicillorum usus esset; & Trebatium suasisse Augusto, quòd diceret utilissimum & necessarium hoc civibus esse propter magnas & longas peregrinationes quæ apud Veteres fuissent, ubi si quis testamentum facere non posset tamen codicillos posset. Post quæ tempora cum & Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat quin codicilli jure optimo admitterentur.

COMMENTARIUS.

LEntulus ex cujus persona etiam fideic.] Quod ait, à persona Lentuli & fideicommissorum & codicillorum usum cœpisse, non sic accipiendum est quasi primus hic Lentulus fidei heredis aliquid commiserit aut primus fecerit codicillos; sed quod ille primus occasionem præbuit ut fideicommissa quæ antea nullo juris vinculo continebantur rata esse cœperint iisque heredes obligari; tum ut etiam codicilli quibus antea nihil efficaciter dari poterat recepti sint, & fideicommissa quoque codicillis relicta peti potuerint. Quis ille Lentulus fuerit non constat & parum refert. VINN. Immo constat, intelligi hìc L. Lentulum quem cum M. Valerio Messala consulem fuisse A. U. C. DCCLI. ex marmore apud Reinesium *inscript. class.* 10. 3. *p.* 597. discimus. Ei Pighius falso tribuit Cossi prænomen, quod ex marmoris istius fragmento Reinesius restituit. HEIN.

Testamento confirmatos] Testamento scilicet quod antea Romæ aut in Italia fecerat, cum in eo scripsisset se ab heredibus suis petere ut si quid postea codicillis relicturus esset id bona fide præstarent. Exemplum testamenti quo futuri codicilli confirmantur habemus apud Marcellum *l. ult. de fideic. libert.*

Quibus ab Augusto petiit] Indicio hoc est Augustum testamento Lentuli heredem institutum fuisse saltem ex aliqua parte; & frequens erat illis temporibus ut viri primarii Principem ex portione aliqua heredem scriberent.

Deinceps reliqui] An reliqui testamento Lentuli Augusto coheredes dati, ut vult Wesembecius Theophilum secutus; an potius alii aliorum codicillis rogati, ut fere amant subditi exemplum Principis sequi? Quod magis placet.

Et filia Lentuli legata quæ jure non debebat] Non quia relicta incapacibus τοῖς μὴ δυναμένοις λαμβάνειν (*qui capere non possunt*), sed quia relicta codicillis qui tunc temporis adhuc firmitudinem nullam juris habebant. Non est igitur hæc ratio, quod legata codicillis dari non poterant, in quo fallitur Wesembecius; sed quòd nihil eorum quæ codicillis licet testamento confirmatis scripta erant valeret. Et præcedentia arguunt, *legata* hìc positum pro *fideicommissa*. Plane postea receptum fuit ut etiam legata codicillis testamento confirmatis dare liceret, *l.* 2. §. 2.

de

de jur. cod. l. 8. §. *ult. eod.* Apparet autem ex hoc loco filiam quoque Lentuli ex parte heredem à patre scriptam fuisse, cùm tamen eo tempore vigeret adhuc lex Voconia: quod argumento est, filias partem aliquam hereditatis paternæ per legem capere potuisse, atque ex ea parte etiam directo heredes institui: qua de re scripsimus fusius supra ad §. 1. *Inst. de fideic. her.* Nulla igitur causa est cur cum Hotomanno pro *filia* restituamus *filiæ.*

Convocasse sapientes viros] Augustus, ut erat Princeps prudentissimus, non temere aut inconsulto irrepentem in Rempubl. novum codicillorum usum confirmandum sibi putavit; sed prius explorare voluit judicium & sententiam virorum sapientum, censerentne 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 præclare ab Ulpiano dictum est, *in rebus novis constituendis evidens esse utilitas debet, l.* 2. *de const. Princ.*

Ubi si quis testamentum facere non posset] Propter civium Romanorum qui ad testimonium necessarii erant penuriam. De facto enim loquitur non de jure, uti Jurisconsultus in *l.* 8. §. 2. *de jur. cod.* nam testamenti factio loco alligata non est, DD. comm. in *l.* 1. *C. de sacros. Eccles.* Ceterum & illud palam est, eum qui testamentum facere non potest nec codicillos posse, *l.* 6. §. 3. *d. l.* 8. §. 2. *de jur. cod.*

Cum & Labeo] Qui eodem tempore maximæ auctoritatis fuit & à Trebatio institutus est, auctore Pomponio in *l.* 2. §. 47. *de orig. jur.* VINN. Conferendi hìc omnino Tacit. *lib.* 3. *Annal. cap.* 75. & Gell. *lib.* 13. *cap.* 12. Nos quoque de diverso Antistii Labeonis & Ateii Capitonis ingenio, & prudenti Augusti consilio Labeonem sibi conciliandi nonnulla monuimus in *Antiq. Rom. lib.* 1. *tit.* 2. §. 39. *p.* 68. HEIN.

TEXTUS.

Efficiens.

1. *Non tantum autem testamento facto potest quis codicillos facere, sed & intestatus quis decedens fideicommittere codicillis potest. Sed cum ante testamentum factum codicilli facti erant, Papinianus ait non aliter vires habere quam si speciali voluntate postea confirmentur. Sed divi Severus & Antoninus rescripserunt, ex iis codicillis qui testamentum præcedunt posse fideicommissum peti, si appareat eum qui testamentum fecit à voluntate quam in codicillis expresserat non recessisse.*

L. 1. *tit.* 12. *Part.* 6.

COMMENTARIUS.

1 *Voluntatem in hoc paratam ut testamentum sit ne jure quidem codicillorum valere, nisi adjecta sit clausula codicillaris.*
2 *Testamento facto codicillos quoscumque & quocumque tempore factos jus testamenti sequi.*
3 *Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos; ceterum hodie sublata.*
4 *Quatenus ex his quæ testamento causa mutare quid liceat.*
5 *Sententia extremorum verborum hujus §.*

1. 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 postea natus codicillis relicta præstabit, *l.* 3. *l.* 8. *in pr. &* §. 1. *l.* 16. *de jur. cod.* Hoc unum exigimus ut codicilli valeant, ne voluntas defuncti in hoc instituta sit ut testamentum esset; quod eo pertinet ut sciamus eam voluntatem quæ in codicillis valere potuit si defunctus codicillos facere instituisset, non valere jure codicillorum ut voluntatem intestati, si in hoc parata sit ut testamentum esset. Neque enim ad validitatem actus civilis sufficit forma si agentis deest intentio, ut bene D. Tuld. *hìc cap.* 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.* 13. §. 1. *de jur. cod. l.* 29. *ff. qui test. fac. l.* 14. *C. de test.* nisi adjecerit velle se eam voluntatem si jure testamenti non possit valere saltem vice codicillorum: quæ cautio vulgo clausula codicillaris dicitur; aut valere quacumque ratione poterit, sive, ut nunc fere, omni meliori modo, *d. l.* 29. *qui test. fac. l.* 41. §. 3. *de vulg. & pup. l.* 3. *in fin. de test. mil. l.* 13. *de inof. test. l.* 88. §. *ult. ff. de legat.* 2. *l. ult.* §. 1. *C. de jur. cod.* de cujus clausulæ vi ac potestate, & an clausula codicillaris à testatore omissa quibusdam casibus subintelligi debeat; denique an præsumendum sit ex stylo & consuetudine notarii eam clau-

su-

sulam adscriptam esse, an ex voluntate & scientia testatoris vid. Mant. *de conject. ult. vol. lib.* 1. *tit.* 9. & 19. add. Gail. *obs.* 2. 114. Chiflet. *lib.* 3. *de jur. fideic.* Schneid. *hic cap. de claus. codic.* & eruditissimum Jo. Decherum *lib.* 1. *dissert.* 8. *n.* 27. & *seqq.* Christin. *vol.* 4. *dec.* 32. Ant. Fab. *Cod. suo hoc tit.* fere per totum.

2. Testamento autem condito codicilli quocumque tempore facti fuerint ad testamentum pertinent vire que ex eo capiunt etiamsi in eo confirmati non sint, *l.* 3. §. *ult. d. l.* 16. *hoc tit. de jur. cod.* denique infirmato testamento & codicilli concidunt, *l.* 1. *C. de cod. d. l.* 3. §. *ult.*

3. Illud interest inter codicillos testamento nominatim confirmatos & non confirmatos, quod illis relicta etiam directo jure valent, veluti legata & libertates directo datæ, *l.* 43. *de man. testam.* perindeque omnia habeantur ac si in testamento scripta essent, excepta causâ hereditatis, *l.* 2. §. 2. *de jur. cod.* quo loco palam est Julianum agere de codicillis confirmatis. At quæ codicillis non confirmatis relicta sunt, sive verbis directis sive precariis, debentur jure fideicommissi, arg. *d. l.* 2. §. *ult. l.* 13. §. 1. *de jur. cod. l.* 76. *ad senat. Treb.* Illud enim dicere nolim, ea sola quæ verbis precariis codicillis non confirmatis relicta sunt valere; neque cum Ant. Fabro. 15. *conj.* 15. potentius esse jus codicillorum qui ante testamentum facti sunt quam eorum qui postea scripti, quasi in illis post rescriptum Imperatorum Severi & Antonini etiam quæ directo relicta sunt jure fideicommissi valeant, in his nihil nisi precariis verbis utiliter relinquatur: quod perquam mihi absurdum videtur. Sed non est quod de his amplius laboremus; cum enim confusa nunc sit legatorum & fideicommissorum natura, *l.* 2. *C. comm. de legat.* dubitandum non est quin legata codicillis etiam non confirmatis data directo nunc valeant.

Ante testamentum] Meminit tantum codicillorum factorum ante testamentum, quoniam quin codicilli post testamentum conditum scripti etiam sine confirmatione valerent non videtur fuisse dubitatum, cum quod quisque postremum cavet id ratum esse velle satis constet. Fuit quidem usita tum ut etiam futuri codicilli testamentum confirmarentur, ut apparet ex *ll.* 7. & 8. *seq.* §. *ult. l.* 18. *ff. 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.* 13. §. *ult. de jur. cod.* nisi ad hoc ut legata & libertates datæ directo valerent.

4. Illud quæritur, quatenus codicillis posterioribus ex his quæ testamento cauta sunt mutare quid aut tollere liceat. Hereditatem codicillis adimi non posse translatitium est; quam ob causam nec conditio heredi instituto codicillis adjici potest, §. *seq.* At potest heres testamento scriptus codicillis rogari ut hereditatem restituat, *l.* 2. *C. de jur. cod.* Possunt & fideicommissa testamento relicta codicillis adimi, quinimmo & legata, utique hactenus ut legatarius ex testamento agens repelli possit exceptione doli mali, arg. *l.* 4. §. 10. *de dol. mal. except.*

Quam si speciali postea voluntate] Papinianus existimabat codicillos ante tabulas testamenti factos non aliter valere quam si testamento quod postea factum est vel codicillis confirmarentur, aut prior voluntas quocumque judicio retineretur, *l.* 5. *de jur. cod.* 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 una cum voluntate habendi heredem 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 heredi, cum ex sententia Papiniani retentæ voluntatis probatio exigeretur ab eo qui ex codicillis quid peteret; atque ut nunc præsumtio sit pro codicillis, cum antea contra esset.

5. *Si appareat eum &c. non recessisse*] Hoc omnino sic accipiendum est cum clarissimo D. Tuld. *cap. ult. hic*, ac si scriptum esset, *nisi appareat eum qui testamentum fecit à voluntate quam in codicillis expresserat recessisse.* Satis enim apparet non recessisse ex eo ipso quod non apparet recessisse. Alioqui dici non potest quid novi circa jus codicillorum rescripto Severi & Antonini introductum sit, cum ipsi Papiniano suffecerit voluntatem codicillis declaratam quocumque judicio retentam probari, ut bene disputat Ant. Faber. 15. *conject.* 15. Similis loquendi formula in eodem sensu etiam apud Veteres occurrit, ut in *l.* 30. *de jur. dot. l.* 24. §. 8. *de fideic. libert. l.* 8. §. 2. *de novat.* neque enim semper æque accurate auctores juris loquuntur. Estque hæc communis usuque recepta sententia, codicillos nisi testamento postea facto revocati probentur tacite confirmatos intelligi. Gloss. & Bart. in *l.* 5. *de jur. cod.* Mantic. *lib.* 1. *de*

conj. ult. volunt. tit. 8. Myns Schneid. Wesemb. *hic.* totoque judicio fallitur Hotomannus, qui scribit hoc jure nos uti ut nisi retenta voluntas probetur codicilli per testamentum revocati videantur.

TEXTUS.

Materia.

2. *Codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum & codicillorum; & ideo nec exheredatio scribi. Directo autem hereditas codicillis neque dari neque adimi potest; nam per fideicommissum hereditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directo quis potest.*

L. 2. tit. 12. Part. 6.

COMMENTARIUS.

1 *Hereditatem codicillis dari aut adimi non posse, nec si testamento confirmati sint; & quæ hujus juris ratio.*

2 *Regulam hanc intelligi de hereditate directo danda non per fideicommissum; & quid inter hæc intersit.*

3 *Consequens esse superiori regulæ, instituto heredi codicillis neque conditionem recte adjici, neque detrahi neque directo substitui.*

1. UT cetera omnia codicillis vel ab intestato factis vel à testato licet testamento non confirmatis relinqui possint, maxime novo jure post exæquationem legatorum & fideicommissorum: hereditas tamen codicillis dari non potest, nec si testamento confirmati sint, *l.* 10. *ff. de jur. cod. l.* 2. *C. de cod. l.* 76. *ad sen. Treb.* & militis in hoc privilegium agnoscimus quod codicillis heredem facere possit, *l.* 36. *de test. mil.* Datur enim hereditas per institutionem heredis 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, *l.* 7. *C. hoc tit. l.* 19. *C. de pact. l.* 34. *C. de transact. l.* 5. *C. de pact. conv. tam sup. dot. l.* 4. *C. de inut. stip.* Non obstant species propositæ in *l.* 77. *de her. inst. l.* 10. *de cond. inst.* illic enim non proponitur hereditas data ut confirmata codicillis, sed data testamento quod codicillis declaratur aut purificatur, ut loquitur Baldus. Hoc autem posito, hereditatem 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 heredes, *l. pen.* §. 1. *ff. de cond. inst. l.* 2. *C. hoc tit. l.* 4. *C. de his quib. ut indign.* & ideo liberi codicillis frustra exheredantur, fac. *l.* 14. *C. de testam.*

Ne confundatur jus testamentorum] Et ne alioqui, quod absurdum & præposterum est, per codicillos qui ex testamento vim sumunt ipsum testamentum quod vires per institutionem heredum accipit confirmari videretur, ut Papinianus disputat in *d. l.* 10. *de jur. cod.* Nimirum si hereditas 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 est Constantini in *l.* 7. *C. hoc tit.*

2. *Directo autem hereditas &c. nam per fideicommissum*] Quod toties traditum est, *hereditatem codicillis nec dari nec adimi posse*, sic accipitur ut directo non possit dari, puta herede codicillis instituto aut substituto, *d. l.* 7. *C. hoc tit.* nec directo codicillis adimi, puta quæ aut testamento data est aut lege debita, *l.* 4. *C. de his quib. ut indign.* Ceterum per fideicommissum seu verbis precariis etiam codicillis hereditas jure relinquitur, *l.* 2. *C. hoc tit.* daturque & adimitur. Dari intelligitur ei cui hereditas restitui rogatur; adimi ei qui rogatur restituere. Nam licet is ipso jure adhuc heres maneat; manet tamen nomine tantum, effectu autem is heres fit cui hereditas restituitur. Multum vero interest utrum dicamus codicillis directo hereditatem relinqui posse an per fideicommissum dumtaxat; nam directo relicta semper tota capitur ab instituto, relicta per fideicommissum non capitur à fideicommissario nisi imminuta detractione quartæ Falcidiæ, si is qui rogatus est restituere jure suo uti velit, qui pro ea parte etiam effectu tum heres manet. Porro cum confirmatio quoque in speciem directæ dationis cadat, negat Jurisconsultus in *l.* 2. §. *ult. de jur. cod.* hereditatem testamento inutiliter datam posse codicillis quasi hereditatem confirmari; sed tantum ex fideicommisso peti salva ratione legis Falcidiæ. Unde Justinianus secundum veteres leges sic definit, hereditatem codicillis neque dari neque confirmari posse, *l. pen.* §. 1. *C. de nec. serv. her. inst.* VINN. Verumtamen cum apud Hispanos fideicommissarii rectâ hereditatem adire possint, atque nulla sit detractio Trebellianica, ut superius monuimus: quis porro laborabit an hereditas directe an oblique vel in codicillis ei relicta sit, cum quod ad effectus attinet idem jus obtineat? Vid. Pichard. multa hic de verbis disputantem. ADDIT.

Nec

3. *Nec conditionem adjicere*] Heredi pure instituto conditio codicillis adjici non potest, *l. 6. in pr. de jur. cod.* quia scilicet conditione adjecta testator in defectum conditionis de ademtione hereditatis cogitasse intelligitur, *l. 27. §. ult. de cond. inst.* Quod si codicillis adjicere conditionem institutioni non licet, multo minus licebit detrahere, cum hoc casu pure hereditas detur quæ prius in defectum conditionis data non erat.

Neque substituere directo] Nam qui directo substituit, in defunctum prioris heredis alium heredem instituit. Est enim species institutionis substitutio, *l. 1. de vulg. & pup.* Plane interdum directis verbis facta in codicillis substitutio ad fideicommissum traditur benigna interpretatione, *l. 76. ad Treb.* In universum autem, si constet aliquem qui testamentum non habebat codicillos, non testamentum, facere voluisse, in ea scriptura directa institutionis verba ex voluntate defuncti, quamvis clausula codicillaris adjecta non sit, in vim fideicommissi valere placet; perindeque haberi ac si legitimus heres rogatus esset scripto in codicillis hereditatem restituere, *l. 13. §. 1. de jur. cod.* & ibi Bart. Bald. & alii, & in *l. 7. de vulg. & pup.* Vinn. Eoque jure utimur, ut docet Gregor. Lopez *gloss. 2.* ad *l. 2. tit. 11. Part. 6.* Addit.

Textus.

Numerus & solemnitas.

3. *Codicillos autem etiam plures quis facere potest, & nullam solemnitatem ordinationis desiderant.*

Commentarius.

1 *Cur cum plura testamenta unius hominis esse non possint, plures possint esse codicilli.*

2 *Codicillos non esse omnino sine aliqua solemnitate ordinationis; quod tamen non pertineat ad confirmatos testamento.*

3 *Utrum mulier in codicillis recte testis adhibeatur.*

1. Notantur hic & aliæ differentiæ inter testamentum & codicillos. Plura testamenta unius hominis esse non possunt, quamvis pluribus codicibus seu exemplis unum idemque testamentum fieri possit, §. *pen. Inst. sup. de test. ord.* Nam cum unumquodque testamentum universam successionem contineat, si novissimam testatoris voluntatem servari placet prius semper per posterius rumpatur necesse est, §. 2. *Inst. sup. quib. mod. test. inf.* Codicillos autem plures non modo pluribus exemplis quis facere potest, sed etiam diversos & diversarum rerum, *l. 6. §. 1. de jur. cod.* nec quidquam per posteriores de prioribus detrahitur, nisi sint contrarii, *l. 3. C. hoc tit.*

Nullam solemnitatem ordinationis] Existimo, hoc è veteris alicujus Jurisconsulti commentariis sumtum qui ante Theodosium vixit, & forte ex Marciano *d. l. 6. §. 1. de jur. cod.* Nam Theodosius quinque testes in codicillis requirit, atque ut uno eodemque tempore, hoc est uno actionis contextu coram iis negotium absolvatur; & si in scriptis fiant etiam testium subscriptionem desiderat, *l. ultim. §. ult. C. hoc tit.*

2. Quæ sane declarant, codicillos nunc non omnino esse sine solemnibus & subtilitate ordinationis, fac. *l. ult. C. de fideic. §. ult. Inst. sup. de fideic. her.* & jejuna illa quorumdam distinctio est inter solemnitatem ordinationis & probationis; nam solemnitas omnis etiam in testamento non alia de causa requiritur quam ut certo de voluntate defuncti constare possit. Enimvero in codicillis testamento confirmatis non puto necesse esse ea adhiberi quæ à Theodosio præcipiuntur; quippe quod his codicillis relictum est perinde habetur ac si ipso testamento relictum esset, *l. 2. §. 2. de jur. cod.* ut proinde ad horum relictorum vim solemnitas testamenti sufficere debeat, arg. *l. 77. de hered. inst. l. 10. de cond. inst.* atque etiam secundum ipsam constitutionem Theodosii.

3. Quæsitum est, an etiam mulier in codicillis testis adhiberi possit. Vulgo placet posse, propterea quod non uti in testamento ita in codicillis expresse prohibita est testimonium dicere. Gloss. & DD. comm. in *d. l. ult. §. ult. C. de codic.* Grass. §. *testamentum quæst. 57. n. 4.* Mynsing. Schneid. *hic.* Ceterum mihi non fit verisimile ullos actus solemnes adhibitis mulieribus apud Veteres expediri potuisse; & Theodosius non qualitate & sexu sed numero tantum testes codicillarios à testamentariis distinguit. Revisse ad ea quæ scripsi ad §. 6. *Inst. sup. de testam. ord.* Vinn. Defendit Vinnii sententiam vir cl. Reinold. in *Var. cap. 5.* Sed res clara videtur. In testamentis condendis testibus opus erat talibus quibuscum olim fuerat testamenti factio in comitiis calatis, quia is actus jure vetustissimo lex erat populi suffragis perlata, jure novo solemnis mancipatio hereditatis. Omnia ergo hic solemnia. At codicilli erant epistolæ, ut supra ostendimus. Quis epistolis testes adhibet? quis in iis solemnitatem requirit? Valebat hujusmodi

di

di epistola etiam non obsignata dum de ejus fide constaret, *l.* 89. *pr. ff. de legat.* 2. quia enixe voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectæ videbantur, *l.* 77. §. 23. *ff. eod.* Testes ergo adhibebantur ab iis qui nuncupative fideicommittebant. Et ita intelligenda *l.* 22. *C. de fideicomm.* Postea etiam in scriptis codicillis intestatorum testium opus erat præsentia, per *l.* 1. *C. Theod. de test. & codic.* non solemnitatis causa, *sed ut testantium successiones sine aliqua captione serventur.* Ergo non solemnitatis causa adhibendi sed probationis causa. Nec aliud voluit Theodosius dum in omnibus codicillis testes requisivit, *l. ult. C. hoc tit.* Atqui & feminarum testimonium fidem facit in his ubi solemnitatum deest scrupulosa observatio, *l.* 20. §. 6. *ff. qui test. fac. poss. l.* 18. *ff. de test.* Quare à testamentis ad codicillos collectio non procedit. HEIN.

In *lege* 3. *Tauri* (*l.* 2. *tit.* 4. *lib.* 5. *Rec.*) statutum est eamdem solemnitatem in codicillis requiri, quæ ex *lege Ordinam.* (*l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Rec.*) in testamento nuncupativo requiritur: quod ab Interpp. acceptum est de codicillis nuncupative factis; codicilli enim in scriptis remanent in dispositione juris communis ex *l.* 3. *tit.* 12. *Part.* 6. ut docent Gregor. Lopez in *gloss.* 2. ad dictam *leg.* & Anton. Gomez ad *leg.* 3. *Tauri n.* 69. est tamen quod dubitemus.

Observationes quas hic subjungimus spectant internam testamentorum solemnitatem in qua mirum quantum distet Hispanorum jurisprudentia ab illa Romanorum. Civili enim jure interna testamenti solemnitas duobus summis capitibus continetur: heredis nempe institutione qui personam defuncti repræsentat, unde robur ac firmitatem testamentum accipit: & institutione vel exheredatione liberorum quos pater in potestate habet; eorum præteritione testamentum nullum est. Utrumque nostris legibus immutatum invenimus. Etenim testamentum etiam sine heredis institutione fieri potest, *l.* 1. *tit.* 4. *lib.* 5. *Recop.* præteritione filiorum testamentum quoad legitimam rumpitur, cetera capita firma manent, *l.* 8. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop.* Itaque testamenta apud Hispanos sunt, attestationes eorum quæ quis post mortem velit; nihil præterea aliud. Vide jam quæ hujus doctrinæ sint consectaria. Cum civili jure heres personam defuncti repræsentare ac velut continuare deberet, testator pro parte testatus pro parte intestatus decedere non poterat: ex die vel in diem non recte instituebatur heres: ex re certa institutus sine coherede integram hereditatem adibat: coherede recusante pars vacans ei accrescebat, sustinebat enim personam defuncti quæ pro parte repræsentari non poterat: præterea testamentum sine heredis institutione nec intelligi quidem poterat, erat enim testamentum declaratio ejus qui personam gereret defuncti. Quorsum igitur testamentum sine herede? Itaque mutato heredis statu ut capere non posset, testamentum infirmabatur; si adire recusaret, corruebat. Hinc omnia in testamento ab heredis institutione robur ac firmitatem accipiebant. hinc legata, hinc fideicommissa pendebant: hinc quarta Falcidia & Trebellianica: hinc præcipua inter codicillos & testamentum differentia, nam codicillis hereditas neque dari neque adimi potest; quæ omnia ex eo pendent quod apud Romanos testamentum sine herede esse non potest. At apud Hispanos testamentum valet etiam nullo herede instituto: igitur superiora juris civilis capita tacite vel expresse nostris legibus sunt abrogata uti singula suis locis notavimus. Alterum vero solemnitatis internæ caput quod ad parentes pertinet hinc ortum habuit, quod civili jure pater & filius eadem persona habetur: itaque moriente patre non novus dominus fit sed antiquus manet; si igitur institutus non est, vel expresse exheredatus dominus paternæ hereditatis remanet, ac propterea extraneus heres institutus causâ cadit; hinc sui heredes filii: hinc sola existentiâ sine aditione heredes sunt. Præterea postumi & nepotes dum subintrant in locum filiorum paterna testamenta evertunt, quia fiunt domini hereditatis etiam vivo testatore; atque hinc pendent plurimæque juris civilis ambages. Cuncta hæc planius apud Hispanos statuta. Liberi solum habent jus ad legitimam: ergo sive præteriti sive non jure exheredati, sive non ex integro instituti idem jus habent, ad legitimam nempe. Planior profecto & plenior jurisprudentia & naturæ æquitati conformior. Liberi tamen jure Hispano exheredandi sunt addita causa; neque enim fas erat scriptos heredes insimulare liberos ejus infamiæ cujus parens mentionem non fecisset. Igitur superiora juris civilis capita nullius apud Hispanos usus? Dicet profecto aliquis. Acutiores videant; tu consule quæ singillatim notavimus. Fugerunt porro hæc bonam Interpp. nostr. partem. Num & legum Compilatores? Supersedeo. ADDIT.

Finis Libri secundi.

Signat.ª Top.ª
Est. 36
Tab. 12
Núm. 3

VINNII

AD

Instituta

.1.

4416