



## Acerca de este libro

Esta es una copia digital de un libro que, durante generaciones, se ha conservado en las estanterías de una biblioteca, hasta que Google ha decidido escanearlo como parte de un proyecto que pretende que sea posible descubrir en línea libros de todo el mundo.

Ha sobrevivido tantos años como para que los derechos de autor hayan expirado y el libro pase a ser de dominio público. El que un libro sea de dominio público significa que nunca ha estado protegido por derechos de autor, o bien que el período legal de estos derechos ya ha expirado. Es posible que una misma obra sea de dominio público en unos países y, sin embargo, no lo sea en otros. Los libros de dominio público son nuestras puertas hacia el pasado, suponen un patrimonio histórico, cultural y de conocimientos que, a menudo, resulta difícil de descubrir.

Todas las anotaciones, marcas y otras señales en los márgenes que estén presentes en el volumen original aparecerán también en este archivo como testimonio del largo viaje que el libro ha recorrido desde el editor hasta la biblioteca y, finalmente, hasta usted.

## Normas de uso

Google se enorgullece de poder colaborar con distintas bibliotecas para digitalizar los materiales de dominio público a fin de hacerlos accesibles a todo el mundo. Los libros de dominio público son patrimonio de todos, nosotros somos sus humildes guardianes. No obstante, se trata de un trabajo caro. Por este motivo, y para poder ofrecer este recurso, hemos tomado medidas para evitar que se produzca un abuso por parte de terceros con fines comerciales, y hemos incluido restricciones técnicas sobre las solicitudes automatizadas.

Asimismo, le pedimos que:

- + *Haga un uso exclusivamente no comercial de estos archivos* Hemos diseñado la Búsqueda de libros de Google para el uso de particulares; como tal, le pedimos que utilice estos archivos con fines personales, y no comerciales.
- + *No envíe solicitudes automatizadas* Por favor, no envíe solicitudes automatizadas de ningún tipo al sistema de Google. Si está llevando a cabo una investigación sobre traducción automática, reconocimiento óptico de caracteres u otros campos para los que resulte útil disfrutar de acceso a una gran cantidad de texto, por favor, envíenos un mensaje. Fomentamos el uso de materiales de dominio público con estos propósitos y seguro que podremos ayudarle.
- + *Conserve la atribución* La filigrana de Google que verá en todos los archivos es fundamental para informar a los usuarios sobre este proyecto y ayudarles a encontrar materiales adicionales en la Búsqueda de libros de Google. Por favor, no la elimine.
- + *Manténgase siempre dentro de la legalidad* Sea cual sea el uso que haga de estos materiales, recuerde que es responsable de asegurarse de que todo lo que hace es legal. No dé por sentado que, por el hecho de que una obra se considere de dominio público para los usuarios de los Estados Unidos, lo será también para los usuarios de otros países. La legislación sobre derechos de autor varía de un país a otro, y no podemos facilitar información sobre si está permitido un uso específico de algún libro. Por favor, no suponga que la aparición de un libro en nuestro programa significa que se puede utilizar de igual manera en todo el mundo. La responsabilidad ante la infracción de los derechos de autor puede ser muy grave.

## Acerca de la Búsqueda de libros de Google

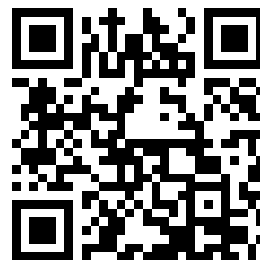
El objetivo de Google consiste en organizar información procedente de todo el mundo y hacerla accesible y útil de forma universal. El programa de Búsqueda de libros de Google ayuda a los lectores a descubrir los libros de todo el mundo a la vez que ayuda a autores y editores a llegar a nuevas audiencias. Podrá realizar búsquedas en el texto completo de este libro en la web, en la página <http://books.google.com>

---

This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google™ books

<https://books.google.com>









*Nath. Cholmley Esq.*

1/1





+ 5201. 100. 49.

ARNOLDI VINNII J.C.  
IN QUATUOR LIBROS  
INSTITUTIONUM  
IMPERIALIUM  
COMMENTARIUS

Academicus & Forensis.

*Rome. - Justinian I.*

*Editio postrema, Authoris Notis, antea seorsim impressis, aucta, Titulorum concordantiis & Paragraphorum summulis adornata, à mendis purgata, adeoque emendatissima.*



AMSTELODAMI,  
Ex Typographia P. & I. BLAEV,  
Prostant apud WOLFGANG, IANSSONIO-WAESBERGIOS,  
BOOM, à SOMEREN, & GOETHALS.

MDC LXXXII.

*Cum Privilegio Ordd. Hollandiae & West-Frisiae.*

2017





H O L L A N D I Æ  
E T W E S T F R I S I Æ  
O R D I N I B U S,

Patriæ Patribus,

ARNOLDUS VINNIUS L. M.

*Dedicat consecratque.*



Uo primum tempore Jus civile publice profiteri, atque in celeberrima Academia vestra, Illustrissimi & Potentissimi Domini, libros Institutionum à Sacratissimo Principe Flavio Justiniano compositos interpretari cœpi, simul commentario aliquo eosdem libros illustrare institui, non opulento aut accurato, sed qualiquali; utpote quem privato potissimum usui destinabam: & inhærebat tum animo meo hæc opinio, libros istos non usque adeo obscuros esse, ut operosæ alicujus explanationis lucem desiderarent. Verum ubi ad rem aggressus sum, & me accinxi, statim sensi, majus quiddam esse, quod inceperam, quam opinatus eram, neque tralatitia commentatione me posse defungi. Deceperat me auctoritas Jacobi Cujacii, clarissimi superioris ævi Jurisconsulti, qui in Observationibus suis de libris Juris nostri differens, illos Institutionum tam planos & faciles sibi videri pronunciat, ut vix ullo interprete, aut utique nulla longiore interpretatione indigeant: in tantum, ut non vereatur damnare, tanquam ignobile otium, quicquid laboris in iis paulo prolixius explicandis ab hominibus nostri ordinis impensum est. Cæterum experimento didici, longe aliter se rem habere, fallacemque interdum esse etiam præstantissimorum virorum auctoritatem. Existimo autem, Cujacium (ut de summi viri judicio nihil amplius in præsentia dicam) ex sua potius facultate, quam ex vero rem æstimavisse. Nam profecto, si ex veritate eam æstimare volumus, nulla potest esse juris Justinianici pars, quæ interpretem magis desideret, quam eæ, in qua omnia prope nude tradita sunt, & delibata duntaxat, non exposita. Quantulum enim est, quod illic reperias, de quo non dubites, aut quod cognoscere cupienti non ad quærendum & cognoscendum relinquatur? Equidem scio, non eo magis nostram hanc operam à vellicatione tutam fore. Rem toties nunc actam ago, & quidem post tot Roscios, id est, post tot doctos interpretes, à quibus omnia, quæ ad hujus partis illustrationem afferri queant, jam pridem occupata, exhausta & consumpta esse dicentur: & jam nunc audire mihi videor hanc multorum vocem, *Cui non dictus Hylas puer?* &c. Sed ego vitiligatorum istiusmodi vanos morsus susque deque habeo; & quidni liceat his repone-  
nere illud præstantissimi Medicorum, Πολλὰ μὲν ἡμέρας δοκῶσαν ἀρῆσαι λέγειν, ἕτερον μάλιστα

# E P I S T O L A

*μησιχὸς ἀκριβῶς ἐφημερεύει*; Plane enim quod ad interpretes attinet, etiam prolixiores eorum, quos damnaret Cujacius, multa passim aut non tangunt omnino, aut cursim transmittunt, quorum tamen justa explicatio ad rei, de qua agitur, naturam intelligendam prorsus necessaria est. Ad hæc mihi curiose in omnia inquirenti non paucæ obortæ sunt difficultates, ab aliis, quos quidem videre mihi contigit, non animadvertæ, aut minus feliciter expeditæ, aut consulto præteritæ. quas omnes & removendas putavi, & pro meo captu remove conatus sum: dumque singula ad vivum refeco (sunt autem sexcenta hujusmodi) in majorem etiam, quam ipsemet cogitaveram, molem hoc Opus excrevit; & eo quidem majorem, quo diligentius, pleniusque & planius, quam quisquam antehac, cuncta tandem bona fide evolvi, excussi, & pertractavi. Accidit enim hic idem mihi, quod olim Eleusinam visentibus: nam ut illa semper aliquid servare solebat, quod revisentibus ostenderet; ita quotiescunque ad horum librorum mysteria perscrutanda accessi, semper aliquid observavi, quod nec ab aliis, nec à me ipso visum aut perceptum prius fuerat. Jam rumor nonnullus de hoc commentario nostro perreperat, & hortari cœperant amici, atque insistere, ut publici eum juris lucisque facerem, rati, fructum hujus laboris ad alios quoque pertinere, & in primis ad studiosam Legum Juventutem. Itaque ut primum Pandectarum interpretatio mihi mandata fuit, de vulgando eo cogitare cœpi, & quo comitator exiret, adjunxi etiam patriæ nostræ jura propria, aliarumque regionum peculiaria instituta, & cætera quæ nunc passim usu judiciorum certo recepta sunt, ab illo scripto Romanorum jure longe discrepantia: qua quidem ex re non parum præsidii, constantiæque & judicii statim capere poterunt, qui mox in foro atque inter causarum discrimina versabuntur. Ita dum urceum instituto, currente rota exiit amphora, id est, pro exili & qualicunque commentario, accuratus & bene saginatus, pro simplici geminus, Academicus & Practicus sive Forensis: quorum in altero cæteros omnes elegantia & doctrinæ varietate superare studui, in altero ubertate utilitatis. In eo autem totus pene fui, ut excitata in legentibus veneratione antiquitatis, simul animis eorum instillarem desiderium atque amorem sapientiæ, justæque & solidæ cujusdam eruditionis: quod vel unum si affectus fuero, operæ curæque pretium ponam. Cæterum cum primum hunc ingenii nostri partum in lucem emittere constituissem, simul futurum speravi, ut vos, Illustrissimi & Potentissimi Domini, eum in vestræ Amplitudinis tutelam suscipere non gravaremini: atque idem nunc etiam futurum spero, votoque & cogitatione præsumo. In Academia vestra satus, forus atque editus est. nec est adeo informis. Qui primi vultum ejus cominus contemplati sunt, etiam nescio quid de lepore ac venustate ejus submurmurant; & quantum ex indole conjiciunt, commodis Juventutis natum ajunt, præsertim hoc seculo, quo queruntur, sensim nobis obrepere barbariem, postquam prima & rudis adhuc ætas, nescio quo præpostero impulsu, statim atque à trivialis scientiæ magistris dimissa est, in Juris civilis studia cogitationes suas protrudere cœpit, nulloque aut rerum aut literarum instructa præsidio Jurisprudentiam, quæ scientiarum omnium maxima est, tanquam sordidum ali-quod artificium addiscere. Ita dum vetus disciplina turbatur, & calentibus turbato-  
rum



## DEDICATORIA.

rum aris primum esse incipit, quod est maximum, una nunc vertigine Quiritem fieri, momentoque turbinis tot Damas exire Marcos. Sed hæc querimonia, quamvis justa, non est hujus loci. Sane fœtus hic noster multis, iisque magnis & non vulgari eruditione præditis Viris visus est non indignus, quem pateremini sub auspiciatissimo vestri Nominis splendore in publicum prodire, atque in manus pervenire doctorum & doctrinam expetentium hominum: quo etiam voto nunc eum summa cum animi summissione vobis offero dedicoque. Scribit Udalricus Zasius, primum togæ & seculi decus, eos, qui Jus civile excolunt & scriptis illustrent, lucubrationes suas recte riteque, & quasi quodam præcipui titulo, dedicare Principi; propterea quod ab eo, tanquam à fonte, leges omnes & jura emanant. Qua ratione etiam mihi fas esse existimavi, nostras hæc ejusdem generis vigilias & meditationes iis consecrare, qui vicem Principis in Republica sustinent. Neque vero id novo magis more, quam veterum instituto facimus, qui ea, quæ de jure civili composuerant, Populo, penes quem summa rei erat, tradiderunt: sicut Sextum Ælium, clarissimum atque amplissimum virum, fecisse legimus, & ante eum Cneum Flavium, Scribam Appii Claudii, unius è Decemviris, & cujus maximum consilium in Duodecim Tabulis scribendis fuit; atque hæc munera Populo gratissima fuisse. Nec dubito, quin Sextus Papyrius leges, quas sine ordine à Regibus latas in unum composuit, Tarquinio Regi obtulerit, apud quem summo in honore eum fuisse Pomponius indicat in historia de Origine Juris. Quibus ego argumentis in spem magnam adducor, fore, uti & vos, Illustrissimi & Potentissimi Domini, ea, quæ hic vobis offero, benigne accepturi sitis, auctoremque ea profecuturi benevolentia, qua & Principes hæc studia complecti, & Populus fovere solent. Valete, Viri Bataviæ Principes, & si quid votis possum, diu quam felicissime Rempublicam gerite. Ex museo nostro pridie Kalendas Martias **C I O I O C XLII.**

# L E C T O R I

S A L U T E M.

**P**raeclata jamdudum tertia clarissimi doctissimique Viri D. Arnoldi Vinnii, J. C. meritiissimi, in IV Institutionum Imperialium libros Academici & Forensis Commentarii editione, ejusque fere omnibus divenditis exemplaribus, occurrit mihi unum ab auctore ipso recognitum, in compluribus iisque magni momenti locis auctum, locupletatum & emendatum. Cum autem summa sit mihi cura studiosorum institutio & eruditio, opera pretium esse existimaui quartam hanc ejusdem Commentarii juxta illud exemplar editionem adornare. Sed ut cateris omnibus exactior & praestantior prodiret, eruditissimum virum & de re litteraria quam maxime meritum, D. Johannem Schultingium, apud Noviomagenses Professore dignissimum, hujus Commentarii omniumque nostro ab auctore editorum operum semper amatorem summum, oravi ut pro sua in me benevolentia, ipsiusque Commentarii causa, suum exemplar, in quo, procedente tempore, plurima ab ipso observata cognoveram, qua mutanda essent, mecum communicaret. Quod eo lubentius egregius ille, vir praestitit, ne quid memoria μαχαρίτη auctoris tanta laude cumulati iniquitate interpretantium decederet, aut ipsi operi pulcherrimo quidpiam deesse videretur. Fateor autem isto in exemplari, cum ex jure, cum aliunde citatorum male locorum, ut & aliorum erratorum non levium, qua omnia restituta erant, repertum esse numerum, ut nisi rerum convicisset testimonium, vix mihi id persuasurus fuerim. qua nunc & ipse omnia summa cura restituenda curavi. Accipe nunc igitur, Lector benevole, quarta vice cateris omnibus nitidari praealo subjectum, eum quem diximus clarissimi viri Commentarium, tantopere, post praecedentium editionum exemplarium distractionem, & à tot cultissimis jurisprudentia studiosis expetitur. Accipe eum nova indutum forma, diverso videlicet genere Characterum multò diligentius, quam umquam ante alias, & quam credat quisquam, excusis scriptorum auctoritatumque allegationibus; quod haud dubiè lectioni gratiam & facilitatem conciliabit. Accipe denique eum, recognitione, locupletatione & correctione ipsius auctoris longe prioribus accuratiorem, & floridiorem; & illius, quem supra dixi viri opera quam maxime emendatum. In quo etiam in majus lectoris commodum, Textus addita sunt argumenta cum notis auctoris, prout extant in Institutionibus ejusdem editis in 12. Qua ego omnia & studiosis juris utilissima fore scio, & seculo universo placitura confido. Vale.

Supra posita praefatio praecedenti editioni praefixa fuit, qua cum explicet, quid in ea praestitum sit, ideo eam integram huic nova editioni etiam praeponeo opera precium duximus; id tamen insuper Benevolus Lector monendus est, huic accedere Titulorum Concordantias & Auctoris Notas, qua antehac in praecedenti editione non fuerunt.



I N-

# I N D E X

## T I T U L O R U M.

### L I B E R I.

Tit. 1.	<b>D</b> E <i>Justitia &amp; jure.</i>	4
2.	<i>De Jure Naturali, Gentium, &amp; Civili.</i>	10
3.	<i>De jure Personarum continuatio.</i>	25
4.	<i>De Ingenuis.</i>	29
5.	<i>De Libertinis.</i>	31
6.	<i>Qui &amp; ex quibus causis manumittere non possunt.</i>	34
7.	<i>De lege Fusia Caninia tollenda.</i>	38
8.	<i>De his, qui sui vel alieni juris sunt.</i>	39
9.	<i>De Patria Potestate.</i>	42
10.	<i>De Nuptiis.</i>	46
11.	<i>De Adoptionibus.</i>	62
12.	<i>Quibus modis jus Patria potestatis solvitur.</i>	68
13.	<i>De Tutelis.</i>	75
14.	<i>Qui Testamento Tutores dari possunt.</i>	78
15.	<i>De legitima agnatorum tutela.</i>	82
16.	<i>De capitis deminutione.</i>	84
17.	<i>De Legitima Patronorum tutela.</i>	87
18.	<i>De Legitima Parentum tutela.</i>	88
19.	<i>De fiduciaria tutela.</i>	88
20.	<i>De Attiliano Tutore, &amp; eo, qui ex Lege Julia &amp; Titia dabatur.</i>	90
21.	<i>De auctoritate tutorum.</i>	94
22.	<i>Quibus modis tutela finitur.</i>	97
23.	<i>De curatoribus.</i>	99
24.	<i>De Satisfactione tutorum vel curatorum.</i>	104
25.	<i>De excusationibus tutorum vel curatorum.</i>	108
26.	<i>De suspectis tutoribus vel curatoribus.</i>	117

### L I B E R II.

Tit. 1.	<b>D</b> E <i>rerum divisione, &amp; acquirendo ipsarum dominio.</i>	123
2.	<i>De rebus corporalibus &amp; incorporalibus.</i>	181
3.	<i>De servitutibus rusticorum &amp; urbanorum praediorum.</i>	183
4.	<i>De usufructu.</i>	195
5.	<i>De usu &amp; habitatione.</i>	206
6.	<i>De Usucapionibus, &amp; longi temporis praescriptionibus.</i>	213
7.	<i>De Donationibus.</i>	226
8.	<i>Quibus alienare licet, vel non licet.</i>	236
9.	<i>Per quas personas cuique acquiritur.</i>	245
10.	<i>De Testamentis ordinandis.</i>	255
11.	<i>De militari Testamento.</i>	277
12.	<i>Quibus non est permittum facere testamentum.</i>	285
13.	<i>De exheredatione liberorum.</i>	293
14.	<i>De heredibus instituendis.</i>	306
15.	<i>De vulgari Substitutione.</i>	322
16.	<i>De pupillari Substitutione.</i>	330
17.	<i>Quibus modis Testamenta infirmantur.</i>	347
18.	<i>De inofficioso Testamento.</i>	358
19.	<i>De heredum qualitate &amp; differentia.</i>	372
20.	<i>De Legatis.</i>	385
21.	<i>De Ademptione Legatorum, &amp; translatione.</i>	435
22.	<i>De Lege Falcidia.</i>	436
23.	<i>De fideicommiss. hereditatibus.</i>	442.
24.	<i>De singulis rebus per fideicommissum relictis.</i>	457
25.	<i>De Codicillis.</i>	460
		LI-

INDEX TITULORUM.

LIBER III.

Tit. I.	<b>D</b> E hereditatibus, qua ab intestato deferuntur.	465
2.	De legitima adgnatorum successione.	482
3.	De senatusconsulto Tertulliano.	490
4.	De senatusconsulto Orficiano.	495
5.	De Successione cognatorum.	498
6.	De gradibus cognationum.	507
7.	De servili cognatione.	510
8.	De successione libertorum.	512
9.	De Assignatione libertorum.	517
10.	De bonorum Possessionibus.	518
11.	De acquisitione per adrogationem.	527
12.	De eo, cui libertatis causa bona addicuntur.	529
13.	De Successionibus sublatis, qua fiabant per bonorum venditiones, & ex Senatusconsulto Claudio.	532
14.	De Obligationibus.	533
15.	Quibus modis re contrahitur obligatio.	541
16.	De verborum obligationibus.	553
17.	De duobus reis stipulandi & promittendi.	566
18.	De stipulatione servorum.	569
19.	De divisione stipulationum.	571
20.	De inutilibus stipulationibus.	574
21.	De fidejussoribus.	594
22.	De literarum obligationibus.	601
23.	De obligationibus ex consensu.	605
24.	De emptione & venditione.	606

25.	De locatione & conductione.	620
26.	De Societate.	629
27.	De Mandato.	637
28.	De obligationibus, qua quasi ex contractu nascuntur.	647
29.	Per quas personas obligatio acquiritur.	655
30.	Quibus modis tollitur obligatio.	656

LIBER IV.

Tit. I.	<b>D</b> E obligationibus, qua ex delicto nascuntur.	666
2.	De vi bonorum raptorum.	681
3.	De lege Aquilia.	684
4.	De injuriis.	691
5.	De obligationibus, qua quasi ex delicto nascuntur.	700
6.	De actionibus.	703
7.	Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.	766
8.	De noxalibus actionibus.	773
9.	Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.	776
10.	De iis per quos agere possumus.	778
11.	De satisfactionibus.	780
12.	De perpetuis & temporalibus Actionibus, & qua ad heredes & in heredes transeunt.	784
13.	De exceptionibus.	788
14.	De Replicationibus.	796
15.	De Interdictis.	799
16.	De pena temere litigantium.	809
17.	De officio judicis.	814
18.	De publicis Judiciis.	822



ARNOL-

ARNOLDI VINNII, J. C.  
IN LIBRUM PRIMUM  
INSTITUTIONUM  
IMPERIALIUM  
COMMENTARIUS

Academicus & Forensis.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

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 appellantur omnes exercitus ductores *οἱ στρατηγοὶ ἢ πολέμασι ἡγούμενοι*, 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 coepit ex S. C. Hotomanus ex *Cic. Tacit. Sueton. Dion. Appian.*

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

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

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, GOTTHICUS, &c.] Agnomina à devictis, aut bello laceſſitis gentibus ducta. Seneca. *de Clemens.* ſcribit, aſſentantem populum ambitioſæ majestati tribuiſſe, quidquid potuit congerere titularum.

FRANCICUS] Theodibertum Francorum regem graviffimè tuſiſſe refert Agathias, quod Juſtinianus, velut devicta gente Francorum, Francici titulum ſibi ſumpſiſſet. Poſtea etiam Gepidicum & Longobardicum ſe dixit, quod eas quoque gentes irritavit. *Cujac. & Grot. ex Agathias.*

PIUS] Primus hoc cognomen obtinuit Antonius Hadriani ſucceſſor. Capitolin. in *Antonin.* inde ad alios deſcendit. Juſtinian. *Nov. 78. cap. 5.* *Ἀντωνίου ὁ ὀρθόδοξος ἐπινομήσας, ἐξ ἧς τῆς εἰς ἡμῶς τῆς ἰσοπολιτείας τῆς καλῆς.*

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

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

AUGUSTUS] Nomen hoc primum Octavio à Senatu

natu tributum : ductum ab eo, quod loca, in quibus augurato quid consecratur, augusta nominantur. Suet. in August. c. 7. Alii ab augendo imperio dictum putant : unde illud hodieque, zu allen Zeiten Mehrer des Reichs. Wesemb.

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

De usu Armorum & Legum.

**I**mperatoriam 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 praeliis victor existat, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellat : & fiat tam juris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator (magnificus.)

**A**rmis decoratam] Imperator utrumque Reipubl. tempus sine armorum ac legum praesidio recte administrare non potest : in quam sententiam praecleara quaedam hic adpersa ab Hotom. & Grot. ex Arist. Plat. Liban.

**Legibus armatam]** Munitam & instructam. M. Tullius l. 1. de off. scribit, Lacedaemoniorum imperium multo plus Lycurgi legibus & disciplinae debere, quam aut Pausaniae aut Lysandri rebus gestis. Parvi enim, inquit, sunt foris arma, nisi sit consilium domi, &c. Est autem hic χαραγες εἰς τὸ ἔξω πικρὸν τῶν ποτ, tribuit armis decorari, legibus armari. Theoph. verbum pro verbo reddidit, ἅπλοισι κρημνίσαι, νόμοις ἐπιτίθειν.

**Victor existat]** Sensus est apertus Imperatorem non ex armis tantum, sed etiam ex legibus gloriosam sibi victoriam comparare.

**Legitimos tramites]** Eratione, quam leges praescribunt, Theophilus convertit, νομιμῶσι ἐπιπολαίς, legitimis inventis. Imperator non tantum hostibus debellandis, verum etiam calumniatoribus coercendis victoris nomen adipiscitur.

**Calumniantium]** Pars pro toto ; improbitas, quae in iudicii versatur, de quo proprie verbum calumniandi intelligitur, pro omni, quae in pacata civitate admittitur. Cicerq. 2. de Repub. ut Carneadi respondeatis, qui saepe optimas causas ingenis calumniis ludificari soles.

**Juris religiosissimus]** Juris ad summam religionem observantissimus. Dion. Halicarn. lib. 5. Κεῖνος δὲ βασιλεὺς ὁ δικαιοτάτος καὶ νομιμαίτατος.

**Magnificus]** Abest haec vox à veteribus libris, testib. Cujac. & Hotom. nec Theophil. agnoscit.

De bellis & legibus Justiniani.

**I. Quorum utramque viam cum summis virgiliis, summaque providentia, annuente Deo, perfecimus. Et bellicos quidem sudores nostros Barbarica gentes sub iuga nostra redacta cognoscunt : & tam Africa, quam alia innumera provinciae post tanta temporum spatia, nostris victoriis a caelesti Numine praestitis, iterum ditioni Romanae nostroque addita Imperio, protestantur. Omnes vero populi legibus tam a nobis promulgatis, quam compositis reguntur.**

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

**Barbarica gentes]** Significat Perfas in Syria, Vandalos in Africa & Italia, Gotthos in Italia & Sicilia.

**Redacta]** Vet. deducta, & ita Cujac. & Hotom.

**Innumera]** Vet. numerosa, id est, multae, sicut enim locuti sunt Cassiod. Oros. Eutrop. & alii scriptores ἀγχοροι. Theophilus tamen ἀνεξιμνητοι.

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

**Ditioni Romanae]** Postquam sedes imperii Constantinopolim, (quae antea Byzantium, postea etiam nova Roma,) translata fuit, Imperium Romanum à Constantino & Gallieno in duas partes divisum, orientalem & occidentalem, & utrique parti suae provinciae attributae.

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

De Compositione Codicis & Pandectarum.

**2. Et cum sacratissimas constitutiones antea confusas, in luculentam ereximus consonantiam, tunc nostram extendimus curam ad immensa veteris prudentia volumina, & opus desperatum, quasi per medium profundum euntes, caelesti favore jam adimplevimus.**

**2. In luculentam ereximus consonantiam]** Intelligit Codicem priorem, quem altero imperii sui anno componi iussit 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. Post idem Codex iterum emendatus est, & multis locis recognitus, additis 50 decisionibus, quo hodie utimur.

**Ad immensa veterum volumina]** Quarto Imperii anno Lampadio & Oreste Coss. 530. Pandectas componi iussit, ediditque & confirmavit anno Imperii sexto, ipso

111. Cos. eodemque anno compositae Institutiones, & pro-



promulgatæ uno mense ante Pandectas B ut Pandectæ compositione priores sint Institutionibus, confirmatione posteriores. Codicem repetitæ prælectionis promulgavit anno proximo, ipso IV. & Paulino Coss. 534. Hæc perspicua sunt ex constitutionibus ad juris compositionem pertinentibus. Novellar. liber dñm non habet.

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

*Per medium profundum*] Per medias difficultates. Liv. 31. *Provideo animo in vastiorem me altitudinem, ac velut profundum irvehi.*

### De tempore, Auctoritatibus, fine & utilitate compositionis Institutionum.

3. *Cumque hoc Deo propitio, peractum est Triboniano Viro magnifico, Magistro, & Exquestore sacri palatii nostri, & Exconsule, nec non Theophilo & Dorothæo, Viris illustribus, & antecessoribus (quorum omnium solertiam, & legum scientiam, & circa nostras iussiones fidem, jam ex multis rerum argumentis accepimus) convocatis, mandavimus specialiter, ut ipsi nostra auctoritate, nostrisque suasionibus Institutiones componerent: ut liceat vobis prima legum cumabula non ab antiqui fabulis discere, sed ab Imperiali splendore appetere: & iam 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 reperi felicitate, ut & initium vobis, & finis legum eruditionis à voce Principali procedat.*

*Magistro*] Scilicet officiorum, penes quem cura est totius pene aulae & palatii. Gallis *Provoost de l'Hôtel*. Cujac. in l. 3. C. de præpos. sacri cubic. lib. 12.

*Exquestore*] Quæstor ætate Justiniani iserat, quem nostra ætas Cancellarium vocat, ut *pass. in Cod.* hoc est, ad quem cura legum & juris pertinet, custos legum & famæ publicæ appellatur in *Nov. Valentiniæ de homic. cas. fact.* & à Cassiod. aliquot locis. Exquestores & Exconsules à Justiniano dicuntur, qui à Latinis, Quæstori & Consulares.

*Antecessoribus*] Juris Interpretibus, ac Doctoribus, ἀρχαῖοις ut *pass. in præf. Pand. & νόμον διδασκάλους*, l. 6. §. 12. *D. de excus. int.* Qui torum sequebantur, Togati, qui scholas, Antecessores, & Professores dicebantur.

*Prima legum cumabula*] Prima legum fundamenta, στοιχία seu elementa primam legum audientiam appellat in l. un. C. de mnd. jur. *Quirit. tollend.*

*Antiqui 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 viri usui futura sunt.

*Post quadriennium*] Theophil. *ἔπειτα ἔξιμι*. Sed aut erravit ipse, aut corrupti sunt Codices, ut patet ex præfat. ad antecess. Fabrot. in not. ad Theoph.

*Digni tanto honore tantaque reperi felicitate*] Digni reperi tanto honore tantaque felicitate. Theoph. *τιμῶν ἀξιώματα πῶς, καὶ τιμῶν δῶρα αὐτοῖς διώχτας, dignάσι & affectu.*

### 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 eadem Institutiones partiri iussimus, ut sint totius legitima scientia prima elementa.*

4. *Pandectarum*] Pandectæ *πανδ. τὸ πᾶν διδάσκει*, quod omnis generis leges complectantur. Harmenop. lib. 1. tit. 1. §. 6.

*Collectum est*] Libri veteres teste Hotom. *collatum est*. Et ita Theoph. *ἐν οἷς ἡπλοῦται πᾶσα ἡ δέχεται νομοθεσία*.

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

*In quatuor libros*] Apud Theophil. abundant verba, *ἑτερογενῶν Διζήτων*. Fabrot.

### Quid in Institutionibus contineatur.

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

5. *Defuetudine*] Theoph. ἀνομιλία, quasi dicas infuetudine. Significat autem jura antiqua & antiquata, qualia multa in argumentis usucapionum, exheredationis liberorum, legatorum, successioium ab intestato, bonorum possessionum, satisfactionum, &c.

*Illuminatum est*] Theoph. ἰσχυρισθῆναι. Intelligit autem & defuetorum quorundam in usum revocationem, & aliorum vel interpolationem vel abolitionem.

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

6. *Quas ex omnibus antiquorum Institutionibus, & præcipuè ex Commentariis Caji nostri, tam Institutionum, quam rerum quotidianarum, aliisque multis Commentariis compositas cum tres*

viri prudentes predicti nobis obtulerunt, & 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, cuius animadvertere licet, sæpius enim hujus unius, quam cæterorum omnium verba in his libris præferuntur.

Nostris ] Benevolentia significatio, ac sic plerumque prædecessores, qui nostræ fuerunt professionis, appellamus. Scavola noster apud Paulum & Triphoninum sæpè : apud Pomponium Cajsus noster. l. pen. D. de stip. serv. Floruit sub Hadriano & Marco. l. 7. D. de reb. dub. l. pen. D. ad SC. Terstyl.

Recognovimus ] Id est, corrigendi causa diligenter & attentè legimus; Cic. pro Balb. Nos Cn. Pompeji iudicium de consilii sententia pronunciatum recognoscemus.

Constitutionum robur eis accommodavimus.] His verbis indicatur Institutionum confirmatio. Unde hæc præfatio Theophilo, Ἀγαθῆς βεβαιώσεως τῆς ἐπιπέρας.

Adhortatio ad studium juris.

7. Summa itaque ope, & alacri studio has leges nostras accipite : & vosmetipsos sic eruditè ostendite, ut spes vos pulcherrima foveat, toto legitimo opere perfectò, posse etiam nostram Rempublicam in partibus ejus vobis credendis gubernari. D. C. P. XI. Kalend. Decemb. D. J. U. STINIANO PP. A. III. COS.

7. Summa ope & alacri studio ] Epilogus exhortatorius, ut in suasoriis usitatum, à spe & expectatione præmiorum. Cic. 1. de orat. Porgite, ut facitis, adolescentes, atque in id studium, in quo estis, incumbite; ut & vobis honori, & amicis utilitati, & Reipub. emolumento esse possit.

D. C. P. XI. CAL. DECEMB.] Id est. Data Constantinopoli XI. Kalendas Decembris, Domino Justiniano perpetuo Augusto tertium Consule. In quibusdam libris, P. P. quasi Patre Patria, quod ejus temporis consuetudo repudiat. Hertom.

TITULUS I.

DE JUSTITIA ET JURE.

Concord. Lib. I. Tit. I. Dig.

1. Partitio & series totius operis.
2. Justitia vulgata distributio explicata.
3. Etiam universalem justitiam disciplina civili propositam.
4. Utrum justitia in universalem & particularem distributio necessaria & sceptico.
5. Varia juris significata, & qua in significatione hoc verbum hic accipiat.
6. Summa eorum, qua hoc titulo traduntur.

**D**uo hæc in omni jure constituto insunt: jus ipsum seu lex, quæ jubet & constituit; tum res, quæ eo jure jubetur constitui-turque: ac proinde universi juris tractatio duabus partibus continetur, quarum una est de jure constituyente, sive delegibus qua naturalibus qua civilibus; altera de jure constituto, sive de eo, quod legibus sancitum cautumque est. Et quia prima naturæ quæstio est de jure constituyente, 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 quæstionem continent: reliqua parte operis altera quæstio, quæ multo latius patet, tractatur, atque ad id diuissimè absolvitur, initio factò à discretionem materiæ sive sub-jecti hujus scientiæ; quæ divisio in hac quæstione

omnium prima est & generalissima. Inscrubitur hic titulus de justitia & jure. Aristoteli & plerisque moralis philosophiæ professoribus justitia duplex est, universalis, & particularis. Ad universalem pertinet tritum illud Poëtæ gnomologi;

Ἐν δὲ δικαιοσύνην οὐκ ἔστιν ἴση ἀπὸ πάντων ἐστίν.

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 patet, quam ipsæ leges, quæ etiam sunt regula & norma hujus justitiæ, unde à Cicerone lib. 1. de legib. 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 essentia, sed hæctenus tantum, quod quando consideratur ut habitus animi, dicitur virtus simpliciter; quando ut civilis societatis conservatrix, justitia, auctore Michaële Ephesio ad d. loc. Arist. Vitium huic legali justitiæ oppositum dicitur ἀδυστοκία. Particularis justitiæ duas species constituunt, quarum alteram διαμετρίωσιν Aristoteles vocat, id est, distributivam; alteram συναδικίωσιν, id est, commutativam. Distributiva respicit ἀξίαν, quod quisque meretur, quod cuique convenit, sive id præmium sit, sive poena, sive honor, sive onus. Commutativa suum cujusque proprie sumptum spectat, & alio nomine melius διαμετρίωσιν à Phi-

à Philosopho appellatur: nam ut possessor rei meæ cum mihi reddat, non est *ὁ δικαιωματοῦς*, & tamen ad eandem hanc justitiam pertinet. Illud quoque perpetuum non est, quod plerique tradiderunt, à justitia commutativa respici proportionem simplicem, quam arithmetica 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 proportionem comparata; & si unus tantum aptus invenitur ad munus publicum obendum, non alia, quam simplici commensione attributio fit: & contra, si quis de suo legare velit, distributiva justitia uti solet, & merita considerare. l. 9. ff. pro soc. Sed & in delictis coercendis poenarumque irrogatione modo arithmetica, modo geometrica proportio servatur; quod tamen totum est justitiæ distributivæ. D. Grot. 1. de jur. bell. & pac. c. 1. n. 8. Vitium particulari justitiæ oppositum *δικαιοσύνη* dicitur, cujus vim Latini per vocem *injuria* fere exprimunt. 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 quaerimus. Et vero si legibus & legum latoribus proposita est universa virtus, ut sane est, cum beatitudo civilis sit universarum legum summa, teste Platone 5. de legib. etiam legum scientiæ & consultis eadem proposita erit: neque enim minus late patet officium Jurisconsulti in legibus interpretandis, quam legislatoris in sanciendo: totoque falluntur judicio, qui officium Jurisconsulti cancellis forensium causarum circumscribunt. Utique illa; *hominem mortuum in urbe non sepelito, nevduriso: rogum ascia no poliso. Mulieres genas no radunto, neve lessum funeris ergo habento*, & similia lege duodecim tabb. cauta, nullo modo ad justitiam particularem referri possunt. Quod si quid in hujusmodi quaestione valere debet auctoritas Principis, ipse Justinianus Nov. 69. in pr. diserte ait, *justitiam illam, qua singulis virtutibus assistit, easque ad debitum finem perducit*, etiam finem esse legum prudentiæ. Temperare mihi non possum, quin illud hic 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 differunt: Ut singularum virtutum omnium, ita & justitiæ unum genus esse, *δικαιοσύνη πάσης ἀρετῆς, ἢ ἀδίκιας*; sicut ex contrario nec duo injustitiæ genera sunt, sed unum tantum, sive *ἀδικία* dicas sive *παρανομία*, utrumque enim omnem comprehendere injustitiam etiam ipsum Aristotelem docere: neque *παρανομία* & *δικαιοσύνη* genera esse opposita, sed hanc illius speciem. Hoc item & Aristotelem sateri. Adhæc non simpliciter verum esse, quod reliqua injustitiæ genera non tantum pugnent cum justitia, ve-

rum etiam cum alia virtute: *δικαιοσύνη* autem cum sola justitia, quo maxime argumento ad distinctionem suam probandam utitur Aristoteles. Possit quidem in una actione cum alio vitio injustitiam concurrere: cæterum nullas actiones injustas, quatenus injustæ sunt, cum alia virtute directo pugnare, sed cum justitia duntaxat: sicut nec ex contrario alia vitia cum justitia, sed cum oppositis sibi virtutibus. Ut ecce, qui adulterium committit, cum & 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 & *δικαιοσύνη* eodem modo cum alia virtute committi: nam adulterium & *παρανομία* esse sive injurium, & intemperantem: Innumera vero afferri posse, quæ cum sint *ἀνομιæ*, & in speciem *δικαιοσύνης* 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 dicæ apud Consilium causa, utrumque injuste facere, illum contra legem Fufiam Caniniam, hunc contra legem Æliam Sentiam: neutrum tamen injurium esse, neutrum ignave aut intemperanter facere. Si vir uxori quippiam donaverit, si fundum dotalem cum consensu uxoris alienaverit aut obligaverit, si scemina intercesserit, si filiosam pecunia mutuo data sit, si frater forem adoptivam uxorem duxerit; hæc actiones omnes, & similes, injustas esse, & legibus aut senatusconsultis improbari: nec tamen qui ista faciunt, injurios dici posse, aut intemperantes, vel ignavos. Cæterum nihil in præsentia definitio. Juris vocabulum *νόμος* est: propria significatio una, minus propriæ plures. Proprie jus dicitur naturæ aut populi, ejusve, qui vicem populi sustinet, iustum. Arguit id etymon ipsius vocabuli, quod à jubendo dictum esse vel ex eo liquet, quod veteres, auctore Festo; jura dixerunt *iusta*. 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. Cæteræ 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 eandem figuram converso modo, ut in l. 1. in pr. hoc tit. Tertio cum accipitur pro loco, in quo jus redditur, ut cum dicimus *in jus vocare, in jure confessos pro judicatio haberi*: in quo idem ferè tropus est, *μικρονομία* adjuncti pro subjecto. l. pen. eod. Quod si nunc quaeratur, qua

in significatione jus hoc loco accipi debeat, propriam, an figurata, constanter respondebimus, in propria. Arguit hoc ipsa materia, quæ & in hoc & in seq. titulo tractatur. Arguunt definitiones & divisiones, quæ utroque titulo & in 7. eod. traduntur: ut mirum sit inveniri, qui serio contendunt, jus hic pro juris arte accipiendum. Summa eorum, quæ hoc titulo tractantur, hæc est: Primum traditur definitio justitiæ & jurisprudentiæ, quaque ratione ac via tironibus hæc disciplina proponenda sit indicatur. Hinc jam ea pars, quæ est de jure constituyente, inchoatur, tradunturque juris præcepta, juris civilis divisio, & subdivisio privati. Singula nunc videamus.

TEXTUS.

Definitio Justitiæ.

*Justitia est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi.*

NOTA.

**A**uctor hujus definitionis est Ulpian. l. 10. D. hoc titul.

*Voluntas* ] Metonym. pro habitu voluntatis sive ἔθεσι, αἰφ' ἧς βελόρισθη τὸ δίκαιον. ut Paraphrast. ad 5. Nicom. c. 1.

*Jus suum cuique* ] Objectum justitiæ est jus cujusque suum; finis ut id quisque obtineat, i. e. ut cuique quod ei debetur, tribuatur. Delictis etiam debetur poena. Athanas. in syn. 8. ser. ἀποδοῦναι ἑκάστῳ τὸ ἴδιον. Plato 1. de Rep. hunc finem exprimit his verbis, τὰ ἰσφαιλόμενα ἑκάστῳ ἀποδοῦναι.

*Tribuendi* ] Alias tribuens, Theophil. τήνοσι. Cic. 5. de fin. Affectio animi suum cuique tribuens, qua justitia dicitur, & ita etiam alibi, lib. 1. de off. & 2. ad Heron.

COMMENTARIUS.

**V**oluntas ] Scimus voluntatem esse potentiam naturalem, justitiam autem virtutem esse & habitum animi ἀρετήν, 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 omniam philosophiam, omnemque rationem videbimur qualitatem adquisitivam causam statuere qualitatis & potentiae naturalis. Verum observandum est non simpliciter pro genere voluntatem poni, sed ἐπιτήνοσι 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, effectum.

*Constans & perpetua* ] τῆνοσι καὶ διηνεκῆς, quæ verba justitiæ habitum ibi demum esse indicant, ubi perpetuo, & constanter quis agit, atque ut Aristoteles loquitur, βεβαίως καὶ ἀμετακινήτως ἔχον. 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 essentia sua; sicut ab Aristotele felicitas, à Platone respublica, à Xenophonte Princeps, à Cicerone & Quintiliano orator describitur. Eodem modo & justitia hic definitur, non ut inest huic vel illi subjecto, sed

prout inesse debet justitiam profitenti: in abstracto, inquam, non in concreto.

*Jus suum cuique tribuendi* ] ἑκάστῳ τὸ ἴδιον ἀποδοῦναι δικαίον. Quod Dialectici docent, habitus definiri assumpto 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 poena. Atque hunc finem simpliciter Plato expressit his verbis; τὰ ἰσφαιλόμενα ἑκάστῳ ἀποδοῦναι. 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, justis atque injustis scientia.*

NOTA.

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

*Divinarum atque humanarum rerum* ] Subjectum: modus autem considerandi, quatenus de jure earum quæritur; quem modum indicant verba sequentia, *justis atque injustis*. M. W.

*Scientia* ] Jurisprudentia est habitus intellectus: Justitia, ut virtus moralis, est habitus voluntatis. Hæc etiam definitio Ulpiani est. d. l. 10. §. 2. D. hoc tit.

COMMENTARIUS.

**J**urisprudentia ] Disciplina nostra nunc scientia, nunc ars juris, nunc intelligentia, nunc civilis sapientia, nunc prudentia appellatur: hisce enim nominibus promiscuè utuntur non jurisconsulti tantum, sed etiam cæteri auctores, qui populariter loquuntur. At enim cum hæc disciplina sit habitus practicus (est enim sine controversia pars philosophiæ practicæ) si strictè loqui volumus, & ad certas habitus intellectualis species singula illa nomina cum 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 icientia: idem enim hæc duo significant. Differentia petitur à subjecto ejusque considerandi modo: unde & finis sponte sua intelligitur. Subjectum jurisprudentiæ sunt res divinæ & humanæ: modus considerandi, quatenus de jure earum quæritur; scilicet ut norimus, an in iis, aut ad eas, & quatenus jus aliquid 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, *justis atque injustis scientia*: nempe hætenus res divinas & humanas esse objectum hujus scientiæ, quatenus ea,

eum de jure harum rerum quaeritur, quid justum aut injustum sit, doceat. Quod si cui haec 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 noticia dicitur; justus atque injustus, id est, ejus, quod fas & jura sinunt, aut non sinunt, scientia. Sane veteres juris interpretes etiam sacris caeremoniisque Deorum praefuisse testis est historia. A Caelso haec disciplina ab officio eam profitentis elegantissime & brevissime describitur, *ars aequi & boni. d. l. 1. in pr.* siquidem officium jurisconsulti & prudentia illius tota in eo consistit, ut quid in re quaque aequum, quid iniquum sit, videre, tum discernere, & de eo respondere possit consilium sibi expetentibus.

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, saepe etiam cum diffidentia (qua plerumque juvenes avertit) serius ad id perducemus, ad quod, leviore via ductus, sine magno labore & sine ulla diffidentia, maturius perducere potuisset.*

NOTA.

*Generaliter*] Cursum, obiter, summam, & *περίεργον*.

*Levi ac simplici via*] *Τυμωδός*, crassa ac pingui Minerva. Praeclare Aristot. *Δὲ γὰρ*, inquit, *ἡ ἀπλοῦς καὶ ἀκαταρῆτος* *ἀπὸ τοῦ ἐπιπέδου ἀνεξετάσθη*. Prius lineamenta prima ducenda sunt & opus informandum, post utendum veris coloribus. Nec minus scite Quintil. 1. *Inst. orat.* 2. *Ut Vascula*, inquit, *oris angustis superfusam humoris copiam respiciunt, sensum autem influentibus complentur, sic animi puerorum.*

*Diligentissima atque exactissima*] Hoc ad summam scientiae est necessarium, ut prius illud incipientibus magis convenit.

*Duorum alterum*] *Δυῶν τινῶν*. Quintilian. *Prooem. lib. 8.* *Incipientibus brevius & simplicius tradi convenit: aut enim difficultate institutionis tam numerosa atque perplexa desorrieri solent; aut eo tempore, quo praecipue alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda sunt, asperiorum tractatus rerum atteruntur.*

*Cum diffidentia*] Cic. *in orat.* *Vereor, ne tardem studia multorum, qui desperatione debilitati experiri id volunt, quod assequi se posse diffidunt.*

COMMENTARIUS.

Quod pictores facere solent, qui prius lineamenta prima ducunt & opus informant, post veris coloribus utuntur, id etiam in quavis arte docenda faciendum est. Primo enim *τυμωδός*, crasse & simpliciter, postea *ἀνεξετάσθη*, diligentius & subtilius unumquodque tradendum. Illud incipientibus magis convenit; hoc ad summam scientiae est necessarium.

*Duorum alterum*] Duplicem hujus rei rationem affert. Prima est, ne difficultate initio proposita deterantur animi adolescentum, voluntatemque discendi una cum spe perdiscendi abjiciant. Altera, ut maturius ad cognitionem hujus scientiae ab hoc aditu patefacto perveniant, ad quam aut serius aut nunquam pervenirent (certe non sine magno labore aut diffidentia) si eo tempore, quo praecipue alenda ingenia, ac indulgentia quadam enutrienda sunt, asperiorum tractatu rerum atterantur, ut disputat Fabius in *prooem. lib. 8. Inst. orat.* Commentariorum quod ad incipientes attinet, eadem ratio. Caeterum qui jam aliquandiu hoc simplici cibo pasti sunt, iis nihil prohibet eundem paulo doctius conditum iterum apponere, novoque & piperato jure deficientem excitare appetentiam. Mihi animus est unpromiscuo apparatu & frugaliter incipientes, & opipare proventus, nitide omnes excipere.

TEXTUS.

Juris praecepta.

3. *Juris praecepta sunt: Honestè vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere.*

NOTA.

*Juris praecepta*] Non regulae artis juris, ut Hopper. & Cont. sed dictata juris naturae *αἰ ἀρχαὶ καὶ θεμελίαι τῆς νομικῆς*, insitae & quasi consignatae in animis nostris notiones, ex l. 10. §. 1. *D. eod.*

*Honestè vivere*] Hoc praecepto vetantur omnia, quae pugnant cum bonis moribus & publica honestate, etiam si non expresse prohibita. *Est aliquid*, inquit Cic. pro Balbo, *quod non oporteat, etiam si licet. fac. l. 144. de reg. jur.*

*Alterum non ledere, suum cuique tribuere*] Horum alterum ad personam alterius referri videtur, alterum ad res externas. Cic. 1. *de offic. Justitia primum munus est, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus, privatis, ut suis.* Sen. 3. *de benef. c. 14.* *Aequissima vox est, & jus gentium pra se ferens, Redde, quod debes.*

COMMENTARIUS.

Non assentior Hoppero *lib. 1. de ars. jur.* nec Contio ad hunc §. qui praecepta hoc loco & apud Ulp. l. 10. §. 1. *eod.* pro regulis hujus artis posita putant: siquidem praecepta artium principia sunt cognoscendi, ut definitiones & divisiones: atque ita non tres regulae, sed una tantum proponeretur praeceptorum juris distributio. Rectius praecepta hic accipiemus generalia quaedam dictata ac praescripta juris illius communis, quod semper aequum & bonum est, sive notiones quasdam a natura insitas & quasi consignatas in animis nostris *ἀρχαὶ καὶ θεμελίαι τῆς νομικῆς*. Et primo quidem, quo vitae honestas pra-

præcipitur, intelligi oportet vetari facta omnia, quæ sedunt 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 permixta 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, etiam si liceat, ut bene Cicero pro Balbo: neque vere simplex hæc admonitio est, ut quibusdam videtur, sed verum atque efficax juris naturalis præceptum: licet hic aliquando claudicat & conniveat lex civilis; erratque adeo, qui cum hoc præcepto committunt lupanaria, quæ passim tolerari constat. ἰλαρῆς est legis civilis, cuius latorem officii sui admonent, ne vel boni causa mala fieri permittat. Hoc enim prætextu hujusmodi conniventia excusari solet, quod propter redundantem in humana natura perversitatem, quadam etiam non decora ac salutaria, adeoque decreto Spiritus damnata toleranda sint, ne majoris mali præbeatur occasio. Verba ferè sunt & ratio Imp. Leonis, qui usum usurarum, quas pater sustulerat, hoc obtentu non dubitat restituere. Nov. Leon. 83. Duo reliqua præcepta duo distincta munera justitiæ evidentiter continent. Sic enim crasse ea accipio, ut secundum (alterum non ledere,) ad personam alterius referatur; ne alicujus vitam, incolumitatem, libertatem, existimationem lædamus aut violemus: tertium (sum cuique tribuere) ad res externas; ut ab alieno manus abstinemus, hoc est, res alterius non atrectemus 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. Justitia primum munus esse, ut ne cui quis noceat: deinde ut communibus utatur pro communibus; privatim, 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 Claud. Cantuacula in doctissima sua paraphrasi.

T E X T U S.

De jure publico & privato.

4. Hujus studii dua sunt positiones, publicum, & privatum. Publicum jus est, quod ad statum rei Romana spectat. Privatam 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.

N O T E.

4. Dua positiones ] Id est, duo themata, partes, species, dvo sidd. Ex Ulp. l. 1. §. 2. eod. alii tres fecere spe-

cies, sacrum, publicum, privatam. Aufon. in Idyll. 15. sed Ulp. d. loc. sub publico etiam sacrum comprehendit. Bud.

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

Ad singulorum utilitatem ] Quod privatam ad cuiusque civis rem pertinet familiarem. Quamquam & hoc per consequentiam publicè & illud privatim utile.

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

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

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

Hujus studii dua positiones ] Studium figurate pro jure, cui studetur: nam studium nullum publicum est, sed cuiuslibet proprium & privatum. Positiones, id est, τῶν μέρους, partes, species, dvo sidd. Est autem hæc divisio sumpta ab objecto, ac sine principali; & fortasse rectius tres species ponerentur, ut à Cicerone 1. de legib. & Aufonio in Idyll. Divinum; publicum, & privatam: aut si διχοτομία magis arridet, dividi commodè potest in divinum & humanum; humanum deinde subdividi in publicum & privatam. 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 π. omiserunt Compositores Christiani. Quæ autem de hoc jure extant in Codice Christianorum Imp. constitutiones, eatenus recipiendæ sunt, quatenus verbo Dei non repugnant.

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 tuel. l. ex sententia. 29. de test. tur. multisque aliis in locis. item apud Terent. in Phorm. 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 damn. inf. usufructu jure publico contingere, hoc est, eo jure, quod publicè 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. verbi 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 & legis. Privatorum cautiones legum auctoritate non censentur. Et quod passim legimus jus publicum privatorum pactis mutari aut infringi non posse. l. jus publicum.

*sum. 38. de pact. l. Neratius. 20. de relig. l. 15. §. 1. ad leg. Falc. l. neque pignus. §. 1. de reg. jur. nihil aliud significat, quam ex eo jure aut forma ejus juris, quod quacunque de re publicè constitutum est, privatorum pactioibus nihil posse immutari. d. l. nec ex. 27. de reg. jur. Interdum & jus publicum accipitur pro jure, quod civium omnium ejusdem civitatis commune est. Nam quod Papinian. in l. insor. 51. §. pen. de fidejuss. & Zeno in l. ult. C. de rest. in integ. commune appellant, id eodem sensu publicum appellat Ulpian. l. nihil consensui. 116. §. 1. de reg. jur. itemque Impm. l. 2. C. ne ux. pro mar. ad distinctionem, ut videtur, juris singularis sive privilegii, quod certarum duntaxat personarum proprium est. Hoc autem loco ab objecto & fine id solum jus publicum dicitur, quod ad utilitatem publicam, hoc est totius populi universum & conjunctim pertinet, non item ad singulos, nisi secundario & per consequentiam. Nam quod publicè utile est, id non potest non utile esse privatim; quemadmodum ex privatorum utilitate publicam quoque per consequentias æstimamus, veluti cum dicimus, publicè expedire suprema hominum judicia exitum habere: interesse reipub. ut quis re sua male utatur. aliaque id genus.*

*Rei Romana* ] id est, reipub. Romana: Virgilius 6. Æneid. Hic rem Romanam magno turbante tumultu sisset 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 collatae privatorum loco erant, l. 15. & seq. de verb. sign. vel potius, quia Justiniano tantum propositum est, jus Romana civitatis tractare, uti & Ulpiano, unde hæc sumpta sunt. Juris publici sunt, quæ pertinent ad religionis cultusque divini curam, ad pacis bellique ordinationem, ad fines & magnitudinem imperii, ad jus legum ferendarum, privilegiorum irrogandorum, tributorum imperandorum, monetarum cudendarum, ad exercenda judicia, delicta coercenda, magistratusque creandos, per quos hæc expediuntur.

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

*Dicendum est de jure privato* ] Juris publici tractatio difficilior atque sublimior Justiniano visa est, quam ut tironibus proponi debeat; ideoque nec nos plura de eo dicemus. Cæterum ut illud obiter moneam, quod locus postulare videtur, apparet ex hac juris divisione, itemque ex definitione jurisprudentiæ, Antonium apud Ciceronem lib. 1. de orat. non Jurisconsultum, sed leguleium describere, qui legum & consuetudinum ejus, quæ privati in civitate utuntur, & ad respondendum & ad agendum & ad cavendum peritus sit. Præstantissimam scilicet hujus artis partem, juris publici scientiam, consulto præterit homo Jurisconsultorum gloriæ subindens, & inique de hac scientia judicans.

*Tripartitum est* ] Divisio è causis efficientibus, id est, auctoribus juris, naturæ, naturali ratione, & civitate; quamquam hic non tam dividitur jus civile, quam principia ejus & origo indicatur atque secernitur, ut verba, collectum est, ostendant, & notat D. Wesenb. Cæterum

non est adeo absurdum, ut multi existimant, jus civile tanquam genus constituere, cujus species sint, naturale, gentium, & civile in specie: dummodo jus civile, quatenus in ea distributione, ut genus consideratur, accipiatur pro eo jure, quo quæque civitas in universum utitur: civile autem in specie, pro eo quod legislator à se constituit, & positivum passim appellatur. Eodem namque sensu Philosophus 5. Eth. 7. dividit jus 3 *πολιτικὸν ἐν φυσικῷ καὶ νομικῷ*. Jus enim naturæ sive gentium communis omnium populorum fons est, unde hauriunt singuli quod ad suæ civitatis mores accommodent: quamvis id non uno omnes modo faciant; atque huc pertinet quod Cajus scribit in l. omnes populi. 9. hoc tit. *Omnes populos partem communi omnium hominum juris uti, partim proprio*: quod Arist. d. loc. appellat *νομικόν*, & 4 speciem facit *πολιτικόν*. Notat Justinianum Rod. Agricola lib. 2. de invent. dial. quod duntaxat 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 rectè dixeris naturam, sive jus naturalem, ut id in specie accipiunt Justinian. & Ulpian. pro jure cum brutis communi, causam esse juris publici; quod & Baro rectè observavit. Nec tamen assentiendum Mysingero, 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, caeremoniasque suas, atque omnia ferè, quæ ad magistratus, aliaque jura publica pertinent, à plerisque Italix populis ac præsertim Hetrurix accepisse. De communi notitia de Deo locus est omni exceptione major apud Paulum ad Rom. c. 1. sunt & apud Cic. 1. Tusc. & 2. de nat. Deor.

*Ex naturalibus præceptis aut gentium, aut civilibus* ] 5 De numero generum juris dissentisse 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. 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 bimestri divisione primum genus duas priores species tripartitè illius complectitur, in quas etiam deinde subdividi potest. Ulpianus enim brevitate 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 cæteris animantibus commune est; gentium, quod humani generis proprium. Observandum autem 6 est, non omnes, qui jus dividunt in naturale & positivum, hæc 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

B

sed



sed jus gentium secundarium, speciem faciunt juris positivi, sicut & civilis; idque rationi magis consentaneum putant Weseimb. *par. hoc tit. num. 15. Greg. Lopez. animad. c. 3. D. Grot. 1. manu dicit. ad jurispr. Bat. c. 2. item lib. 1. de jur. bell. & pac. cap. 1. n. 9. & seqq.* Alii verò 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 gen-

tium secundario opponunt, ut in §. 2. tit. proxime sequenti. inf. de libertin. in pr. l. 4. hoc tit. In divisione proposita etiam primario opponitur: quæ tamen oppositio vix ullum usum habet, ut demonstrabitur tit. seq. Optima divisio erit, si dicamus 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 SECUNDUS. DE JURE NATURALI, GENTIUM, ET CIVILI.

*Summa eorum, quæ hic explicantur.*

**H**oc titulo species juris privati, in quas supra §. ult. præc. tit. divisum est, Imperator singulariter 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 ordine item explicat. Postea jus civile à naturali distinguit ratione diversi effectus. Ad extremum viam sternit ad rectam perceptionem juris constituti, proposita discretionem 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 celo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque fœmine conjunctio, quam nos matrimonium appellamus. Hinc liberorum procreatio, hinc educatio. Videmus enim cætera quoque animalia istius juris peritiam censer.*

### NOTÆ.

**O**mnia animalia docuit] l. 1. §. 3. D. de just. & jur. Dicuntur vero hæc *κατα χρονηκώς*, eo quod quæ hujus juris sunt, etiam bruta faciunt, solo quidem impetu naturæ, cæterum cum similitudine sensus ac desiderii humani. Cic. in *Lal.* unde tales brutorum actus Aristot. 9. de hist. anim. c. 7. appellat *μηδὲ μὲν τὸ ἀνθρώπινος ζωῆς*. Proprie autem juris capax non est nisi natura utens præceptis generalibus. Grot. 1. de jur. bell. 1. Νόμος ἔστι δικαίω αἰεὶ ἀνθρώπινος μόνος χροηδὸν πεφύκεται. Plutarch. *Cat. maj.* In bestiis tantum apparet juris aliqua imago. *Salmas. de usur. c. 9.*

*Maris atque fœmine conjunctio*] *Lactant. l. 6. c. 23.* Cum excogitasset Deus duorum sexuum rationem, attribuit ipsi, ut se invicem appetere; & conjunctione gauderent, eaque ratione propagari & multiplicari genera possent.

**Educatio**] Cic. 1. de off. *Quomodo communis est animantium conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, quæ procreata sunt.* Nam, ut idem lib. 3. de fin. hæc inter se congruere non possent, ut procreari quidem natura vellet, diligere autem procreata non curaret. Huc vel maxime pertinet studium tuendi sui adversus vim illatam. Cic. 1. de off.

**Peritiam censer]** Id est, haberi pro peritis hujus juris. eorum numero adscribi. Theoph. *ἐὶ τοῖς νόμοις τῶν τῶ νόμων ἀναρχαμύμων*, id est, *his qui hanc legem observant, adscripta*, quidam malunt, *perita*.

### COMMENTARIUS.

1. *Animalia bruta propriè juris capacia non esse & n. 4.*
2. *Parentes alere quo jure liberi teneantur.*
3. *Defensionem adversus vim illatam esse juris natura, & quatenus ea permissa remissivè.*

**A**nimalia bruta tam certum est esse juris expertia; quam certum est esse ἀλογα sive expertia rationis. Nam inter quos jus est, inter eos & ratio, & æquum, & bonum, & justitia, & lex, & societas sit necesse est. Arist. 5. Eth. 10. In equis, in leonibus justitiam non dicimus, inquit Cicero lib. 1. de offic. Plutarchus in Catione Majore ait, νόμος, ἡ δικαιοσύνη ἀνθρώπων μόνος χροηδὸν πεφύκεται. & alias etiam beatitudo caderet in bruta. Bene igitur D. Grot. 1. de jure bell. & pac. c. 1. num. 11. *Proprio 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 cuius Institutionibus hæc descripsit Tribonianus, ut apparet ex l. 1. §. 3. de just. & jur. Quomodo ergo Ulpianum cum cæteris conciliamus? Simplicitissima eorum sententia est, qui per quandam auxesin & figurate hæc à jurisconsulto dici scribunt, propterea quod quæ hujus juris esse dicuntur, ea etiam bruta faciunt, idque cum similitudine quadam sensus ac desiderii humani. Unde Aristoteles lib. 9. de hist. animal. c. 7. tales brutorum actus appellat *μηδὲ μὲν τὸ ἀνθρώπινος ζωῆς*, vitæ humanæ imitamenta. Cicero 2. de finib. *virtutum simulacra.* Nam ut in brutis apparent simulacra quædam rationis, ita etiam juris, ut idem Cicero testatur, & pluribus ostendit Plutarchus in libello, *πέποιθε τὸ ζῷον φρονεῖν*.



Platonis quoque doctrina est, naturam rem unquamque perfectissimam facere voluisse; ac proinde in plantis sensus, in brutis rationis, in hominibus divinitatis vestigia expressisse. Neque aliud sensisse videri debet Plutarchus in libello cui titulus est, τὰ ἀλογα λόγων κρηθόμενα. quod alioqui non careret contradictione. Eadem effectum 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. part. 2. vel. §. 1. n. 4. & Ant. Fab. jurispr. Papin. sit. 2. pr. 1.* jus naturale dicitur, 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 bestiarum in iisdem agendis sola vi naturæ, & cæco impetu, sine judicio ac ratione ducantur: ad quem etiam modum disputat doctissimus Salmasius *lib. de usur. c. 9.* eoque pertinet, quod scribit Seneca *lib. 2. de Ira,* animalibus pro ratione impetum, hominibus pro impetu rationem esse.

*Maria & facina conjunctio.* Huc pertinet, quod in Lælio scribit Tullius: Hoc apparet, inquit, in bestis, volucris, agrestibus, natantibus, cicuribus, feris, primæ ut se ipsa diligant, (id enim pariter cum omni animante nascitur,) deinde ut requirant atque appetant, ad quas se applicent, ejusdem generis animantes: idque faciant cum desiderio & cum quadam similitudine amoris humani.

*Procreatio, educatio.* Quomodo communis est animantium conjunctionis appetitus, ita cura quoque eorum, qua procreata sunt, ait idem Tullius *1. de offic. Justinianus in l. un. §. tacens. C. de rei ux. act. Ipse,* inquit, naturalis stimulus, id est, *πυγί,* parentes ad liberorum suorum educationem hortatur. Et alibi; *filium vel filiam alere patri necesse est propter ipsam naturam. l. ult. §. ipsum. C. de bon. qualib. Et vero hæc inter se congruere non possent, ut procreari quidem natura vellet, diligere autem procreata non curaret, ut scribit Cic. 3. de finib.* Referunt huc quidam & alituram parentum: sed malè. Debentur quidem & parentibus alimenta, quod etiam proditum est vulgari proverbio ἀπιδασζών. sed parentum alimonia non ex eo jure est, de quo hic agitur, quod natura cætera quoque animalia docuit, inter quæ genitum gignenti alimenta non præbet: verum ex alia naturæ lege, quæ humani generis propria est, & in proposita partitione jus 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, *fac. l. 2. de just. & jur. l. unum & 15. de iust. reb. l. 7. §. 1. unde liberi.* ita cape locum Ciceronis in *orat. de resp. arusp.* ubi ait, parentibus nos primum naturam conciliare, quos non alere nefarium sit. Et Valerii, qui *lib. 5. c. 4.* scribit, primam naturæ legem esse, diligere parentes. Quod autem de ciconia narratur, id, ut singulare, negligendum est. De qua sitione quatenus parentes liberos, aut hi vicissim illos alere teneantur, Et porro an frater fratrem, quæ hinc aliena, consulantur *Schneid. hic n. 10. & seqq. D. Tulden. & Perez. ad tit. C. de aliend. liber. Christian. vol. 3.*

*decif. 143. add. D. Gros. 2. de jur. Bell. & Pac. c. 7. n. 4. & seqq. Pot. Fab. 2. Sem. 1.* Nullius autem rei studium altius insumtum 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. ut se, vitam, corpusque tueatur, declinatque ea, qua nocitura esse videantur.* Unde liquet fragmentum auctoris *l. 3. de just. & jur.* temere à Triboniano subjectum esse. *l. 2. eod.* confusaque exempla juris naturalis & gentium, contra quam propositum erat: quanquam quidam in defensione duo extrema spectanda ajunt, tuitionem & propulsionem injuriarum, quarum illam ad jus naturæ, hanc ad jus gentium referunt. Credo ego Florentinum jus omne finibus humani generis circumscriptis. Quatenus & quibus conditionibus vim personis vel rebus nostris illatam propulsare permittitur, ex recepta *D. sententia tradit Schneid. hic n. 12. & seqq. Guil. 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. Aquil. l. 1. C. unde vi. & ibi Don. Add. D. Gros. lib. 2. de jur. bell. cap. 1. ubi n. 3.* rectè docet jus defensionis per se ac primario nasci ex eo, quod natura quemque sibi commendat, non ex injuria aut peccato alterius, unde periculum est: & ideo si corpus vi impetatur cum præsentem periculo vitæ non aliter evitabili licitum esse inferentem periculum interficere, etiam si ille peccato careat, puta insania aut insomniis agitur, ut evenisse quibusdam legimus: neque enim eo tolli jus se tuendi, cum sufficiat, quod ego non teneor id, quod ille intendat, pati, non magis quam si bestia aliena periculum intentaret. Sed hæc & similia fortassis alibi latius. Illud repeto, quod superius dixi, si quando brutis animantibus justitia tribuitur, id fieri improprie ex quadam in ipsis umbra rationis atque vestigio; ac propterea plerisque disputationem juris naturalis finibus humani generis circumscribere. *vid. Pot. Fab. 2. sem. 1. Salmas. de usur. cap. 9. Ioan. Selden. lib. 1. de jur. nat. & gent. juxt. discipl. Ebraor. cap. 4. & 5.* ubi etiam Ebræos laudat, qui & ipsi non ex jure aliquo (quod totum versari volunt circa licitum atque illicitum) sed è propensione atque inclinatione tantum ajunt animantium cæterorum actus evenire. Sanè discrimen, quod Ulpianus facit inter jus quod animantibus cæteris cum homine commune est, quod arctiori significato 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.*

## TEXTUS.

Distinctio juris gentium, & civilis, à definitione & etymologia.

1. Jus autem civile à jure gentium distinguitur, quod omnes populi, qui legibus & moribus

bus 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 peraque custoditur; vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utantur. Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utitur. Qua singula qualia sint, suis locis proponemus.

## NOTA.

1. *Quisquis populus*] Ex l. 9. de just. & jur. populus scilicet alieno imperio non subiectus, alias juriscondendi potestatem non habet, nisi quatenus ille, cui pareat, concessit, l. aitionis. D. de leg. Rhod.

*Vocaturque jus civile*] Nempe in specie, quod à se civitas constituit: qualia multa in duodecim tabulis. Nam jus civile sumptum pro universo jure civitatis etiam jus naturale & gentium complectitur, quo sensu Aristot. 5. Ethic. 7. dividit jus πολιτικόν in φυσικόν & νομικόν.

*Naturalis ratio*] Jus gentium non ex institutis populorum æstimandum est, sed ex eo, quod justum esse ipsa naturalis dicitur ratio, id est, insita animis hominum notitia honesti & turpis, justi & injusti V. G. Incesta, adulteria, furta natura turpia & illicita sunt; etiam si gentes repetere, in quibus hæc permissa aut non punita, Gell. 11. noct. Attic. 18. Alex. ab Alex. l. Gen. dier. 24. Platon. 1. de legib. Cic. 1. de legib.

*Apud omnes populos*] Aut certe moratioris: nam quid naturale sit, spectandum in his, qui bene secundum naturam se habent, non in depravatis, teste Arist. 1. Polit. 5. Videtur autem hic tantum definiri species juris gentium excellentior, quæ vulgo jus gentium primævam.

## COMMENTARIUS.

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

**Q**uod quisque populus] Suis scilicet legibus & moribus vivens: nam si quæ civitas alterius imperia subiecta est; ea non plus jura habet in jure constituendo, quam ille cujus imperio subiecta est, concessit, l. aitionis. 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. lib. 16. c. 13. Cæterum statutorum condendorum quemlibet magistratum in suo territorio jus habere tradunt DD. in l. omnes populi. hoc sit. unde hic locus descriptus est: quæ tamen statuta non

aliter valeant, quam si non derogent juri communi: & ut valeant, sciendum tamen est, non valere jure legis; sed saltem tempore manere jus superioris, ut pro auctoritate sua ea abrogare possit, l. 3. §. Divus. 5. de sepul. viol. Ufu quoque servari tradit Schneid. in §. constat. inf. eod. ut statutorum confirmatio à superiore petatur; quod & juri consentaneum cum Hieronym. de Cævallos censet D. Christin. volum. 2. decif. 55. num. 5. quamvis id necessarium non esse plerique tradiderint. Apud nos sanè magistratus inferiores jus statuta condendi non habent, nisi quatenus id à Principe, aut qui vicem ejus gerit, impetrarunt: alioqui necessaria est superioris approbatio. D. Merul. lib. 1. tit. 4. cap. 5. D. Grot. 1. manud. cap. 2. De statutis, præter alios, videri possunt D. Nic. Burgund. ad consuet. Fland. tractat. 1. Christin. vol. 2. dec. 2; 3, 4; 5, 54, 56, 57, & 59.

*Vocaturque jus civile*] In specie nimirum: nam jus civile sumptum pro eo jure, quo in universum civitas utitur, etiam jus naturale & gentium, quatenus receptum est, comprehendit: eoque sensu obligationes, quæ ex contractibus juris gentium descendunt, dicuntur civiles; licet à legislatore civili ahi 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. Potest vero hoc jus amplioris doctrinæ gratia sic distingui, ut aliud dicatur merum & simpliciter civile quo pertinent leges omnes, quæ ideò tantum justæ sunt & obligant, quia à civili potestate sanctiæ; cujusmodi sunt jura adoptionum, usufructuum, donationum inter conjuges, senatusconsulta Macedonianum, Vellejanum, Trebellianum, leges Ælia Sentia, Junia Narbana, Fusia Caninia, Voconia, Faria, Falcidia, & in multis capitibus lex duodecim tabularum: aliud mixtum, quod mixtum rectè dixeris, cum scilicet juri communi lex civilis aliquid addit aut detrahit, aut quod illo jure indeterminatum est, determinat: quo sensu matrimonia, patria potestas, tutelæ, testamenta, successiones, actiones & id genus alia juris civilis esse dicuntur; nempe quia certa & propria quadam forma à jure civili donata sunt, atque ita determinata, ut certus eorum usus sit, atque inter cives tantum, exclusis ab eorum communione extraneis & peregrinis. Atque de hoc jure civili mixto accipiendum est, quod scribit Ulpian. l. 6. de just. & jur. cum additur aliquid aut detrahitur juri communi, jus civile officii: alioqui omnia ferè, quæ constituta sunt, juris merè civilis & positivi dicenda forent. Illud in universum verum est, juris civilis nomen non mereri, quod directo pugnat cum ratione juris naturæ, d. l. 6. in pr.

*Naturalis ratio*] Aut Imperator jus gentium esse, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit. Unde sequitur, jus hoc non ex legibus aut institutis populorum æstimandum esse; sed ex eo quod justum esse dicitur ipsa ratio naturalis, id est insita animis hominum notitia de honesto & turpi, justo & injusto. Quam ob causam & ipsum quoque jus naturæ passim appellatur, & æquum & bonum, & naturalis æquitas, & natura. Id quod notandum est adversus eos, qui negant quicquam naturæ justam esse, sed tantum lege & consuetudine: contra quos disputat Cic. 1. de legib. & Aristot. 5. Eth. 7. add. Fla.

Platon. 1. de legib. Laert. in Pyrrh. & Aristip. Exempli gratia; dicitur naturalis ratio, delicta, puta furta, adulteria, naturā turpia esse & puniendi. l. probrum. 42. de verb. sign. l. 1 §. 3. de furt. Reperti tamen sunt, apud quos hæc flagitia permilla atque impunita fuerunt, vid. Gell. lib. 12. c. 18. Arnob. adv. gent. lib. 8. Alex. ab Alex. lib. 1. c. 24. Alber. Gentil. 2. de nupt. c. 7. Jure gentium incestum committit, teste Paulo in l. nls. de rit. nupt. qui ex gradu ascendentium aut descendendum uxorem ducit: quod etiam saniores omnes philosophi agnoscunt: nihilominus, ut Ovidius lib. 10. Metam.

Gentes tamen esse feruntur

In quibus & nata genitrix & nata parentis  
Fungitur.

Harum, inquam, gentium barbari mores & pravum iudicium efficere non possunt, ut id quod natura 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 Michaële Ephesio ad Nicomachia, quod apud plerisque non corruptos aut pravos, sed natura convenienter se habentes, obinet. Et Aristot. 1. polit. 5. quid naturale sit, spectandum ait in his, quæ bene secundum naturam se habent, non in depravatis. Belle Salmaf. de usur. pag. 243. & seq. Videtur autem Imperator hic tantum designare 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: quanquam cum etiam secundarium naturali ratione et iustitiam 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 scire Aristotelem d. lib. 1. c. 4. ubi ait esse quoddam jus gentium καὶ φυσικόν. 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 doceat, vel simplex est & pura, quæ sine discursu judicat, & Græcis νῆς sive νόσις dicitur: vel composita & comparata, quæ per discursum munus suum exequitur, ex collatione diversarum rerum aliquid colligens, Græcis ἀίσιον & λογισμός: ita & duplex est jus Gentium; unum quod à simplici illa ratione fuit seu intellectu νοητῶν, cujus juris sunt cultus Dei, reverentia parentum, neminem lædere, suum cuique tribuere, ab alieno manus abstinere, aliæque ejusmodi principia practica, quibus ultro sine argumentatione aut demonstratione assentimur, & justa esse sine agitatione mentis intelligimus: alterum quod à composita seu intellectu λογιστικῶν; quod discursum & ratiocinationem habet, atque ex causa demum aliqua aut hypothese & comparatione alterius rei justum esse intelligitur: cujus generis sunt ea omnia, quæ ad vitæ communis commoda conjungendaque inter se republicas & gentes à viris sapientibus excogitata in usum omnium gentium aut plerumque pervenerunt. Exempla habemus in §. seq. vers. nam usu. & elegans in l. 1. ff. de contr. empr. Quod jus à

simplici illo intellectu est, primævum DD. appellarunt; quod à composito, secundarium; primum immutabile, secundum mutabile.

## T E X T U S.

## Ab appellatione &amp; effectibus.

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

## N O T E.

Usu exigente ] Hujus igitur ex parte causa est usus & indigentia. Aristot. 1. polit. Unde Dio Chrysof. orat. 76. hoc jus appellat ἔργον πῶν ἄλλοις, inventum usus & temporis. Exemplo potest esse inventio nummi, cui causam præbuit difficultas permutationum, l. 1. D. de contr. empr.

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

Naturali juri contraria ] Ex hypothesi tamen & hæc naturalem rationem habent, puta si vim nobis illatam armis repellamus.

Omnes penè contractus ] Τὸ πῶν additum est δὲ Διόδοτου φιλοσόφου. Sunt enim quidam jure civili introducti, l. 5. D. de just. & jur. veluti stipulatio, obligatio literarum, donatio propter nuptias.

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

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 operi videri.

4. *Bella & Belli effecta quo ad spectu juri naturali contra ria.*

**E**X 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. 10. scribit nihil memorabile præter pœnarum acerbiteriam fuisse. Pœna namque capitis fraudes propè omnes multabat. Unde Demadis illud laudatur; ἢ πὶ δὲ αἵματι, ἢ ἀπὸ μίλαντος τὸς νόμους ὁ Δρακὼν ἔγραψεν. *Draconis leges non atramentoso, sed sanguine scriptas fuisse. Plutarch. in Solone.* Solon deinde magna earum parte abrogata alias descripsit, quibus Athenienses felicissime sunt usi. vid. *Anl. Gell. lib. 11. c. 18.*

*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.*

*Nostri jus* ] Κατ' ἰσχυρῶν. De Romani juris excellentia differit M. Tullius in persona Crassi *lib. 1. de oras.* Hodie jus civile Romanorum quasi gentium quoddam jus commune apud totam ferè Europam observatur, utique in quibus causis propriæ leges aut consuetudines deficiunt.

Sed & ad hujus juris normam dirigitur interpretatio quarumcumque constitutionum ac consuetudinum, quæ illi manifestè non repugnant: ac tamen si repugnent, tamen in ambigua facti specie ejusdem æquitate mitigantur, & ita coërentur, ut commune hoc jus quam minimum lædant, de quo doctè & acutè *D. Diod. Tulden. in comm. hic cap. 3. plenè D. And. Gail. 2. observ. 33.*

*Usu exigente* ] Hic locus confirmat receptam juris gentium distinctionem in primarium & secundarium: quam vitio non caret, quod Tribonianus non apertius distinctionem proponit. Primarium enim non ab hominibus excogitatum aut introductum est; sed nobis ingentum: 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 fur. 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 rectè Dio. Chrysofostomus *orat. 76.* hoc jus ait esse δῶρεμα βίης καὶ ἄλλων, *inventum temporis & usus*: & hinc Dion. Præfenzii ἀναγκαστὰ νόμους appellatur, multumque ad probationem hujus juris utimur auctoritate illustrium Historicorum. Hoc igitur jus non tam rationis luce exortum, quam ratiocinationis ductu collectum est, & usu exigente accomodatam non tam naturæ integræ bonitati, quam corruptæ necessitatibus: conjungitur respub. & gentes inter se, quarum tacito quasi fœdere & conspiciatione censetur.

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

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

*Juri naturali contraria* ] Bella, & hinc secutæ captivitates & servitutes, si per se spectentur, à ratione naturali prorsus aliena sunt: neque enim quod utilitas omnium gentium exigit, societatem humanam bella tumentur, sed oppugnant atque evertunt. Ex hypothese 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 metutalis pœnæ improbi ab injuria in posterum abstineant, nemo, opinor, est, qui negabit hoc summa cum ratione fieri; de quo iterum & latius tit. seq.

*Omnes penè contractus* ] Τὸ penè additum δι' ἀλλήλων φιλοσφῶν, & est temperamentum Jurisconsultis familiare, qui passim hujusmodi particularum adjectione sibi cavere solent, quando quid generaliter enunciant aut definiunt; propterea quod in jure generalis definitio plerumque periculosa est; *1. omnis definitio. de reg. jur. quod & Justinianus hic facit, respiciens haud dubiè 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 literarum, contractum emphyteuticum: & sponsalium largitatem: sed quam rectè, suis locis videbimus. Illud interim hic affirmare ausim, nullam obligationem dici posse simpliciter & absolute esse juris civilis? sed κατὰ ἀδυνατά, quatenus nimirum non nisi sub certo modo & forma ex consensu obligatio jure civili producitur.

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

### T E X T U S.

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

3. *Constat autem jus nostrum, quo utimur, aut scripto, aut sine scripto: ut apud Græcos νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι οἱ δὲ ἀγγραφοί. Scriptum autem jus est, lex, plebiscitum, senatus consultum, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium.*

No.

NOTA.

3. *Quo utimur* ] Absert à l. 6. §. 1. *D. de just. & jur.* unde hæc sumpta, nec Cujac. Hotom. Welcemb. agnoscunt.

*Scripto aut sine scripto* ] Distributio juris civilis à forma & modo constituendi ex d. l. 6. §. 1. alterum enim expressè sancitur & scripto promulgatur, alterum tacito consensu utentium introducitur, l. 32. *pr. D. de legib.*

*Apud Græcos* ] Plat. *lib. 7. de legib.* & apud Laërt. Aristot. 1. *Rhetor.* qui & 3. *Ethic.* meminit legum *καὶ τὰ ἄγραφα*, & *καὶ τὰ ἄγραφα*.

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

COMMENTARIUS.

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

**J**us scriptum in divisione præposita non opponitur omni juri non scripto: nam & jus naturale ac gentium est ἀγραφήν, 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. 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 *καὶ ἀγραφήν ἰστῶν* hæc erat, *καὶ ἀγραφήν ἰστῶν ἢ ἐπιφωτισ* scriptis legibus non uti. *Plus arch. in Lycurg.* Atque ut è Romana republica exemplum petamus; nunquid lex erat, cum rogante Magistratu, *velitis, jubeatis Quirites, &c.* populus in tabellis respondisset, *utirogas?* Quod autem rei jam in esse suo constitutæ ex accidenti supervenit, id de illius rei essentia non est. At enim, inquires, sine quo lex non obligat, id utique est ei essentialè: sine scriptura autem non obligat, cum sine ea in notitiam populi pervenire non possit. *arg. l. leges sacratissima. C. de legib.* Ut de propositione nihil in præsentia dicam, falsam esse assumptionem evincit, tum exemplum prolatum, tum leges, quas diximus Lacedæmoniorum. Ratio quoque assumptionis falsa est. Quid enim? An non voce præconis quoque lex promulgari potest? Et proinde, certum est in *l. humanum. C. de legib.* faciliorem tantum promulgandi rationem proponi. Cur igitur legem appellamus jus scriptum? Quia nimirum postquam lata esset, scribi solebat & scripto promulgari, aut in tabulis incisa publicè proponi, quo & cognosceretur facilius & minore negotio probaretur. Moris quoque erat apud Romanos, ut qui legem ferre vellet, eam trinundino promulgaret, id est, de sua lege ad populum diceret, eamque scriptam publicè propo-

sitam haberet, quo potestas fieret populo cognoscendi otiosè, & ut inde liceret librariis describere, si qui velent legem apud se habere, ut liquet ex 2. Agraria. Placè si non alio modo promulgandi civitas utatur, quam per scripturam, potest dici scripturam ad vim legis necessariam esse: neque enim ante lex vi sua constat, nisi & ad observationem vel potestatem obligat, quam populo innotescere potuerit, quod sine promulgatione sive publicatione aliqua fieri non potest, l. 7. *cum 2. seq. C. de legib. Perez. ad Cod. de legib. n. 18.* An igitur lex statim, ut publicata est, obligat? Maximè: eoque jure utimur, extra quam si certum tempus nominatim lege comprehensum sit, ex quo vim capiat, ut fit interdum, *Nov. 57. in fin. Nov. 116. cap. 1.* Extat sanè constitutio quædam *ἐν τῷ νεύρω*, quæ indulget spatium duorum mensium à die publicationis, observandum in omnibus novis legibus, *Nov. 66. cap. 1.* Verùm ea constitutio rectè sic à plerisque accepta est, ut profit hoc spatium ad allegationem ignorantiz, atque ut hæc interim præsumatur, non quin lex promulgata citius obstringat eum, in cujus notitiam ante pervenit. Quod si quis post lapsum istius temporis ignorantiam alleget, esse quidem adhuc audiendum, sed hac conditione, ut causam ignorantiz, quam allegat, probet, per l. *ult. de decret. ab ord. fac. Gudelin. 5. de jur. nov. c. 2. add. Christin. vol. 2. decis. 52. num. 2. & seqq.*

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

NOTA.

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

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

*Veluti consule* ] Item dictatore & prætore, non etiam

cenfore. Addit Hotomannus & interregem; sed perpetuam. Nam interregibus comitia habere ferendis legibus non licuit, ut patet ex 3. in *Rullum*. vid. Nic. Gruch. 1. *de comit. Rom.* 3.

*Plebiscitum*] Α'πὸ τῆς σκίσεως, ἢ ἀπὸ τῆς ἀποφάσεως, quod est decernere & constituere, non δὲ τῆς σκίσεως. Fabrot.

*Veluti tribuno*] Alium magistratum plebejorum rogationem ad plebem tulisse nemo prodidit.

*Quo species à genere*] Rectius dixisset. quo pars à toto. Populus enim est *συνολόντι*, quod ex partibus suis plebe & patriciis constat. Interdum tamen populum pro plebe dixerunt. Gloss. gr. lat. *Δῆμος*, populus, vulgus.

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

COMMENTARIUS.

1. *Legis varia significatio.*
2. *Non omnibus magistratibus senatoriis legibus ferendis comitia habendi jus fuisse.*
3. *Patricios genere semper, non ordine à plebejis distinctos.*

**S**equitur singularum juris scripti partium explicatio; cui nos lumen aliquod ex antiquitatis memoria afferemus, cujus ignorantio crassos errores peperit.

1. *Lex est*] Legem à *legendo* dictam, scribit Cicero *lib. 1. de legib.* 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.* Neque tamen omnis scripta sanctio arcto significato 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 propriè leges appellata, quam quæ populus centuriatum jussisset.

2. *Senatorio Magistratu*] Lex ferebatur comitiis centuriatis à magistratibus, penes quos erant majora reipublicæ auspicia, puta à consule, dictatore, vel prætore, non autem ab omnibus magistratibus, senatoriis aut curulibus; non à cenfore, iaterrege, 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 cenfores, centuriatis comitiis legem tulisse usquam legimus: cumque leges cenforias apud auctores reperimus, pro censorum subscriptionibus, ut Cicero *pro Cluensio* appellat, aut locationibus cenforibus factis, ut 7. in *Verrem*, accipi debent. Populi tamen vocandi jus habuisse ex iis, quæ de lustris condendi ratione Livius commemorat, ostendi potest. Postremo nec ædiles curules ulla comitia habuisse usquam invenias, qui nec alias jus agendi cum populo habuerunt, præterquam in multæ certatione; de quo vide Nic. Gruch. *lib. 1. de comitiis Rom.* c. 3. & *lib. 2. c. 3.*

*Interrogante*] Rogabat magistratus his verbis; *Velitis, jubentis Quiritis*, &c. Populus respondebat in ta-

bella vel per literam *A*, id est, *antiquo*: vel per *V. R.*; id est, *ut rogas*, quod ex antiquorum plerisque locis intelligitur, vid. *Agell. lib. 10. cap. 20.*

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

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

*Sine patriciis & senatoribus*] Hæc ad rationem priorum temporum proponi videntur, quibus honores & dignitates omnes soli patriciis sibi vindicabant. Nam ex quo etiam plebi aditus ad magistratus populi & in senatum esse cœpit; senatores plebejis opponi desierunt. Sane patricii gente sive genere à plebejis semper distincti fuerunt. Dico genere: nam quod ad ordinem pro censu, cuiusque distinctionem attinet, certum est multos à patriciis familiis, puta qui equestrem aut senatoriam censuram non habebant, in ordine plebejo, & contra plurimos ex plebejis 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 *proem. lib. 14.* ipsi senatores, qui minimi census erant, inter pedites numerabantur, & suffragium si ferre vellent, in quinta classe suffragium dicere debebant, vid. *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, tenerentur patres plebiscitis, legem centuriatis comitiis tulerunt, ut quod tributum plebiscitum 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 V. C. 367. Et iterum à Dictatore Q. Publilio anno ab V. C. 413. vid. *Liv. lib. 8. Flor. in epit. 11. Gell. lib. 15. c. 27.*

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

T E X T U S.

De Senatusconsulto.

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

N O T A.

5. *Auctus esset populus*] Ita & in *l. 2. §. deinde. 9. D. de orig. jur.* An autem hæc causa fuerit, an potius ambitio

&c

& astutia Cæsarum, melius ex Tacit. 1. *annal.* & Sueton. in *Tiber.* discies. Quibus modis senatusconsultum fieret, vide Varronem apud Gellium *lib. 14. c. 7.* Innotis S. C. D. *Senatusconsultum decrevis. Grot.*

## 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, permittum 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. lib. 6. Diodys. Halic. lib. 4. & 7.* nec ullum 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 Cæsarum dominatum leges jubere non licuisse, sed decreta tantum annua, quæ tamen nec populum nec plebem tenerent; & manifestè fallitur D. Connan. *lib. 2. c. de senat.* senatui Romano tribuens perpetuam legis condendæ potestatem. Nam *Dionys. Halic. d. lib. 4.* expressè scribit, senatusconsulta nullam vim legis habuisse, nisi plebs ea probaret; & quæ populus probaverat, annua 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.* Quippe Cæsar dictator, auctore Suetonio in *Jul. 41.* jus comitiarum 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 comitiarum reduxisse: eumque Suetonii sensum ex Dione adfruit Just. Lipsius; ego etiam ex verbis Taciti, quæ mox subjicit: *Nam ad eam diem, inquit, etsi potissima arbitrio principis, quadam tamen studiis tribuuntur sibi.* Ex eo igitur tempore legibus & plebiscitis quiescentibus senatus jus facere cœpit: quanquam non tam propria auctoritate, quam conniventia quadam & indulgentia Principum; quod vel unus Tacitus nos docere potest, & arguunt orationes Principum in senatu haberi solite, in quas senatusconsulta fiebant. Tandem translato in Orientem imperio, mutataque penitus reipub. forma, hæc potestas senatus exolevit, atque à Leone Philosopho etiam nominatim senatui adempta est. *Nov. Leon. 78.*

*Nam cum auctus]* Αὐτοκρατορία: à ἑὐνοῦτος ὡς αὐτοῦ. Nam ex Livio *lib. 1. Dionys. Halicarn. lib. 2. & 6.* discimus, senatusconsultorum primordia vetustissima esse: legemque jam inde ab urbe condita fuisse, quæ omnia in senatus potestate ponebat, præter magistratuum creationem, 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 con-

venire possent, necessitatem eò 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, manifestè liquet, potestatemque populi ad senatum translata astutia Cæsarum, qui ut Tranquillus in *Tiberio* scribit *c. 29. & seqq. senatus potentiam augendo sua serviebant.*

## TEXTUS.

## De Constitutione.

6. *Sed & quod Principi placuit, legis habet vigorem: quum lege regia, qua de ejus imperio lata est, populus ei & in eum omne imperium suum & potestatem concedat. Quodcunque ergò Imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto præcepit, legem esse constat. Hac sunt, qua constitutiones appellantur. Planè ex his quedam sunt personales, qua nec ad exemplum trahuntur: quoniam non hoc Princeps vult: nam quod alicui ob meritum indulget, vel si quam pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non transgreditur. Alia autem cum generales sint, omnes procul dubio tenent.*

## NOTÆ.

6. *Lege Regia]* Ex *l. 1. D. De constit. princ.* Lex Imperii dicitur *l. 3. C. de restam.* De lege regia cognosce ex indice *leg. Rom. Hotomanni.*

*Per Epistolam]* Epistola est rescriptum Principis, quod de jure consulentibus respondet. Ut passim in *Cod.*

*Decrevis]* Decretum Principis dicitur, cum ipse de causa cognoscit, & partibus auditis pronuntiat, ut in *l. 3. D. de his qua in test. del. ἀποφασις βασιλικῆς* in *Gloss. Basilic.*

*Edicto præcepit]* Edictum est, cum Princeps motu proprio, et sine alicuius auctoritate aliquid constituit ad honestatem & utilitatem subditorum. *Theophil. & l. 3. C. de legib.* & ferè ad præfectos prætorio hujusmodi constitutiones diriguntur, ut in *l. 6. C. de secund. nups. & similib.*

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

*Pœnam irrogavit]* Nempe graviolem ordinaria propter exemplum. Obiter hic nota, privilegia non solum pro aliquo, sed etiam in aliquem ferri posse, ut in *Milonem à Pompejo, à Clodio in Ciceronem* lata sunt.

*Personam non transgreditur]* Non producitur hoc jus ad consequentias, *l. 24. D. de legib.* non transit ad successores, *l. 68. l. 196. de reg. jur.*

## COMMENTARIUS.

1. *Lege regia jus omnia populi privativè in Principem translatum.*  
2. *Genera constitutionum exposita.*

C

3. *Quid*



3. *Quid & quotuplices sint, tum quam vim habeant constitutiones personales & privilegia, & n. 5.*  
 4. *Privilegiorum variorum usum esse in statu democratico, quam in monarchico.*  
 6. *De rescriptis contra jus elicitis & de precibus sub obreptitiis, nec non de moratoria prescriptione.*

**L** *Ege Regia* ] Hæc eadem habet Ulp. l. 1. *de const. princ.* Latam autem fuisse legem, idque sub Augusto, eamque secutum in eandem sententiam senatusconsultum, qua lege populi omnis potestas Principibus concessa, ipsique legibus soluti sunt, probatur testimonio Dionis, qui lib. 53. de principibus loquens, λέλωται inquit, τοῖς νόμοις ὡς αὐτὰ τὰ λατῖνα ἰσχυροῦσι λέγει, 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 Theoph. Hotom. Wesemb. interpretantur in se, quod nimis argutum. Probabile est, populum his verbis in formula legis usum ad ostendam enixam suam voluntatem omne imperium suum παντλήως transferendi. Fabrot.

1. *Omne imperium & potestatem* ] Ergo populus non retinuit veterem potestatem, eamque cum principe communicavit duntaxat, sicuti illi sentiunt, qui populum non privativè, sed cumulativè potestatem suam in Principem contulisse contendunt: qui error in notissima Politicæ 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 invidiis populo nominibus, Regis aut Domini abstinerent, cum alio sub nomine regiam potestatem exercerent, auctore Dione d. lib. 53. quod non satis examinavit D. Gudelinus lib. 5. de jur. noviss. c. 2. multo autem minus jus illud imaginarium populi in suffragiis ferendis, aut illa in jure condendo precaria senatus auctoritas. Manebant enim tunc temporis adhuc, ut inquit Tacitus, vestigia morientis libertatis. Et verissimè de populo Romano Juvenalis Satyr. 10.

*Qui dabat olim*

*Imperium, fasces, legiones, omnia, nunc se  
 Continet, atquo 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 & directè 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. nupr. cum simil. sed etiam cum respondet magistratibus de jure dubio consulentibus: quamquam Theophilus hoc genus constitutionis epistolæ speciem facit; vel non agit id principaliter, ut jus aliquod in commune constituat, sed ut in specie litem aliquam inter partes conponat; & tamen propter excellentiam & dignitatem personæ constituentis, id quod constituit, legis vigorem habet, l. 1. §. 1. de const. Princ. l. ult. C. de legib. cum à iudicibus res judicatæ aliis non nocent,

tit. C. res int. al. a. & vel jud. al. non noc. ac né sententiæ quidem latæ in consistorio Principis, aut ab ipso quidem Principe, sed ad relationem & consultationem judicum l. 2. l. 3. C. de legib. Vid. tamen Christin. vol. 2. decis. 63. n. 3. & seqq. & vol. 3. decis. 111. n. 8. & 9. Posterioris hujus generis duæ sunt species, epistola & decretum. Epistola propriè dicitur, cum privatis de jure suo consulentibus Princeps rescribit. Decretum δὲ φάσις βασιλικὴ cum ipse de causa cognoscit & partibus auditis sententiam pronuntiat; quem veterum Principum morem fuisse testantur historix A. A. scriptores, elegans exemplum habemus in l. 3. de his quæ in test. del.

*Quadam 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 privas dixerunt qua nos singula dicimus autore A. Gellio lib. 10. c. 20. & Festo in voce privos, ubi Jos. Scal. in annot. Offendit me, inquit, quod apud Ciceronem pro hac voce privatum substituerint, ut in ea pro dom. Vetant leges sacrata, vetant 12. Tab. leges privis hominibus irrogari. At hodie legunt privatis: Item 3. de leg. 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 Sempronii causa aliquid constituit, ut id, quod ita constituit, in universum pro jure observetur, ut 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. §. 1. de jur. immun. justacitæ hypothecæ, quod in exigenda dote mulieri indultum est in bonis mariti, & nominatim à Justiniano cum hoc privilegio, ut aliis creditoribus hypothecariis etiam tempore prioribus præferatur, l. assiduis. C. qui pot. in pig. Tale item beneficium est, quod parenti, patrono, marito, donatori &c. concessum, ut in id tantum, quod facere possunt, condemnentur, l. sunt qui. 16. & seqq. de re. jud. l. 12. & seqq. sol. matr. Hæc & similia personarum privilegia deficiente persona, cui data sunt, statim simul deficiunt, aut extinguuntur, neque ad successores transeunt, dd. 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 hæredibus quoque & cæteris successoribus tribuuntur, d. l. in omnibus. & d. l. privilegia. 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. 29. de re. jud. jus ante omne creditum deducendi impensas funeris, l. pen. junct. l. filius. §. 31. §. ult.



de vel. & sumpt. fun. &c. de quo adi. D. Pat. Fab. ad d. l. in omnibus. & d. l. privilegia. de reg. jur. Christia. 4 vol. 5. decis. 47. n. 30. & seqq. 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 12. tabb. cautum fuit ne privilegia irrogarentur. teste Cic. pro dom. sua. quod Decemviros à Græcis accepisse ex oratione Demosthenis contra Aristocratem liquere potest. Cæterum hoc juris erat ordinarii: nam extra ordinem jure supremæ potestatis privilegia etiam à populo, aliquando ferebantur sed non nisi centuriatis comitiis Cic. 3. de legib. Quale illud apud Romanos fuit, ut quis ante magistratum capere posset, quam per leges licebat. Sic Athenienses cum injurati nullius testimoniummitteretur, soli Xenocrati remiserunt jusjurandum. Diog. Laërt. in Xenocr.

5 Ob meritum indulgit ] Tres personalium constitutionum species hoc loco proponuntur; si quid princeps alicui ob meritum indulgit, puta immunitatem ab oneribus publicis; si quam poenam irrogavit, puta graviorem ordinariam 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 Cicero-nem à Clodio lata sunt, Cic. pro dom. sua. 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 elicità à iudicibus improbari etiam ipsorum Imperatorum constitutionibus jubentur, extra quam si profint peccanti & alium non lædant, vel crimen supplicanti-bus indulgeant, l. 3. & 7. C. de prec. imp. off. l. ult. C. si cont. jus vel util. pub. aut licet cum læsione alterius, moratoria duntaxat præscriptio debitori permittatur; ut est in l. 2. C. de prac. Imp. offer. id est, exceptio dilatoria, exceptio non qua perimatur actio, sed petitio & exactio in tempus certum differatur, spatium ad solvendum debitori dato **Sieben van Respijt**. Quo tamen casu placet non aliter rescriptum valere, quam si fidejussio idonea super debiti solutione præbeatur, l. 4. C. d. sit. quod & cautum Caroli V. edito 19. Maji 1544. art. 32. Secundo si Principi obreptum sit, cælata scilicet veritate, vel subreptum expresso mendacio, rescripti fructu privari jubetur, qui id impetravit, l. 2. C. de legib. l. pen. C. si cont. jus vel util. pub. Utrumque ex voluntate & mente Principis sumptum est, qui non creditur aliquid velle contra utilitatem publicam concedere; aut aliter, quam si preces veritate nitantur, l. 7. C. de div. rescr. l. pen. & ult. C. si cont. jus & lib. Groenew. tract. de ll. abrog. Gail. i. obf. 14. Tuld. & Perez. post DD. comm. ad d. sit. C. si cont. jus vel ut. pub. Ans. Fab. C. suo ibid. defm. i. Christia. vol. 2. decis. 74. & 76. exemplum in l. 1. ff. de natal. rescr. Hinc est, quod à Curiis rescripta ejusmodi aut rejici aut admitti, sive ut nunc loquuntur, interdinari solent.

## T E X T U S.

## De Jure honorario.

7. Prætorum quoque edicta non modicam obri-nent juris auctoritatem. Hoc etiam jus honora-

rium solemus appellare: quod qui honores gerunt, id est, magistratus, auctoritatem huic juri dede-rant. Proponebant & adiles curules edictum de quibusdam causis; quod & ipsum juris honorarii portio est.

## N O T A.

7. Prætorum edicta ] Jus prætorium introductum est adjuvandi vel supplendi & corrigendi juris civilis gratia, l. 7. §. 1. D. de just. & jur. exempla in pr. & §. 1. infr. de bon. poss. §. 3. Infr. de exh. lib. §. 9. infr. de her. qua ab intest. §. 3. infr. de leg. agn. succ.

Non modicam auctoritatem ] Minorem tamen, quam species superiores. Nam edicta prætorum non valebant auctoritate populi aut Principis, sed tantum ob honorem magistratus, qui non tam conditor est juris novi, quam cuitos & intepres conditi, d. l. 7. §. 1. & l. seq. D. de just. & jur. l. 2. §. 10. de orig. jur. l. 12. §. 1. D. de bon. poss. l. 1. in fin. D. ex quib. caus. maj.

Ædiles curules ] Ad distinctionem ædilium plebis. Curabant ædes fartas tectas esse, aquas mundas, integros aquæductus, vias expeditas. Cic. 5. in Verr. add. Liv. lib. 6. in fin. & 7. in pr. Varr. 4. de ling.

Juris honorarii portio ] Jus honorarium genus est, cujus species prætorium & ædilitium.

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

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

I Nter 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, quod illius juris adjuvandi, supplendi, corrigendi causa magistratus introduxerunt. Papinian. l. 7. de just. & jur. Unde autem prætori juris condendi potestas? Neque enim prætor aliud, quam magistratus fuit, juri dicundo non condendo, quod majestatis est, præpositus; cuitos juris civilis; non arbiter, neque ulla lege talem potestatem prætori datam uspiam legimus. Sic existimo; Prætores ab initio jure magistratus edicta tantum proposuissent, de quibus rebus, & quomodo jus dicturi essent, l. 2. §. eodem tempore. 10. de orig. jur. Progressu autem temporis, non obnitate populo, hoc simul usurpasse ut edicendo etiam jus constituerent: ut tamen edicta eorum minorem longè vim, quam leges haberent, nec abrogare jus constitutum aut receptum possent, l. cum sponsus. 12. §. 4. de publ. in rem act. l. 12. §. 1. de bon. poss. sed tantum adjuvare, supplere, corrigere, l. 7. §. 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 certè plus hic licuisse prætori, quam vel jurisconsultis vel iudicibus privatis, argumento sunt tot exceptiones & actiones, tot bonorum possessiones præter manifestam ratio-

rationem juris civilis à prætoribus introductæ, in quibus ante jus à prætoribus constitutum nihil sibi sumere quisquam privatus potuit : atque hinc est, quod edictum prætoris nonnunquam lex appellatur, uti ab Ulpiano l. 1. §. 2. unde cog. & Cic. 3. Verrin.

*Qui honores gerunt* ] Jus honorarium ad honorem prætorum nominatum est, ait Papin. in d. l. 7. §. 1. quod, qui honores gerunt, id est, magistratus, auctoritatem huic juri dederunt, ut hic Justinian. Propofuerunt 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 dicendi causa creati sunt, totaque ferè jurisdictionis 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.

*Ædiles curules* ] Curules, ad distinctionem ædilitium plebis : nam ædilitatem curulem patricium magistratum fuisse constat ex Liv. imit. lib. 7. dec. 1. Ædiles autem dicti à potissima parte procurationis eorum, quod ædes sacras & privatas fartas tectas esse curarent. Auctores Festus & Varro lib. 4. de ling. Lat. nam & alia ad munus eorum pertinebant, quæ recenset Cic. lib. 5. in Verr. & 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. tit. 1.

*Juris honorarii portio* ] Jus ædilitium appellatione juris honorarii propriè 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 scribitis. Et hoc est, quod Pomponius scribit in d. l. 5. prætorias stipulationes sic exaudiri oportere ut in his etiam contineantur ædilitæ; nam & ha, inquit, à jurisdictione veniunt. innuens id, quod de prætoris, tanquam 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 sententia & opiniones eorum, quibus permissum erat, de jure respondere : nam antiquitus constitutum erat, ut essent, qui jura publice interpretarentur, quibus à Casare jus respondendi datum est, qui jurisconsulti appellabantur: quorum omnium sententia & opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere à responsis eorum non liceret, ut est constitutum.*

## NOTÆ.

8. *De jure respondere* ] Cujac. Hotom. Wes. ex libris veteribus, jura condere. Theoph. *νομιμασιν* sed ut rectè

idem, *καὶ πρὸς τὴν ἀπόκρισιν, per consultationem & responsionem.*

*Antiquitus constitutum* ] *Malo institutum.* nulla enim lege id constitutum, sed more majorum institutum fuit: dictaque hæc pars in specie jus civile, l. 2. §. 5. D. de orig. jur.

*A Casare* ] Primum D. Augustus constituit ex auctoritate Principis responderetur, d. l. 2. circa fin.

*Quorum omnium* ] Aut utique plurium, l. un. C. Theod. de Respons. prudent.

## COMMENTARIUS.

*Origo auctoritatis prudentum à capite accersita.*

**P**ostrema juris scripti pars sunt responsa prudentum. Cujus juris originem operæ est à capite accersere. Lat. legis 12. tabb. quæ perbreves erant & obscuræ, cœpit (ut naturaliter evenire solet) ut interpretatio desideraret prudentum auctoritatem, necessariaque esset disputationi 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. 5. de orig. jur. Unde primo intelligimus, interpretationem juris duntaxat prudentibus permissam fuisse, non juris propriè 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, arg. l. 6. §. 1. de verb. sign. ad quod declarandum habemus accomodatissimum exemplum, *infr. tit. de leg. patr. tut.* atque hoc sensu rectè opponitur consuetudini. Item jus illud sive receptas interpretum sententias compositas, hoc est, descriptas, atque in certum volumen collectas fuisse, neque ab iis judicem in iudicando potuisse recedere; utpote quæ partem constituerent juris civilis, eoque nomine in specie etiam appellarentur. Atque ut obiter sciamus, ante tempora Augusti, quicumque studiorum suorum fiduciam habebat, de jure consulentibus publicè 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 *νομιμασιν*, non malè: nam & consulti quodammodo jus condebant; nempe, ut rectè Theophilus, *καὶ πρὸς τὴν ἀπόκρισιν, per consultationem & responsionem* quo sensu etiam juris conditores nonnunquam appellatur, l. nulla. 23. C. de proc. l. si furiosi. 25. C. de aupt. Cæterum, ut dixi, quod ita respondentes interpretando condebant; non ex propria eorum

eorum auctoritate statim valuit aut vim legis habuit; sed tum demum habere coepit, cum usu forensi receptum esset: errantque adeo toto iudicio, 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 haberint; sed tantum relinquuntur pristina legum interpretandarum facultas, add. *D. Gudelin. 5. de jur. nov. 2.*

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

*Furiconsulti*] Item jurisperiti, & prudentes, & auctores juris, modesti quoque causa juris studiosi appellari amabant: fortassis ad exemplum Pythagoræ, qui se non *σοφός*, sed *φιλόνους* dici voluit. Itaque hæc appellatio communis est tam præceptorum, quam discipulorum & auditorum juris, *l. 1. de off. assess. l. 9. §. 4. de pan. l. 4. de extr. cogn.* quibus in locis constat juris studiosos pro juris professoribus & assessoribus comitibusve iudicium accipi. add. *Cujac. 7. observ. 25. Rav. 2. cons. 10.*

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

## TEXTUS.

## De iure non scripto.

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

## NOTÆ.

9. *Diuturni*] Propria hæc sunt epitheta consuetudinibus, ut dicatur, diuturna, longa, inveterata, quanto autem tempore introducatur, iure nostro definitum non est.

*Legem imitantur*] Id est, legis vim & effectum habent, *l. 32. & seq. D. de legib.* Quin etiam plus valere & in rebus majoris momenti versari leges, quæ moribus comprobate sunt, quam quæ scripto constant, testatur Aristot. 3. *Polit. cap. ult.*

## COMMENTARIUS.

1. *Furis non scripti seu longa consuetudine introducti quanta, & unde auctoritas, & num. 2. & 5.*
3. *Ad jus consuetudine introducendum opus esse probabilis superioris scientia.*
4. *Quantum tempus, quot actus & quales ad inducendam consuetudinem necessari.*
6. *Applicatio superioris divisionis ad jus civile Batavorum.*
7. *An plures species juris, quam quæ memorata, & de aequitate, & communi opinione.*

**S***ine scripto*] De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus & consuetudine inductum est, *l. de quib. 32. de legib.* Imo magnæ auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere, *l. imo magna. 36. eod. Usus est.* inquit alicubi Livius, *gravissimus juris censor & explorator, ut non*

*possit non aquum esse & utile, quod is probavit, sapius facto periculo.* Cui simile est, quod Aristot. 3. *Polit. ult.* scribit, *plus valere & in rebus majoris momenti versari leges, quæ moribus comprobata 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 & sumptus probationum minuendos; & videmus multarum regionum consuetudines non modo scriptas, sed etiam commentariis illustratas circumferri. Neque tamen idcirco consuetudo sit jus scriptum, quod legem appellamus: quia non ex scriptura, sed ex usu æstimatur; & facilius tantum probationis causa scripta intelligitur.

*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 suffragio populus voluntatem suam declarat, an rebus ipsis & factis?* Populum autem etiam hinc intelligere debemus nullius imperio subiectum: nam quæ civitates alterius imperio parent, non magis tacito consensu consuetudinem introducere possunt, quam expresso legem. Hinc quia ejusdem est legem tollere, cuius est condere rectè rescriptum est in *l. 2. C. quasit long. conf.* legi à Principe latæ contraria consuetudine derogari non posse. Quamobrem etiam existimandum est Julianum in *d. l. de quibus.* 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. 8. in pr. de bon. poss. cont. tab. donationis inter virum & uxorem improbatio, l. 1. de don. 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. Proinde in statu populari jus consuetudinis introducendæ, quæ instar legis sit, solus populus habere potest; in monarchico aut optatum non item: sed in ea introducenda probabilis Principis aut superioris scientia & patientia requiretur, ut rectè *D. Wesemb. par. de legib. n. 9. & D. Gudelin. lib. 5. de jur. noviss. c. 2. per d. l. de quib. & d. l. 2. C. quasit long. conf.* et si quod non requiratur scientia superioris communior opinio est, quam post *Schneid. hic n. 2.* probat *D. Tulden. ad. d. rit. C. n. 1.* & in iudicando secuta est suprema Curia Mechlin. teste *D. Cristin. vol. 2. decis. 55. n. 5. & 6.* neque *D. And. Gail. 2. obser. 31.* aut *Mynk. 6. obs. 41. & seq.* hoc inter requisita consuetudinis numerant. Planè quatenus civitates statuta condere possunt, nec consuetudines statutis similes introducere prohibentur, aut ante statuta tacitè abrogare.

*Diuturni mores*] Propria hæc epitheta sunt consuetudinibus, 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 iudicio contradictorio aliquando firmata sit, *l. cum de consuetudine. 34. de legib.* Quantum autem tempus & quot actus

ad introducendam consuetudinem requirantur, inter interpretandum 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 aq. pluv. arc.* Vulgo, testibus *D. Gail. 2. obs. 31. Myns. 6. obs. 41. Schneid. bic n. 5. Wesemb. par. de legib. num. 9.* arbitrantur consuetudinem induci decennio aut tanto tempore, quanto jus aliquod præscribi potest. Verum, ut rectè *D. Ant. Fab. 1. jurispr. 2. pr. 111.* notat, in eo hi omnes errant, quod consuetudinem cum præscriptione juris confundunt. Præscriptio enim nullum jus acquirit nisi præscribendi, & in eos duntaxat, contra quos præscriptum est, & intantum, 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. qua sit long. conf.* Quam ob causam cum *D. Cujac. 20. obs. 1. & Menoch. consil. 543. num. 20.* potius judicis arbitrio hoc definiendum cenſeo, qui pro negotii qualitate modo longius modo brevius tempus statuere possit, & quantumcumque tempus sufficere, modo adfuit actuum frequentia, & uniformitas, ut *Ant. Fab. ad l. nam Imperator. 38. de legib.* Et quoniam in consuetudine introducenda non hujus aut illius hominis vel etiam ordinis morem inspicere debemus, sed totius populi usum, eumque colligere ex iis, quæ non semel aut bis, sed frequenter circa eandem rem & controversiam observata sunt, *l. 1. C. qua sit long. conf.* & observata tenaciter, hoc est, perpetuo similiter, *l. ult. C. eod.* non putarem ad inducendam consuetudinem duos actus sufficere, quantumvis judiciales & notorios, quæ communis est opinio probata item à *Gail. & Myns. ad. loc.* sed hoc etiam arbitrio judicis relinquendum, ut cætera, quæ certo jure definita non sunt, *arg. l. 1. §. ult. de jur. delib. l. 9. C. de bon. auct. jud. poss. Cujac. Menoch. Fab. ubi sup. eleganter D. Diad. Tulden. in comm. ad hunc tit. cap. 4.* Illud majoris partis consensu & rectè 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 nunquam apud judicem dubitatum sit, an non majoris auctoritatis id videri debet, quam quod in judicio contradictorio approbatum? *l. imo magna. 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 eandem illas probationes, quibus consuetudo tum probata est. Et secundum hanc opinionem in Camera judicatum testatur *Gail. 2. obs. 31. num. 8. add. Myns. 6. obs. 41. num. 15. Schneid. bic num. 6. Christ. vol. 4. decis. 187. num. 7. & seqq.* ubi plures citat, qui hanc sententiam defendunt, & communem asserunt. Ita quoque judicatum refert *Radelant. Traject. decis. 3. num. 4.*

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 dubix alicujus legis quærat, monemur in primis inspicendum esse, quo jure civitas retro in hujusmodi casibus usa sit: optimam enim legum interpretem esse consuetudinem, *l. si de interpretatione. 37. & l. seq. de legib.* minimeque mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt, *l. minime. 23. eod.*

Nos item in his regionibus aut scriptis legibus utimur, 6 aut non scriptis. Leges scriptæ aut generales sunt, quæ ad omnes pertinent, & ubique locorum in hac provincia vim habent, aut speciales, quæ sunt propriæ alicujus loci, aut privilegia certis corporibus, collegiis civitatibus, aut regionibus, itemque certæ alicui personæ aut pluribus unius generis, ut viduis, pupillis, pauperibus, &c. concessa. Generales leges soli sanciunt Ordines, aut Præfecti, quibus ea potestas, sub nomine Comitum aut summorum magistratuum legitime delata est. Sed & sine hac delatione, Præfecto Provincie una cum Præsede aliisque Curie Provincialis Senatoribus jus est de quibusdam causis leges ferre, nempe de iis; quæ ad usum fori, morem judiciorum, ad lites tractandas, atque expediendas ad frustrationes & captiones scribarum, advocatorum, procuratorum, viatorum, &c. corrigendas pertinent, quippe quibus in hac parte cura reipub. jam ab initio mandata fuit, *Merul. lib. 1. tit. 4. c. 3. add. Christin. vol. 2. decis. 51. num. 8. & decis. 65. num. 3. & 4.* nisi hæc curiæ decreta speciales potius leges dicendæ cum *D. Grot. 1. manud. 2.* Speciales leges non tantum Ordines condunt, aut Præfecti, quos diximus, privilegiis ferendis, aut condendis statutis particularibus: verum etiam Prætores & Baillivi de sententia magistratuum urbanorum legitime congregatorum in sua quisque civitate leges locales quas *Keuren* appellamus condere possunt: item Baillivi cum potissimis agros colentium, (*Walgeboren mannen*) prætores pagani cum Scabinis in agris & pagis de rebus ad jurisdictionem suam pertinentibus; quatenus nimirum jus condendorum statutorum ab iis, qui summæ rei præsumunt, acceperunt. Leges non scriptæ sive mores aut inveteratæ Consuetudines & ipsæ partim generales, qualis est communio bonorum inter conjuges; partim speciales, quale est jus retractus, quod in Rhinlandia, Delflandia, Kennemerlandia & agro Voornano observatur, *D. Merul. d. lib. tit. 4. c. 1. & seqq. Grot. d. loc.* Quod si de re, de qua quæritur, nihil legibus aut moribus nostris definitum est, jus commune, hoc est, Romanorum, sequendum est, auctore *D. Grot. d. loc. add. Christin. vol. 1. decis. 343. Gudelin. lib. 1. de jur. Nov. c. 13. & lib. 3. cap. 13.*

Et hæc tenus quidem explicatæ sunt partes juris civilis 7 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 et si 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. auct. aut jud. al. non. noc.* eoque pertinet, quod Imp. in *l. nemo. C. de sens. & interl.* rescribit, & vulgo dici solet; *Non exemplis, sed legibus judicandum esse. Christin. vol.*

vol. 2. *decif.* 51. *num.* 5. & *seq.* Sed nec æquitas propriè dicta hujus juris pars est. Est quidem ἀρετή, quia scripta non est: sed non eo sensu ita appellari potest, quo jus illud constituit speciem juris civilis. Quod 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 Cicero in *Topic.* jus civile definit *æquitate constitutum* *is, qui sunt ejusdem civitatis.* In specie autem & propriè accepta æquitas juri opponitur, non scripto, ut malè nonnulli, sed stricto. Hæc Græcis ἐπιείκεια dicitur, nostris etiam æquum & bonum, humanitas, benignitas: & ab Aristotele *5. Eth.* 10. definitur ἐπιείκεια ἢ νόμιμος δικαίω, *juris legitimi correctio.* Cujus ulus 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: maximè verò 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 leg.* item *l. 17. & multa seqq. eod.* Atque hinc etiam peti potest conciliatio. *l. placuit. C. de judic.* cum *l. 1. C. de leg. & l. prospexit. §. 1. qui & à quib. man. Gudelin. 5. de jur. Nov. c. 2. Christin. vol. 2. decif. 62. n. 3. & seqq.* Non est ergo æquitas hæc species juris civilis, sed quid à jure civili diversum, consistens magis in arbitrio boni viri & judicis, quam in parte aliqua juris constituti: unde & nonnunquam boni viri arbitratus & religio judicis appellatur. Quamobrem rectè Aristoteles *d. loc.* æquum & bonum comparat regulæ Lesbæ. quippe cum indefinitarum rerum & norma indefinita esse debeat, æquo & bono ita utendum esse ait, ut fabri cæmentarii & structores utuntur norma Lesbæ, 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 plurium sententiis comprobatur: *Clement. 1. vers. quod etiam de sent. excom. l. 1. in pr. de off. quest.* non tamen usque adeo valere debere, ut in manifesto errore jus faciat, *arg. l. 2. C. qua sit long. conf. vid. Menoch. 2. presumpt. 71. n. 24. & ibi citatos D. Diod. Tulden. hic. c. 7. latè Osw. Hill. notat. in Don. lib. 26. c. 2.*

## T E X T U S.

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, qua pro legibus observabant, memo-*

*ria mandarent: Athenienses verò ea, qua in legibus scripta comprehendissent, custodirent.*

## N O T A.

10. *Non ineleganter*] Nec admodum tamen eleganter, ut apparet ex iis, quæ Hotom. & Bachov.

*Lacedæmonii*] Lacedæmonii scriptis legibus usi non sunt, atque una τῶν καλυμμένων ἠθῶν hæc erat, μὴ χεῖρ ἂν νόμοις ἐγχεσθῶσι, *scriptis legibus non uti.* Plutarch. in *Licurg.*

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

1. *Error Tribonianus notatus.*

**E**Xactis regibus cepit 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.* Hæc leges in 12. tabulis postea descriptæ leges decemvirales & 12. tabb. sunt appellatæ; fons omnis publici privati que juris, auctore eod. Livio. Ex quibus perspicuum est, jus scriptum sive leges Romanorum originem suam habere partim ex legibus, partim ex moribus Græcarum civitatum, & insigniter errare Tribonianum, qui jus scriptum Romanorum ab Atheniensibus, non scriptum à Lacedæmoniiis arcessit. Nam primum malè confert leges non scriptas Lacedæmoniorum cum jure non scripto Romanorum. Neque enim Lacedæmoniorum leges fuisse jus aliquod moribus introductum, quo sensu jus non scriptum hic accipi constat, & scripto, hoc est, legibus latis opponi: sed leges propriè dictæ & expressim sancitæ: 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 Roma missi leges petierunt. Nam non minus mores, quam leges horum populorum, descripti in illis, quas dixi, duodecim tabulis, lege decemvirali per lata, partem juris scripti Romanorum constituerunt.

## T E X T U S.

Divisio juris in immutabile & mutabile.

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

## N O T A.

11. *Divina providentia*] Quorum Deus inventor, disceptator, lator, ut loquitur Cic. Intelligit ergo jus gentium primævum, quod nobis ingenitum; non secundarium, quod usu exigente inventum.

*Immutabilia*] Jus naturale semper & ubique justum est, & fuit: unde nec quod hoc jure prohibetur, juberi potest, nec quod jubetur, vetari. Grot. 1. *manuduct.*

duft. 2. addi tamen ei aliquid potest, aut detrahi, l. 6. D. de just. & jur.

*Tacito consensu*] Non tantum novum jus longo usu introduci potest, sed id etiam, quod ante lege aliqua constitutum erat, contrario usu abrogari, l. 32. D. de legib.

*Alia postea lege lata*] Nam posteriores leges semper potiores sunt prioribus, l. ult. D. de constit. Princ. Harm. lib. 1. tit. 1. Varro lib. 8. de lingua; An non sapē veteres leges abrogatā novis cedunt?

COMMENTARIUS.

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

**E**Xposito jure tum naturali, tum civili, observataque utriusque differentia in causis efficientibus, non incommode hoc loco subjicitur 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 promanat. Jus quod nobilicatum 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 θεῶν νόμοι dicuntur. De jure igitur gentium primario, id est, eo, quod simpliciter naturale est, hæc accipienda sunt, non de secundario, quod usu ex gente inventum. Nam diligenter distinguenda naturalia præcepta ab his, quæ pro certo statu duntaxat naturalia sunt; jura multis populis seorsim communiâ ab his, quæ societatis humanæ vinculum continent. Sic vetera gentium jura circa bella & res bello captas, circa incrementa fluminum, &c. multum mutata hodie videmur. Sed & multa, quæ jus naturæ non jubet, sed permittit tantum, communi consensu prohiberi possunt, uti factum circa omnia ferè ἀδίκωσι, de quo suo loco disseremus uberius. Sanè etiam jus gentium secundarium ἀναλόγως immutabile dici potest; utique multo difficilius tollitur, quam jus civile.

*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 rectè Gros. 1. manud. 2. & convenienter ei, quod scribit Jurisconsult. in l. 6. de just. & jur. jus civile in totum à jure natura 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 moreque civium & formam reip. specialis cum delectu accommodatio. Quod quamvis variis in locis diversimodè fiat, atque etiam in applicando naturæ jura inflecti

quodammodo videantur; immutabile tamen permanet το αὐτὸ δίκαιον, quod per se atque ex sui natura justum est, vimque suam perpetuo retinet in obligandis conscientis anticipatæ in animis nostris communes illæ, quas diximus, notionem, in quibus hæc constantia atque immutabilitas præcipuè elucet. Covarr. de marr. p. 2. c. 6. §. 9. n. 7. belle Michaël. Ephes. ad 5. Eschic. Albert. Bolong. c. 16. de lege, jure & aquis. §. 16. Exemplis res fiet illustrior. Lex naturæ ita præscribit; Deum colito, Liberi potestati patris subjecti sunt; 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 dominis in servos, potestas sit, & quodcumque per filium acquiratur, id acquiratur patri, vel ut jus tantum pater habeat filium modicè & 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 occurrenter temerariæ hominum liberalitati, cujus eos mox poenitere 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, factum non mutatur jus naturale, sed adjuvatur, dum propter utilitatem civium (quo legislatores omnes spectant, tamen si non idem semper constituent) aliquid ei adjicitur, aut si mavis, detrahatur, respectu scilicet præcepti generalis. Atque hoc est, quod DD. nostri ajunt, jus naturale modificari, declarari, & provisionibus adjuvari posse: sic enim loqui amant Io. Fab. Aug. & alii ad hunc §. Sexcenta ejusdem 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 practico-rum & præceptorum naturæ, ac nonnunquam usu venire, ut inter se hæc concurrant & invicem obstant. verbi causa; Lex naturalis est; Non occides. Est & altera ejusdem generis, sed momentosior, quæ sui defendendi causa permittit aggressorem occidere. In hoc concursu lex inferior superiori cedat necesse est. Wesemb. par. de just. & jur. n. 15.

*Tacito consensu*] Quamobrem non tantum jus novum 3 longo usu introduci potest, sed etiam id, quod ante lege aliqua constitutum erat, contrario usu abrogari. Atque hoc omnino consequens est rationi Juliani, qui in l. de quibus. 32. de legib. nihil interesse scribit, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis & factis. Ex eodem loco etiam hoc colligitur, quod 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. quasit long. conf. aut de consuetudine alicujus municipii, fac. l. 3. §. Divus. 5. ff. de sepulch. viol.

Alia

*Alia lege lata*] Expediatis leges mutare aut quando expediat, politica disquisitionis est: cujus tamen quaestiones de actionem suggerit Ulp. in l. 2. de const. princ. *De rebus*, inquit, *novis constituendis evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu equum visum est.* Eaque contentiens est politicorum omnium sententia. *Plato lib. 7. de legib. Aristot. 2. pol. 6. in fine. Bodin. 4. de rep. 3. Lips. 4. pol. 9. Connan. 1. comm. 2.*

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 nosse, si persona, quarum causa constitutum est, ignorentur.*

NOTA.

12. *Vol ad personas, &c.] Distributio ex objectis ad finem juris obtinendum accommodata. ex l. 1. D. de stat. hom. Omne jus redditur personis de rebus per actiones & judicia. M. W.*

COMMENTARIUS.

**H**oc § transitus fit à jure constituyente ad jus constitutum, & methodica quædam via, pro materia 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 ap-*

paret, ad finem juris obtinendum accommodata. Finis juris, quod jam expendimus, est suum cuique tribuere. Ut autem hunc finem consequamur, necesse est primò scire, quid sit suum cuiusque; deinde qua ratione, si id ultro non præstetur, ab invito obtineamus. Cognitione ejus quod cuiusque est, vel ex persona sumitur, vel ex rebus; sed ex jure, quod quique vel conditione & stata 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 patresfam. alii filii. patrums. 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 cuiusque est, id aut est jus reale, nempe dominium aliudve in rem aliquam jus; aut personale duntaxat, uno nomine obligatio sive creditum. Illud D. Grotio est *Belgering* hoc *Jus sicut*. *1. monudus. c. 1. & 2. c. 1. circa fin.* Nimirum ergo hæc pertinent non tantum modi acquirendi domini aut juris alicujus in rem dominio proximi, modi acquirendi res singulas aut per universitatem: sed etiam modi contrahendarum & acquirendarum obligationum, & contra etiam horum omnium amittendorum aut infirmandorum ac distrahendorum rationes; agiturque de hoc jure *lib. 2. 3. & parte quarti usque ad tit. de actionib.* Obtinendi utriusque juris ratio est in actionibus, hoc est, juris nostri persequutionibus, si ve id fiat in judicio, si ve extra-judicium auctoritate magistratus: quod argumentum ultimo tractatur loco.

TITULUS TERTIUS.

DE JURE PERSONARUM CONTINUATIO.

Conc. tit. 5. lib. 1. D.

Quid hic persona, quid status & jus personæ.

**I**n calce præcedentis tit. proposita fuit series & dispositio summarum partium, quæ deinceps hoc libro & sequentibus singulatim tractantur. Initium fit à personis, quarum causa cætera constituta sunt. In Pand. titulus ejusdem planè argumenti inscribitur *de statu hominum*. Unde intelligimus personam hic 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. 4. pr. ne quis eum qui in jus voc. l. posestas. de verb. sign. l. 22. de reg. jur.* Item jus personæ hic 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.

TEXTUS.

Prima divisio Personarum.

*Summa itaque divisio de jure personarum hæc*

*est: quod omnes homines aut liberi sunt, aut servi.*

NOTA.

*Jure personarum.] In 2. de statu hominum. status rationem causæ, jus effecti habet: status est ipsa personæ conditio, jus, quod hanc conditionem sequitur.*

*Summa divisio] Id est, prima & principalis, vel generalissima, non ut in 2. de statu hominum. 46. Basil. tit. 1.*

*Liberi aut servi] Ex l. 3. D. sod. Adscriptitios, de quibus lib. 11. Cod. alii in liberorum, alii in servorum, numero ponunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Adscriptitii cujus conditionis habendi, & num. 3.*
2. *Servi diverso respectu ad primum & secundum juris objectum pertinent.*

**S**umma] 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. in l. 20. hoc. tit. etiam his responderi potest, ejus conditionis



nis affirmandos esse, quæ in eis prævalent. Non enim una agrorum coloniarum addictorum conditio fuit. Quidam eorum censiti erant, quidam non censiti: hi coloni, illi ferè adscriptitii dicebantur. Adscriptitii quasi servi erant, peculiumque eorum ad dominum pertinebat: coloni liberi, ut coloni Palæstini, Thracenses, Illyricani, de quibus propriè *vita. lib. 1. c. 1.* Adscriptitii tributarii erant, id est, capitum censum sive capitacionem præstabant: coloni non erant tributarii, reditus tamen certos pro solo domino terræ solvebant. Consule *Cajac. ad tit. C. de agric. & cens. Greg. Tholof. 14. syn. 10. & omnino Christin. vol. 5. decis. 86. & seq.*

*Servi*] Videmus igitur & hic in l. 3. eod. unde hæc sumpta, non solum liberos, sed etiam servos ad primum juris objectam 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 objectam. Sed miram duplex est servi consideratio, qua res, quæ in commercio est, ut & reliquæ res nostræ; & qua persona quatenus puta cognatus dicitur, l. 14. §. 2. & seq. de rit. nupt. quatenus liber fieri, hæres institui, &c. contrahere & dominium de peculio obligare, ipso iterum naturaliter obligari & alios sibi obligare potest, l. 14. ff. de oblig. & act. Prout igitur consideratur, ita vel ad primum vel ad secundam objectam pertinet.

*3* In hisce & plerisque aliis Christiani orbis provinciis quamvis nulli amplius servi stant; reperiuntur tamen adhuc homines conditionis adscriptitiæ, sive rusticæ glebæ addicti & quasi proprii illius loci, cui adscripti sunt; ut in Hannonia, teste D. Gudelin 1. de jur. nov. §. in Burgundia & multis partibus Galliæ: Hi enim sunt, quos vocant *Gens de main-morce, homines manuum mortua*. de quib. *Chass. ad consuet. Burg. rubr. 9. §. 17.* Germania quoque ejusdem conditionis homines habet, quos appellant *proprios*, & libertis magis similes esse; quam mancipiis scribit D. Vigilius ad §. *sed cum aliquis. inf. de test. ord.* Christin. Latinis colonis eos comparat. *d. decis. 86. n. 18.* Sed vide *Zaf. lib. 1. sing. resp. c. 3. n. 75. & seqq. & lib. 2. c. 7. n. 8. Gail. de pignorat. cap. 8.*

TEXTUS.

Definitio libertatis.

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

NOTA.

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

*Nisi si quid vi*] Finge nos juribus nostrarum vi prohiberi, &c. hæc facultatem quidem faciendi impediunt, libertatem autem non minuunt.

*Jure*] *Ὁὐ γὰρ ἐν δούλει τὸ εἶναι αὐτὸς τῆς πολιτείας ἄνευ νόμου.* Arist. 1. *pol.* 9. *Legum idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* Cic. pro *Cluente*. Indicat habere exceptionem illud *Perfianum*: *Exceptio si quid in *Asari rubrica* notavit.*

COMMENTARIUS.

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

*Cuique facere libet*] Differentia ab effectu sumpta. Effectus libertatis est, facere quod libet: est enim potestas vivendi, ut velis, teste *Cicerone in Paradox.* & 1. off. à *Zenone* apud *Laert.* breviter definitur *ἐξουσία αὐτοπραξίας, potestas pro jure suo agendi.* Cæterum quia hæc potestas partim vi impediri potest, partim legibus circumscripta est, additur exceptio, *nisi quid vi aut jure, &c.* qua exceptione significatur, duabus rebus, quo minus faciamus, quod libet, 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 minuunt. 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; Legum*, inquit, *idcirco omnes servi sumus, ut liberi esse possimus.* cui simile illud *Arist. 1. pol. 9. Ὁὐ γὰρ ἐν δούλει τὸ εἶναι αὐτὸς τῆς πολιτείας, Nimirum legis imperium non est δραπετικόν, sed πολιτικόν, Quapropter obedientia, quæ legibus ultro præstanda, ut omnibus libertas sit incognita, non pugnat cum libertate, sed eam tuetur; quamvis coërceat atque in gyrum rationis actiones cohibeat, ne licentius evagentur, ut bene *D. Wesemb. hic & D. Thalden. c. 2.**

TEXTUS.

Definitio servitutis.

2. *Servitus autem est constitutio juris gentium, qua quædam dominio alieno contra naturam subijcitur.*

NOTA.

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

*Dominio alieno*] Unde *Zenoni* apud *Laert.* servitus definitur *πρὸς ἄλλο αὐτοπραξίας.*

*Contra naturam*] Contra communem illam omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt à natura, l. 4. *D. de just. & jur. l. 32. de reg. jur. quæ sunt ad idem dicitur ἐναντὶ φύσεως.* *Philist.* Liberos & servos à natura procreari disputat *Aristot. 1. pol. 3. & 4.* sed alio sensu; nempe ingenio stupidos, & corpore robustos à natura productos videri ad serviendum, qui ingenio valent, ministerio scilicet œconomico. *D. Heind. ad Epist. ad Georg. Richt.*

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 pecuniarum, l. *nunquam. 31. §. 1. de acq. rer. dom. pro pecunia deposita* apud *Laertium* à *Zenone* definitur servitus, *πρὸς ἄλλο αὐτοπραξίας.*

Com.



*Contra naturam* : Hoc est, contra communem flamm omnium hominum conditionem, quam ab initio habuerunt à natura. Nam servi natura, id est circa factum humanum, aut primario natura statum nulli sunt, l. 4. de just. & jur. d. l. quod attinet. de reg. jur. quanquam iustitiz naturali non repugnat, ex pactione aut delicto servum fieri. Quod verò Aristoteles lib. 1. pol. scribit, servos quosdam nasci & natura esse, eo nihil aliud significat, 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 æconomica; ad ministeria domestica explicanda; qua de re copiose & acute differit Clariss. Heinfius 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 capiuntur.*

COMMENTARIUS.

1. Captos jure belli quovis tempore occidi posse: mentem saluam incornu jussit.
2. Sigoniam & Bachovium notati.
3. Jura de captivis à gentibus introducta, ut captivos libentius abstinerens à summo jure, quo captos interficere poterant.
4. Captivitasis jura in bello cum Mahumetanis adhuc servari: inter Christianos autem morem esse, ut captos licent redimere.
5. In his regionibus servos ad id nullis agros, ut utiam illi, qui aliunde huc cum dominis veniant, liberi fiant.

**E**X eo appellati] Eadem ratio nominis redditur à Florent. l. 4. §. 2. hoc sit. Pompon. l. pupillus. 239. §. 1. de verb. fig. Augustin. 19. de civ. Dei. 15. Notat hinc Alciat. in d. l. 239. de verb. fig. eumque secuti Mynj. & Schneid. hic. non licere hostem, postquam captus est, seque dedit, occidere, sed tantum arma adhuc tenentem, neque se volentem dedere. In deditum autem servare actus esse, neque id bonos Imperatores unquam permisisse; quamvis plerique statuant, etiam postquam captus est, seque dedit, hostem jure occidi posse, donec intra præsidia nostra deductus sit: quia aliqui multa adhuc occidere possunt, ut iterum evadat, arg. l. in laqueum. 55. de acq. rer. dom. Accuratius autem hac de re disputat D. Grot. lib. 3. de jur. bell. r. 4. ubi multis ad huc auctoritatibus ostendit, jure belli licere captos occidere, & quovis tempore; licere & eos, qui se dedere volunt, nec recipiantur; imò & deditos sine ulla conditione. Cum autem scriptores dicunt, id belli jure fictum esse; non intelligit tale jus, quod auctori omni culpa liberet, sed facti impunitatem, ut si forte qui supplicem aut se ultro dudentem interfecerit, in alio territorio deprehendatur, tanquam homicida puniri non possit, nec bellum ipsi ab alio talis facti nomine inferri. Cæterum etsi impunitas id fiat, laudabile tamen natura non esse, ac utique hujusmodi carere interna ju-

sticia, quoniam excedit modum ledendi naturaliter concessum: ideoque nec in foro animæ excusatum esse. Hinc Augustinum merito laudare Gothos, quod supplicibus & in tetra pia perfugiatibus pepercissent, illicitum sibi esse judicantes, quod belli jure fieri licuisset lib. 1. de civ. Dei sup. e. De illo inter omnes convenit eos, qui vitam salvam pacti, sive in fidem recipiantur nec exteriori jure trucidari licere. Porro de temperamento circa jus interficiendi in bello captos, ad eund. Grot. d. lib. 3. cap. 11. & 14. nonnulla etiam habet D. Tulden. comm. ad Inst. tit. de his, qui sui, vel al. jur. c. 3.

*Imperatores*] Non intelligit Principes Romanos, sed regibus & belli duces, & πολέμων ηγέμενος, ut rectè vertit Theoph. Quod hic ex Sigonio notat Bachovius, Imperatores dictos ab imperio militari, hoc est, jure belli gerendi, verum quidem est: Cæterum quod ex eodem Sigonio adjicit, hoc imperium militare magistratuum scilicet Curia dari solum, falsum est. Nam lex Curia omnibus omnium annorum patriciis magistratibus necessaria erat; non ad aliquod adventitium rei militaris imperium obtinendum, sed ad confirmationem sui magistratus, ut religio auspicio, quæ proprie & præcipue in Curiarum suffragiis inerat, retineretur; quod vel ex una var. 2. in Roll. 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.

*Vendere ac per hoc servare solent*] Non quod hoc face- re quasi ex pactione captos cogerentur, sed quia hoc favebant commoda, quæ captivos servantem gentium item jure sequebantur: nempe ἄλλοι νόμοι & νόμοις, ut est in Basilic. quo pertinet illud Horatii;

*Vendere cum possis captivum, occidere noti.*

Cæterum, ut ait Seneca in Troad.

*Non nulla capto parcat, aut penam impedit.*

Et centurio Cæsaritanus Scipionem alloquentem apud Hitium de bell. Afric. Tibi, inquit, gratias ago, quod mihi vitam incolumitatemque belli jure capto polliceris. Similiter Cæsar Hædus significat, suo beneficio servatos quos jure belli interficere potuisset, lib. 7. comm. Plura ejusmodi reperies apud D. Grot. d. lib. 3. cap. 4. vid. tamen eundem d. lib. 3. c. 11. & 12. ubi docet, quid sit victori licere secundum iustitiam internam. Non frustra autem jura ista in captivos servatos à gentibus introducta exemplo bellorum civilium intelligi potest, in quibus plerumque videmus captos interfectos, quia in servitute redigi non poterant, l. si quis. 21. §. 1. de capt. & possim. quod & Plutarchus notavit in vita Orhon. & Tacitus lib. 2. hist.

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

In Lusitania aliisque Hispaniæ partibus, & nonnullis aliis regionibus, quæ Turcis aut Scythis vicinæ sunt, vetera captivitas & belli jura adversus Mahumetistas adhuc exercentur; qui eadem acerbitate & Christianos tractant,

tractant; quos bello capiunt. Ac neoes captos servos permanere, etiam si religionem Mahumetis ejuraverint, eo quod servum esse non adversetur legi Divinae, 1. ad *Corinth.* 7. 21. *Deuteronom.* 6. 19. *Exod.* c. 21. *Levit. cap.* 25. ubi de formis servitutis apud Hebraeos, add. *Bodin.* 1. de *repub.* c. 5. *Costan.* 2. *com.* 1. *circa fin.* Inter Christianos autem jus istud gentium de captivis non observatur, apud quos licet res alix ex hostibus captæ captentibus acquiruntur, homines tamen capti servi captentium non fiunt, nec vendi possunt, aut ad operasurgeri, aliave fienda, quæ servorum sunt. Quippe Christianos lex charitatis rectius instituere debuit: quam, ut à miseris hominibus interficiendis abduci nequirent, nisi minoris servitæ 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, item & Mahumetistæ inter se servant. Mansit tamen etiam inter Christianos, nec captos custodiendi donec pretio redimantur, cujus æstimatio in arbitrio victoris est, nisi certi aliquid conveniret: nam pactum semel pro redemptione pretium victor augere non potest. *Guid. Pap. quest.* 113. Humanitas etiam docet, non ultra intendi debere, quam deducto, ne egeat captus rebus necessariis; quandoque pactis hoc definitur, ut nunc inter milites menitruo stipendio. Jus autem captos servandi solet concedi singulis, qui coeperunt, extra personas eximix dignitatis: in has enim rei, pub. aut ejus capiti jus dant plesarumque gentium mores, testib. *Bart. & Bald. in l. nam & Servius, de neg. gest. Bozr. decis.* 178. *Gros. lib.* 2. de *jur. bell.* c. 7. n. 9. 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 empti cum dominis suis in has partes veniunt, in libertatem proclamari posse, liberoque 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. *vid. Bodin.* 1. de *rep.* 5. *Louis Charond. & Pandect. au droit. Franç. lib.* 2. *cap.* 2. *Gudolin.* 1. de *jur. nov.* 4. *Francisc. Zypanum lib.* 3. c. 2. v. 11. & *seq. Christin. vol.* 4. *decis.* 80. *num.* 2. & *seqq. Groenew. de ll. abr. ad h. t.*

## 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 vendidit, passus est.*

## NOTÆ.

4. *Nascuntur ex ancilla*] Ex *Marcian. l. 5. §. 1. eod.* Hi verè prudentibus dicuntur, de quo nomine *vid. Fest. & Nonium.* Eodem autem jure ex ancillis nati servi sunt, quo saccedunt solo: mater enim solo comparatur. *vis patris sato. Cujac.*

*Jure civili*] Et si servitus ex jure gentium originem

habet, sunt tamen modi quidam constituenda servitutis etiam jure civili inventi, unus hic exprimitur, alios reperies apud *Accurs. & Hotom.*

## COMMENTARIUS.

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

*Ex ancillis nostris*] Non ipsi tantum, qui capiuntur, servi fiunt; sed & posterius 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 nascituri 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 conficti, ita ut nulla sufficiens præsumptio patrem indicaret. Atque ita capiendum *Ulpiani* illud; *Lex natura hac est, ut qui nascitur suo legitimo matrimonio matrem sequatur, l. lex natura. 24. hoc tit.* id est, lex consuetudinis generalis ab aliqua ratione naturali ducta: quomodo juris naturalis vox abusione quadam interdum sumitur.

*Jure civili*] Et si servitus est ex jure gentium: sunt tamen nonnulli modi servitutis constituendæ ex jure civili. Unus hic exprimitur: sed plures fuisse constat: Hæc enim pertinent, qui servi poenæ efficebantur atrocitate sententiæ, quorum crebra in libris nostris mentio. Item qui liberti ob ingratitude damnati patrono in servitutem traduntur, *§. 1. inf. de cap. domin.* haud secus ac ingrati liberi revocantur in potestatem parentum, *l. un. C. de ingrat. lib.* Erat & ex *Scoto* *Claudiano* alius libertatis amittendæ modus, si libera mulier domino denuntiante se servo alieno junxisset, de quo *inf. lib. 3. tit. 13. Ulp. in fragm. tit. 11.* ubi & alium modum indicat, cum incensus aliquis venisset, quod explicat *Cicerone* pro *Cæcin.* in extremo orationis, *Diomyf. Hælic. lib. 4. Sigon. lib. 1. de antiq. jur. civ. Rom. c. 14.* Denique etiam in nexos magna fuit creditorum potestas, nec herili admodum abhumilis, *adi Liv. lib. 2. & 8. Gall. 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 rectè monet *Cujac.* neque enim patroni aut patris jus hoc pacto libertus aut filius interspertere possunt, quod & *Ang. & Fab.* hic notant.

*Pretii participandi causa*] Modo & partem pretii verè acceperit, *l. 1. quib. ad lib. proc. non lic.* Et gnarus conditionis suæ *l. 2. si lib. ing. esse dic.* venditus sit ignorantia conditionis venditi, *l. 7. §. 2. de lib. causi. vid. Gloss. & Accurs.*

*Venditari passus sit*] *Venditorem* subornabant hominem improbum & has partes fabulæ lucris alicujus gratia peragentem; simulabat is se suum servum vendere. Apud nonnullos usitata fuit voluntaria in servitutem datio; et apud Germanos, qui novissimò alexæ jactu de servitute contendebant, victus voluntariam servitutem adibat, ait *Tacitus de Morib. Germ.* *Polidonio* autem

Stoi-

Stoicus in historiis narrat, multos olim fuisse, qui suæ imbecillitatis consilio sponte se aliis in servitutem darent, ut domini quidem ipsis providerent de necessariis, ipsi vero operam vicissim, quam possunt, præstarent. Quæ si res ita accipiat in terminis naturalibus, nihil habet in se eximie acerbitalis, quoniam perpetua ista obligatio compensatur perpetua alimentorum certitudine, quam sæpe non habent, qui diuturnas operas locant: unde sæpe accidit quod dixit Eubulus:

Ἐπίλοι δ' ἄνιν μισθὸν παρ' αὐτοῖς κερταίνοιν  
Ἐπὸς τοῖς.

Quærun autem hic DD. possitne quis apud nos perpetuo se obligare ad serviendum aut operas suas locare, quæ servitutis quedam species videtur: nos autem servos non agnoscimus. Respondent omnes, posse, sed eum 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. cap. 5.

TEXTUS.

Deliberorum & servorum divisione.

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

NOTA.

5. Nulla differentia] Servorum varia quidem ministeria una tamen conditio est, l. 5. D. eod. id est omnes æquæ serviunt, πάντες τῶ αὐτῶ δουλείῃ ὄλοισιν, nihilque interest natus quis, an factus servus sit et si alius alii præstat, juxta vetus proverbium, δὲλα ὅτι δούλω, διαφόνος ὅσι διαρίτω, 1. polit. 4.

COMMENTARIUS.

- 1. Liberorum nullum amplius discrimen est.
- 2. Civium apud nos qua distinctio.

Nulla differentia] Servorum una conditio est, l. 5. in pr. hoc tit. ὅτι δούλω ἐν αὐτοῖς εἰσιν. Mich. Attaliata, id est, omnes æquæ servi sunt, nihilque interest, utrum quis natus, an factus sit servus. Planè officiis & minist-

riis etiam servi inter se differunt: aliis enim honestior, ut atriensibus, dispensatoribus, amanuensibus; aliis minus honesta provincia mandatur, ut mediocribus, focalriis, fornicatoribus, l. 15. §. itaque prator. 44. de injur. l. 1. §. cauponæ. naut. caup. stab. sed hoc cum totum sit arbitrii herilis, conditionem eorum non mutat. De variis servorum ministeriis & officiis scripsit Pæt. Fabr. se-mestr. p. 155.

In liberis multa] 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 Jumanus, aut dedititius: & porro qui civis Romanus, suæ juris sit, an aliend veli subjectus: denique qui sui juris est, sitne in tutela vel curatione, an neutro eorum teneatur: quæ summa est eorum, quæ deinceps hoc primo libro tractantur. Prima autem & secunda distinctio vix ullum amplius ufum 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 temperandum existimo, quod scribit D. Bachovius ad hunc locum, hodie de liberis rectè dici videri, nullam in eorum conditione & statu differentiam esse. Apud nos sanè cum nulli sint servi, omnes ingenui dici possunt. Cæterum est generis nonnulla distinctio: alii enim nobiles sunt, qui certis privilegiis atque immunitatibus gaudent, alii ignobiles sive plebej, Ex nobili patre nati & matre ignobili patrem sequuntur, convenient l. cum legitima. 19. hoc tit. Chrisin. vol. 5. decis. 88. n. 12. Sed & Comitum ac Baronum liberi ex concubinis suscepti pro nobilibus habentur. Distinctio autem inter ecclesiasticos & seculares sive laicos post receptam apud nos religionem reformatam pene tota sublata est, D. Grot. lib. 1. manud. c. 14. & 15. Sicubi adscriptitii sunt, ad eos manumissos jus d. Nov. 78. applicari posse, censet D. Gudolin. lib. 1. de jur. noviss. c. 6. in fin. De variis hominum generibus ad Franc. Zypæum in Jud. lib. 3. c. 2.

TITULUS QUARTUS.  
DE INGENUIS.

Conc. Tit. 14. Cod. lib. 7.

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: Et è contrario, si libera conceperit, deinde ancilla facta pariat, placuit eum, qui nascitur, liberum nasci: quia non debet calamitas matris ei nocere, qui in ventre est. Ex his illud quaesitum est, si ancilla pregnantis manumissa sit, deinde ancilla postea facta pepererit, liberum an servum pariat? Et Martianus probat liberum nasci: sufficit enim ei,

D 3

qui in utero est, liberam matrem vel medio tempore habuisse, ut liber nascatur, quod & verum est.

## NOTÆ.

**Ingenuum**] Antiqui ingenuos spuris opponebant, & patricios initio appellabant, eo quod patrem ciere possent. Liv. lib. 10. Cincius apud Fest. in voce patricios. Cæterum etiam jam olim, qui liberi nati erant ingenuos dictos fuisse ex Plauto in Milit. & Pœnul. constat, & alias quoque Latini ingenuum vocant, quod nativum est: quomodo Lucretius *ingenuos fontes*, Juvenalis *ingenuum tophum* appellat.

**Statim ut natus**] Ingenuus propriè est, qui nativam habet libertatem: eum tamen etiam qui ingenuus pronuntiatu est, pro ingenuo accipere debemus; quia res judicata pro veritate habetur, l. 25. D. de stat. hom.

**Matre libera**] Quia qui nascitur sine legitimo matrimonio conditionem matris sequitur, l. 19. l. 24. D. de stat. hom.

**Quoniam vulgo conceptus**] His verbis indicatur ratio, cur dicatur ex incerto patre natus. Hotom. pro *quoniam* legendum putat, id est, qui. Theoph. *ἡ δὲ τῶν προπρίων πῶδε*.

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

## COMMENTARIUS.

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

**Quid? ea ingenua, an festuca facta à serva libera est?** Et quod respondet Palestrio;

*Vab, egone ut ad te ab libertina esse aunderem internum-cius,*

*Qui ingenuis satis responderere nequeas cupidus tui?*

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

*Quanto præstantius esset*

*Namque aqua, viridi si margine clauderet undas*

*Herba, nec ingenuum violaret marmora tophum?*

Quo loco tophum nativum disertè *ingenuum* vocat; nec ulla est translatio, contra quam existimat Britannicus. Ingenuus igitur propriè est, qui nativam habet libertatem. Cæterum quia res judicata pro veritate habetur, etiam ingenuum accipere debemus eum, qui ingenuus pronuntiatu est, l. ansepen. 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 cessione sunt, *tit. de nar. res.* Hodie omnes liberi ex constitutione Justiniani Nov. 78. ingenui sunt, ut hæc quaestio, quæ olim propter prerogativas ingenue-rum magni momenti erat, hodie nullius usus sit.

**Matre libera**] Partus extra nuptias conceptus matris conditionem sequitur, l. lex natura. 24. de stat. hom. l. 3. C. sol. matrim. Patrem sequi non potest, quia nullum habere intelligitur, cum is duntaxat pater sit jure civili, quem nuptiæ demonstrant, l. 6. de his qui sui vel al. jur. l. 5. de in jus voc. Quid si natus sit ex ventre adscriptitium nasci, l. nec diuisus. 21. C. de agric. & conf. lib. 11. In comitatu tamen Burgundia hoc non observatur, sed natus ex manumortua & patre libero, aut manumortuo & matre ingenua, patris conditionem, non ventris, sequitur, *Christ. vol. 5. decis. 88.*

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

**Libero 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 is, qui in utero est, quoties de commodo ejus agitur, pro jam nato habetur, l. 7. l. pen. d. tit.

## TEXTUS.

De servitute ac manumissione facti.

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

## NOTÆ.

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

**Natalibus**] Theoph. *ἡ δὲ τῶν προπρίων*, ingenuitati, veritati & origini ingenuitatis. Paul. lib. 5. sent. 1.

**Non officere**] Non iurare notam libertinæ conditionis.

## COMMENTARIUS.

**In servitute**] Aliud est in servitute esse, aliud servum esse: illud facti, hoc juris est. Sic aliud est in libertate esse, aliud liberum esse; aliud in possessione esse, aliud possidere, l. 10. §. 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 Andria Terentii.

**Natalibus**] Id est *ἡ δὲ τῶν προπρίων* ingenuitati sive nativæ conditioni; quam non vitia vitia facta servitutis opinio. Plures extant hæc de re constitutiones sub *tit. C. de ingenuis manum.* Atque huc pertinet, quod Ulp. in l. si quis. 21. §. 1. de capt. & possim. scribit, bello civili captos & venditos, posteaque manumissos, supervacue à Principe repetere ingenuitatem, utpote quam captivitate illa non amiserunt.

## TITU-

TITULUS QUINTUS.  
DE LIBERTINIS.

*Summa tituli.*

**P**Arq̄ altera subdivisionis, quæ ad libertinos pertinet: qui quales s̄nt, unde originem ducant, quibus modis ad hanc conditionem perveniant, & de diversa eorum qualitate, hæc tit. disputatur.

T E X T U S.

Definitio & origo libertinorum & manumissionis.

*Libertini sunt, qui ex justa servitute manumissi sunt. Manumissio autem est, de manu datio: nam quamdiu aliquis in servitute est, manus & potestati suppositus est: & manumissus liberatur a domini potestate. Quæ res à jure gentium originem sumpsit: 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.*

N O T A.

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

*Justa servitute* ] Id est, quæ revera servitus sit, non opinione & errore tantum, addit Theoph. & iniquus, & legitima, quod non placet.

*De manu datio* ] Reponendum ex Florent. de manu missio, id est, datio libertatis. l. 4. D. de just. & jur. ut brevi sermonis compendio notetur & nominis definitio & rei.

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

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

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

**L**ibertini sunt ] Ex Cajo in l. 6. de stat. hom. antiquitus libertinos dictos scribit esse Tranquillius in Claud. non ipsos, qui manumitterentur, sed ingenuos em

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 privatam quandam respectum ad patronum, cujus libertus, non libertinus dicitur, qui manumissus est. Illud leviusculum est, quod ibidem Valla notat, *Libertinus* esse adjectivum: *Libertus* substantivum.

*Ex justa servitute manumissi* ] Justa, id est, quæ revera servitus sit, non opinione & errore tantum. Aliquando & sine manumissione dominorum servi libertatem accipiunt ex senatusconsulto aut constitutione aliqua, exempla suppeditat s. ff. qui s̄n. man. ad lib. perv. & tit. C. pro quib. ea. serv. pro præm. lib. ac. Generalius itaque definiti 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, quantum sit Casar, habetis.*

*Ingenuitatem* ] Vox hæc delenda est, censo cum Bachov. ut quæ nec in vulgatis editionibus reperitur, nec est apud Ulpian. d. l. 4. unde hæc sumpta; neque eam agnoscunt Hotom. Cujac. Cont. Theophil.

*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.

T E X T U S.

Quibus modis manumittatur.

I. *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.*

N O T A.

I. *Sacrosanctis Ecclesiis* ] Hic modus tribuendæ libertatis à Constantino introductus est, l. 1. & 2. Cod. de his qui in eccl. man. & suffectus in locum ejus qui olim fiebat lustrali sensu. vid. Sigon. lib. 1. de antiq. jur. civ. Rom. c. 14. add. tripart. hist. lib. 1. c. 7. & Niceph. 7. c. 16.

Fin-

*Vindicta* ] Virgulam esse scribit Boët. in *Topic. Cic.* quam licitor jussu magistratus manumittendi capiti imponebat. *Festuca* Plauto dicitur in *Mil. Glor. 19. & 20.* Plutarcho *de sera num. vind.* Nomen ductum à Vindicio creditur Vitelliorum servo, qui cum nobilium adolescentium conjunctionem de Tarquiniiis reducendis detexisset, primus hoc modo manumissus traditur, *Liv. lib. 2.*

## COMMENTARIUS.

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

*In sacrosanctis Ecclesiis* ] A Constantino constitutum est, ut in Ecclesiis, hoc est in coetu Christianorum, velut 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, *vid. Sigon. lib. 1. de ant. jur. civ. Rom. cap. 14.*

*Vindicta* ] Virgulam esse scribit Boëtius, in *Top. Ciceronis*, quam licitor jussu magistratus manumittendi capiti imponebat: atque ab hac virgula hunc manumittendi modum appellatum. *Festuca* Plauto dicitur in *mil. glorios.* Alii hunc modum sic dictum malunt à Vindicio Vitelliorum servo, qui primus dicitur vindicta liberatus, eo quod conjunctionem nobilium adolescentium de Tarquiniiis reducendis detexisset, auctore Livio *lib. 2.* Tenebat dominus modo caput, modo aliud membrum servi, dicebatque, hunc hominem liberum esse volo. *Fest.* in verb. *manumissi*, & cum dicto eum circumagebat, significans, se ei potestatem facere abeundi, quo vellet. Eo pertinent hæc Persii *satyr. 5.*

— *Hæu steriles vori, quibus una Quiritem Vertigo facit.*

Et paulo post:

*Veneris 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. cap. 6. Tac. Gallus Neapol. in apicib. leg.*

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

*Aliam ultimam voluntatem* ] Puta codicillos. Consulto tamen miscere videtur justos manumittendi modos cum cæteris, quia ipse differentiam sustulit.

*Aliis multis modis* ] Quorum plerique enumerantur in *d. l. un. §. 3. & seqq. C. de Lat. lib. soll.* Addant curiosiores *tit. C. pro quib. ca. serv. pro præm. lib. ace. ff. qui sine man. ad lib. perv. C. si man. ita ven. ne profit. C. si man. ita su. alien. l. nemini. C. de episc. nud.*

## TEXTUS.

Ubi & quando manumitti potest.

2. *Servi vero a dominis semper manumitti so-*

*lent, adeo ut vel in transitu manumittantur; veluti cum prætor, aut præses, aut proconsul, in balneum, vel in theatrum eunt.*

## NOTA.

2. *Semper* ] Id est, omni die sive festo, sive profesto, sive fasto, sive nefasto, *2. Co. d. ang. l. q. i. p. l. q. e.* Fabrot. in not. ad Theophil. *l. 2. l. 8. C. de feriis.*

## COMMENTARIUS.

**I**n transitu ] Cum aut lavandi, aut gestandi, aut ludorum gratia procedunt prætor, proconsul, legatusve Cæsar, *l. 7. de man. vind.* Neque enim necesse est pro tribunali manumittere, cum hic actus sit voluntariæ jurisdictionis, *l. 2. de offic. proconsul.* & præter approbationem & auctoritatem Magistratus nihil desiderat.

## TEXTUS.

De libertinorum divisione sublata.

3. *Libertinorum autem status tripertitus antea fuerat: nam qui manumittebantur, modo majorem & justam libertatem consequerentur, & sicut civis 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: Latinarum 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 Roma 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 libertos (nullo nec atatis manumissi, nec domini manumittentis, nec 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 presenti, præstari.*

## NOTA.

3. *Status tripertitus* ] *Ulpian. in fragm. tit. 1. & 3. Cajus l. Inst. tit. 1.*

Cives

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

**Lego Junia Norbana**] Qua cautum, 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, *l. un. in pr. C. de Lat. lib. toll.* ut neque connubii, neque testamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ potestatis, &c. jura habuerint. Ulp. *in fragm.* variis locis. Poterant autem multis modis jure Quiritium augeri. Ulp. *tit. 3.*

**Dedititii**] Hi quoque Latini liberti fuere, sed conditione Latinorum dedititiorum, quos scilicet populus Romanus post defectionem victos in deditiorem acceperat. Scribit Suetonius Augustum cavisse, ne victus unquam tortusve ullo libertatis genere civitatem adipisceretur. *cap. 40.* Add. Ulp. & Caj. *ubi sup.*

**Pessima conditio**] Non multum distans a servientium specie, *Ult. inf. de succ. libert.*

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

**Simplex libertas**] Cic. *pro Balb.* Dionys. Halic. *lib. 4.* ubi Servium Fulvium hujus instituti auctorem fuisse refert.

**Ætatis manumissi**] Vid. Ulpian. *tit. 1. §. 7.* Theophil. *hic.*

**Decoravimus**] Alii *donavimus.* Antoninus antea civitate data exæquaverat omnes ingenuos. *l. 17. D. de stat. hom.* Justinianus omnes libertinos, novissime & libertinorum conditionem sustulit, data manumissis ingenuitate. *Nov. 78. c. 4.*

#### COMMENTARIUS.

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

**ANNO FARRAE**] Hoc non est referendum ad tempora liberæ reip. sed sequentia. Nam, ut auctor est Suetonius, 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, curiosè cavet. Hinc nata lex Ælia Sentia, hinc Fusia Caninia, de quibus postea. Hinc Junia Norbana Silano & L. Norbana Coll.

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

**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 libertes ad similitudinem anti-que Latinitatis, qua in coloniæ deducta est, introductos esse.* Discimus autem ex Cicero *pro Caci* & *pro domo sua*, eos qui in Latinam Coloniam nomina dedissent,

aut deducti inque eam civitatem recepti essent, Romanam civitatem amisisse: & hoc quoque est, quod Boët. *in Top. Cic.* scribit, *ista in Latinis Colonias profectio mediæ capiti diminutionem contingere.* Quæ cum ita sint, apparet eos neque connubii, neque testamenti, neque mancipii aut nexus, neque patriæ potestatis, neque tutelæ recipiendæ jura habuisse, ac proin eadem quoque conditio Latinorum libertinorum fuit: quod etiam discretè variis in locis testatur Ulpian. *in fragm.* De Latinis libertis ita scribit Justinianus *§. ult. inf. de success. libert.* eos quidem ut *liberos vitam peregisse, attamen ipso ultimo spiritu simul animam atque libertatem amisisse; & quasi servorum ita bona eorum jure quodammodo peculii patronos occupasse;* congruit *l. 1. C. Theodof. de petit. hered.* Quemadmodum autem Latini coloni multis rationibus ad civitatem Rom. pervenire poterant, quas ex Liv. Appian. Cic. *pro Cas. pro Balb. pro dom. sua,* collegit Gruch. *lib. 2. de comit.* Ita & Latini liberti multis modis jure Quiritium augeri, quos recenset Ulpian. *in fragm. tit. 3.*

**Ex lege Ælia Sentia dedititii**] Auctor hujus legis Augustus, latores Sext. Ælius & C. Sentius Coss. Scribit enim Suetonius Augustum cavisse, *ne victus unquam tortusve ullo libertatis genere civitatem adipisceretur.* Et existimare licet libertos hosce dedititios eandem habuisse libertatem, quam populus Rom. Latinis illis reliquerat, quos post defectionem victos & in deditiorem acceptos vita quidem & imagine aliqua libertatis ex humanitate donaverat, sed ut jure connubiorum & commerciorum multati ad jus civitatis nunquam pervenire possent: ut sint hi quoque Latini liberti, sed conditione Latinorum dedititiorum. Add. Ulp. *Caj. in Inst.* Formulam deditiionis descripsit Livius in deditiione Collatinorum & Campanorum, *lib. 1. c. 7.*

**In meliorem statum reduxit**] Non deest, quod contradici possit. Certè aliud judicium Augusto fuit, qui magni existimabat sincerum atque ab omni colluvione peregrini ac servilis sanguinis incorruptum servare populum: civitatemque tam parce dabat, ut Livii pro tributario Gallo roganti civitatem negaverit, immunitatem obtulerit: affirmans se facilius passurum fisco detrahi aliquid, quam civitatis Romanæ vulgari honorem. Sueton. *in August. c. 40.*

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

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

**Ætatis manumissi**] Nam lege Ælia Sentia cavebatur, ut servus minor triginta annis in testamento manumissus non civis fieret, sed Latinus esset; vindicta manumissus non aliter civis fieret, quam si causa apud consilium probata fuisset; teste Ulpiano *in fragm. tit. 1.* De censu quid hic dicam non habeo: necesse tamen est, aut hunc actum



actum nullum fuisse, aut eum, qui inter cives sensus esset, civem factum. Itaque dubito, an verum sit, quod generaliter definit Theophilus, servum minorem 30 annis, quoquo modo manumissum, Latinum fieri.

*Dominus manumittentis*] Augustinus 3. *remend.* legendum censet *dominii*; ut hoc non ad ætatem domini referatur, sed ad qualitatem domini, quod & Grot. h. in flor. spar. probat, & Theophilum ita legisse arguunt verba paraphrasis, *Ad rhu d'arorel'us 78 la d'ep'ri*. Dominorum enim alius in bonis, alius ex jure Quiritium habebat: Hæ Latinum faciebat, hic civem. Ulp. in *fragm. tit. 1. §. 11. & Theoph. hic.* quæ differentia à Justiniano sublata est. *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.*

*Civitate Romana decoravimus*] Atqui jam multo ante omnes, qui in orbe Romano essent, ex constitutione Antonini cives Romanos effectos Ulp. prodidit *l. in orbe. 317. 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 bene meritis civitatibus dari solitum erat.

Postea lege Julia datum est sociis & Latinis omnibus, qui arma deposuerant. Id factum initio belli socialis. Sigon. *lib. 3. de antiq. jur. Ital. cap. 1. & 2.* Gruch. *lib. 2. de civit. Rom.* Hoc autem beneficium intra terminos Italie continebatur, ut docet *Cic. pro Balb.* Progressu temporis quibusdam etiam provincialibus civitas data: & ad extremum omnibus, qui sub imperio Romano essent, constitutione Antonini. Antoninus ergo civitate data exæquavit omnes ingenuos, Justinianus sublata differentia manumissionis omnes libertinos: qui novissimè & libertinos exæquavit ingenuis, salvo jure patronatus. *Nov. 78.* quod positum est in obsequiis, operis, dono, munere & successione libertosum, *tit. ff. de jure patron. & aliquos seqq. lib. seq.* Sunt & tacite 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. alix.* que complures, quas opere pretium non est aut recensere aut explicare, congeffit eas Gudelin. *lib. 1. de jur. noviss. cap. 4.*

## TITULUS SEXTUS.

## QUI ET EX QUIBUS CAUSIS MANUMITTERE NON POSSUNT.

D. lib. 40. Tit. 9. C. lib. 7. Tit. II.

Argumentum tituli.

**I**gitur 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 manumissionum omnium exæquatione nihil derogatum est legi Æliæ Sentia, 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 hic proponuntur & explicantur, comprehensæ; quorum primo cavetur, *Ne quis in fraudem creditorum manumittat, nisi forte servum unicum hæredis habendi gratia*: altero, *ne minoribus 20 annis aliter jus sit manumittere, quam iusta causa apud consilium approbata.* Et totidem ergo erunt superioris regulæ exceptiones.

## TEXTUS.

Prius caput Legis Æliæ Sentia, 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.*

## NOTÆ.

*Nihil agit*] Igitur ita manumissi liberi non fiunt: & additur ratio, quia lex Ælia Sentia impedit libertatem, id est, liberos fieri prohibet; sicut in universum, quod

lege prohibente fit, ipso jure nullum est, *l. 5. C. de legib.* quod si tibi legas libertatem revocari aut rescindi, id minus propriè dictum accipe: vid. respectu actus manumissionis, qui in suspensio est, donec constet de fraude, & an creditores suo jure uti velint. Legem hanc latam esse Augusti temporibus indicat *Dio lib. 55. consule Indis. leg. Rom. Hottom. Conn. lib. 2. comm. c. 5.*

## COMMENTARIUS.

**N**ihil 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 quib. man.* sicut in universum quicumque lege prohibente fit, ipso jure nullum est; *l. non dubium. C. de legib.* Quamobrem cum legitimis libertates per legem Æliam Sentiam rescindi aut revocari, ut in *l. 5. §. 2. d. tit. l. 1. C. qui man. non poss.* hoc minus propriè dictum accipiemus, & respectu actus manumissionis, qui non continuo & ab initio ipso jure nullus est, sed suspenditur donec constet, fraudati sint creditores, nec ne: & 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 sunt & jure suo utantur, perinde habetur atque si nulla manumissio intervenisset. Quamdiu autem hæc incerta sunt, scribit Paulus manumissos vi ipsa statuliberos esse, *l. 2. de statulib.* Ipse autem manumissor & hæredes ejus nullo colore libertatem revocare possunt, *l. 5. C. de serv. pig. dar. man. fac. l. 3. qui & à quib. man.* His addi potest & peculiaris ratio, quod libertas, quæ semel competiit, non revocatur, §. *semel*

hoc



hoc tit. l. 9. §. 1. *de man. vind.* Ex quibus omnibus manifestum est, errare D. Pacium, qui in notis marginalibus scribit, libertatem ipso jure competere, sed retrahari. Alia longè ratio est edicti, *Qua in fraud. cred.*

TEXTUS.

De servo instituto cum libertate.

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

NOTA.

1. *Heresque ei solus* ] Non tamen necesse est, solum heredem scriptum esse, sed neminem alium heredem existere, ne ex substitutione quidem, l. 57. D. de her. institut.

*Injuria* ] Positum pro ignominia, nam ignominiosum bona cujusquam propter res alienum divendi: cujus rei testis locuples Cicer. pro Quinto. Igitur ratio exceptionis hæc est, ut actionis ignominia, qua aliqui defunctus oneraretur, potius derivetur in heredem servum.

COMMENTARIUS.

**I**n capite legis Æliæ Sentia, *No quis in fraudem creditorum manumittat*, nominatim additur hæc exceptio, nisi quis unum ex servis suis testamento liberum & heredem esse jussisset, 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. instit. nam si & alter servus secundo loco scriptus sit, solus primo loco scriptus hereditatem capiet, l. qui solvendo. do. d. 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 sit, §. 1. inf. de her. qual. & diff. ac proinde ipso jure, sicut 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. l. necessarius. 57. de acq. hered.

*Valde enim prospiciendum erat* ] Ratio exceptionis sa-

pius justa, videlicet ut fama defuncti pareatur, & auctoria ignominia, qua alioqui defunctus oneraretur, in heredem servum potius derivetur: qui duplici de causa hoc æquo animo ferre debet: primum quia rem pretiosissimam & inestimabilem libertatem, consequitur: deinde quia quicquid post mortem patroni sui acquirat, sibi acquirat, non obnoxium creditoribus, si bonorum separationem petierit, quam impetrare potest, si bona defuncti non attigerit, d. §. 1. inf. 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 att.

*Injuria* ] Hoc est, ignominia, quamvis enim edicto prætoris de infamibus non notetur; oneratur tamen estimatio ejus, & facti infamiam non effugit is, cujus bona auctori & hæc publicè subjiciuntur: cujus rei locupletem testem habemus Ciceronem pro Quinto.

TEXTUS.

De servo instituto sine libertate.

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

NOTA.

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

*Nostri constitutio* ] L. pen. C. de necess. serv. her. instit. junct. pr. inf. de her. instit.

*Nova humanitatis ratio* ] Quia et si ex veteribus quoque juris auctoribus quidam hoc ipsum probaverant, nunquam tamen obtinuerant, ut d. pr. inf. de her. instit. Cujac.

COMMENTARIUS.

**N**ova humanitatis ratione ] Primus Justinianus generaliter constituit, ut servus à domino simpliciter heres institutus & liber & heres fiat, veterum quidem, sed eorum paucorum sententiam secutus, quæ idcirco antea non obtinebat, l. pen. C. de nec. serv. her. instit. junct. pr. inf. de her. instit.

*Quum non sit verisimile* ] Nam qui vult consequens ut DD. hic notant, & in l. 2. de jurisd. etiam antecedens velle intelligitur, sine quo ad illud consequens perveniri non potest; eademque ratione haud dubiè & Paulus & Atilianus, quibus jam ante hæc sententia placuit, usi sunt. Verum hæc ratio aliis non satis idonea visa fuit, fortassis ideo quia cum libertas sit aliquod majus & pretiosius ipsa hereditate, absurdum videatur per consequentiam hereditatis, datæ libertatem servo defendere, rem longè majoris momenti. Rationem enim juris non pati, ut id, quod dignius est & magis principale, à re minus digna minusque principali vires capiat, per l. quod per

*manus de jur. Cod. 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 com. hic. c. 3.*

## T E X T U S.

Quid sit in fraudem Creditorum manumittere.

3. *In fraudem autem creditorum manumittere videtur, qui vel jam eotempore, quo manumittit, solvendo non est; vel qui datis libertatibus desisturus 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, & ipsa re, eo quod bona ejus non sunt suffectura creditoribus.*

## N O T A.

3. *In fraudem*] Descriptus hic locus est ex l. 10. D. qui & a quib. man.

*Desisturus est solvendo esse*] Species hæc fit: Sempronius, qui mille in bonis habebat ac totidem debebat, servum in fraudem creditoris manumisit: quo facto 50 de bonis ejus decesserunt, ut jam creditores solidum consequi nequeant. Q. an impediatur libertas. R. impediri cum Cajo in d. l. 10.

*Prævaluisse*] Libertas non revocatur, nisi & fraudandi consilium manumissor habuerit; & creditores re ipsa fraudentur, d. l. 10. l. 1. C. qui man. non poss. In fidei commissaria, d. l. 10. l. 1. C. qui man. non poss. Ipsi fidei commissaria tamen de libertate solus ult. C. eod. l. 4. §. 19. in fin. D. de fideic. lib. l. ult. C. eod.

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

**D**esisturus est solvendo esse] Descriptus hic locus est ex l. in fraudem. 10. qui & a 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 desisturus est solvendo esse, & placuit pertinere, d. l. 10. Ratio in promptu est quia solvendo esse nemo intelligitur, qui solidum, quod debet, solvere non potest, l. solvendo. de verb. sign. non potest autem, qui posse desit.

*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 procul dubio 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 pertinet, de quo dicemus ad §. item s. 6. inf. de act. Creditoribus igitur agentibus incumbet probare se & eventu fraudatos esse, & manumissorem animum fraudandi habuisse. Atque hic locus erit præsumptionibus, quibus fraus aut arguitur, aut abfuisse docetur: qua de re consulantur DD.

*hic & in l. §. 6. Ceterum hæc quæ diximus locum habeat in libertate directo testamento data: in fideicommissaria autem solus rei eventus spectatur, l. 4. §. si in fraudem. in fin. de fideic. lib. l. ult. C. qui man. non poss. An quia ubi res adhuc integra est, & ab alio servus manumittendus, facilius visum est impediri libertatem.*

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

## T E X T U S.

Alterum caput Legis Æliæ Sentia de minore viginti annis.

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

## N O T A.

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

*Apud consilium*] Adhibebantur in consilium Romæ 5 Senatores, & 5 Equites, in provinciis 20 recuperatores cives Rom. Ulp. 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. D. de off. ejus cui mand. jurisd. unde apparet magistratum non habuisse jus exercendi consilium vi suæ jurisdictionis, arg. l. 1. pr. d. t.

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

**A**lterum caput legis Æliæ Sentia fuit; *Minoribus 20 annis non aliter manumittere jus esto, quam causa iusta 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 iusta causa manumissionis, approbata fuerit manumissio, & ita Theoph.*

## T E X T U S.

Quæ sunt iustæ causæ manumissionis.

§. *Iusta autem causæ manumissionis sunt veluti si quis patrem aut matrem, filium, filiamve, aut fratres, sororesve naturales, aut pedagogum, aut nutricem, aut educatorem, aut alumnum alumnamve, aut collectancum manumittat, aut servum procuratoris habendi gratia, aut ancillam matrimonii habendi causa: dum tamen intra sex menses in uxorem ducatur, nisi iustâ causa impediat;*

diat: & servus, qui manumittitur procuratoris habendi gratia, non minor decem & septem annis manumittatur.

NOTA.

*Si quis patrem, &c.*] Finge filium, cum esset una cum parentibus naturalibus in ejusdem Domini potestate, hæredem à domino institutum esse, hic filius, ut cæterarum rerum defuncti, ita & parentum suorum dominus efficitur. Justissimam autem eos manumittendi causam habet, & ita porro.

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

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

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

*Justa causa impediatur*] Veluti si patronus senator fiat. l. 23. D. de rit. nups.

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

COMMENTARIUS.

**H**Æc desumpta sunt ex l. justa. 9. l. si minor. 11. & aliquot saq. de man. vind. l. matrimonii. 21. qui & a quib. man.

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

*Matrimonii habendi*] Verbum habendi delendum esse, nemo, qui modo Latine sciat, negare poterit: nec in aliis reperitur, ut neque in l. 20. §. 2. hoc tit. nec in l. 13. de man. vind. nec Theophil. agnoscit.

TEXTUS.

De causa semel probata.

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

COMMENTARIUS.

**E**X 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 probationis contradicendum esse, non etiam causam approbatam retractandam.

TEXTUS.

Abrogatio posterioris capitis Legis Æliæ Sentia.

7. Quum ergo certus modus manumittendi minoribus viginti annis dominis per legem Æliam Sentiam constitutus esset, eveniebat, ut qui quatuordecim annos expleverat, licet testamentum facere, & in eo sibi hæredem instituere, legataque relinquere posset, tamen si adhuc minor esset viginti 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 prestare? Sed quum libertas inestimabilis res sit, & propter hoc ante vigesimum aetatis annum antiquitas libertatem servo dare prohibebat: idè nos mediam quodammodo viam eligentes, non aliter minori viginti annis libertatem in testamento dare servo suo concedimus, nisi septemdecimum annum impleverit, & octodecimum attingerit. Quum enim antiquitas hujusmodi aetatis & pro aliis postulare concesserit: cur non etiam sui iudicii stabilitas ita eos adjuvare credatur, ut ad libertatem dandam servis suis possint pervenire?

NOTA.

*Libertas inestimabilis res*] Servum tamen libertate donare non est inestimabile domino, & alia haud dubiè ratio legis Æliæ Sentia fuit; & hæc nimirum, quod servi minoribus dominis faciliè blandis verbis aut aliis artibus persuadere possunt, ut se manumittant, vel pro turpis alicujus obsequii remuneratione, fac. l. 2. C. si adv. lib. l. 16. C. de lib. caus.

*Mediam viam*] Hinc inferunt posse quandoque iudicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere. utique hoc facere solent prudentes, ubicumque est inæquitas, id est perplexa quaestio, l. 7. D. ut leg. nom. cav. l. 40. D. de har. instit. videndum tamen semper, quid suadeat ratio juris.

*Pro aliis postulare*] l. 1. D. de postul. Collectio tamen hæc minus bona est; adolescens ingressus annum XVIII. postulare potest, ergo & servum suum manumittere, sunt enim hæc planè diversa.

COMMENTARIUS.

**N**am cui totorum] Argumentatur à majore ad minus *non daturus*, cui quod plus est licet, ei non debet, quod minus est, non licere, l. 21. de reg. jur.

*Quum libertas inestimabilis res sit*] Aliam rationem legis Æliæ Sentia fuisse existimo, nempe quod servi junioribus dominis faciliè blandis verbis aut aliis artibus per-

suadere possunt, ut se manumittant, arg. §. 4. *sup. eod.* vel pro turpis alicujus obsequii compensatione. Est quidem libertas res inestimabilis, & ipsi servo *id est* *quanti-  
genit* *libertatis*: at seruum libertate donare non est inestimabile domino, cui longè plus est, posse aliquem heredem instituere, prædium legare, quam seruo vilissimi pretii dare libertatem: licet ipsi seruo majus sit, libertatem accepisse, quam hereditatem aut prædium.

*Ideo nos mediam viam eligentes*] Hinc inferunt posse quandoque judicem in ambiguitate juris vel facti rem dividere, *Cujac. 17. obs. 21. Tassaur. decis. 19. Boër. decis. 239.* Et sanè causa anceps per mediocritatem optimè dividitur, etiam Paulo teste in *l. filio. 7. ut legat. nom. cau.* Sic cum de dominio speciei ex aliena materia factæ diffensio inter Sabinum & Proculum esset, Cujas in *l. 7. §. cum quis. de acq. rer. dom.* mediam sententiam secutus est, eamque probavit Justinianus §. *cum ex aliena. inf. de rer. div.* Et Tiberius Cæsar, cum servus ejus Parthenius tanquam ingenuus hæres scriptus esset; cum substituto Parthenio hæreditatem divisit, *l. & hoc. 41. de her. inf. §. 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

etate, qua testamentum facere permittum est, masculis nimirum anno ætatis quartodecimo, foeminis 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 publicè de jure responsisse, *l. 1. §. 3. de postul.* Est autem, si liberè philosophandum est, vitiosa hæc collectio; Adolescens annum ingressus 18. pro alio postulare potest; ergo & servum suum testamento manumittere, sunt enim hæc planè diversa. Ne pigeat in transitu discere, pueros ingenuos usque ad annum ætatis decimum sextum prætexta puerili toga usos fuisse, ingressosque annum decimum septimum puram, quæ & virilis dicitur, sumpsisse: quo ferè anno ad oratorem aliquem deducebantur, qui cum in forum descendentes annum unum patronos audiebant; quo assiduis auscultationibus confecto, causas ipsi agere, tanquam jam informati & non omnino rudes instituebant, funebres autem orationes etiam minore multo ætate habebantur: nam Augustus annum agens duodecimum pro concione aviam Juliam defunctam laudasse traditur. *Sueton. in Aug. c. 8. ad Cor. Sigen. l. 3. de judic. c. 18. Hotom. hic.*

## TITULUS SEPTIMUS. DE LEGE FUSIA CANINIA TOLLENDÆ.

*Conc. Lib. 7. Cod. Tit. 3.*

### TEXTUS.

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

### NOTÆ.

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

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

### COMMENTARIUS.

**C***ertus modus*] Id est, certus numerus definitus erat, quem in manumittendo excedere non licebat, vid. *Ulp. tit. 1. Casum lib. 2. tit. 1. Paul. 4. sent. 14.* Ratio legis hæc fuit, ut ex Suetonio in *Aug. c. 40.* intelligimus, ne concessa libera testamento manumitten-

di potestate, libertis & sordidis hominibus civitas Rom. contaminaretur

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

*Totam familiam*] Id est, ut Theophil. vertit, *πῶς ἑὸς οἴκῳ, omnes servos.* Servos enim unius domini familiam veteres frequenter appellat, ut in *tit. si fam. furt. fec. l. 9. de jurisd. l. illud. 32. in pr. ad leg. Ag. l. optio. 13. de opt. leg. l. pronuntiatio. 195. §. servitutum. de verb. sign.* atque in urbanam & rusticam dividunt, *l. urbana. 166. eod.* Alias pleraque hujus vocis significationes habes in *d. l. pronuntiatio.*

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

*Adorientibus adimere*] Argumentatio ab actu inter vi-

vos.

vos ad ultimam voluntatem, eaque *quodammodo*. Quatenus hæc argumentatio procedat, & contra, bene docet D. Præf. Everhard. Claud. Caus. in top. & Mysf. his.

certe non procedit, si legis Fufie spectemus rationem. Quæ hæc est, quod facilius in testamento manumittimus, quam inter vivos. l. 4. in fin. ad Senat. Vell.

TITULUS OCTAVUS.

DE HIS, QUI SUI VEL ALIENI JURIS SUNT.

Conc. D. Lib. I. Tit. 6.

TEXTUS.

Altera divisio personarum.

*Sequitur de jure personarum alia divisio. Nam quadam persone sui juris sunt; quadam alieno juri subiecta. Rursus earum, quæ alieno juri subiecta sunt, alia sunt in potestate parentum, alia in potestate dominorum. Videamus itaque de his, quæ alieno juri subiecta sunt. Nam si cognoverimus, quam ista persona sunt, simul intelligemus, quæ sui juris sunt, ac prius inspiciamus de his, quæ in potestate dominorum sunt.*

NOTÆ.

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

*In potestate*] Varia est hujus vocis significatio, l. 215. D. de verb. sign. hic summam significat, *ἀνεστ ἰξωτο*, ut definit Theophil.

COMMENTARIUS.

**R**eponitur hic 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 eandem inculcare, rectius fecissent Compositores, si hic omissis servis, quorum omnium eadem conditio est, liberorum hominum differentias, sicuti instituerant §. ult. dict. tit. 3. porro persecuti essent, eosque subdividissent in eos, qui sui, & qui alieni juris sunt, aut potius in patresfam. & filiosfam. ut Ulpian. l. 4. b. tit. Excusantur tamen, quod cum de vi & effectu dominicæ potestatis adhuc cognoscendum erat, secretas superiore divisione personas in unum iterum coegerint.

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

*ἡ ἰσότης πρὸς τὴν ἀλλοτρίαν φύσιν τοῦ αἰετοῦ.*

TEXTUS.

De jure Gentium in servos.

*I. In potestate itaque dominorum sunt servi, quæ quidem potestas juris gentium est, nam apud omnes peræque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vita necisque potestatem fuisse: & quodcumque per servum acquiritur, id domino acquiri.*

COMMENTARIUS.

*I. Jus vita & necis neque omnes gentes usurpasse, neque justitia inserta licere servum occidere.*

**E**X quo jure servitus est, ex eodem & dominorum in servos potestatem esse, nemo est qui ambigat. Cæterum quod hic ex Cajo l. 1. §. 1. hoc tit. Justinianus refert, apud omnes gentes summum illud jus vitæ & necis in servos usurpatum fuisse, de majore parte accipiendum est, deque eo, quod impunè 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. 41. 2. Tacit. de morib. Germ. Athenæus lib. 6. Bodin. 1. de repub. 5. Grot. 3. de jure bell. & pac. 14. Et agnoscant omnes, multum distare id, quod impunè 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 nit, cogitandum, non quantum illud impunè potè potest, sed quantum tibi permittat æqui bonique natura, quæ parcere etiam captivis & pretio parat in jubet. Et vero si natura inter omnes homines cognationem quandam constituit; l. 3. de just. & jar. consequens est, hominem in hominem servire, nefas esse: ac proinde alienum ab omni humanitate, quamvis servum, hominem tamen occidere aut crudeliter tractare. Apostoli dictum est; Domini jus & quod æquum est, servis præstare, gnari, vobis quoque dominum esse in celo. ad Coloss. 4. vers. 1.

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

TEXTUS.

## TEXTUS.

## De Jure Civium Romanorum in servos.

2. Sed hoc tempore nullis hominibus, qui sub imperia nostro sunt, licet sine causa legibus cognita in servos suos supra modum sœvire. 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 coercetur. Nam Antoninus consultus à quibusdam Presidibus Provinciæ de his servis, qui ad adem sacram, vel statam Principum confugiunt, præcepit, ut, si intollerabilis videatur sœvitia dominorum, cogantur servos suos bonis conditionibus vendere, ut pretium dominis daretur, & rectè: expedit enim reipublica, ne suâ re quis malè utatur. Cujus rescripti ad Elium 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 sœvitiam, vel famem, vel intolerabilem injuriam denegetur iis, qui justè deprecantur. Ideoque cognosce de querelis eorum, qui ex familia Julii Sabini ad sacram statam confugerunt, & si vel durius habitos, quam æquum est, vel infami injuria affectos esse cognoveris, venire jube, ita ut in potestatem domini non revertantur. Quod si meæ constitutioni fraudem fecerit, sciat me hoc admissum adversus se severius executurum.

## NOTÆ.

2. Sine causa] Descripta hæc partim ex l. 1. §. 2. partim ex l. 2. D. hoc tit.

Non minus puniri] Hoc significat, qui servum suum sine causa occidit, tam reum esse homicidii, quam si alienum occidisset, & teneri publico judicio legis Corneliæ de sicariis: neque enim privato judicio legis Aquiliæ locus est, ubi sibi quis damnum infert.

Major asperitas] Modica tantum castigatio dominis permittitur, l. un. C. de emend. serv. adhibenda tamen etiam circa minores pœnas clementia, juxta illud in constitutionibus Clementis Romani, *οὐκ ἐπιτίξεις δέλωσιν, ἢ πικρῶσιν, ἐν πικρῶ ψυχῆς*. Grotius, ubi sup.

Adem sacram] Fana ethnicis pro asylierant. Plaut. Rudent. Virgines dua Veneris sano sese adversus lenonis vim tumentur. Tac. 3. annal. Complebantur templa pessimis servitiorum, &c. Sublato Paganismo idem jus adu-  
lteris templis Christianorum tributum: tit. C. de his qui ad eccles. confug. Nov. 17. Hæc verba, ad adem sacram, non sunt apud Ulp. Rufini tit. 3. nec in d. l. 2. hoc tit. nec Theophilus habet.

Statam principum] Statuæ quoque Principum his,

qui ad eas confugissent, asyla fuerunt, l. un. C. de his qui ad stat. princ. Judæorum populo sex civitates constitutæ erant quo tuto confugerent, qui azylos sanguinem effudissent. Num. 35. vers. 11. Deut. 19. Jos. 20. vers. 2. & 3.

Bonis conditionibus] Justo pretio ut in l. 12. D. de relig. Et ne dominus infensus duriores condiciones adjiciat, veluti ut ne manumittantur, ut tanquam fugitivi in vinculis habeantur. Th. & l. 25. D. de statutis.

Expedit reip.] Hæc sententia est apud Sosipatrum. Postest quis etiam abuti re sua, l. 25. §. 11. D. de bar. pot. sed tamen providendum, ne privati fortunæ suis abutendo noceant publico.

Dominorum interest] Alia ratio decidendi. Si servi nullum sibi contra dominorum sœvitiam auxilium paratum esse sciant, aut manus sibi inferant, aut in perniciem domini aliquid molientur.

Severius executurum] Pro qualitate scilicet delicti extra ordinem in ipsum animadversurum: Nam certa pœna hic definita non est. Wef.

## COMMENTARIUS.

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

R Efert hic Justinianus ex Cajo & Ulpiano l. 1. §. 1. 2. h. tit. Antoninum Pium modum posuisse potestati dominicæ, quæ plerique immoderatè 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.

Non minus puniri jubetur] Hæc 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 sicar. 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, imo & clementia. In constitutionibus, quæ Clementi Romano adscribuntur, legitimus, *οὐκ ἐπιτίξεις δέλωσιν, ἢ πικρῶσιν, ἐν πικρῶ ψυχῆς*. Non opprimes servum, non dominaberis ei duro, ait lex divina de servo Hebræo Deut. 15. quod nunc prolata vi proximitatis ad omnes servos debet extendi. Et Apostolus ad Ephes. 6. dominis imperat, *ne cum servis minaciter agant*, eo arguimento, quod *et ipsi Dominum in caelis habeant, qui ad talia qualitatatum discrimina non attendat*. Sed & operæ cum modo exigendæ sunt, & valetudinibus servorum humanè habenda ratio: quod ipsum præter alia spectat lex divina in Sabbati institutione, nimirum ut laboribus aliquid daretur spiramentum. C. Plini. lib. 5. epist. 19. sic ad Paulin. scribit, *Video quam molliter tuos habeas, quo simplicius confitebor tibi, quæ indulgentia meos tractem*. Est mihi semper in animo Homericum illud, *πικρῶς, ἢ πικρῶ*, &c.

& hoc nostrum *paterfamilias*. In qua voce & Seneca veterum humanitatem observat; *Ne illud quidem videtis*, inquit, *quam omnem invidiam majores vestri dominis, omnem contumeliam servis detraxerint. Dominum patremfamilias appellaverunt; servos, familiares.* epist. 47. Plura hujusmodi habet Grot. lib. 3. de jur. bell. & pacis. c. 14.

*Ad adem sacram*] Ad fana seu templa Deorum quo confugiunt aras & signa Deorum amplecti solebant. *Plaut. Mostell. act. 5. scen. 1. & Rudens. act. 2. scen. 7. Virg. 2. Æneid.* eodemque & obrati adversus creditores, suspectique criminum capitalium receptantur. *Tacit. 3. annal.* & quia ab his locis neminem eripere fas erat, ideo *ἀστυλα* dicta sunt. Sublato Paganismo Imp. Christiani idem jus etiam templis Christianorum tribuerunt, *tit. C. de his qui ad eccl. conf.* sed levioris tantum delicti suspectos recipi voluerunt, non farios, adulteros, raptos, aut similia criminum reos; neque *τὸν ἀστυλῶν, ἀλλὰ τὸν ἀδικηφόρον*, jus asyli dari. *Nov. 17. c. 7. Nov. 37.* convenienter legi Divinæ, quæ jubet homicidam ab altari abstrahi, atque iis solum asyliam dari, qui *ἀστυλῶν* sanguinem effuderint. *Exod. c. 21. vers. 13. & seq. Num. 35. vers. 6. & 11. Jos. c. 20. vers. 2. & 3.* Cui etiam convenit, quod Thucydides lib. 4. scribit, *τὸ ἀστυλῶν ἀμνηστία τῶν κατὰ φύσιν ἐπιπέσει τῶν βλαβερῶν.* Jure autem canonico, remotis solis nocturnis populatoribus agrorum & publicis latronibus, cæteri cujuscunque facinoris rei, immunitate ecclesiarum gaudent, *c. inter aliam, & c. fin. de immun. eccl.* Quam Pontificum sanctionem non immerito jam olim improbavit Ferrariensis *in forma inquis. in pr. num. 31.* ubi scribit, hæc jura canonica facta esse sine ratione ad beneplacitum, imo contra jus divinum, quo cautum est; *Domus mea Domus orationis vocabitur: vos autem fecistis eam speluncam latronum, &c.* In Coloniensi editione anno 1590. hæc & similia Cyni, quæ eodem loco citat Ferrariensis. consulto expunxit censor.

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

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

*Bonis conditionibus*] Justo pretio: item ne gravis conditio venditioni à Domino servis infensiore apponatur; veluti, ut ne manumittantur, ut Italia exportentur, in viuculis semper habeantur. *Theophil.*

*Vendere*] Nemo rem suam vendere cogitur, *l. invictum. C. de cont. empt.* ac ne justo quidem pretio, *l. 9. 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 cogantur divites & maximè negotiatores frumentum atque alia edulia justo pretio vendere *per. l. 1. §. cura. de off. pref. urb. l. annonam. de extraord. crim.* In servis hic est justa deprecatio auxilii contra sævitiam dominorum. Est & favor libertatis, *§. ult. inf. de donat.* Sed & favore religionis idem receptum, ut in specie *l. 12. in fin. de religiof.*

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

*Expedit enim reipub.*] Est quidem unusquisque rei suæ moderator & arbiter, *l. in re mandata. C. mand.* in tantum ut ea etiam abuti possit, *l. sed etsi. 25. §. consulti. de bar. pet.* Cæterum interest reip. huic arbitrio modum à lege præscribi, ne privati fortunis suis abutendo, publico noceant. Accedit hic conditio personæ, quæ licet fortunâ 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. c. 2. & in flor. spars. ad l. Barbarius. de off. prat.* appellat dominium eminens, & in hanc sententiam egregiè disputat *Plato lib. 11. de legib.* Hinc est, quod Princeps etiam de bonis subditorum disponere potest, dirigendo eorum usum ad publicam seu communem utilitatem. Qua de causa etiam persæpè potestas, quam quisque dominus in re sua habet, lege civili restringitur ac terminatur.

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

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

TITULUS NONUS.  
DE PATRIA POTESTATE.

Lib. 8. Cod. Tit. 47.

Continuatio & argumentum tituli.

**S**equitur 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 queritur: doceturque hoc titulo, quid sint nuptiæ, cujus juris sit patria potestas, qui, quos, in potestate habeant. De effectis hujus potestatis, quod Justinianus omisit, non nihil nos dicemus in exegeſi, §. 2. hoc tit.

T E X T U S.

Summa tituli.

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

N O T A.

*In potestate nostra*] Ex Ulpian. in l. 3. D. de his qui sui vel al. jur.

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

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

**E**x *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 l. lex natura. d. tit. sed cum foeminae liberos in potestate non habeant, §. foemina. inf. de adopt. sequitur eos nec in potestate avi materni esse.

T E X T U S.

Definitio Nuptiarum.

**N**uptia autem, sive matrimonium, est viri & mulieris conjunctio, individuum vita consuetudinem continens.

N O T A.

*Nuptia*] Sic dicitur à nubendo, quod olim novæ nuptiæ pudoris ergo caput obnubere flammeo solebant. Fest. Non. & alii.

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

*Individuum, &c.*] Modestini. l. 1. D. de rit. nupt. consortium omni vita, quo significatur non tantum domestica societas, sed etiam indivisus & promiscuus rerum

omnium inter conjuges usus, rerum & corporum communicatio. Duar. c. 1. de nups. Vera tamen inter conjuges non est bonorum societas.

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

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

1. Ad perficiendas nuptias præter legitimum contrahentium consensum nihil desiderari.
2. Nunquam in foro conscientia licuisse plures uxores eodem tempore habere.
3. Quo sensu nuptia dicantur individuum consuetudo, & qua gentes in ea perpetuo persistunt.
4. Quid vita consuetudine significetur.
5. Desponsalibus quadam notatu digna.

**N**uptia sive matrimonium] Promiscuè ferè hæc vocabula (*nuptia & matrimonium*) usurpantur. Sæpè tamen nuptias cum dicimus, intelligimus festivitatem & celebritatem nuptialis dici, ut in l. pen. §. 1. de donat. int. vir. & ux. l. sancimus. C. de nups. sicut & apud Græcos *γαμος* accipitur Joann. c. 2. Illud tralatitium est, nuptias à nubendo dicitur esse, eo quod olim novæ nuptiæ pudoris ergo caput obnubere flammeo solebant, idque Festus, Nonius & alii complures notant. Seneca in Octavia, de Poppæa Neroni nubente;

*Velata summum flammeo tenui caput.*

*Conjunctio*] Hoc generis loco ponitur: & simul causam efficientem denotat, nempe consensum, qui ut rerum, ita & vitæ societatem efficit, etiam si nihil aliud intervenerit. Est quidem principalis matrimonii finis solibus procreatio, quam sine corporum conjunctione habere non possumus; unde etiam inter eas personas, quæ ad eam rem inhabiles sunt, nuptiæ non consistunt, l. si serva. 39. §. 1. de jur. dor. 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. Hinc etiam apud nos judicatum est, nuptias perfectas esse, simul atque à ministro verbi divini atque à magistratu mulier viro ritè copulata & tradita est; atque ex eo tempore, ut inter veros conjuges, communionem bonorum more harum regionum induci, etiam si morte alterutrius nondum subsecuto concubitu matrimonium diremptum sit, D. Neoflad. obs. rer. jud. 15. & aliquot seqq. add. D. Lamb. Goris advers. jur. tract. 1. c. 2. Sunt qui ad implendas nuptias jure Romano necessariam fuisse existimant solemnem illam deductionem mulieris in domum mariti, quæ veteribus usurpata fuit, aut nuptiarum festivitatem per l. 5. de rit. nups. l. 15. de cond. & dem. l. 6. C. de don. ante nups. l. sancimus. 24. C. de nups. Sed verius est, neutrum eorum ut necessarium desiderari, ut intelligere licet ex responso Scævola, l. pen. de don. int. vir. & ux. & rescripto Theodolii l. si donatio-  
num.



num. 22. *C. de nups.* nec admodum difficile est ad superiores locos respondere. Nam in *l. 9. de ris. nups.* Jurisconsultus non docet, quomodo nuptiæ contrahantur, sed rationem ac formam tantum deductionis demonstrat. Quod autem Ulpian. in *l. 15. de cond. & dem.* ait, conditionem nuptiarum tunc impletam esse, cum uxor ducta est; & Justinian. *l. sancimus. C. de nups.* conditionem nuptiarum non aliter impleri, quam si ipsa nuptiarum accedat festivitas: ex mente extraneorum sumptum 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 nups.* Qui priscorum ritus in nuptiis adhiberi solitos nosse cupit, legat *Brisson. lib. singular. de ris. nups.*

*Viri & mulieris*] Nam duorum ejusdem sexus conjunctio detestanda est, & lege Dei, lege naturæ, legibus omnium gentium damnata. Ait, mulieris *ivivās*, ad excludendam polygamiam, id est, nuptias cum pluribus uxoribus eodem tempore contractas: nam successivè plures uxores habere, aut quod idem est, matrimonio ritè soluto, aliam ducere, prohibitum non est: quod tamen & ipsum species est *πυλωγαμία*. Igitur apud Romanos vetitum fuit, plures uxores eodem tempore habere; quod & aliarum quoque gentium moribus improbatum fuisse ostendimus *rit. seq. §. affinitatis*: idque divinæ simulac naturali legi convenienter, quod ego paucis, sed firmis rationibus confirmabo. Legi divinæ primæque institutioni matrimonii contrariam esse polygamiam evincitur primum ex loco *Matth. 19. 8.* Nam argumentum, quo ibi Christus utitur adversus divortium, ab initio autem ita non fuit, nullas vires habet, nisi hanc majorem præsupponat; Ita in matrimonio se res habere debet, quemadmodum in principio fuit: Assumam; Atque initio duo tantum conjuncti fuerunt in carnem unam, *Genes. 2. sub fin.* Ergo lege institutionis matrimonii duo tantum, id est, mas cum foemina una conjungi debent. Eadem planè ratione & ex prima conjugii institutione licentiam polygamiae damnat *Malachias cap. 2. vers. 14. & seq.* ut benè ostendit vir doctissimus collega noster D. Joann. Coccejus in *di. d. de co. p.* Præterea *Levit. 18. 18.* polygamia expressè prohibetur, quod summi Theologi & Hebrææ linguæ peritissimi Junius & Tremellius firmissimis rationibus demonstrant, locum ex phrasi Hebrææ ita vertentes, *Mulierem unam ad alteram ne assumit.* Tertio cum caeremonialia præcepta in novo testamento abrogata fuerint, quæcunque Apostoli præcepta tradidere, moralia esse constat, cum in politia, tum in œconomia, & à singulis observanda. Atqui *1. Cor. 7. 2.* monogamia præcipitur iis, qui matrimonium expetunt: non potest enim, quod vult Apostolus, unaquæque mulier suum proprium virum habere, si communem cum aliis in polygamia habeat. Quod autem morale est, id à singulis observandum, & perpetui juris est; adeoque & in veteri Testamento obtinuit. Denique videmus primam institutionem conjugii sic exponi à Christo & Apostolo, ut duo solummodo in unam carnem coalescere censentur, *Matth. 19. 5. & 1. Cor. 6. 16.* nec ante Lamechum Cainici generis hominem quendam legimus plures simul uxores duxisse: ex quo in-

telligimus polygamiam sicut & reliquas corruptelas paulatim irrepsisse. Quorsum enim alias hoc in Lamecho expressè notasset Moyses? *Gen. 4. v. 19.* Sed & communis ratio polygamiam damnat; primum; quia mutuam 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 cum moechari, qui vinculo prioris matrimonii non soluto aliam uxorem ducit, *Matth. 19. 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 ab *lib. 2. de jur. bell. c. 5.* Quamobrem concludendum est cum *Beza tract. de polygam.* nunquam in foro conscientiarum licitum fuisse, plures uxores eodem tempore habere; ac proinde patrum exempla, quos plures uxores habuisse legimus, nobis imitanda non esse: quoniam polygamiam illorum Deus non approbavit, sed toleravit duntaxat, aut indulst, non læcivendi, sed gignendæ piæ sobolis gratia, propter promissionem de multiplicatione feminis; sicut & in aliis quibusdam connivit, quæ cum prima conjugii institutione, ad quam ea Christus revocat, non conveniunt, *Matth. 5. 32. & 19. 3. & seqq. Marci 10. 4. Luc. 16. 18.* Peccaverunt nimirum in hoc & ipsi patres, quanquam errore, potius judicii, non satis erudita conscientia, quam aperta improbitate, cum exemplorum multitudo effecisset, ut peccatum quandam rei indifferentis speciem induisset; quod Deus benignè eis condonavit. Atque hæc etiam sententia est Innocentii Tertii in *c. gaudemus x. de divort.* & communis Pontificiorum, *Covar. de matrim. p. 2. c. 7. §. 3.* ubi ait, etsi plures uxores habere, propriè non adversetur legi naturæ, id est, primis juris naturæ principiis; contrarium tamen esse legi quasi naturali, hoc est, conclusionibus à primis ejusdem juris principiis deductis: deque hac lege solum Deum dispensare posse, & ita etiam *D. Thom. in 4. sent. qu. 33. art. 2.*

*Individuam*] Verbum hoc, *individuum*, duobus 3 modis accipitur: uno modo pro eo, quod commune adhuc est atque indivisum, quo sensu individua hereditas dicitur à Modestino *l. sine. 32. §. Lucius de adm. tut.* & à Paulo individuum curæ officium. *l. Lucius. 46. §. 1. eod.* altero modo pro eo, quod dividi non potest, ut cum servitutes, obligationes, stipulationes individuas dicimus. Atque utraque significatio huic loco convenit: prima quidem simpliciter, ut ex iis, quæ mox dicemus, patet: altera secundum quid, videlicet respectu aliarum conjunctionum & societatum, quæ facillè dividi, hoc est, separari, & pro arbitrio unius dissolvi possunt. Neque enim nuptiis passim renuntiare licet: adeoque 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 dicitur individua. Nam ut Christus nos docet, initio conjugium sic à Deo institutum est, ut in-

dissolubile esset. Et Deus interveniens personas conjungit. Quod autem Deus conjungit, homo separare non debet. *Matth. 19.* quo etiam loco, & *Matth. 5.* prohibentur omnia divortia, præterquam quæ ex causa adulterii fiunt. Addunt quidam & malitiosam desertionem, per ea, quæ apud Paulum, *1 ad Cor. c. 7. vers. 15.* Sed non dicit Apostolus, desertione dissolvi matrimonium: nullamque novam causam, ob quam liceat divortium petere & facere, verbis Christi adjicit: neque apud eum quæstio est de divortio faciendo, sed an post divortium illegitimè factum ab infideli liceat consulere fidelis conscientiam. Tantum abest igitur ut in hac specie agatur de repudianda uxore aut dimittendo marito, sicut in causa adulterii, ut contra deserta persona se deseri conquærat, & deserticem repetat, quantum in se est. Quod si desertrix persona nulla ratione possit ad mutuam conjunctionem repetendam adduci, negat Apostolus oportere innocentem luere culpam nocentis. Hæc obiter. In illa autem, quam dixi perpetua atque individua vitæ consuetudine Germanos perstitisse scribit Tacitus *de morib. Germ.* Apud Romanos quoque à condita urbe usque ad annum 520. nullum inter virum & uxorem divortium intercessisse, testes sunt Dionys. *Halic. lib. 2. Val. Max. lib. 2. c. 1. Gell. lib. 4. c. 3.* Primus Sp. Carvilius Romæ uxorem sterilitatis causa dimisit, ut iidem testantur. Procedente tempore divortia passim & sine ulla causæ redditione permixta, sed viris duntaxat, ut arguit locus Plauti in *Mercat. act. 4. sem. 6.* Tandem etiam uxoribus, ut constat *ex tit. de divort. & repud.* Juvenalis *satyr. 6.* notat mulierem, quæ crebro divertendo intra quinquentium octies viros permutaverat.

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 quandam communionem & indivisum rerum omnium inter conjuges usum: in summa rerum & corporum communicatione, *συμβίωσις & συνουσία νοίης.* Atque hanc interpretationem adjuvat Modestinus *l. 1. de rit. nupt.* cum ait; Nuptiæ sunt conjunctio maris & femine, *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 divinam & humanam domus. l. 4. C. de crim. exp. har.* Quanquam fortasse Modestinus & Gordianus, cum ita loquuntur, alio respiciunt, nempe ad sacra paganorum, quæ domi sibi quisque & familiæ suæ habebat, quorum uxor fiebat socia. Meminit horum sacrorum *Cic. 2. de legib. Plaut. in Captiv. Plin. in Paneg. add. Duar. in tit. sol. matr. de nupt.* Malè nonnulli hæc definitionis verba referunt ad communionem bonorum: nam vera bonorum societas qualis in his regionibus, inter virum & uxorem nulla est, neque jure civili, neque jure Canonico, *Pek. de testam. conj. 2. cap. 1. Covaruv. de matr. p. 2. c. 7. §. 1. Chassan. ad consuet. Burgund. rubr. 4. n. 4. & 16. novissimè D. Lambert. Garis ad vers. jur. vrac. 1. cap. 1.* Nuptias honestatis causâ 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 præsentibus; *c. pen. & ult. n. eod.* hanc tamen distinctionem auctores juris nostri non agnoscunt, quibus sponsalia de præsentibus sunt ipsum matrimonium jam mutuo consensu contractum, *l. nuptiar. 30. de reg. jur.* Sed neque juris canonici interpp. per sponsalia de præsentibus, 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 sponsal. p. 1. c. 1. n. 6. & in c. omnino rex. c. cum insimatur. c. conjuges. c. conjugium. cap. 27. q. 2.* sponsus & sponsa de præsentibus vocantur vir & uxor. Nos trates quoque uxorem ab sponsa hoc solo distinguunt, quod uxor post nuptialem benedictionem & conjunctionem thori dicitur, atque appelletur sponsa. Sponsaliorum de futuro hic effectus est jure canonum, quod in matrimonium transeat per subsequentem corporum commixtionem inter sponsum & sponsam, *c. veniens. 15. cap. is qui fidem. 30. n. de sponsal. quod quia summam rationem habet, etiam in federato Belgio passim receptum est: quamvis canones isti decreto Concilii Tridentini abrogati sint, sess. 24. c. 1. §. qui aliter. de reform. matr.* Dixi autem per subsequentem &c. nam si copula præcesserit, sponsalia tantum erunt, non matrimonium, *d. c. veniens.* Similiter et si matrimonio apposita sit conditio, puta si propinqui aut curatores consentiant, ea subsequente copula purificatur, id est, si sponsus pendente adhuc conditione ita desponsatam cognoscat, intelligitur à conditione apposita recessisse, *c. per suas literas. de cond. appof. Scheid. ad tit. seq. cap. de sponsal. n. 8. & 36.* Atque ita nuper ex facto consulti respondimus. Aliud tamen dixerim, si contracta fuerint sub conditione consensus paterni, quo sine nuptiæ consistere non possunt, ut bene vir cl. Joan. Christen. *diff. 1. de sponsal. quest. 10.*

## T E X T U S

## 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.*

## N O T A.

2. *Proprium civium Rom.* ] Lege Romuli primum introductum, repetitum postea & confirmatum à Decemviris. Dionys. *Halic. lib. 2.*

*Talem potestatem* ] Significat etiam alias gentes habere in liberos potestatem, sed dissimilem; nempe: patria potestas indefinitè considerata, originem ex jure naturæ trahit. *Plin. in panegy. Vis & lex natura semper in ditione parentum esse liberos jussit,* ut etiam disputat *Arist. 1. polit. 8.*

*Qualem nos* ] Immensam & planè *δρακονικήν,* quæ continebat jus vitæ & necis, vid. *Halic. ubi sup. l. 1. D.*

de lib. & posth. l. ult. C. hoc tit. Sigon. lib. 1. de jur. ant. civ. Rom. 10. quam alii ut tyrannicam repudiant, teste Sympl. ad Epicteti *Enchirid.* Simile patrum jus apud Persas, ut tyrannicum, accusat Aristot. 8. *Nicomach.* s. 12. Et procedente tempore etiam apud Romanos jura patris potestatis multum imminuta.

## COMMENTARIUS.

1. Quo sensu patria potestas dicatur propria civium Rom.
2. Jus patria potestatis par herili initio fuisse, sed sensum multis modis imminutum.
3. In his regionibus vetera patria potestatis jura ignorari.

Certum est, Justinianum hoc loco distinguere voluisse patriam potestatem à dominica, idque à causa efficiente. Nam §. 1. *praced. tit.* dominicam dixit esse juris gentium, hic patriam dicit esse propriam civium Rom. 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 aliqui 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. gen.* Inter ea quæ mixti juris sunt, numeranda & 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 rationi convenienter docet Aristot. 1. *pol. c. 1. & 8. Ethic. c. 12.* neque maritus uxorem, neque pater liberos servili imperio regere debet, sed uxorem *πολιτικῶς*, ut in optimatum repub. 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, & tanto 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 & definitè secundum leges & mores Romanorum, juris civilis est, & hoc sensu rectè opponitur potestati dominicæ, quæ veri est juris gentium, §. 1. *sup. tit.* Ac tametsi Antoninus modum dominicæ potestati posuit, non ideo tamen ea facta est juris civilis sive civium Rom. propria, ut falso existimant *Myns. Schneid. Wes. ad §. 2. prac. tit.* quippe cum & peregrini idem semper jus habuerint: sed res tantum revocata est ad rationem juris gentium primævi, vid. quæ notamus sub d. §. 1. & 2. Esse autem hanc etiam mentem Justiniani, verba hujus §. non obscurè ostendunt. Nam hoc ipso quod ait nullos alios homines talem potestatem in liberos habere, qualem cives Rom. habent, satis significat, etiam alios homines habere potestatem in liberos, quamvis talem fortassis nulli habeant. Utique qui formas vivendi Græciæ civitatibus condide-

runt, certum voluerunt esse modum patriæ potestatis ac finem; ut nimirum patribus tantummodo liceret liberos modicè castigare: qua via si nihil proficerent, ultimum erat, ut eos abdicarent, id est, nudos re omni domo expellerent: quæ abdicatio *ἀποκηρυξίς* dicebatur, l. 6. C. hoc tit. Eam autem potestatem alii annis terminabant, alii matrimonio, nonnulli publica in viros adscriptione, teste Dionys. Halicarn. lib. 2. At Romanorum in liberos potestas neque finem habuit, nec modum. Non finem; quia in omne vitæ filii tempus producta fuit, etiam si summos honores gessisset, & laudem singularis erga rempubl. studii consecutus esset. Non modum, quia immensa fuit & planè *διεσολύη*. 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 venundandi potestatem: in quo majus etiam jus patris, quam domini fuit; auctore eodem Dionys. d. lib. 2. *fac. l. in suis.* 11. de lib. & posth. 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 *Ulp. in l. 8. de his qui sui vel al. jur.* scribit, jus potestatis moribus receptum esse, id tantum, ut ego existimo, verum est respectu quorundam effectuum, qui moribus vel introducti sunt, ut substitutio pupillaris, l. 2. de vul. & pup. aut in imaginarios conversi, ut venundandi potestas. Præterea quemadmodum servus domino, ita filius omnia acquirebat patri, ut scribit idem auctor lib. 8. Sed jus illud vitæ & necis, vendendi, alienandi, mancipandi potestas, ut pote à ratione juris naturæ, atque à pietate, in qua patris imperium consistere debet, l. 5. de leg. Pomp. de parricid. nimis longè recedens, merito postea displicuit, permissumque duntaxat patri privatim filium castigare & corrigere: si vero quid tale filius admisset, quod graviorem animadversionem desideraret, ad magistratum rem deferri leges voluerunt, l. 3. C. de pat. pot. l. un. C. de emend. prop. l. 2. ad leg. Corn. de scar. Ita paulatim asperi & duri Romanorum mores mitigari cœperunt Græcorum condimentis, ut videtur; à quibus cum bonarum literarum disciplinas accepissent, ad hanc sunt mansuetudinem morum facilitatemque revocati. Sed & jus acquirendi per filium multis modis imminutum est, de quo dicemus inf. tit. per quas pers. cuiq. acq. Alia quoque pleraque patriæ potestatis effecta procedente tempore multum imminuta sunt, ut suis locis indicabimus. Nobis vero vetera potestatis patriæ jura planè incognita sunt, ac propterea apud nos effecta ejus omnia cessant, testibus *D. Grot. 1. manud. 6. D. Gudolin. lib. v. de jur. noviss. c. 14.* Et sanè non difficile est id per inductionem demonstrare. Singula singulis notabimus locis.

## TEXTUS.

Qui sunt in potestate.

3. Quodigitur ex te & uxore tua nascitur, in tua potestate est. Item qui ex filio tuo & uxore

ejus nascitur, id est, nepos tuus & neptis, aequè in tua sunt potestate; & pronepos & proneptis, & deinceps ceteri. Qui autem ex filia tua nascuntur, in potestate tua non sunt; sed in patris eorum.

## COMMENTARIUS.

**Q**ui 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 familiae, subjecti sunt familiae principi, qui hic est filii pater: & qui est in potestate alterius, alium in sua potestate habere non potest, l. sic eveniet. ad leg. Jul. de adult. & ita deinceps. l. 5. D. de his qui sui. v. alien. jur.

Qui autem ex filia tua] Nati ex filia mea non in mea, sed in patris sui potestate & familia sunt, l. cum legitima de stat. hom. l. familia. 196. §. 1. de verb. sign. Unde quia mulier familiam suam non propagat, familiae suae finis dicitur, l. pronuntiatio. 197. §. ult. d. tit. At inquis, cum nuptiis filiaefam. non solvatur jus patriae potestatis,

§. 2. inf. de famat. Tertyll. l. 2. §. 1. h. quæstions. 29. solus. matr. l. 1. §. ult. de injur. cum similib. cur non etiam is, qui ex filia mea nascitur, aequè est in potestate mea, sed in potestate patris sui; Respondeo, id fieri & civili ratione, d. l. cum legitima. & naturali sive potius juris gentium, argumento eorum, quæ ante diximus de jure ejus, qui caput est familiae. Adeoque pater elocando filiam hæctenus jure suo cedere intelligitur, sicut & ple- risque aliis in rebus, de quibus alibi dicendi dabitur locus. Jure antiquo uxor, quæ in manum viri convenerat usu aut coemptione, in familiam & potestatem viri transferebat; eratque ei filia loco, & jura suorum hæredum in familia nancisceretur; matremque familias appellabant, cum alia uxores tantum essent, & matronæ dicerentur. Hoc igitur modo atque ritu si filiafam. nupta in manum viri convenisset, in totum solvebatur jure & potestate patris. Si quis est antiquitatis studiosior, is Hotoman. adeat, qui quicquid ad accuratam hujus rei cognitionem pertinet, ex Cic. in Top. & Boet. ibid. Dionys. Hylicarn. lib. ant. 2. Gell. lib. 18. Ulp. in fragm. diligenter collegit.

TITULUS DECIMUS.  
DE NUPTIIS.

D. Lib. 23. Tit. 2. C. Lib. 5. Tit. 4. Novell. 74.

Ratio ordinis &amp; Argumentum Tituli.

**H**is superiore titulo de nuptiis dici coeptum 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 poena afficiantur, qui adversus præcepta legum coeunt. Ad extremum & alius constituendæ patriæ potestatis modus explicatur, quem legitimationem aunc vulgo appellamus.

## TEXTUS.

Qui possunt nuptias contrahere.

Justas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coeunt, masculi quidem puberes; femina 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 quaesitum est, an furiosi filia nubere, aut furiosi filius uxorem ducere possit. Quumque super filio variabatur, nostra processit decisio, qua permissum est ad exemplum

filia furiosi, filium quoque furiosi posse & sine patris interventu matrimonium sibi copulare, secundum datum ex nostra constitutione modum.

## NOTA.

Fœmina viri potentes] Masura viro, diegim Theophilus, avlegis dnuhraj. Fœminæ post annos duodecim virum pati posse creduntur, l. 4. Di hoc tit. l. 10. D. de cond. & dem. l. pen. quand. dies leg. quippe quæ ætate fœminarum incipit purgatio, teste Macrobo. 4. loco. Cur in fœminis citius vis generationis incipiat, quam in maribus, vid. Arist. 4. de gen. anim. c. 6. Macrobo. 7. Saturn. 7.

Consensum parentum] Nuptiæ consistens non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt, l. 2. D. hoc tit. l. 12. C. eod. consensum tamen non impedit obsequium reverentiæ paternæ debitum, l. 22. D. eod.

Et civilis] Scilicet patriæ potestas, in filios. accedit & hæc, ne cui invito suus hæres agnascatur, §. 7. inf. tit. seq.

Et naturalis] Reverentia & obsequium naturæ lege parentibus omnibus debitum, l. 2. D. de just. & jur. quo tamen contempto nuptiæ non essent irritæ, nisi lex civilis adderet divinis divinis. l. 11. D. de stat. hom. l. 22. C. hoc tit.

Præcedere] Jussus, id est, voluntas sive consensus parentis præcedere debet, l. 25. §. 4. de acq. hered. coque non sufficit hic ratihabitio. Per. l. 13. §. 6. ad. leg. Jul. de adult. l. 11. D. de stat. hom. l. 6. C. hoc tit. Sufficit autem vel tacitus consensus præcedens aut concomitans, l. 5. C. eod.

ad. l. 7. §. 1. *D. de sponsal.* non enim velle debet pater, sed non nolle, id est, *avareiv.*

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

## COMMENTARIUS.

1. *Quid in hoc argumento vocabulum iustus significet.*
2. *De aetate coeuntium.*
3. *De eorum consensu.*
4. *De consensu parentum & quorum adhibendo.*
5. *An iure divino irrita sint conjugia sine parentum consensu inita, & quid iure canonico.*
6. *Ratificationem patris non efficere, ut retro nuptia absque consensu vjuz contracta legitima fiant.*
7. *Quid circa consensum parentum ab Ordinibus hujus provinciae constitutum.*

**I] Ustus**] Iusti variz sunt pro adjuncto significationes. Hoc loco iustus idem significat, quod *το σπουδων*, legitimum: & iustz dicuntur nuptiz, quz secundum jura civitatis Romanz inter puberes cives contrahuntur: eodem sensu, quo iustum matrimonium in l. un. unde *vir. & uxor.* l. 13. *de his quib. ut indign.* Sic iusti liberi dicuntur legitimi ad differentiam naturalium duntaxat & vulgo quzritorum, l. 5. §. pen. l. 11. l. 12. *de stat. hom.* iustus pater ad differentiam naturalis, l. *lege Julia.* 44. §. 3. *hoc. tit.* iusta uxor. l. *si senatori.* 31. *cod. quz legitima in l. 4. cod.* In genere autem iustz nuptiz habentz, quz secundum cujusque populi instituta contrahuntur.

**Cives Romani**] Igitur cum servis, Latinis, peregrinis, deportatis conubium non est, *Ulpian. fragm. tit. 5. l. 3. C. de inc. nupt.* *Cic. in Top.* Atque hinc responsum est, si quis rogatus hereditatem restituere, sine liberis decessisset, isque deportatus in insula liberos sustulisset, conditionem non defecisse, l. *ex facto.* 17. §. *ex facto.* 5. *ad sen. Trib.* Quamvis matrimonium semel contractum non solvatur deportatione vel aquz & ignis interdictione. l. 5. §. 1. *ff. de bon. dam. l. res uxoris.* 24. *vers. sin. autem.* *C. de don. int. vir. & ux.* 22. c. 8. dummodo & vir mariti affectionem, & mulier animum uxoris retineat. d. l. 5. §. 1. l. 1. *Cod. de repud.*

**Masculi quidem puberes**] Romani ea demum aetate civibus suis matrimonium permiserunt, quz natura apta esse creditur ad generandum; maribus post annum decimum quartum, quo tempore ipsam aetatem necessitate pubescere, & vim generationis moveri incipere scribit *Macrob. in Somn. Scipion.* 6. & *Aristot.* 7. *pol.* 17. exurgere *τ αυουριας ορετην* foeminis autem biennio maturius, quia post annum duodecimum virum pati posse creduntur, l. 4. *hoc. tit.* l. 10. *de cond. & dem.* cujus diversitatis siquis rationem quzrat, adeat *Aristot.* 4. *de gen. anim.* c. 6. *Macrob.* 7. *Satur.* 7. Ab hac autem determinatione legitimiz & matrimonio contrahendo idonez aetatis longz recedit *Plato qui 4. & 6. de legib.* tricesimum annum masculis pzscribit, longius etiam *Aristot.* 7. *pol.* 16. qui eos demum conjungi vult circa annum 36. foeminas autem anno 18. Juris Pontificii auctores pubertatem metiuntur ex potentia coeundi, non ex numero annorum. c. 3. §. *fin. de despons. impub.* Nos autem sequimur definitionem juris civilis, quz et si non in omnes, in plerosque tamen quadrat, & medicorum

etiam ac physicorum auctoritate fulcitur. Raro tamen hac aetate apud nos, pzsertim masculi, matrimonio junguntur, in sponsalibus aetas definita non est: quapropter & a primordio aetatis sponsalia effici possunt, modo utraque persona sit infante major, l. *in sponsalibus.* 14. *de sponsal.*

**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 sponsal.* Primum nuptiz sine consensu coeuntium non consistunt, sicut nec alius ullus contractus sine consensu intelligi potest, l. 1. §. 3. *de pact.* Quid ergo, si error intervenit? Distinguendum est: nam si talis sit error, qui consensum impedit, puta, si quis erret in persona, putans Titiam esse, cum qua contrahit, cum sit Sempronia, hic error matrimonium vitiat, *arg. l. si per errorem.* 15. *de jurid.* l. 9. *de contr. empt.* Nam quod *Jacobus Liam* pro *Rachele* suppositam retinuit, in eo non est usus summo jure, c. *quod autem.* c. 29. q. 1. *Lombard.* 4. *dist.* 30. & *ibi. Scot. Beza tract. de repud. & divorc.* Idem dicendum est, si erretur circa qualitatem essentialiam, veluti circa potentiam generandi, aut necessitudinem, puta si ignorabatur esse amita aut soror, cum qua contractum est. At si circa accidentalium tantum erratum sit, verbi causa, si pauper est, quz dives dicebatur, si capitosa, quz morigera, si blebeia, quz nobilis credebatur, &c. quoniam haec vel adesse vel abesse possunt salvo matrimonio, & hic in re ipsa iustus consensus est, ratum erit matrimonium, d. c. *quod autem.* in *fin. Covarr. de matrim.* p. 2. cap. 3. §. 6. n. 2. *Beza d. tract. de repud.* Illud autem, quod *Innocentius Tertius* respondit, c. *sua nos. n. de sponsal.* si quis ut honestam mulierem ad turpia pelliceret, falsum nomen ementitus eam his verbis desponset, *Ioannes 10 de sponsal.*: & mulier hoc dolo imprudens illecta cum in illum tanquam sponsum consensisset, ei copiam sui fecit, si ille testetur, nunquam sibi animum fuisse illam ducendi, ista verò petat fidem sibi datam pzstari non debere ex eo facto conjugium judicari &c. ut iniquissimum bene refellit *D. Beza d. tract.* nacta tamen est tam iniqua sententia, suos defensores & inter alios *Hunnium ad Inst. lib. 1. tr. 3. qu. 11. add. Covar. de matr.* p. 2. c. 2. n. 5. *Sanches tract. de matrim. lib. 1. disp. 9. & seqq.* Quid si quis vitiatam ab alio duxerit, quam virginem esse putabat? Et si quidem copula nondum secuta sit, repudium ex ea causa facile admiserim: at secuta corporum conjunctione & matrimonio planè consummato, vix est ut divortium ob hanc causam concedendum existimem; quia hic nec in persona erratum est, nec in matrimonii qualitate aliqua essentiali, sed accidentali duntaxat; cum utique ut matrimonium consistat, non sit necesse eam, quz ducitur virginem esse. Et hac sententia etiam jure Canonico comprobatur c. 25. n. *de jurep.* c. 1. c. 29. q. 1. Dissentit tamen *D. Bez. tract. de Repud. Melancht. de conjug. c. de errore.* quos secutus est *D. J. Christen. de spons. diff. 2. q. 8.* Non est nostri instituti singula, quz pro & contra afferri solent, excutere. *vid. Wesemb. par. de nupt. n. 8. Scip. Gont. de nup. c. 13. Bronch. cent. 3. aff. 3. Bachov. ad Treutl. disp. de nupt. thes. 6. lit. E.* Consensus in hoc contractu etiam planè

planè liber esse debet. *l. non cogitur. 21. hoc tit. l. Titia. 134. de verb. oblig. l. mac filium. 12. l. neque. 14. C. hoc tit.* ideoque matrimonium per vim aut jústum metum íntum ipso quoque jure nullum est, *d. l. 14. cap. significavit, x. de eo, qui dux. in matr. c. 14. & seq. x. de sponsal. Covar. d. part. 2. cap. 3. n. 5. Alb. Gentil. 3. de nupt. 9. Bez. d. tract. de repud. Christin vol. 1. decis. 335.* Planè metus reverentialis sive obsequium reverentiae paternae debitum, à quo absunt verbera, vincula, minae, matrimonium non impedit, uti nec consensum, *l. si patre. 22. hoc tit. l. 7. l. 12. de sponsal. Covar. d. c. 3. §. 6. num. 3. Alb. Gentil. d. lib. 3. cap. 11.* quod tamen examinat *D. Beza d. tract.* Qui in potestate parentis est, etiam illius consensum adhibere debet, *hoc text. & l. 2. eod.* 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 haeres agnascatur, §. sed si quis. tit. seq. quae ratio cum in nepte nubente cessat, cessat etiam decisio, d. l. 16. §. 1.* Casus qui proponitur in *l. 3. eod.* specialis est. Quid ergò, 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 causam cognitam coget in matrimonium consentire & dotem dare, *l. capite. 19. hoc tit.* Ait disertè, *quorum in potestate.* Unde intelligimus, nec matris consensum in liberorum nuptiis necessarium esse, nec patris in emancipatorum. Et de filio quidem emancipato hoc expresse scriptum est in *l. filius. 25. hoc tit.* In filia verò emancipata id secus videri potest, per *l. vidua. 18. l. in conjunctione. 20. C. eod.* 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? Sanè & 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 liberet, despondere posset, cujus rei exempla nonnulla apud Comicos & Historicos habemus; neque filiae à patre dissentienti 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 viginti quinque 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 sententiae repugnet, filiae potius, quam patris voluntatem judex sequi teneatur, *d. l. 18. C. eod.* Ex quo loco utique hoc colligitur, arbitrium emancipatae non fuisse planè liberum.

Et civilis & naturalis ratio] Suadet id ratio naturalis: nam procul dubio contra officium filius facit & graviter peccat, qui sine consensu parentis nuptias contrahit. Civilis autem ratio efficit, ut etiam hic contractus

sit irritus, quippe cum lex civilis illud naturæ jus armaverit *divines dicitur non esse. §. si adversus. inf. eod. junct. l. 11. de stat. hom.* Jure quoque divino et si forte nuptiae à liberis sine consensu parentum, quorum in potestate sunt, contractæ statim quidem non sunt irritæ, ut disputat *Gros. lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 5. num. 10.* tamen parentes eas improbare & irritas facere posse nullus dubito. Patet hoc primum ex loc. *Exod. 22. v. 17.* ubi patris arbitrio permittitur, filiam, quantumvis stupratam, viro denegare, nedum virginem: atqui illic agitur de quavis seductione ad concubitum: insulsum vero esset dicere, nullam puellam ad concubitum sollicitatam verbis temporis præsentis de matrimonio. Præterea stuprata postea matrimonium inire posset: at patri illic permittitur eam denegare stupratori. Secundo hujus rei evidentissimum argumentum est, quod *Deut. 7. v. 3.* parentibus potestas datur elocandi liberos, iisque conjuges comparandi. Quod si enim matrimonium à contrahentibus totum dependeret, his potius, quam parentibus, Deus mandata illa de matrimonio dedisset. Eodem facit & Israelitarum adversus Benjamitas jusjurandum, *Jud. c. ult. & Paulus agens de virgine vel elocanda vel asseranda, quod hic jus patris in liberos esse voluerit, manifestè ostendit, 1. Cor. 7.* Denique huc etiam facit, quod promissio Deo facta parentum arbitrio irrita sit. *Num. 30.* Tanto enim magis irrita esse debet promissio homini facta cum læsione juris paterni. Pendet ergo promissio inter virum & uxorem ab arbitrio parentum, atque irrita fieri potest. Quod vero *d. loc. vers. ult.* dicitur *in puellari aetate*, id additum tantummodo, ne ad viduam extendatur in domum patris reversam. Sanè subjectionem, non ætatem respici, liquet è *vers. 8.* ubi similiter vota rescindendi potestas in uxorem marito datur, cujuscunque sit ætatis, modo ei subjiciatur. Atque ita etiam suum parentibus in liberos jus integrum manet, quamdiu sunt in eorum potestate. Si quaeratur exemplum: Isaac de consensu & voluntate patris Rebecam & non nisi è manu Bethuelis petit & accipit. *Genes. 24.* Jacobus jussu patris à Labane suas uxores sumit. *Gen. 27 & 28.* Samson quoque licet amore peregrinæ inflammatus, parentum tamen consensum requirit. *Jud. 14 & c.* Nullam igitur synodus Tridentina causam habuit anathemate damnandi eos, qui consent nuptias à filiis sine consensu parentum contractas irritas esse, aut parentes eas ratas irritative facere posse. vid. *Bez. tract. de repud. & divorti. Pet. Martyrem in resol. quarta questionis, Zanchium de operib. Dei p. 3. c. 1. de iis qui contrah. infc. & invit. parentib. Bucan. loc. de conjug. q. 18.* Postremo decreta Pontificum hac in parte cum jure civili & divino convenire videntur, *c. aliter. c. nostrates. c. 30. q. 5. c. non omnis. c. honorantur. c. mulier. c. fin. c. 32. q. 3.* uti & *Cujac. ad rubr. de sponsal. Duar. c. 2. de nupt. ad tit. sol. matr. Coraf. 1. misc. 17. Oldend. class. 4. act. 26. Alber. Gentil. 4. de nupt. 4. Bronch. 3. aff. 1.* consent. quamquam aliud visum *Covar. de matr. p. 2. c. 3. §. 8. Tulden. comm. hoc tit. c. 5. Perez. ad tit. C. de nupt. num. 16.* qui cum *Gloss. in cap. sufficiat. 27. q. 2.* & aliis, contendunt, non nisi honestatis gratia jure pontificio consensum paternum desiderari, liberosque conscientiae vinculo duntaxat obstrictos ad parentum consensum adhibendum, quos cum ipsa distinctione inter honestatem & necessitatem bene refellit *Lamb. Goris adv. jur. 3. tract. c. 10.*

8. *Ut jussus patris praevalere debeat* ] Jussus, id est, consensus aut potius assensus parentis in nuptiis filiorum. adeo necessarius est, ut etiam praecedere debeat, neque ratihabitione patris retro legitima fiat, nimirum cum ratihabitione in iis tantum locum habeat, quae non statim ipso jure nulla sunt, sed aliquo modo consistunt aut pendunt, *Dec. ad l. semper. 60. de reg. jur. num. 16.* non potest ea nuptias filii sine consensu patris contractas legitimas retro efficere: sed ex eo demum tempore iustae 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 libere et concubina suscepti, matrimonio cum ea postea contracto, legitimi fiant, §. ult. inf. ord. Nam veteribus omnis legitimatio incognita fuit, & quod de natis ex concubinato, consortio jure civili permissio, postea constitutum est, non debet extendi ad eos, qui nati sunt ex conjunctione vetita & pro stupro habita. Quid ergo est, quod iustitiae in *l. ult. C. ad SC. Mac. praecipit*, ut omnis ratihabitione retro operetur? Nempe Imp. illic non tam causas, in quibus locum habeat ratihabitione, quam naturam atque effectum ejus designat. Hodie tamen dicendum videtur, patris consensum postea accedentem etiam retro operari, cum nunc concubinatus nullam praeter alia illa conjunctione prerogativam habeat, & aequè improbatum sit. Et hoc usu apud nos servari asserunt, qui remissionem tractant, licet constitutio Carolina 4. *Octob. 1540.* cui nihil derogatum vult *art. 13. ordin. polit.* tales nuptias ratihabitione retro confirmari vetare videatur. Loquitur illa constitutio de maribus minoribus 25 annis & foeminis minoribus 20 annis sine parentum consensu matrimonium contrahentibus: & hoc tantum cavet, ne quid lucri hoc casu alter ab altero quacunque ex causa capiat, etiam si postea parentum accedat assensus. Enimvero non praecise requirimus, ut pater expresse consentiat, sed ut ne contradicat, aut dissentiat, gnarus eorum, quae 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 pater. 22. hoc tit.* Itaque jussus hic tantum opponitur ratihabitioni.

*Super filio* ] Cur magis super filio? Nempe filius uxorem ducebat in domum patris: eique liberos gignebat, aliquando suos haeredes futuros ayo paterno. Ratio autem juris civilis non patitur, ut alicui invito aut ignoranti, cui similis est furiosus, suus haeres obrudatur, §. *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 praesentibus curatore & propinquis de nuptiis statuatur auctoritate magistratus vel episcopi, *l. tam dementis. 28. 7 C. de episc. aud. l. si furiosi. 25. C. hoc tit.* Apud nos quamvis singularis illa Romanorum in liberos potestas non agnoscutur; tamen quia voluntati ac mandato Dei, adeoque ipsi aequitati naturali conveniens est, ut de consensu parentum filius uxorem ducat, & filia nubat: atque ut, quod ad omnes ex aequo pertinet, imposturis & clandestinis nuptiis occurratur, lege cautum est, ut qui matrimonium contrahere volunt, adeant civitatis suae, aut loci in quo domicilium habent magistratum, aut ecclesiae ministrum, atque ab iis petant, ut hic contractus

trinundino in ecclesia aut pro curia promulgetur. Filii, nam minores 25 annis, filiae minores 20 vetantur recipi, nisi de consensu parentum aut parentis superstitis doceant. Quod si hac aetate majores sint, parentes vocati si non venerint intra 14 dies, consensisse intelliguntur: si venerint & rationem afferant, causa cognita statuitur, *art. 3. ord. pol.* Aliter contracta matrimonia pro injustis & nullis habeantur, *art. 13.*

T E X T U S.

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

1. *Ergo non omnes nobis uxores ducere licet: nam a quarundam nuptiis abstinendum est: inter eas enim personas, quae parentum liberorumve locum inter se obtinent, contrahi nuptia non possunt: veluti inter patrem & filiam, vel avum & nepotem, vel matrem & filium, vel aviam & nepotem, & usque in infinitum: Et si tales persona inter se coierint, nefarias atque incestas nuptias contraxisse dicuntur. Et haec adeo vera sunt, ut quamvis per adoptionem parentum liberorumve loco sibi esse coeperint, non possunt inter se matrimonio jungi, in tantum, ut etiam dissoluta adoptione idem juris maneat. Itaque eam, quae tibi per adoptionem filia vel neptis esse coeperit, non poteris uxorem ducere, quamvis eam emancipaveris.*

N O T A.

1. *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. D. hoc tit.*

*In infinitum* ] Et ita cape *vers. 6. & 8. e. 18. Levit.* *Nefarias atque incestas* ] In summo scilicet gradu. Nam in his tanta est turpitudine & foeditas, ut natura omnes à tali conjunctione abhorreat. Et hoc est incestum, quod jure gentium committi scribit Paul. *l. ult. D. hoc tit.* nec eo minus jus, quia à Persis contemptum, ut rectè Xenoph. 4. *memorab. add. Philon. in decal. lib. 1. Catech. 8.* & aliae nuptiae, quae ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestae dicuntur, *l. 39. §. 1. l. 95. D. hoc tit. l. 5. de quest. l. ult. C. de incest. nupt.* De nomine hoc vid. Non. Isidor. Fest.

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

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.*

E X iis, quae haecenus dicta sunt, intelligimus quatuor haec concurrere debere, ut iustae habeantur nuptiae, ut qui contrahunt, sint cives Romani, quales apud nos omnes habentur; ut sint puberes; ut consentiant, ut si sint filiam, consensum adhibeant parentum.



quorum in potestate sunt: quibus & quintum addi potest ex jure harum regionum & pia consuetudine, solennis illa post trinam promulgationem in ecclesia nuptiarum benedictio. Hæc, inquam, si intervenerint, nuptiæ jure esse censentur, si modo inter eas personas contractæ sint, inter quas nuptiæ consistere possunt. Nam etiam quædam personæ jure prohibentur inter se nuptias contrahere. Ut autem prohibeantur, ferè fit ob turpitudinem conjunctionis: quæ turpitudinem vel est à cognatione contrahentium; vel ab affinitate. Cognatio triplex est; merè naturalis; merè civilis; & mixta. Naturalis tantum est, quæ illegitimo coitu contrahitur: civilis duntaxat, quæ per adoptionem constituitur: mixta est inter eos, qui ex justo matrimonio procreati sunt, utroque videlicet jure concurrente, *d. 4. §. 2. de grad. & aff. ju.* Speciem cognationis, quam auctores juris pontificii spirituales vocant, & esse volunt inter susceptorem & susceptam ex sacro Baptismate, *x. de cognat. spirit. Covar. de matr. p. 2. c. 6. §. 4.* consuetudo omisit: talem enim nos nullam, quæ quidem matrimonium, ut incestuosum impediatur, agnoscamus: quamvis non ignoremus, Justinianum, ut fuit Princeps usque ad superstitionem religiosus, de hac quoque specie legem condidisse, *l. si quis. 26. circa fin. C. hoc tit.* quæ vetustiorum auctorem non habet. Postea vero Pontifices Romani in sua, & Græci in orientali ecclesia hanc prohibitionem extenderunt usque ad septimum gradum, quasi major esset cognatio spiritualis necessitudine carnali, juxta dictum Synodi in Tryllo. Extat de ea *re lib. 4. decretal. tit. 11. & lib. 3. jur. orient.* Item *caus. 30.* per aliquot questiones. In Concilio autem Tridentino, cum varietate de hac prohibitionem 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. c. 2. sess. 24.* Reformatæ vero ecclesiæ totam hanc prohibitionem, tanquam natam ex superstitionis commento, summoverunt, ne sine causa conscientie illaquearentur. vid. *Bezan tract. de repud. & divor. Zanch. de oper. Dei. lib. 4. c. 1.* Pura naturalis cognatio eandem prohibitionem habet quam mixta, *l. 14. §. 2. l. & nihil interest. 54. hoc tit.* Itaque quæcumque de hac statuuntur, etiam ad illam pertinere existimandum est.

*Parentum liberorumque locum*] *l. nomini. C. hoc tit.* Commodius dixisset, inter parentes & liberos: nam & patri & avunculi etiam parentum locum obtinent, *l. fororis. 29. hoc tit.* Theoph. *in tit. de libris & cognatione.*

2. *Nefarias atque incestus*] In summo scilicet gradu. Nam in his tanta est turpitudinem & forditas, ut naturæ 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 plene tragediæ, & illæ fictæ apud Inferos poenæ. *Homer. 11. Odyss.*

*Antiqui d' Oedipi duo idem ux. & filii E' avunculi.*

Hinc Nero magis ob incestum, quam ob reliqua facinorosa detestabilis. De Parthis sic Lucanus;

— Cui fas implere parentem,

Quid non esse nefas?

Adde Philonem *Jud. in decal. lib. 7.* Ceterum & alie

nuptiæ, quæ ratione cognationis aut affinitatis prohibentur, incestus, hoc est, incestus & pollutus (si *Isidoro lib. 5. c. 26.* credimus) dicuntur, *d. l. fororis. §. 1. l. etiam si. 56. cod. tit. C. de incest. nups.* An autem & illæ naturæ legi & honestati similiter repugnent, postea disputabimus. Earum certè de quibus nunc agimus, naturalis prohibitio est. Quippe inrita est in ipsis affectibus fuga quædam commixtionis cum parentibus & ex se natis: à qua etiam quædam animantia muta naturaliter abhorrent, à nonnullis proditum est. *Sæcca Hippol.*

*Fora quoque ipsa Venereis evitant nefas,*

*Generisque leges infans servas pudor.*

Affertur & alia prohibitionis, eaque non parvi ponderatio, confusio communis cognationum normæ: quæ & ipsa naturæ legi atque ordini vehementer repugnat, & necessario conloquitur istam sanguinis inter parentes & liberos commixtionem. Horrore ad illud Oedipi apud Senecam *Theoid. act. 1.*

*Avi gener, patrisque rivalis fui,*

*Frater suorum liberum, & fratrum parens*

*Uno avia partu libero, proprio viro*

*Ac sibi nepos. Monstra quis tanta explicet?*

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

— *Perfa natura est viro,*

*Avæ parentem, (pro nefas) patris virum,*

*Natis nepos, nulli dico.*

*Quamvis per adoptionem*] Respectu quoque cognationis merè civilis inter parentes & liberos nuptiæ prohibentur, nefasque esse existimatur eam uxorem ducere, quæ per adoptionem filia nuptivæ esse coeperit, in tantum, ut etiam per emancipationem adoptio dissoluta sit, idem juris maneat; *l. qui etiam. 55. hoc tit.* Neque id mirum videri debet, quantumvis omnia adoptionis jura per emancipationem solvantur, *l. in omni. 19. de adop.* Nam in nuptiis semper etiam pudoris & reverentia ratio habetur, *l. adoptivus. 14. §. 2. hoc tit.* Patris autem persona tam sancta & reverenda filia esse debet, ut ad impediendas nuptias sufficiat aliquando patrem fuisse. Eadem ferè ratione nec matrem patris adoptivi uxorem ducere possum; nempe non propter civilem aliquam necessitudinem, quæ nulla inter nos est, *l. qui in adoptionem. 23. de adop.* sed propter reverentiam, quam matri patris adoptivi propter patrem debeo, quam dñi in familia ejus sum, & tetrum esset, me patris mei, licet adoptivi, fieri vitricum. Planè si per emancipationem soluta fuerit adoptio, nihil impedimento est, quominus eam uxorem ducere liceat: quoniam illa nunquam mihi avix loco fuit, sed extranea semper, *d. l. 23. de adop. junct. d. l. 55. hoc tit.* At enim, inquires, nec patris adoptivi uxor matris loco est; *d. l. 23.* eam tamen ducere non licet, nequidem post emancipationem, *d. l. 14. pr. hoc tit.* Sed nimirum sufficiat eam aliquando novercæ loco fuisse, *d. l. 24.*

## T E X T U S.

### De fratribus & sororibus.

2. *Inter eas quoque personas, quæ ex transversò gradu cognationis junguntur, est quædam similis observatio, sed non tanta. Sanè enim inter fratrem sororemque nuptiæ prohibita sunt, sive ab eodem*



Item patre eademque matre nati fuerint, sive ab altero eorum. Sed si qua per adoptionem soror tibi esse caperit, quamdiu quidem constat adoptio, sane inter te & eam nuptia consistere non possunt, quum verò 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 filium suam emancipare: & si quis velit nurum adoptare, debere eum antea filium suum emancipare.

N O T A.

2. Sive ab altero eorum ] Convenit d. c. 18. Levit. 9. 11. Athenis tamen consanguineam ducere licebat, id est sororem *σφραγισμένην*, non autem *σφραγισμένην*. Fabrot. ex Philon. Sed hoc vulgo quaesitam sororem ducere licet, l. 54. D. de test.

Quamdiu constat adoptio ] Ex Cajo, l. 17. D. hoc tit. Paulus apud Ruffin. adoptionem cognatio impedit nuptias inter parentes & liberos omnimodo, inter fratres castrenses, quatenus capitis mutatio non intervenit.

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

1. Ostenditur formis rationibus, legem divinam de non ducendis fororibus moralem esse & perpetuam juris.

**E**X transverso gradu ] Linea in qua gradus cognationis ponatur, vel directa est & perpendicularis, vel transversa. Directa est vel ascendens, in qua sunt parentes; vel descendens, in qua sunt liberi. Transversa eos comprehenditur, qui ex latere veniunt: estque vel equalis, eorum videlicet, qui pari gradu distant à communi parente, ut fratres & sorores, consobrinae, patruelis: vel inaequalis, cum alter altero à communi parente est remotior, ut patruus, avunculus, & fratris & sororis filii filiae. In linea directa, ut jam dictum est, prohibitio est infinita: in transversa non item, quo nunc se conferat Imp.

Inter fratrem & sororem ] In linea transversa equali unus tantum gradus iure civili prohibitionem habet nimirum fratrum & sororum nuptiarum, *l. nemi. C. hoc tit.* quas etiam à Deo interdictas non uno loco reperimus; Levit. 18. 9. & 20. 17. Dent. 27. 22. Quid ergo? an haec interdictio sive lex de non ducendis fororibus & ipsa moralis est, perpetuamque, & naturalem causam prohibitionis continet? Moralem esse & naturalem non dubito.

Moveor, quod Deus ita per Moysen pronuntiat; Qui acciperit sororem suam, nefarium rem operatus est, & in conspectu populi occidetur. Levit. 20. 17. & Dent. 27. 22. *Μαλοδίκτος*, inquit, *ομνισ*, qui dormit cum sorore sua. Adeoque ex abominationibus, propter quas Canaanos Dominus extirpavit, haec una fuit, Levit. 18. circa fin. qui tamen non aliam legem, quam naturae habuerunt. Plato quoque lib. 8. de legib. fratrum & sororum conjugia ait esse *μυθικὴν ἴσιν καὶ θυμικὴν, καὶ ἀνεπιεικῆ*. Hinc esse quod in tragicodiis Macarei, cognito se cum fororibus rem habuisse, continuo mortem sibi consciscant, sceleris poenas à se ipsis repetentes, & Cicero lib. 1. de divinis commixtionem fratris & sororis nefarium stuprum

appellat. Lucianus in *Philop. ἀνδρομίδου πύλοισι*. Quis vero hoc eos docuit: Sola natura, quippe quae omnes docet, forori suae misceri nefas esse, dum appetitum conjunctionis inter fratrem & sororem cadere non sinit. Quis est enim, qui sororis suae, quantumvis formosae, nuptias aut stuprum appetat? Non Platonem modo, sed experientiam provooco. Tam à me, inquit ille apud Plaut. *Curcul 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. 12. & 20. 12.* Denique non tantum Romani, sed etiam alii populi, & omnis pene Graecia. Auctore *Alex. ab Alex. 1. genial. dior. 24.* nefandum putaverunt iisdem parentibus genitos invicem incestis nuptiis detineri. Neque vero ideo minus hoc nefas est, quia Aegyptii & nonnulli alii populi id licere voluerant, suorum nimirum Numinum exemplo, cum Saturnus Opia, Jupiter Junonem, Osiris Isia duxerit: & quid ni hoc facerent, apud quos non solum philadelphia; verum etiam philometores fuerunt. Objici solet dictum Thamaræ ad Amnonem fratrem consanguineum, *Alloquens Regem; non enim denegabis me tibi. 2 Sam. 13.* Resp. Sive hoc Thamaræ sciens commenta est, ut se praesenti periculo eriperet, sive revera credidit, hoc quoque patri Regi licere, inde colligi non debet, aut Davidem id concessurum fuisse, aut rectè facturum, si concessisset. Huiusmodi alicujus momenti est, quod hic nobis objici potest, & verum esse constat ex sacra historia, oportuisse nimirum à primis illis hominibus forores duci, cum aliae mulieres non extarent. Respondent Theologi, id fuisse necessitatis & tacitae divinae dispensationis. Nam cum juberet Dominus propagari genus humanum, nec plures simul foeminas 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 c. 16. *quanto est antiquius compollente necessitate* (intellige necessitate ex illius temporis circumstantia,) *tanto postea factum est damnablem, religione,* (id est, naturali averfatione) *prohibens.* Afferit ibidem Augustinus etiam nonnullas alias causas, ob quas fratres & sorores conjugii non debeant, ut necessitudo inter plures diffundatur, serpatque & propagetur civium inter se charitas, quam sic extendi etiam Cicero docet. *5. de finib.* item ut evitetur illa cognationis & affinitatis confusio, quae fratrum & sororum nuptias necessario sequitur. Sed haec rationes tanti ponderis non sunt, ut quod contra fit, naturae illicitum censeri debeat. Consentit in hac quaestione cum nostris Covar. de matr. p. 2. cap. 6. §. 10. num. 15. D. Tuldem. ad hunc tit. cap. 6.

Sive ab altero eorum ] In nuptiis utrum frater sit germanus, an consanguineus vel uterinus duntaxat, nihil interest, Levit. 18. 9. 11. imò nec vulgo quaesitam sororem ducere licet. l. 54. ff. b. t. in successioneibus autem inter utrinque conjunctos successio necessaria habetur, *autb. itaque. C. comm. de success.* ut & olim in eadem causa consanguineorum major ratio, quam uterinorum habebatur: vulgo autem quaesitorum extra successionem matris vix jus ullum.

Quamdiu constat adoptio ] Per adoptionem quaesita fraternitas eo usque impedit nuptias, donec manet adoptio, aut naturalis filius in potestate. At si pater vel me

in potestate refento filiam, quam adoptaverat, emancipavit, vel me emancipato illam in potestate retinuerit, possumus matrimonio jungi, *l. per adoptionem. 17. hoc tit.* quippe vinculo agnationis, quæ sola hæc nuptias impedit, soluto. Nam reverentiæ & honestatis respectus, qui dissoluta adoptione adhuc manet inter patrem quondam & filiam, hic nullus est.

*Antea filiam suam emancipare* ] Alioqui dirimeretur matrimonium, quod inter fratrem & sororem, licet adoptivos, non consistit, ut ex Theophilo D. Hotom. & 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. lib. 8. c. de adopt. γὰρ ὁ νόμος, ἡμεῖς πρὸς ἴδιον γαμβρὸν ἀποφύλαξεν. Theod. Balsam. ad d. l. 67. ff. h. tit.*

## T E X T U S.

## De fratris &amp; sororis filia vel nepte.

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

## N O T A.

3. *Fratris vel sororis filiam* ] Ex *l. 17. D. hoc tit. l. 17. C. eod. l. ult. C. de incest. nupt.* Ulpian. apud *Rufin.* & in *fragm. tit. 5.* scribit permittum esse ducere filiam fratris, non etiam sororis. Hoc Claudius invexerat. *Sueton. in Claud. Tac. 12. ann.* sed postea sublata hæc differentia, *d. l. 17.* Lege quoque divina non obscuræ hæc nuptiæ vetantur hoc ipso, quod prohibemur ducere amitam & materteram, *Lev. 18. vers. 12. & 13.* eadem enim ratio est.

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

*Nuptias cum fratris aut sororis filia, & in universum inter personæ transversa linea, qua parentum & liberorum loco inter se sunt, etiam divinis lege prohibitas, atque hæc quoque legem moralem esse.*

**J**ure civili nuptiæ in linea transversa inæquali prohibiæ sunt inter eas personas, quæ parentum liberorumve numero sunt, *l. per adoptionem. 17. §. 2. l. sororis. 39. hoc tit. l. nemini. C. eod. l. ult. C. de inc. nupt. §. item amitam. inf. eod.* & quidem in infinitum, *l. nuptia 53. hoc tit.* nam graduum numerus hic non magis consideratur, quam in linea recta inter ipsos parentes & liberos. Sed an huic prohibitioni per omnia consentanea sit lex divina, quaeritur. Ego equidem sic sentio, quamvis enim singula apud Moysen non sint expressa: tamen quibusdam

positis, quæ paria sunt, pro expressis habenda: eunt hoc flagitet ipsa ratio, ut de similibus, similiter statuatur; nec in hac prohibitionem tam ad numerum graduum respiciatur quam ad venerationem personarum. Cum igitur Dominus expressè vetat amitæ & materteræ nuptias, *Lev. 18. vers. 12. & 13.* intelligitur etiam veteræ nuptias amitæ magnæ & materteræ magnæ, & deinceps ascendentium: item ἀνεψιοῦ nuptias fratris & sororis filiæ & deinceps ex his descendentium, cum patruo & avunculo, & qui supra hos sunt. Atque hancetiam prohibitionem perpetuam esse & partem legis moralis ex iisdem ferè argumentis vincitur, quibus fratris & sororis nuptias naturæ atque honestati repugnare antea demonstravimus. Unum addam apud Romanos cum nulla adhuc lege nuptiæ cum fratris filia prohibiæ essent, moribus tamen incestus habebantur, *l. sororis. 39. §. 1. l. etiam. 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 adulate, *Sueton. in Claud. c. 26. Tacit. 12. annal.* ac postea senatusconsultum illud à Nerva sublatum est, teste Xiphilino. Sanè brevis hæc lex Nervæ fuit; ut imperium ejus, & nuptiæ cum fratris filia ex edicto Claudii pro licitis iterum haberi coeperunt, nam auctore Capitolino Antoninus Pius filiam suam fratris uxorem dedit, quod antea nondum sublato senatusconsulto & Titum fecisse Suetonius memorat. Ceterum quia senatusconsultum illud sive edictum Claudii cum naturæ honestate pugnare videbatur, strictissimè acceptum fuit de sola fratris filia, non autem de filia sororis, teste *Ulp. tit. 5.* aut quod magis putat jam tempore mediæ jurisprudentiæ vim amiserat: argumento est, quod *Carus* scribit, *l. quia etiam. 55. §. 1. hoc tit.* fas non esset ducere neptem patris adoptivi ex filio: quanto igitur minus neptem veri patris & naturalis, seu veri fratris filiam ducere licuit. Ut ut est, tandem expressè edictum illud abrogatum est, & quæcum à Principibus etiam Diocletiano & Maximiano, *l. nemini. C. hoc tit.* adeo altè à natura leges istæ cordibus humanis inscriptæ sunt, congruit *l. ult. C. de incest. nupt. art. 7. ordin. pol.*

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

*Cujus filiam &c. neque ejus neptem* ] Hæc regula ad hypothesein 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, *§. 599.* Vera autem ratio est, quoniam parentum liberorumque invicem numero sunt: ut hic aliquid spectandum sit quam numerus graduum, *§. item amitam. inf. l. nuptia. 53. eod.*

*Neque naturalis 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.*

## T E X T U S.

## 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, quanquam Canones longius progressi.*
2. *Discrimen dinumerationis graduum inter jus civile & canonicum explicatum.*

**R**edit ad lineam transversam æqualem, in qua dicit eos, qui quarto gradu sunt, conjungi posse; nimirum fratris & sororis liberos: idemque traditur in l. 3. hoc tit. l. celebrandis. C. eod. scilicet quia hic cessat ratio, ob quam prohibeor neptem fratris ducere, quod ego illi parentis, illa mihi filix loco sit. Lege quoque divina, intra cujus fines etiam edicta Ordinum harum provinciarum consistunt, patruelium aut consobrinorum nuptiæ interdictæ non sunt: adeoque si exempla jus faciunt, tantum non expressè conceduntur *Nemo. 36. 11. Augustinus, lib. 15. de civ. Dei.* de conubiis consobrinorum agens, ait, ea nec divinam legem prohibuisse, neque ad sua usque tempora humanam. Prohibuerat has nuptias Theodosius Major, ut scribit Arel. Victor: sed legem patris filii Arcadius & Honorius sustulerunt, revocata prisci juris, ut inquit, auctoritate, d. l. celebrandis. C. hoc tit. Pontifices autem Romani longius progressi sunt, & conjungi vetuerunt non solum consobrinos, sed etiam sobrinos & eorum liberos, quos quarto gradu numerant, cum octavo inter se distent, c. non debet de cons. & aff. Concil. Lateran. c. 50. cujus Concilii auctoritate Innocentius abrogavit priorum Pontificum decreta, qui usque ad septimum gradum nuptias inhibebant, hoc est, eorum, qui jure civili decimo quarto gradu invicem contingunt, c. progeniem. & seq. c. nulli. & seq. 35. q. 2. & 3. Monet hic locus, ut discrimen dinumerationis graduum, quod est inter jus civile & canonicum obiter explicemus: quippe quod ad causas matrimoniales solum pertinet: nam in successione civilis computationem sequuntur etiam in terris Ecclesiæ, teste *Schneid. hic 4. & D. Tulden. ad tit. Instit. de grad. cogn.* Jure civili generata persona gradum adjicit, ut tot eo jure sint gradus, quot sunt generationes, §. hactenus. 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 collateralis primum ascenditur, deinde descenditur. Exempli gratia; ego genitus sum à pat. meo: ecce unum gradum. Idem pater meus genuit Titium fratrem meum: ecce alterum: unde consequitur fratres duobus gradibus inter se distare. Pari ratione si quæras, quot gradibus 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 *inf. de grad. cogn.* Jus autem pontificium aliter gradus dinumerat, c. ad sedem. 35. q. 5. Cujus juris regulæ sunt 1. In linea ascendentium

& descendentium, quot sunt personæ, una dempta, tot sunt gradus: quæ computatio in hac linea à computatione juris civilis in hoc tantum differt, quod Canones personas numerant, jus civile generationes, & rectius. 2. In linea transversa æquali, quot gradus alter distat à communi stipite, totidem utrique inter se distant. Exempli gratia, 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 distat: & nepos fratris mei tertio, quia à patre meo ipse tertius est.

*Conjungi possunt*] Theoph. negativè reddidit. *ὁ δὲ νόμος οὐκ ἔστιν ἰσχυρὸς*, quia sic in Oriente obtinebat. Nam post Justinianum sub Imp. Græcis hæc matrimonia iterum improbata fuerunt. *Harmonop. lib. 4. tit. 6. Atal. tit. 26. Matth. monach. tit. de grad. sept. conjung.*

## TEXTUS.

De amita, matertera, amita magna, matertera magna.

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

## COMMENTARIUS.

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

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

## TEXTUS.

De affinibus, & primum de privigna vel nuru.

6. *Adfinitatis quoque veneratione à quarundam nuptiis abstinere necesse est: ut ecce privignam aut nurum ducere non licet: quia utraque filia 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, aliâ 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.*

## NOTA.

6. *Privignam*] Quæ sic dicta, quod genita, antequam mater secundo nuberet. Fest.

*Quia duos uxores*] l. 1. C. de inc. nupt. l. 18. C. ad l. Jul. de adult. Multæ quoque alix gentes virum unice mulieri copularunt. Dion. Halic. lib. 2. Raræ bias in Occidente nuptiæ. De Germanis testatur Tac. Valentinianus permittere voluit. Niceph. Callist. lib. 11. cap. 33. Jul. Poll. in chron. In rep. Christiana tolerari non oportere evincunt, quæ apud Matth. c. 5. & 19. Marc. 10. Luc. 16. Paul. 1 Cor. 7.

## COMMENTARIUS.

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

**H**AECENUS 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 copularunt, & altera ad alterius cognationis fidem accedit, *ei uel iniquitas evsuis, l. 4. §. 3. de grad. & aff. ubi nomina quoque affinium peculiaria recensentur.* Gradus affinitatis proprie nulli sunt, quia affines ab affinibus non generantur, d. l. 4. §. 5. nihil tamen prohibet, quo minus quasi quosdam gradus affinium numeremus: ficenim & Paulus loquitur l. 10. pr. d. sis. dicamulque, quo gradu quispiam est cognatus marito, eo gradu esse affinem uxori & quasi cognatum, & contra. Veteres canones etiam genera affinitatis numerant, eaque tria : ut ecce ; uxoris meæ filius mihi est in primo genere affinitatis ; illius uxor in secundo genere : mortuo privigno meo si illa nubat Titio, hic mihi erit in tertio genere affinitatis ; sic uxoris meæ frater mihi est in primo genere affinitatis ; uxor illius in secundo ; quæ si mortuo marito alteri nubat, is mihi erit affinis in tertio genere. Sed secundum & tertium genus affinitatis temere excogitatum posteriores Pontifices merito abrogarunt : nam qui uxori non sunt consanguinei, non possunt dici marito affines, & contra, ac proinde non prohibeor, verbi causa, uxorem ducere eam, quæ fratri uxoris meæ quondam nupta fuit, *c. non debet. & ibi Gloss. de consang. & aff. Covar. de matrim. p. 2. c. 6. §. 7. n. 6.* Non obstat quod Papinianus respondet in l. 15. hoc sis. uxorem quondam privigni conjugii matrimonio vitrici non oportere : hoc enim non eam rationem habet, quod affines sint ; sed quod honestas & pudor naturalis non patiatur necum matrimonio jungi uxorem ejus, qui mihi aliquando filius fuit propter matrem, quam in matrimonio habui. Similis quædam prohibitio est in l. 14. pr. eod. Nascitur affinitas ex unione viri & uxoris, qui cum matrimonio juncti unum fiant, necesse est vinculo isto etiam utrinque cum iis connecti ipsorum cognatos, eodemque gradu, quo quis cognatus est marito, fieri

uxori affinem & quasi cognatum : & ex contrario, quo gradu quis uxori cognatus est, eodem fieri affinem & quasi consanguineum marito ; exempli gratia : in linea recta quia uxor mea uno gradu distat à patre suo, ab avo duobus, ego quoque à secero uno gradu, à profocero duobus distabo : idemque de cæteris tum ascendentibus tum descendantibus statuendum. In linea transversa, quia maritus à fratre suo duobus gradibus distat, totidem distabit uxor à leviro : quod ipsum quoque dicendum est de gloire, sororio, fratria. Item quia uxor mea à patruo suo vel avunculo tribus gradibus distat, ego quoque à soceri fratre vel sorore totidem gradibus abero ; & sic deinceps. Videamus nunc quinam gradus affinitatis prohibiti, & ane iidem omnes, qui & cognationis.

In linea recta eadem jure civili prohibitio in affinitate, quæ in cognatione. Itaque nec socerum nec socram gener, nec vitricus privignam, nec privignus novercam ducere potest, l. 14. §. ult. hoc sis. l. n. n. C. eod. quod & Justinianus hoc & seq. §. docet, prohibitionis hanc rationem asserens, quod invicem parentum & liberorum loco sunt : cui proinde consequens est, nec inter procerum & pronurum, nec inter vitrici patrem & propriignam, & sic porro, nuptias licitas esse, d. l. 14. §. ult. art. 8. & 9. ordin. pol. Levit. 18. vers. 8. 15. & 17. Atque hæc etiam prohibitionem perpetuam esse & moralem, evincit locus Apostoli 1 ad Cor. 5. ubi tale stuprum ne inter gentes quidem nominari ait, ut quis uxorem patris habeat, & M. Tullius in orat. pro Cluent. cum socrum genero nupsisse narrasset, subdit ; *O molieris scelus incredibile, & præter hanc unam, in omni vita inauditum!* atque in hoc quoque nobis assentiuntur plerique Pontificiorum, Covar. de matrim. p. 2. c. 6. §. 10. n. 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 conjugii, quoniam affinitate inter se sunt facti fratres & sorores, l. 5. l. pen. & ult. C. de inc. nupt. facit d. c. Levit. 18. vers. 16. quo loco cum fratris cum uxore fratris defuncti nuptiæ prohibeantur, prohibita quoque censei debet sororis cum marito sororis suæ conjunctio, ex ratione, quam asserit 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 conjugii naturæ honestas non patitur. Apud nos hæc prohibitio etiam expressa est, art. 10. d. ord. pol. In transversa affinitatis linea inæquali Dominus expressè apud Mosè d. c. vers. 14. vetat conjugii fratris filium cum uxore defuncti patris, cui consequens est : 1. nec sororis filium cum uxore defuncti avunculi conjugii posse ; 2. nec patruum aut avunculum cum uxore filii fratris aut sororis. 3. nec amitam aut materteram cum marito filie fratris aut sororis : de quibus posterioribus speciebus etiam nominatim apud nos cautum est, art. 11. d. ord. pol. Sed an æquè ex consequenti prohiberi intelligi debeant nuptiæ mariti cum amita aut matertera uxoris suæ, aut cum fratris vel sororis uxoris suæ, sive leviri aut gloris filia nonnulli dubitant, propterea quod hæc conjunctio non videtur tam longè recedere ab honestate & verecundia, quam præcedentes illæ. Minus enim, ajunt, verecundum est patruum meum cum ea, quæ mihi aliquando uxor fuit, consuecere, & duos consanguineos cum eadem misceri, quam

quæ illam, qui amicitiam meam in matrimonio habuit, jungi cum sorore mea, & unum successive cum duabus consanguineis. Atque ut patet aliquis, ordini naturæ minus convenire, ut quis ducat & maritali imperio subjiciat amitam aut materteram uxoris suæ, quod istæ illi loco parentum sunt, hanc tamen rationem cessare in filia leviri aut gloriæ. At enim vero 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 eisdem gradus affinitatis prohibitos censeri debere, qui prohibiti sunt in cognatione: & propositionem illam *Levit. 18. 6. Ad proximam sanguinis sui nemo accedat*, etiam ad affines, qui pro consanguineis sunt, pertinere, & tam latè patere, quam latè patet prohibitio inter sanguine junctos. Basilius in epist. ad Diodorum. congruit *art. 8. ordin. pol.* Planè ut non sequè graviter omnes peccant, nec puniendi sunt, qui prohibita 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 verò 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, inquit, si lex de non ducenda fratria *Levit. 18. 16.* perpetuam & naturalem causam prohibitionis habet, qui sit, quod fratria certo casu duci jubeatur? *Deut. 25. 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, quicquid eo continetur, ac proinde prorsus immutabile, alterum, quod æquitatem & justitiam continet in rerum natura sola Dei voluntate impressam, ut à creatura naturæ ductu approbaretur, ac posterius hoc jus uti à legislatoris voluntate dependet, ita & per eam aliquando ex causa peculiari mutari: sic quamvis jus naturæ vetet suam cuiquam auferre Deum tamen de isto jure dispensasse, *Exod. 12. v. 35. 36.* quum Israëlitis mandaret, ut Egyptiis sua auferrent. Atque ita etiam fortè 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 nunquam intermoriturâ significaretur. *Augustin. quæst. 61. in Levit.* Cæterum nemo hominum hic quicquam sibi vindicare potest. Igitur, ut tandem concludamus, dicimus, leges omnes de conjugis à Deo per Moïsem Israëlitis datæ morales & æternas esse, atque haud secus constringere omnium vitam, quam ipsa Decalogi præcepta, cum *Ant. Contio 2. subsec. Beza de repud. & divort. Zanchio lib. 4. de opor. Dei c. 1. thes. 7. Bucyn. loc. de conjug. quæst. 22.* In qua sententia etiam Innocentius Tertius fuit, ut apparet ex *c. literar. de rusis. spal. multique è Pontificiis, adeoque doctissimi scholasticorum, qui proinde etiam aperte docuerunt, nec ipsum Pontificem Romanum dispensare posse, ut matrimo-*

nium contrahatur in aliquo ex gradibus prohibitis, *d. c. 18. Levit.* Prolixum horum Catalogum habet Sanches *de matrim. lib. 7. disp. 52. n. 7.* Apud veteres Romanos, ut hoc quoque obiter dicam, non videtur transversa affinitatis linea prohibitionem habuisse: idque exemplo doceri potest, quod asserunt M. Tullius *lib. 1. de divin. & Val. Maximus lib. 1. c. 5.* de Metello, qui mortua uxore Cæcilia filiam sororis Cæcilie in matrimonium duxit: quod tamen neuter eorum ut novum refert. Quamvis autem D. Beza 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 patrum aut avunculi ducere voluissent: tamen ego crediderim, apud Romanos jura affinitatis morte unius è conjugibus pro extinctis habita fuisse: utique si liberi ex eo matrimonio non superessent. Nam apud Plutarchum legitur, Marcum illum Crassum cognomento Divitem defuncti fratris viduam duxisse: neque hoc tanquam novum aut præter morem factum auctor commemorat. Nimirum ut nuptiis contrahatur affinitas, ita solutis nuptiis eam dissolvi voluerunt, salva tamen reverentia ex affinitate nata inter eas personas, quæ parentum, & liberorum loco fuerant, *arg. hujus & seq. §.* adeoque eadem ferè 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 defuncto in superstito affinitatem non deleri.*

*Quia utraque filia loco*] Regula juris civilis est, eos qui in numero parentum aut liberorum sunt, conjungi matrimonio non posse, *l. nuptia. §. 3. hoc tit.* cui regulæ locus est non tantum in cognatione, sed etiam in affinitate, *l. 14. §. ult. eod.* & quamvis jure civili, ut supra diximus, id tantum obtinuisse videatur in recta affinitatis linea, ob reverentiam ejusdem honestatis respectum, qui cesset in iis, qui ex transverso gradu invicem affines sunt: tamen & alias esse hujus prohibitionis causas, & quidem maximi momenti, eisdemque gradus affinitatis jure divino prohiberi qui & cognationis, paulo ante docuimus, *dist. Levit. 18. vers. 15. & 17. & 1. ad Corinth. 5.*

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

*Admodum duobus nupta*] Unam apud plures nuptam esse, è diametro pugnat cum recta ratione, quia (ut alia omit- tam, quæ dicta scdâ) officit procreationali liberorum, qui

qui principalis matrimonii finis est. Neque apud ullam gentem licitum unquam fuisse legimus, ut una mulier duobus aut pluribus viris nubere. Tertull. adversus Marc. *manente matrimonio nubere adulterium est.*

*Duas uxores eodem tempore*] Duas aut plures uxores apud unum nuptas esse, multi putant non pugnare cum naturali ratione, cum apud pleraque gentes id licitum fuisse legamus; adeoque ipse Deus hanc polygamiae speciem populo suo permisit. Sed non deest quod reponatur, vide quae dixi sub §. 1. *sup. de patr. pot.* Ut ut est, constat ex iis, quae à Christo dicuntur apud Matth. 5. v. 32. & 19. v. 9. Marc. 10. v. 4. Luc. 16. v. 18. & quae scribit Paulus 1 Corinth. 7. polygamiam in repub. Christiana non esse tolerandam: quae etiam multis gentibus improbata fuit. Rarè binæ simul in Occidente nuptiae. Neque enim apud Romanos tantum constitutum fuit, ne quis binas eodem tempore uxores haberet, sed etiam apud Græcos, & jam à tempore Cecropis Atheniensium regis, *vid. Pet. Fabros. 2. semest. 1.* Germanos quoque nostros singulis uxoribus contentos fuisse scribit Tacit. *de morib. Germ.* Sed & plures alias gentes virum unicæ mulieri copulasse testatur Dionys. *Halicarnas. lib. 2.*

## TEXTUS.

## De Socru &amp; Noverca.

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

## NOTA.

7. *Duas uxores*] Bigami poena capitalis est; Theophil. *ἀποκρίσις τῶν ἐρωτησίων ἐκκλησιαστικῶν. 60. Basil. lib. 37. c. pen. & rectè, nam ut ait Tertull. adv. Marc. Manente matrimonio nubere adulterium est, fac. l. 18. C. ad leg. Jul. de adul.*

## COMMENTARIUS.

**H**ujus §. & superioris eadem planè 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 rectè contrahunt, licet habeant fratrem sororemve ex matrimonio postea contracto natos.*

## NOTA.

8. *Mariti filius ex alia uxore*] Titius cum haberet filium ex conjugate defuncta, Semproniam uxorem duxit, quæ ex priore matrimonio filiam habebat. Quam inter filium Titii & filiam Semproniae nuptiae consistant. R. consistere. Ratio est, quia nulla est inter comprivignos

affinitas; utpote quæ ultra personas matrimonio junctas non extenditur. *Wef.*

*Rectè contrahunt*] l. 34. §. pen. D. *hoc tit. l. 134. pr. de verb. oblig.* neque *Levit. 18. vers. 11.* prohibentur nuptiae ἀδελφωσύνης, sed fratris & sororis ἀπομορτίου sive consanguineæ.

## COMMENTARIUS.

**C**ognati personarum, quarum interventu & copula contracta est affinitas, inter se nuptias contrahere non prohibentur, & 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. 34. §. pen. b. t. l. 134. *pr. de verb. oblig.* Hinc igitur est, quod inter comprivignos contrahi nuptiae possunt, quod pater & filius matrem & filiam, duo fratres duas sorores ducere non prohibentur. Quanquam hic rectè facturos arbitror, qui magis id quod honestum est, quam quod licet, inspiciant, ne ordo cognationis, quibus imago est affinitas, nimium perturbetur; quod fit, si, verbi causa, pater filiam, filius matrem uxorem ducat, idque & Beza notat, *tract. de repud. & divort.* 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, ἀδελφωσύνης, sed fratris & sororis consanguineæ, id est, ab eodem patre ex alia & secunda uxore susceptæ, prohibentur nuptiae; de qua conjunctione nihil dictum erat vers. 9. ubi prohibentur nuptiae sororis germanæ & uterinæ duntaxat. Verba Moysi sunt, *Turpitudinem filia uxoris patris tui, quam peperit patri tuo, & est soror tua, non revelabis.* In versione 70 est, ἀδελφῶν ἀδελφῶν.

*Licet habeant fratrem sororemve*] Communi fratre aut sorore ex novo parentum matrimonio postea suscepti, videri poterant arctius privigni conjungi, attemne id quidem nuptias eorum impedire, Papin. respondit l. generalis. 34. §. 2. *hoc tit.*

## TEXTUS.

## De quasi privigna, quasi nuru, &amp; quasi noverca.

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

## NOTA.

9. *Uxor tua post divortium*] Ex l. 12. §. 1. 2. & 3. D. *hoc tit.* Vix est, ut hujusmodi casus nunc existat. Sed & pridem apud Romanos defuerunt bona gratia matrimonium dissolvi. De jure, quod antea obtinebat, Augustin. 1. *ad Valer. de nupt. & concup. 10. & de bon. conjug. 8.*

*Non est privigna* ] Ratio ex notatione verbi. Privignus enim dictus, quod prius quam mater secundo nuberet, genitus est. Fest. Græcis *ἑτερογενής*.

*Abstinere debere* ] Propter honestatem; quæ in conjunctionibus spectatur, l. 24. D. hoc tit. *ἡ ἀσπίς γαμοῦ ἐστὶν ἡ ἀσπίς τῆς ἐπιγαμίας* *ἡ ἀσπίς τῆς ἀσπίδος*, ut ajunt interpretes Canonum. Quod non vetat lex, hoc vetat fieri pudor. Fabrot.

*Nec sponsam filii nurum* ] Propriè sponsa non est uxor, l. 12. §. 1. & 2. hoc tit. Impropriè tamen appellatione nurus sponsam quoque accipimus, l. 6. l. 8. D. de grad. & aff. Est enim sponsa quasi uxor; & sponsus quasi maritus. Tertul. *de vel. virg. Desponsata enim quodammodo nupta.*

COMMENTARIUS.

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

Superius dictum est, privignam tibi loco filie esse, eo quod mater nupta est, nec posse te eam uxorem ducere, licet morte matris aut alio modo ritè solutum sit matrimonium. Queritur 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 dicitur est, quod prius genitus sit, quam uxor secundo nuberet*, Græcis *ἑτερογενής*) aut si rem mavis quam notationem inspicere, nulla tibi affinitate conjuncta unquam fuit; quoniam nondum nata erat; cum matrem in matrimonio haberes. Sed tamen ab hujusmodi nuptiis abstinendum esse, rectè placuit l. 12. §. 3. hoc tit. ob consuetudinem, quæ mihi cum matre fuit.

1. *Nam constat, nec sponsam filii* ] Nudis sponsalibus propriè non contrahitur affinitas, sed nuptiis duntaxat. Sponsalia enim nihil aliud sunt, quam mutua futurarum nuptiarum repromissio; l. 1. de sponsal. quam libere liceat infringere, l. 6. d. tit. l. 1. C. eod. ac proinde verbi causa, sponsa filii mei nurus mea non est, nec patris sponsa propriè aoverca, l. 12. hoc tit. Quid est igitur, quod jurisconsulti respondent, nomine affinium etiam futuros conjuges comprehendit? l. 6. l. 8. de grad. & aff. l. 3. l. 4. de leg. Pomp. de parr. l. 1. §. 3. ad leg. Jul. de adult. nempe id minus propriè dici constat, & locum habere, cum sponsalia adhuc durant, & spes est fore, ut matrimonium propediem sequatur: solutis autem sponsalibus & spe nuptiarum penitus sublata, nulla amplius intelligitur affinitas, de qua specie agit hoc nostro §. & d. l. 12. ac solum honestatis causa nuptiæ inter personas enumeratas prohibentur, eoque pertinent l. semper. 42. hoc tit. 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 fortè & liberos, qui illi fratres sunt, suscepi. At sponsam filius meus nunquam attingit, ac fortassis ne vidit quidem, ut hic sola honestas causam prohibitioni præbeat, illic etiam corporum commixtio, quæ præcipuè in hoc negotio respicitur, & à Mose detectionis nomine honestè significatur. De eo ambigitur, an etiam ex illegitima conjunctione contra-

tur affinitas. Sed dicendum est contrahi. Nam si ex quovis coitu, quantumvis illegitimo, nascatur cognatio, cur non etiam affinitas intelligatur? Sic certè à cognatione, quæ ex contubernio servorum 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. 4. C. eod. aut in concubinato habere, l. 1. §. 3. de concubin. Quod autem Modestinus respondit, l. 4. §. sciendum. 8. de grad. & aff. affinitatem non nisi ex justis nuptiis oriri, de plena & perfecta affinitate intelligendum esse vel ex eo liquet, quod eodem loco scribit, nec cognationem extra nuptias conjugii, contra quam ipse definit §. 2. ejusd. l. 4.

TEXTUS.

De servili cognatione.

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

NOTA.

*Serviles cognationes* ] Ex l. 14. §. 1. D. hoc tit. idemque observatur & in servilibus affinitatibus, d. l. 14. §. 3. nam in nuptiis naturale jus & pudor inspicitur. d. l. 14. §. 2. alias non facile ulla servilis videtur esse cognatio. l. 1. §. 2. D. unde cogn.

*Manumissi* ] Nam servorum inter se nullum matrimonium est. Utique tamen nec servile contubernium inter has personas permiffum. Wesf.

COMMENTARIUS.

SI ex quavis etiam illegitima consuetudine nascitur cognatio, quæ nuptiis impedimento sit, l. nuptiis. 57. & seq. hoc tit. 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 non ita accipiendum est, quasi ante manumissionem patri filiam aut fratri sororem in contubernio habere liceat: sed ideo additum, quia de nuptiis hic queritur, quas constat inter personas serviles non consistere. Planè 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 coercendi sint, quo cives Romani & legum nexu juncti, l. 6. ad leg. Jul. de adult. l. servi. 23. l. qua adulterium. 29. C. eod. Atque hoc est, quod Paulus scribit l. 10. §. 5. de grad. serviles cognationes ad leges non pertinere. Juro pontificio etiam inter servos matrimonium est, s. de conjug.

TEXTUS.

De reliquis prohibitionibus.

11. *Sunt & alia persona, qua propter diversas rationes nuptias contrahere prohibentur, quas*

H

in



in libris Digestorum seu Pandectarum ex jure veterere collectarum enumerari permiffimus.

## COMMENTARIUS.

**Sunt & alia persona]** Quales sunt tutor vel curator, liberive eorum, quicum pupilla vel adulta nuptias contrahere vetantur, ne videlicet eo pacto rationum redditio intervortatur, l. tutor. 36. & seq. l. senatus consulto. 59. & seq. hoc tit. l. 1. & passim. C. de interd. matr. int. pup. & tut. Item pates, vel qui officium in provincia administrat, provincialem uxorem ducere prohibetur, l. si quis. 38. l. qui in provincia. 57. hoc tit. l. un. C. si quac. prad. pot. Lege quoque Julia vetatur senator ducere libertinam, aut quæ ipsa, cujusve pater artem ludicram fecerit; l. lege Julia. 44. hoc tit. Quæ cum hodie non obtineant, non est operæ pretium plenius persequi. vid. Rittersh. lib. 1. diff. 20. n. 22. Zypa. not. jur. Belg. de sponsal. pr. Groenew. de ll. abrog. ad tit. Cod. si quac. prad. pot.

## TEXTUS.

## De pœnis injustarum nuptiarum.

12. Si adversus ea qua diximus, aliqui coeuvint, nec vir, nec uxor, nec nuptia, 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: quum & iis pater incertus sit, unde solent spurii appellari *ἐκ τῆς μητρός*, & ἀνόμητοι, 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, qua sacris constitutionibus continentur.

## NOTÆ.

12. Nec vir nec uxor] Sunt enim hæc *ἐπινομία ἀνόμητων*, iusti conjugii nomina. Pœna igitur communis omnium injustarum conjunctionum est, quod ipso jure tales nuptiæ nullæ sint: sicut nec cætera consistunt quæ contra leges fiunt, l. 5. C. de legib.

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

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

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

Quasi sine patre] Non quod sine patre sint; *ἀδὸς ὅτι πατὴρ τῶν ἀνόμητων οὐκ ἔστι*, ait Euripid. sed quoniam vulgiva Venere natis pater incertus est. *Spurius* apud Romanos est primum nomen, sicut *Sexius*, *Decimus* &c.

iiisdemque notis & prænomen *Spurius*, & vulgo quasi-tos designabant, nisi quod illud ita notabant SP. hos S. P. interposito puncto. Hinc ex joco natum, ut vulgo concepti *Spurii* dicerentur. Plutarch. *quæst. Rom. cap. 11.*

## COMMENTARIUS.

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

**I**llegitimæ conjunctionis duplex pœna: nam & ipso jure tales nuptiæ nullæ sunt, & præterea qui ita coeunt, pro qualitate delicti castigantur. Primum dicimus, hujusmodi nuptias ipso jure non subsistere, sicut nec cætera subsistunt, quæ contra leges fiunt, l. non dubium. C. de legib. unde sequitur, quod hic ait Justinianus, nec virum, nec uxorem, nec matrimonium, nec dotem, in tali conjunctione intelligi; quippe quorum nominum usus in justis nuptiis duntaxat. Dubitari autem non debet, quin primis hujus §. verbis. Si adversus ea, &c. contineantur etiam nuptiæ filiiam. sine patris consensu contractæ, ut & ipsæ neutiquam jure consistant, l. 2. hoc tit. fac. l. dotis. 68. de jur. dot. l. 23. §. si quis. 6. ad leg. Jul. de adult. & liberi ex tali coitu suscepti injusti sint: quam in rem expressus textus est in l. 11. de stat. hom. Atque hic locus vel unus sufficit ad revellendum eorum errorem, qui contendunt nuptias sine patris consensu contractas, ut ab initio irritæ sint & nullius momenti, accedente tamen corporum conjunctione confirmari. Ait Paulus d. l. 11. liberos ex tali consortio natos injustos esse. An igitur existimant, etiam sine conjunctione corporum liberos nasci? Quid porro tam absurdum est, quam dicere concubitum, rem sine matrimonio illicitam, confirmare actum ipso jure nullum, hoc est, efficere, ut ratum & justum sit matrimonium quod contra leges contractum est? Atque hoc tantum non fatetur Franc. de Amaya, Hispanorum Consultorum disertissimus, lib. 1. obs. jur. c. 4. n. 10. & 11. quamquam n. 12. & seq. perperam Paulum interpretatur, quasi hoc jurisconsultus sentiret liberos conceptos ex matrimonio, quod quis sine patris consensu contraxit, natosque post mortem avi, justos quidem non censi ex tempore conceptionis, sed tamen tales esse à tempore nativitatis: quæ interpretatio tam à ratione juris, quam à mente & verbis jurisconsulti planè aliena est: nec juvatur, sed refellitur illa ipsa l. 6. C. hoc tit. quam ad confirmationem interpretationis suæ vir doctissimus assert. Occasionem errori dedit responsum Ulpiani l. 1. §. ult. de lib. exhib. quo tamen loco manifestè loquitur Jurisconsultus de nuptiis ab initio voluntate patris contractis, qui postea genero offensus pro potestate sua filiam vult abducere; & nuptias ritè contractas dissolvere. Neque enim nuptias illas, si contra leges initæ fuissent, Ulpianus appellaret concordans & liberis subnixum matrimonium. Sic etiam, quod apud Paulum 2. sent. 19. §. 1. legimus, eorum, qui in potestate patris sunt, sine voluntate ejus matrimonium jure



jure non contrahi, sed contracta non solvi; non ita accipiendum est, quasi ratum sit matrimonium, quod sine voluntate patris contractum est; hoc enim diserte idem Paulus negat *d. l. 11. de stat. hom. & d. l. 2. hoc tit.* sed si volente patre contractum sit, non ideo postea dissolvendum: quod pater in ea voluntate non perseveret, *l. cum hic status. 32. §. si facer. 19. de don. int. vir. & ux. l. 5. C. de repud. D. Dnar. ad tit. sol. matr. c. 2. de nups.* Et tamen etiam hoc casu pater justa causa interveniente filiam, licet renitentem & renitente genero, domum abducere potest, *d. l. 5. C. de repud.* Priscis temporibus etiam laxior hic patris potestas fuit. In Sticho Plauti Antipho filias suas Panegyris & Pinacium ob hoc solum vult abducere, quod mariti paulo diutius abessent domo: ad quem Panegyris;

*Aur olim, nisi tibi placobant, non datus oportuit:  
Aut nunc non equum est abduci, pater, illis se absentibus.*

Apud Nonium sic Afranius;

*O indignum facinus adolescentis, optimas,  
Bene convenientes, concordas cum viris,  
Repente viduas facias spurcissimam patris.*

In eandem rem Cujac. ad Nov. 22. adducit Ennii locam, ubi ita queritur filia;

*Injuria abs te afficer indigna, pater:  
Nam si improbum esse Chresipontem existimaveras,  
Cur me huic locabas nuptiis? Sin est probus,  
Cur tealem invitum invitam cogis linquere?*

Quamvis autem eo jure, quo nos hodie utimur, divortia liberorum, quorum matrimonium initio consentit pater, non sint in potestate & arbitrio patris non magis, quam in potestate matris olim fuerunt, *l. 4. C. de repud.* ea tamen parte constitutionem juris civilis adhuc sequendam esse contendimus, qua matrimonium invitum aut inficiis parentibus contracta injusta & irrita esse, liberisque inde natos illegitimos pronuntiat: quoniam ab hac parte & legis divinx stat auctoritas. *Exod. 22. 17.* Et qui aliter sentiunt, ansam præbent illudendi parentibus, frænosque laxant indomitæ libidini. Miramur adeo patres Tridentinos, quod, cum profiteantur sanctam Dei Ecclesiam clandestina matrimonium ex justissimis causis semper detestatum esse & prohibuisse, tamen anathemate feriunt, qui ea vera esse & rata negant, *sess. 14. vid. Tim. Fab. in disp. annivers. ad hunc §. D. Fe. & Sando lib. 2. rer. jud. sis. 1. cap. 4.* ubi utriusque sententix præcipuos auctores citat tum Theologos, tum Jurisconsultos, *D. Joan. Gbristm. de spons. diss. 1. quest. 20.*

**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 queritur, & neutri 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 al. jur.*

**Quum & 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 illicitè rem habuit, non vi-

dentur dici posse habere incertum patrem, quod & verum est. Sed tamen quantum ad patriam potestatem attingit (quod ideo etiam nominatim expressit Justinianus hic) non modo volgiva Venere concepti patrem habere non intelliguntur; verum etiam omnes, qui extra nuptias quæsitum sunt, licet patrem demonstrare possunt, ex incerto tamen patre nati dicuntur, & pro vulgo quæsitis spuris que habentur, *l. vulgo. de stat. hom. l. 3. C. sol. matr.*

**Pægi rhu wogis** ] Apud Theophilum est, quasi *wogis rhu*, id est, *sparsim, vulgo, promiscue* concepti, quod magis probo cum Wesemb. & Hotom. Aliam hujus nominis rationem affert Plutarch. in *Problem.* Scribit enim, hanc appellationem inde natam esse, quod Romani iisdem notis & prænomen *Spurius*, & vulgo quæsitos designabant, nisi quod illud ita notabant S. P. interposito puncto, tanquam *sine patre*. Atque hinc est quod Hotom. & Wesemb. pro eo, quod vulgo legitur, *and rhuis, quasi sine patre filii*, substituerunt, quasi S. P. i. e. *sine patre filii*, quomodo & Theophilus legisse videtur.

**Nec dotis, nec donationis** ] Quod dotis aut donationis propter nuptias ob injustum conjugium datum est, caducum sit, id est, sisco vindicatur, *l. 4. aush. incestus. C. de inc. nups. l. necesse. 52. l. dotis. 61. hoc tit. l. cum hic status. 32. §. ult. de don. int. vir. & ux.* præterquam si qui aut errore acerrimo, non affectato, neque ex levi causa decepti sunt, aut ætatis lubrico lapsi, *d. l. 4. C. de inc. nups.* In foeminis etiam error juris excusatur, sed positivi duntaxat; eoque referimus, *l. 1. C. de cond. ob caus. dat. l. 7. C. de don. int. vir. & ux. l. 2. §. 2. de his quib. us indig. add. Sich. in d. l. 4. Christm. vol. 1. decis. 337. & vol. 3. decis. 129. n. 6.*

**Et alias poenæ** ] In magna delicti varietate varix quoque poenæ constitui debuerunt. Plurimum enim refert, an quis prohibitas jure gentium nuptias contraxerit, an jure civili duntaxat: sciverit, an ignoraverit; in factore erraverit, an in jure: mas sit, an femina; major an minor, *vid. l. ult. hoc tit. l. 4. l. 6. cum aush. seq. C. de inc. nups. Nov. 12. l. un. C. si quac. prad. pot. quæ multam irrogat pecuniariam, infamiam, l. pon. C. de interd. matr. cum infamia poenam stupri, l. 18. C. de adult. l. si adulterium. 38. pr. §. 1. & seqq. D. cod. & ibi Bart. & DD. add. Gloss. & DD. ad hunc loc. Covar. de matr. p. 2. c. 6. §. 8. Christm. vol. 3. dec. 129. Dambond. prax. crim. c. 94.*

T E X T U S.

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 curia datus, potestati patris subjicitur: nec non is, qui à muliere libera procreatus, cujus matrimonium minimè legibus interdictum fuerat, sed ad quam pater consuetudinem habuerat, postea ex nostra constitutione dotalibus instrumentis compositis, in potestate patris efficitur. Quod & aliis liberis, qui*

ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio præbuit.

## NOTÆ.

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

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

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

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

*Quod & alii liberi, qui postea*] Cujac. legit, *Quod si alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati &c.* ut sit sensus, liberos antea susceptos à Justiniano revari postea natis, ut posteriores in hæreditate patris potiores non sint, sed una eademque lance trutinentur, ut est in d. l. 10. Malim tamen legere cum Hotom. *Quod & si alii liberi nulli ex eodem matrimonio fuerint procreati, &c.* §. 2. inf. de her. qua ab intest. de quo dubitatum fuit propter d. l. 10. ut constat ex l. 11. C. eod. ubi hæc quæstio deciditur. Utuq; est, beneficium Principali non indigent, qui ex iustis nuptiis procreati sunt. Introduxit postea Justinianus & tertium legitimatiōnis genus per rescriptum Principis, Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 9. & 10.

## COMMENTARIUS.

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

**T**Ransit hic Imp. ad alterum modum constituendæ patris potestatis: quæ legitimatio dicitur, eo quod liberi extra nuptias suscepti hoc modo efficiuntur legitimi, & patris potestati subjiciuntur. Species legitimatiōnis 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, *Gudelin. lib. 1. de jur. noviss. c. 16. Perez ad tit. C. de nat. lib. n. 16.* nuptiationem filii in testamento aliove instrumento ha-

bente subscriptionem trium testium à patre factam, *Nov. 117. c. 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.

*Qui dum naturalis*] Objectum legitimatiōnis 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. qua ab int. l. si pater. 29. l. non potest. 31. de adopt.* Plerumque autem naturales liberi dicuntur, qui non sunt nati ex legitimo matrimonio, *tot. tit. C. de nat. lib.* Cæterum nonnulla hic inter patrem & matrem differentia est. Matri omnes sunt naturales; etiam ex illicitis & incestis nuptiis procreati, etiam vulgo quæriti, qui & matri succedunt ex SCto Orficiano, §. *pen. inf. de sen. Orf.* Patri illi duntaxat, 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 familia, usus non observat: adeoque apud nos meliorem conditione non est concubina, quam quævis alia quæ corporis sui potestatem alicui facit teste *D. Grotio l. manducæ. 12.* Igitur qui ex stupro, aut alia conjunctione, quam leges improbant, nascuntur, patri hic naturales non sunt, sed similes illis, quos mater vulgo concepit, quos constat non esse objectum legitimatiōnis, cum nec patrem demonstrare possint, §. *prac.* Quamvis inspecta rei veritate omnes, qui ex nobis nati sunt, licet vulgo quæriti, nobis sint liberi naturales; atque in iis, in quibus jus naturale inspicitur, ut in contrahendis nuptiis, pro talibus habeantur, l. 14. §. 2. *hoc tit.* 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, *inf. de serv. cogn. in fin. pr.* Jure can. ut supra dictum est, etiam inter servos matrimonium est. Nobis ut servitus incognita, ita & servile consortium. Objectum igitur legitimatiōnis sunt liberi ex concubina nati: quod & legibus concubinatus permittitur, & ex eo nati certum patrem habent.

*Postea curia 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. de verb. sign.* In Imp. constitutionibus vulgo *curiales* appellantur. Causam hujus legitimatiōnis impulsivam fuisse Hotom. scribit, inopiam decurionum, & eaque onera, quæ huic ordini, alioquin honorifico, satis gravia incumbabant, quibusque mancipabantur; ita ut nec ipsi nec eorum liberi inde eximi potuerint, nisi certis modis, l. 3. l. 4. l. 9. C. de natur. lib. Naturalis quoque filia, si curiali uxor à patre data esset, jus filixfam. adipisceretur d. l. 3. De hoc legitimandi modo latius agit Justinian. *Nov. 89. c. 2. & seqq.* nobis incognitus est; atque ab usu eum recessisse testantur *Mich. Grass. §. successo. quæst. 19.*

n. 19. *Gudelin. 1. de jure nov. 16. in fin. D. Kinschot. de rescr. gr. tr. 6. c. n. 1. Christin. vol. 3. decis. 145. n. 18.*

*Nec non is, qui ex muliere libera*] Secundus legitimatio- nis 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. lib. Nov. 89. c. 8.

*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 præfes provincialem in concubinato habuerit, & finita administratione provincæ eam uxorem ducat, l. ult. de concub. Nepotem etiam per subsequens avi matrimonium defuncto jam patre legitimum avo fieri censent *Covarr. de matr. p. 2. c. 8. §. 2. n. 22. & seqq. Chassan. ad consuet. Burgund. tit. de success. rubr. 8. §. 5. n. 42. & seq. Fachin. 3. contr. 56. D. Tulden. comm. hic c. 4. & ad tit. C. de natur. lib. num. 4. & novissime D. I. Christen. diss. 3. de matr. q. 25.* Quod ego non video, quomodo procedere possit. Nam aut nepos & ipse naturalis est, & legitimus effici non potest, ne patre quidem vivente, nisi pater ipse suam concubinam uxorem duxerit: inauditum autem est filium naturalem succedere in locum patris sui, & perinde legitimum fieri, avo concubinam, unde pater natus est, uxorem ducente, ut ipse filius heret, si viveret. Aut natus est nepos ex justa filii uxore, & legitima planè 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 legitimatio- nis hujus hanc esse vim, ut retrahatur tempus nuptiarum ad tempus nativitat. 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 *Itraquel. de jur. primogen. quest. 34. Jo. Christen. diss. 3. de matr. quest. 23.* item liberos etiam non consentientes legitimos fieri, contra Nov. 89. c. 11. Nihil in contrarium facit, quod quis nepotem adoptare possit, etiam si filium non habeat, §. licet. tit. seq. Nam à diversis nulla illatio est: & omnino matrimonium cum concubina non potest legitimare liberos, nisi ex ea ipsa concubina natos, quæ & communior sententia est, vid. *Gail. 2. obs. 141. n. 9. Val. Forster. tr. de succ. ab int. lib. 1. quest. quib. caus. bi off. cess. Bachov. in Treutl. vol. 1. disp. 2. thes. 7.*

*Dotalibus instrumentis*] Dotalia instrumenta hic accipere debemus instrumenta quævis nuptialia, etiam si de dote danda nihil in iis cautum sit: alioqui sequeretur, natos ex paupere concubina, quæ dotem dare non possit, hoc modo legitimari non posse, quod perquam durum est. Et Justinianus l. 10. C. de nat. lib. promiscuè hisce vocibus utitur: & alibi sæpè hæc instrumenta nuptialia *γαμικὰ ὑπόβληται* vocat duntaxat, §. 2. inf. de her. qua ab int. Nov. 74. pr. Quod autem in omnibus iis locis, in quibus de hac legitimatio- ne agitur, horum instrumen- torum 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 effectu speciali legitimatio- nis, quem matrimo- nium non ex se, sed legis auctoritate habet, quæ solemnitatem instrumentorum ad id desiderat: haud dubiè, ut liquido & perpetuo constare possit, non tantum, an ea, quæ concubina fuit, maritali postea affectu & pro uxore habitata sit: verum etiam an liberi, & quinam leg- itimati sint, quod instrumentum omnino inferendum, cum non alii, quam qui vult, legitimantur. Nov. 89. c. 11. Male igitur argumentatur *Ant. Matth. coll. inf. 2. disp. 1. thes. 25.* Jure autem can. instrumenta nuptialia intervenire necesse non est *c. tanta, x. qui fil. sint legit. sicuti nec moribus nostris, D. Tulden. comm. hic c. 11. Perez. ad tit. C. de natur. lib. n. 9. Christin. vol. 1. decis. 310. n. 11. & seqq.* quod tamen cum dicimus, non excludimus publicas illas futurarum nuptiarum denuntiationes, quæ in ecclesiis ex scripto recitandæ, art. 3. ord. pol. Matrimonium etiam in articulo mortis cum concubina contractum liberos ex ea susceptos retro legitimos facit *Gail. 2. obs. 141. v. 8. D. Tulden. ad tit. C. de natur. lib. quod tamen apud nos non procedit sine dispensatione, propter d. art. 3. ordin. pol.*

*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 controversia deciditur, add. §. 2. inf. de her. qua ab int. est.

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

TITULUS UNDECIMUS.  
DE ADOPTIONIBUS.

D. Lib. I. Tit. 7. C. Lib. 8. Tit. 48.

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

**A**doptio est actus legitimus quo in jus & locum filiorumfam. adsciscimus, qui nobis extranei sunt, in solatium eorum, qui liberos non habent, *οὐκ ἔχοντες υἱοὺς ἀγαθόν*, iaventu Græcis vocabulo significantiore dicitur *ἰοψία*. Genus est actus legitimus, sive legis actio, l. 3. l. 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 suat similes. Postrema verba finem indicant, quem etiam Theophilus expressit, & indicat Ulpian. l. 15. §. 2. hoc tit. itemque Cicero *orat. pro dom. sua*. Tria autem ferè sunt, quæ hoc tit. tractantur. Primum dividitur adoptio in duas species, quæ suis definitionibus explicantur; tum docetur, qui adoptare adoptative possint, 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 Ægipnetico Iocratris, & Plutarcho in *Thesof* liquet. Apud Hebræos quoque & Assyrios atque Ægyptios in usu fuisse adoptionem, testes sunt *Joseph. 1. antiq. 15. Berof. lib. 5. de florat. Diod. Siculus 4. Biblioth.* Moses à filia Pharaonis adoptatus traditur *Exod. c. 2.* Nec Franci olim nec Longobardi usum adoptionis ignorarunt, ut ex Paulo Diacono & Trithemio observavit Greg. Tholosanus *lib. 10. syntagm. c. 6.* Cæterum hodie 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 hæredes instituere, ut quemlibet extraneum; liberorum autem jure non censentur, nec agnationis. Apparet hoc ex effectis: nam & nuptiæ inter has personas consistunt, sicut cum alumna jure civili, 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.* & necesse non est eas hæredes instituere aut exhæredare, ut jure Rom. liberos adoptivos, §. *adoptivi. inf. de exhar. 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 Gallie *Manfuer. de probat. num. 34. Tiracq. tract. de retract. gl. 8. §. 1.* ubi tradit nec jus gentilitii retractus adoptatis competere, & *Greg. Tholof. ubi sup.* Fallitur ergo D. E-

guin. Baro, dum ea, quæ de adoptionibus Jure Rom. constituta sunt, adhuc valere debere ideo contendit quod nihil de iis comprehensum sit legibus Gallorum propriis, constetque inter pragmaticos, quod jure proprio definitum non est, jure communi, hoc est, Romanorum dirimi; quo etiam constitutiones Principum nos identidem remittant. Etenim non minus de eo inter omnes pragmaticos convenit: si quando Principes jubent jus Rom. sequi, ubi propriæ leges deficiunt, id ita accipiendum esse, ut locum duntaxat habeat, si Jus Rom. generali & manifesta desuetudine abrogatum non sit. Nam neque de servis quicquam cautum propriis plerarumque regionum legibus reperimus: an ergo idcirco dicemus servitutem ibi tacite approbatam censer? Quod ideo monere visum est, ne quis in hujusmodi controversiis hoc argumeto sibi imponi patiat. In Germania passim, & nonnullis aliis provinciis consuetudine recepta est imago quædam adoptionis, conjunctio sive unio prolium, quas conjuges ex diversis matrimoniis susceperunt. In hoc contractu & magistratus auctoritas intervenire debet, & exacta cognitio adhiberi, presentibus & consentientibus consanguineis, tutoribus & curatoribus, qui provideant, ne res ad concordie vinculum comparata discordiam inter liberos excitet in nimia facultatum inæqualitate, *D. Andr. Gail. 2. obs. 125.*

TEXTUS.

Continuatio.

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

NOTÆ.

*Quos adoptamus*] l. 1. D. hoc tit. Ulp. tit. 8. Est autem adoptio actus legitimus. l. 77. de reg. jur. quo in locum filii adsciscimus eum, qui nobis extraneus est, ad eorum, qui liberos non habent, solatium inventus, Theoph. Græcis verbo significantiore dicitur *ἰοψία*. Origo ejus antiquissima. Vid. Greg. Tholof. 10. *syntagm. c. 6.*

COMMENTARIUS.

**F**iliosfam. 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. inf. eod. §. adoptivi. 4. inf. de exhar. lib. §. 2. inf. de inoff. test. l. non potest. 31. hoc tit. l. 2. §. liberi. 6. ad senat. Tert.* At cùm naturales opponuntur legitimis in genere, qui legitimi non sunt, significantur & naturales duntaxat, §. *ult. tit. superioris. cor. tit. C. de natur. lib.* quod & in voce parentis aut patris naturalis similiter observandum.

TEX-

## TEXTUS.

## Divisio adoptionis.

**I.** *Adoptio autem duobus modis fit, aut Principali rescripto, aut imperio magistratus. Imperatoris auctoritate adoptare quis potest eos, easve, qui, quæve sui juris sunt, qua 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.*

## NOTÆ.

*Duobus modis*] Ex Cajo l. 2. D. hoc tit.

*Principali rescripto*] Hoc stante repub. auctore populo fiebat comitiis curiatis. Gell. lib. 5. c. 19. Gruch. 3. de comit. Rom. 3.

*Imperio magistratus*] Apud quem est legis actio, l. 4. eod. l. 1. C. eod. l. 3. D. de off. procons. Hæc species generis nomen retinet, ut sæpe alias, cum proprium nomen deest. Boët. ad top. Cic. lib. 2. *Fit vero id sapa, ut species eiusdem nominibus nuncupentur, quibus & genera.*

## 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, quorum olim fieret, & quomodo nunc fiat.*

**D**UÆ sunt species adoptionis, quarum altera adrogatio dicitur: altera quia proprio caret, generis nomine adoptio appellatur, quod in iure nostro frequenter usum venit. Nam cum plura sunt 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 ferè tum species ejusdem generis, quæ proprium nomen habet, opponi aut apponi solet, ut observare licet in vocibus cognationis, servitutis, contractus, actionis & sexcentis aliis. 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. Comitibus præbeantur curiata, arbitri erant pontifices: formula hæc, *Voluit, jubentis, Quiritis, uti L. Valerius L. Titio tam jure legeque filius fiet, quam si ex eo patre matroque familias opus natus esset: utique ei vita necisque in eo potestas fiet, uti patriendo filio est.* Gell. 5. cap. 19. Gruch. 3. de comit. Rom. 3. Porro rogabatur & qui adoptabat, & qui adoptabatur, ille an vellet eum, quem adoptaret, sibi justum filium esse; hic, an id fieri pateretur: unde & adrogationem dictam esse scribit Cajus l. 2. hoc tit. Et haud dubiè inde est, quod adrogari non potuit, nisi 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 subjecerent. Et quia cum tæminis nulla comitorum communio erat, nec mulier adrogari poterat. Gell. d. loc. Cic. pro dom. Hæc inquam, stante adhuc repub. Cujus statu mutato, quod jus populi fuit, Principes usurparunt, ex quorum rescriptis & sceminæ & impuberes etiam adrogari cœperunt, l. nec ei. 17. cum seqq. hoc tit. Ulpian. tit. 8. §. 4. 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 & forma legis cum solemnibus ad rem aliquam peragendam constitutis: quibus solemnibus peragendis si lex magistratum designaret, penes eum dicebatur esse legis actio. Cæterum etiam apud Principem rectè lege agi ostendit. l. ult. C. de his qui à non dom. man. & quemadmodum hujusmodi actus, cum sint voluntariæ jurisdictionis, quivis alius magistratus apud se expedire potest, l. 4. hoc tit. l. 2. de offic. prator. ita & Princeps tanquam summus magistratus. Quo pertinet, quod de Augusto refert Suetonius; *Cajum & Lucium, inquit, adoptavit domi per assem & libram emptos à patre Agrippa.* De hac specie adoptionis ita scribit Gell. d. loc. *Adoptantur, cum à 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 tanquam filium suum assereret, & jure Quiritium; ad instar quodammodo servi, vindicaret: quod jus patrem ex lege Quiritium habuisse testatur Ulpian. l. 1. §. 2. de rei vind. Cæterum tres hæ mancipationes & duæ manumissiones in filiorum duntaxat adoptionibus necessariæ erant; filix autem & cæteri liberi una tantum mancipatione è potestate patris sui exibant, & potestati patris adoptivi subiciebantur, 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 actus intervenientibus solummodo apud competentem judicem manifestet, præserte eo, qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo præserte, qui adoptat, d. l. ult. & §. antepen. inf. eod. De mancipationis solemnibus studiosi antiquitatis consulant Boët. in Top. Cic. Revard. c. 16. ad leg. 12. Tab. Briffon. lib. 1. antiq. cap. 7. de legum actionibus & lib. 4. antiq. c. 20.

## TEXTUS.

Qui possunt adoptare filium familias, vel non.

2. *Sed hodie ex nostra constitutione, cum filius familias à patre naturali extranea persona in adoptionem datur, jura patris naturalis minimè dissol-*

dissolvuntur; nec quicquam ad patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est: licet ab intestato jura successionis ei à 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 & naturalis vinculo copulatum, & legitimo adoptionis modo constitutum, ut & in familia & in potestate hujusmodi patris adoptivi sit.

## COMMENTARIUS.

**O**lim quavis adoptione jus patris naturalis extinguatur, 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 soluta, §. *sed ea omnia*. 14. *inf. de her. que ab intest. l. pen. C. hoc tit.* (ego unum tantum casum invenio, nimirum si filius post mortem patris naturalis emancipatus esset, §. *ar. hi. 10. inf. d. tit.*) His incommodis sic occurrere 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 success. ]* Hoc ei à Justiniano specialiter tribuitur. Cæterum impunè à patre hujusmodi adoptivo præteriri potest, alio hærede instituto, *d. l. pen. §. sed ne. d. §. sed ea omnia. inf. de her. que ab int.*

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

*Legitimo adoptionis modo constitutum ]* In *d. l. pen.* legitur; *legitimo adoptionis modo constitutum.* 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. *Quum 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 persone publica, si intra pubertatem pupil-*

*lus decesserit, restitutum se bona illis, qui si adrogatio 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 decessens 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.* hodie à magistratu exercetur, adhibito consilio propinquorum & tutoris auctoritate, *l. 2. C. eod. l. ult. C. de auct. prest. in arrogatione puberum, etiam curatoris, l. 8. D. hoc tit.* quibus in reb. versetur, docet Ulp. *l. 15. §. pen. & ult. l. 17. per tot. eod.*

*Persona publica ]* Manuscripti, testib. Cujac. Hot. Pac. *Persona publica, id est, tabulario.* Theophil. *ὁ δημόσιος, ὁ τῆς πόλεως ἰσχυρὸς ἐστίν.* Tabulario autem, non agnatis, quoniam incertum est, quis tempore mortis pupilli proximior futurus sit, eique ab intestato succedens, Schol. Theophili.

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

*Et tunc sua bona ]* Abusivè, ut sæpè alibi, *pro bona ejus, impuberis scil. adrogati.* Pac.

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

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

## COMMENTARIUS.

1. *In adrogatione impuberum qua cognoscenda & excutienda.*
2. *Quid cui caveat adrogator, cum ad quos ea res pertineat.*
3. *Utrum quarta, qua vulgo D. Pii, sit quarta pars totorum bonorum adrogatoris, an portionis ab intestato impuberi debita, & si hoc, num etiam illa aucta censi debeat.*

**I**mpuberes antea adrogari non potuerunt, ut supra indicavimus; nunc autem possunt ex constitutione D. Antonini, auctore Ulpian. *in fragm. tit. 8.* sed non aliter, quam causa apud magistratum cognita, *l. si paterfam. 15. §. 2. 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

hæc num liberos habeat iustis nuptiis procreatos, quorum spem sine magna causa diminui non oportet: postremo etiam conjunctio spectatur, nec facile cuiquam pupillum adrogare permittitur, nisi quem vel naturali cognitione, 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. Certè olim apud Pontifices hæc etiam in adrogationibus excussa fuisse arguit locus Ciceronis in *oras. pro dom.* *Quid, inquit, est jus adoptionis, Pontifices? Nempe ut is adoptet, qui nec jam procreare liberos possit, & cum possit, sit expertus: nam ne qua calumnia, fraudis aut dolus adhibeatur.* Causa autem nunc cognoscitur a magistratu, adhibito consensu propinquorum pupilli, *l. 2. C. eod.* & tutorum quoque auctoritate, *l. ult. C. de auct. præs.* In minorum quoque adrogatione post constitutionem Claudii curatoris auctoritas intercedere debet, *l. 8. eod.*

*Ut caveas adrogator persona publica*] Hoc propriè servatur in adrogatione impuberis. Caveat; nimirum satisdato, id est, fidejussoribus datis, *l. non aliter. 18. cum 2. 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 acquirere potest. Servos olim publicos fuisse constat *d. l. 18. l. 2. rem pup. salu. for. l. ult. C. de serv. reip. man.* Primi Arcadius & Honorius caventur, ne servi tabulario præficiantur, *l. 3. C. de tabul. lib. 10. ubi Cujac.* Sed etsi omiſsa fuerit satisdatio, utilem nihilominus actionem in adrogatorem dari, responsum est, *l. 19. §. 1. hoc tit.*

*Ad successionem ejus venturi essent*] Pars hæc cautio 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 hæredes impuberis, sive illi ab intestato veniant, sive secundis tabulis a patre pupillo dati: sed etiam legatarii & servi, quibus secundis tabulis legata aut libertates datæ: in summa omnes, ad quos aliquid perventurum fuisset, si adrogatus mansisset in suo statu, *dd. 11.* Habet autem hæc cautio locum, si adrogatus impubes decesserit, *l. hac autem. 20. eod.* adveniente vero pubertate evanescit, 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.*

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

*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 Ulpian. in *l. 8. §. si quis. 15. de inoff. test.* & objici potest, quod cum justam

causam haberet adrogator, eum vivus non emancipaverit.

*Quartam partem*] Hæc quarta vulgo D. Pii appellatur; eamque interpp. 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 certè nulla dari ratio potest, quamobrem D. Pius meliorem esse conditionem voluerit adoptivorum, quam naturalium, aut emancipati exhereditivè, quam ejus, qui sine nota in familia mansit, & hæredis; quem videlicet pater vel instituit, vel ab intestato hæredem reliquit datis fideicommissis, cui præter quartam partem debitæ ab intestato portionis nihil deberi in confesso est. Plerique tamen recentiorum secus sentiunt, propterea quod textus simpliciter loquuntur de quarta bonorum, *l. ult. si quid in fraud. patron. l. 2. C. hoc tit.* Sed responderi potest, etiam quartam portionis ab intestato debitæ ἀναλόγῳ quartam bonorum dici posse, sicut legitima liberorum, quæ & ipsa quarta pars illius portionis est, quarta bonorum dicitur, *l. 6. C. de inoff. test.* vel potius quia ferè unus tantum adrogari solet, & nemo adrogare, nisi qui liberos non habeat, *l. 15. in fin. l. nec si. 17. §. pen. hoc tit.* De illo non convenit inter interpp. qui quartam hanc faciunt partem portionis ab intestato debitæ, an hæc quarta etiam aucta sit *Nov. 18.* Negat Mynſing. sed argumentis parum solidis. Ait, quartam eorum duntaxat *d. Nov.* auctam dici, quibus antea querela inofficiosi testamenti competebat: adrogato autem non competiſſe, *d. l. 8. §. si quis. 15.* In quo fallitur. Nam certè ante D. Pii constitutionem non minus adrogato impuberi, quam cæteris querela competiit. Divus autem Pius non minuit jus adrogati, sed auxit, ut ei querela jam non fit necessaria, sed proprio & meliori jure quartam sibi debitam obtinere possit, *d. l. 8. §. si quis. 15.* Hoc & Græcos sensisse, argumento est, quod illi τὸ τίμηρον μίρον, quod Theophilus, ut paraphraſtes hic retinuit, ex novo jure mutaverunt in τὸ τίμηρον. *Mich. Psal. Synops.* Quod adjicit Mynſing. in correctoriis nullam extensionem admittendam esse, quamvis 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. Everb. 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.*

## T E X T U S.

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.*

N O T E.

4. *Minorem natu*] *Ex l. 15. §. ult. cum l. seq. l. 40. §. 1. D. eod.*

I

COM-



COMMENTARIUS.

**A**doptio naturæ imago & similitudo quædam est, l. filio. 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 causâ Clodii adoptionem jure exagitat Cic. pro dom. Factus es, inquit, filius ejus (Fontejji) contra fas, cujus per aciem pater esse potuisti, & similia mox sequuntur.

Plena pubertate, s. decem & octo annis ] l. adrogato. 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 rarissimè accidit, ut masculi ante annum octavum decimum ad plenam pubertatem perveniant, & liberos suscipiant, minor ætas in adoptione insuper habita est, juxta l. 3. 4. & 5. de legib. Mynsingeri ratio nulla est, id ideo placere, quia in adoptionibus, in quibus res per electionem agitur, firmitate opus sit judicii, quasi nonnisi anniculi aut bimuli adoptarentur. Nimirum etsi pubertatis initium est anno 14. infr. quib. mod. sut. fin. maturitas tamen demum anno 18. l. adrogato. 40. §. 1. h. t. Paul. 3. sent. 4. atque hac ætate pubescunt etiam si *βενδύς ἡβώνης*. Theophil 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.

NOTA.

5. In locum nepotis ] Ex Paulo l. 37. hoc tit. Ulpian. tit. 8. §. 6.

Quamvis filium non habeat ] Sufficit enim habere filium posse, & per ætatem ex eo nepotem: non enim actus, sed naturalis potestas inspicitur.

COMMENTARIUS.

**Q**uamvis filium quis non habeat ] l. adoptare. 37. l. adoptiones. 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 adoptare volo. Nam & qui uxorem non habet, filium adoptare potest; quamvis sine uxore pater esse non possit, l. & qui. 30. eod. Duplex igitur hic fictio est. De duplici fictione circa idem vid. Vaud. 2. quest. 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.

**Q**ui filius est patri naturali, potest per adoptionem nepos fieri patri adoptivo, & contra: Nam, ut be-

ne Theophilus, necesse non est, ut qui adoptatur, eundem 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 sua potestate habet, eo casu & filius consentire debet, ne ei invito suus hæres agnascatur. Sed ex contrario, si avus ex filio nepotem det in adoptionem, non est necesse, filium consentire.

NOTA.

7. Si quis nepotis loco ] Ex Paulo l. 6. & l. 11. eod. Ne ei invito suus hæres ] Eadem ratione & nepoti uxorem ducenti etiam filius consentire debet, l. 16. §. 1. D. de rit. nupt.

COMMENTARIUS.

**F**ilius consentire debet ] Nimirum si nepos adoptetur quasi ex Lucio filio, verbi causa, natus. Nam si simpliciter adoptetur & tanquam ex incerto filio, nullius consensus desideratur: quia tunc cessat ratio juris, quæ consensum requirit, de qua mox, l. adoptiones 43. & seq. hoc tit. Quid ergo, si nepotem adoptem tanquam ex Lucio filio meo natum; isque filius meus auctor non fuerit? an hæc adoptio planè nulla erit? an perinde habendum, ac si simpliciter facta fuisset? quod magis probo cum D. Contio 1. subces. l. 1. 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 cætera 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 hæredis in id tempus confertur, quo patre mortuo filius jam sui juris & paterfam. factus est.

Non necesse est filium ] Quia nimirum nepos non in patris sui, sed in avi potestate est. Potestatis autem tanta vis fuit apud Romanos, ut avus nepotem inconsulto filio, tamen si id durum est, alii in adoptionem dare poterit.

TEXTUS.

Qui dari possunt in adoptionem.

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

NOTA.

8. In adoptionem alii dare ] Eodem jure, quo id permissum patri naturali.

COM-



## COMMENTARIUS.

**I**N 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.

## NOTÆ.

9. *Quales sunt spadones*] Quia hi sublato vitio corporis liberis procreandis operam dare possunt, *d. l. 2. §. 1. l. 40. §. 1. eod.* & ideo uxorem quoque possunt ducere, *l. 39. §. 1. D. de jur. dot.* natura enim magis in homine generandi & consuetudo spectanda est, quam temporale vitium, *l. 9. D. de lib. & post.* Spadones οὐ ψύξι τῆς γενίτης μοχλίου ἀποστρίτης. *Gloss. jur.* Interdum spadonum appellatione etiam castrati comprehenduntur, *d. l. 39. §. 1. de jur. dot. l. 128. de verb. sign. & ibi Alciat.*

*Castrati non possunt*] Neque enim in testes vim gentilem affundere queunt, neque remedio in his locus. Leo tamen permisit. *Novel. 26.*

## COMMENTARIUS.

**Q**ui generare possunt] Id est, qui propter vitium ali- quod, quod tamen sanabile sit, procreare non possunt: quales hic perhibentur esse spadones: qua quidem appellatione nonnunquam & castrati continentur, id est, intestes, aliique, quibus vis generandi in totum adempta, ut in *l. si serva. 39. §. 1. de jur. dot. l. 4. §. 2. ad leg. Corn. de sic. l. spadonum. 128. de verb. sign. ubi Alciat.* Cæterum 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 edil. edit. à Marcian. l. 14. §. ult. de man. vind.* itemque à *Cajo l. 2. §. 1. hoc tit.* Glossæ juris: Spadones, οὐ ψύξι τῆς γενίτης μοχλίου ἀποστρίτης. Imperator Leo etiam castratis adoptare permisit, ut injuriam illis illatam hoc solatio compensaret, *Novel. 26. & seq.*

## TEXTUS.

Si fœmina adoptet.

10. Fœmina quoque adrogare non possunt, quia nec naturales liberos in sua potestate habent: sed ex indulgentia Principis ad solatium liberorum amissionum adoptare possunt.

## COMMENTARIUS.

**A**drogatio & adoptio jure veteri in eo discrepabant, quod fœminæ adrogari non poterant: quia, ut supra diximus, adrogatio auctore populo in comitiis fiebat, quorum nulla cum fœminis 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. si suspecta. 29. §. quoniam. de inoff. test.* non tamen ut filium habeant in potestate, sed ut solatium orbitatis & hæredem. Duobus igitur casibus filios tantum facit adoptio; si fœmina jussu Principis adoptaverit; item si extraneus à patre naturali filium in adoptionem acceperit. Cæteri sunt filiifam.

*Ad solatium liberorum amissionum*] Transcriptum hoc ex *l. 5. C. eod.* & de viduis haud dubiè intelligendum: neque enim nuptis concedendum existimo, ut seorsum sibi liberos adoptent. Imp. Leo & sine hac conditione fœminis adoptare permisit, etiam virginibus. *Nov. Leon. 27.* quæ in oriente recepta, *Harmenop. lib. 2. tit. 8. §. 4.*

## TEXTUS.

De liberis arrogatis.

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 sunt in ejusdem potestate, tanquam nepotes. Sic etenim D. Augustus non ante Tiberium adoptavit, quam is Germanicum adoptasset; ut proinus adrogatione facta, inciperet Germanicus Augusti nepos esse.

## NOTÆ.

11. *Per sacrum oraculum*] Per Principem, *l. 2. eod.* per Principis rescriptum, *l. 6. C. eod.* Periphrasis est adrogationis.

*Sed etiam liberi ejus*] *l. 15. l. 40. eod.* nimirum tanquam sequela, & una cum patre adrogato capite minuuntur, *l. 3. D. de cap. minut.* quod in adoptione non similiter contingit, *l. 28. hoc tit.*

## COMMENTARIUS.

**Q**uod hoc §. proponitur, proprium effectum est adrogationis; nempe non solum eum, qui adrogatur, transire in potestatem patris adoptivi: sed etiam liberos, qui in ejus potestate erant, tanquam nepotes, *l. adrogatio. 40. eod.* In adoptione autem hoc non similiter contingit, in qua is tantum transit, qui adoptatur, non etiam liberi ejus. Ratio differentiæ in promptu est: nam in adoptionem dantur filiifam. quorum liberi sunt in potestate alterius, nempe ejus, qui in adoptionem dat:

Ideoque etiam in illius potestate remanent, l. liberum. 28. eod. Adrogantur autem patresfam. qui 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. & Sueton. in Tib. c. 15. scribit, Tiberium prius coactum fuisse Germanicum adoptare, quam ipse ab Augusto adoptaretur. Simile exemplum habemus apud Capitolin. in Antonin.

## T E X T U S.

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.*

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

*Apud Catonem*] Parum refert, apud Marcumne Catonem, Principem familiæ Porciæ, hoc scriptum fuerit, an apud filium ejus. Ambo sanè & Jurisconsulti fuere, & libros de jure civili reliquerunt, filius etiam plurimos, teste Pomp. l. 2. §. post hos. 38. de orig. jur.

*Ex hoc ipso liberari*] Satis apparet, his verbis Justinianum significare velle, servos à domino adoptatos non jus filiorum, sed libertatem duntaxat consequi: atque inutilem quidem esse hanc adoptionem, sed vim tamen manumissionis habere. Nec dissimile admodum est, quod Ulpian. scribit, inutilem acceptilationem habere vim pacti sive utile pactum, l. 8. de accept.

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

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

## T I T U L U S X I I.

QVIBUS MODIS JUS PATRIÆ POTESTATIS  
SOLVITUR.

D. Lib. I. Tit. 7. Nov. 81.

Ratio ordinis & summa tituli.

**M**Os 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 hæcenus visum sit, quibus modis jus patriæ potestatis constituitur, rectè nunc subjiciuntur modi, quibus jus illud solvitur. Ejusmodi autem septem ferè hoc titulo proponuntur: mors patris aut avi; deportatio; servitus poenæ; dignitas patriciatus; captivitas; emancipatio; adoptio.

## T E X T U S.

Scopus & nexus. De Morte.

*Videamus nunc, quibus modis is, 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 verò, qui in potestate parentis sunt, mortuo eo, sui juris fiunt. Sed hoc distinctionem recipit: nam mortuo patre, sane omnimodo filii, filiaque sui juris efficiuntur: mortuo verò avo, non omnimodo ne-*

*potes, nepesque sui juris fiunt: sed ita, si post mortem avi in potestatem patris sui recasuri non sunt. Itaque, si moriente avo pater eorum vivit, & in potestate patris sui est, tunc post obitum avi in potestate patris sui fiunt. Si verò is, quo tempore avus moritur, aut jam mortuus est, aut per emancipationem, exiit de potestate patris, tunc is, qui in potestatem ejus cadere non possunt, sui juris fiunt.*

## N O T A.

*Jus patriæ potestatis*] Abest patria à vet. cod. teste Fabrot, & Theoph. simpliciter nō *recasuri*.

*Recasuri non sunt*] Nepotes ex filio, mortuo avo, solent in potestatem patris sui recidere, l. 5. D. de his qui sui vel al. jur. sed hoc ita, nisi ipse pater aut mortuus sit jam ante, aut emancipatus à patre suo, l. 41. D. de adopt. Ulp. tit. 10. §. 1. Cajus 1. inst. tit. 6.

*Per emancipationem exiit*] Hoc glossèma esse ex libr. vet. notant. Cujac. Hot. Fabrot. nam & aliis modis exire de potestate potest, nec Theoph. agnoscit.

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

**M**ortuo eo sui juris fiunt] Quum patresfam. moritur, quotquot capita ei subiecta fuerunt, singulas

las familias incipiunt habere : singuli enim patrumfam. nomen subeunt. l. pronuntiatio. 195. §. 2. de verb. sign.

*Mortuo patre sanè omnimodo* ] Mortuo nimirum patre, in cujus potestate 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 hæredes, §. 2. inf. de exb. lib. l. 13. de injust. rupt. test.

*In potestatem patris sui recasuri non sunt* ] Nepotes ex filio mortuo avo recidere non 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 revertisse, puta à patre adoptatum esse, nepos retentus post mortem avi non recidit in potestatem patris sui, sed omnimodo sui juris efficitur, l. si pater. 41. de adop. Hi, quos dignitas suæ potestatis facit, jura legitima intacta retinent, eorumque filii post mortem avorum in eorum potestatem revertuntur, Nov. 81. cap. 2.

TEXTUS.

De deportatione.

1. *Cum autem is, qui ob aliquod malefictum 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.*

NOTE.

1. *In insulam deportatur* ] Deportatio in insulam in locum aquæ & ignis interdictionis successit, l. 2. §. 1. D. de pæn. l. 3. D. ad leg. Jul. pecul. l. pen. in fin. de extraord. cogn. Brisson. lib. 3. sel. antiq. c. 5.

*Civitatem amittit* ] Unde deportati dicuntur peregrini, l. 6. §. 1. D. de her. inst. l. 1. C. eod. & ἀπὸ λίδος, l. 1. §. 3. de legat. 3. l. 17. D. de pæn.

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 Rom. non sit, filium habeat in potestate. Deportatio autem est capitis minutio, qua qui afficitur, in numero civium esse desinit, §. 2. inf. de cap. dem. ubi plura dicemus.

*Perinde quasi eo mortuo* ] Nam intereunt homines non solum morte, verum etiam maxima & media capitis diminutione, l. verum. 63. §. ult. pro soc. l. 1. §. filium. 8. de bon. poss. cons. tab. quæ ob id vulgo mors civilis dicitur. Vitiosam autem apparet esse hujus loci constructio nem : quæ constabit, si cum D. Hotom. legamus ; ut

eo, qui eo modo ex numero civium tollitur, perinde quasi mortuo, &c. transposito videlicet posteriore eo.

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

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

TEXTUS.

De relegatione.

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

COMMENTARIUS.

1. *Cur deportati civis esse desinant, relegati non item.*
2. *Quo numero apud nos habendi banniti, seu quibus provincia interdictum est, & damnati ad triremes.*

**R**elegati 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 adempta in perpetuum relegentur, d. l. 4. d. l. 7. §. ad tempus. Quæ autem ratio est, quod deportati hæc omnia cum civitate amittant, relegati non item ? Diversitas intelligi poterit ex verbis sententiæ & forma executionis. Nam deportati, perpetuo exilio multati, jubebantur compedibus vinciri & navigio impositi à servis publicis constitutum in solitudinem avehi : quæ condemnatio eos manifestè ad peregrinitatem redigit, & ἀπὸ λίδος facit, l. sunt quidam. 17. §. 1. de pæn. Relegatis autem dies præstituebatur, intra quem excederent. Moris enim erat ita pronuntiari ; *Illum provincia illa insulisque relego : excedereque debet intra illum diem. d. l. 7. §. hic qui. 17. de ins. & 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, l. 4. l. 5. de interd. & rel. l. 4. de pæn. l. tutor. 28. §. 2. & l. seq. de excus. quippe omnes extra solum missi, sive solo patrio expulsi, unde exules 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 retinetur, l. 2. de publ. jud. Hinc & Ovidius se non exulem esse scribit, sed relegatum, lib. 2. & 5. de tristib. Quod ad jus harum regionum attinet, plerique existimant, eos, quorum bona apud nos publicantur adjuncta provinciæ interdictione perpetua, similes deportatis habendos esse. Quibus autem ad tempus provinciæ vel civitatis alicujus finibus interdicitur, relegatis comparandos. Idemque statuendum simili distinctione adhibita de damnatis ad triremes, Christin. vol. 5. decis. 52. in fin. Gudelin. 5. de jur. noviss. c. 15.

TEXTUS.  
De servitute poenæ.

3. Poena servus effectus filios in potestate habere definit. Servi autem poena efficiuntur, qui in metallum damnantur, & qui bestiis subjiuntur.

## COMMENTARIUS.

**S**is, qui civitatem retenta libertate amittit, liberos in potestate habere definit, & mortui loco habetur; quanto magis, qui cum civitate simul & libertatem? Servitutum enim vel maximè mortalitati veteres comparabant, l. quod attinet. l. servitutem. 209. de reg. jur.

**Pœna servus**] Pœna servus dicitur, qui non alium dominum habet, quam ipsam quodammodo poenam, cui additus est. Ideoque si quid tali servo legatum sit, pro non scripto esse, quasi non Cæsaris servo datum, sed poenæ, Marcian, respondit, l. sunt quidam. 17. de poen. Cæterum non solum servitute poenæ, cujus solius hic fit mentio, verum etiam quovis alio genere servitutis patria potestas solvitur, puta si liber homo major 20. annis ad pretium participandum se venundari passus sit; aut si libertus ingratitude 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. inf. eod.

**Qui in metallum damnantur**] In metallum vel in opus metalli damnari dicuntur, qui ad effodiendum metallum cujus varia sunt genera, damnantur: quanquam inter eos, qui in metallum, & eos qui in opus metalli damnantur, differentia est in vinculis, quod huc non pertinet, l. 8. §. 4. & 6. de poen. Diversa poena fuit eorum, qui in opus publicum dari dicuntur, l. ult. de effraç. Hi enim civitatem duntaxat amittebant, libertate salva, l. 17. §. 1. d. iii. quibus hodie nonnulli comparant, qui ad triremes damnantur.

**Qui bestiis subjiuntur**] Hi sunt, qui passim ad bestias damnati & ad bestias dati dicuntur (Dio lib. 58. *vis vis* *invenis* *cu* *ve* *cedunt* *dididit* *appius* appellat) & statim consumuntur, hoc est, statim post damnationem feris obijciuntur. Sunt & qui damnati non statim consumuntur; sed populi voluptatibus reservantur, qui tamen & ipsi servi poenæ sunt: quales sunt, qui damnantur in ludum five venatorium five gladiatorium, d. l. 8. §. quicumque. 11. de poen. l. un. C. Theod. ad leg. Fab. de quo vid. Budæ. in annot. poster. Cujac. 13. obs. 10. Pet. Fab. 2. semestr. 11. Postremo omnes, qui ultimo supplicio damnantur, confestim poenæ servos fieri existimo, hoc nimirum effectu, ut statim libertatem & civitatem perdant, arg. l. 12. l. qui ultimo. 29. de poen. l. 6. §. sed est. 6. de injus. rupt. test. Jure novissimo servitus poenæ sublata est, Nov. 22. c. 8. auth. sed hodie. C. de don. int. vir. & ux. cujus rei effecta ibid. notant DD.

TEXTUS.  
De dignitate.

4. Filius familias si militaverit, vel si senator, vel consul factus fuerit, remanet in potestate patris: militia enim vel consularis dignitas de patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione

nostra summa patriciatus dignitas illico imperialibus codicillis praestitis filium a patria potestate liberat. Quis enim patiatur, patrem quidem posse per emancipationis modum potestatis suæ nexibus filium liberare: imperatoriam autem celsitudinem non valere eum, quem patrem sibi elegit, ab aliena eximere potestate?

## NOTÆ.

4. Si militaverit] l. 35. de ris. nupt. l. 5. & 6. de castr. pec. l. 7. C. de patr. pot.

Senator] l. 18. in fin. D. de jud. l. ult. de her. pet. Quint. declam. 286.

Consularis dignitas] l. 1. §. ult. D. de sen. Mac. Dion. Halic. l. 2. sed hodie liberat. Nov. 81. ubi & aliz dignitates excipiuntur, in pr. c. 1. & 3.

Summa patriciatus dignitas] Summa non quidem gradu, nam consulatus major est, sed quia ad magnitudinem accedit dignitatis perpetuitas, Baro & Cont. extat constitutio in l. ult. C. de consul. lib. 12. add. l. 3. C. eod. Codicillis praestitis] Vid. Synec. epist. 127.

## COMMENTARIUS.

1. Patricii sub Imp. Constantinopolitanis qui disti.

**S**i militaverit] Milites multis privilegiis & prerogativis à Principibus donati sunt: nexu tamen patriæ potestatis juris sacramenti eos solvi noluerunt, l. 3. C. de castr. pec. l. 7. C. de patr. pot. Observandum obiter, militiam speciem quandam fuisse dignitatis, atque inde factum, ut omnia ferè officia, etiam civilia, militiæ postmodum dicæ sint.

**Vel si senator, vel consul**] Non obstat huic loco, quod dicitur in l. antepen. de his qui sui vel al. jur. in publicis causis filiumfam. pro patrefam. haberi, veluti ut magistratum gerat, &c. Hoc enim non significat filium consulari aliove munere publico liberari patria potestate: sed patriam potestatem non obstat, 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. Non nihil huc faciunt, quæ scribit Gell. 2. no. Attic. 2.

**Ex nostra constitutione**] l. ult. C. de consul. lib. 12. Non tamen à Justiniano hoc primum constitutum videri potest, cum & apud Cassiodorum, qui ante Justinianum sub Theodorico Gothorum rege vixit, in form. Patriciatus, hoc scriptum sit; *Leges, inquit, tantam patriciatus dignitatem detulerunt, ut in sacris positum, cum hoc fueris honore praecinctus, paterna potestatis nexibus exuasur.* Quod autem Justinianus in d. constit. patriciatus tribuit, id postea produxit etiam ad alias dignitates, & ad eas omnes, quæ à curia liberant: nominatimque idem jus concessit consulari, præfecturæ prætorianæ, præfecturæ urbiæ, præturæ, magisterio militum, & denique episcopatu, Nov. 81. in pr. c. 1. & 3.

**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 longè aliter patricii in constitutionibus recentiorum Imp. accipiendi sunt. Nam translato Constanti-

nopolin imperio cœpere Principes ex senatoribus, qui curulibus magistratibus functi erant, sibi consiliarios & quasi patres legere, quos patricios dici placuit, quasi patres communis reip. auctore Suida. Atque ex eo tempore patriciatus nomen esse cœpit supremi consilii.

*Codicillis præsitiis*] Codicilli apud Latinos inter alia significant diplomata sive literas Principales, quibus honores mandantur, ut apud Sueton. in *Claud. c. 29. & in l. administrantes. 4. 1. pr. de excus. tut. l. 12. C. de dign. uti & hoc loco.*

*Quem sibi patrem elegit*] Patricii Imp. 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;

*Direptus quid plangis opes, quas natus habebis?*  
*Non aliter poterat Principis esse pater.*

Quorum versuum hic sensus est, Eutropium æquo animo adversum fortunæ casum bonorumque suorum publicationem ferre debere, cum eo modo ad Principem, qui ei filii loco fuerit, & cujus ipse parens appellatus sit, ea pervenerint. Extat constitutio Imp. Arcadii & Honorii in *C. Theod. tit. de pœn.* qua hic Eutropius in insulam Cyprum, quo bonis publicatis & adempta dignitate relegatus erat, deportari jubetur.

T E X T U S.

De captivitate & postliminio.

5. Si ab hostibus captus fuerit parens; quamvis 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 liberis habeat in potestate: quia postliminium fingit eum, qui captus est, in civitate semper fuisse. Si verò ibi decesserit, exinde ex quo captus est pater, filius sui juris fuisse videtur. Ipse quoque filius, neposve, si ab hostibus captus fuerit, similiter dicimus propter jus postliminii, jus quoque potestatis parentis in suspensio esse. Dicitur autem est postliminium a limine & post. Unde eum, qui ab hostibus captus est, & in fines nostros postea pervenit, postliminio reversum recte dicimus. Nam limina sicut in domo finem quandam 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 redisse existimatur.

N O T A.

5. *Pendet jus liberorum*] In pendenti, in incerto est, *l. ult. D. de sen. Mac. l. 12. §. 1. de capt. & post.* non igitur tam captivitate patria potestas amissa restituitur, quam

liberi finguntur in potestate etiam tempore captivitatis mansisse, *Ulp. tit. 10. §. pen. Boët. in top. Cic.*

*In civitate semper fuisse*] Alia effecta vid. *in l. 1. §. ult. D. de sen. Mac. l. 6. §. ult. D. de tutel. l. 22. §. 1. de capt. & post. l. 13. eod.*

*Ipse quoque filius*] *l. 9. l. 10. l. 12. C. de post. rev.*

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

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

*Quamvis servus hostium fiat*] Constat eos, qui ab hostibus capiuntur, jure belli servos hostium fieri, & consequenter definere liberos habere in potestate. Verum Romani, qui cum 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 possit, 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.

*Quis reversus fuerint*] Pomponius reversum postliminio ait, qui intra præsidia nostra esse cœpit, *l. 5. §. 1. de capt. Paulus*, cum in fines nostros intraverit, *l. postliminium. 19. §. 3. eod.* Sed ex paritate rationis consensu gentium rem ed perduxit, ut postliminium locum haberet, etiam si 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, locum 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 jur. bell. & pac. 9. n. 2.*

*Omnia pristina jura*] Puta civitatem, familiam, bona, sive eorum dominium. Rectè autem jura, *l. 5. §. 1. in bello. 12. §. 1. de capt. & post. rev.* nam ea, quæ facti sunt, postliminio non continentur: qualis est verbis causa possessio, quæ idcirco interrupta captivitate non restituitur, *l. denique. 19. ex quib. ca. maj. l. cum heredes. 23. §. 1. de acq. p. ff.* Sicut autem postliminio reversus jura recipit, ita & in ipsum jura restituntur, *l. 6. d. l. in bello. §. caetera. de capt.* Neque homines solum, sed etiam agrî, *l. si captivus. 20. §. 1. eod.* adeoque quodvis jus solo adhærens postliminium habet per *l. 6. de rer. div. uti & loca sacra ac religiosa, l. cum loca. 36. de rel.* At rebus mobilibus postliminium non est: exceptæ tamen naves longæ atque onerariæ, muli clitellarii, equi & equæ frenum patientes, *Cic. in Top. Gall. Æl. apud Fest. Marcell. l. 2. de capt.* quanquam hodie, ut passim tradunt morum periti, nullæ res mobiles postliminio redeant, ne naves quidem, *vid. Grot. de cap. 9. n. 13. & seq. D. Tulden comment. ad tit. de rer. div. cap. 30.*

*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 pote-

potestate etiam tempore captivitatis retinuisse, d. l. in bello. §. 1. l. retro. 16. l. bona. 22. §. 2. eod. l. 6. §. ult. de tutel. Nec alioqui rectè diceretur, statum liberorum pendere, aut in incerto esse, ut hic & d. l. in bello, & l. bona nec acta à filio esse in pendenti, l. 1. §. 1. de senat. Mac. sed jus patris & liberorum captivitate patris extinctum, postliminio restitui: acta à filio tantisper rata esse; at reverso patre infirmari. Non est autem levis momenti hæc fictio: nam inde est, quod quæ filius medio tempore quaesivit, pater reversus tanquam sibi quaesita occupare possit jure peculii, etiam defuncto pridem filio, l. pen. de suis & leg. har. Inde quoque est, quod patre reverso denegatur actio creditori, à quo filius, dum pater apud hostes est, mutuum pecuniam accepit, quasi contra SCrum credita sit, l. 1. §. 1. de SC. Mac. Denique hinc est, quod Ulp. respondit, non posse ei, cujus pater in potestate hostium est, tutorem dari, l. 6. §. ult. de tutel. qui rectè utique daretur, si 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 Corneliae, l. 12. qui restam. fac. §. ult. infr. quib. non est perm. fac. rest. eaque in omnibus partibus juris servatur, l. in omnibus, de capt.

*Ipsæ quoque filius*] Quapropter, si verbi gratia, in potestate fuit filius eo tempore, quo capiebatur, medio tempore patre mortuo, reversus suus hæres patri erit, l. 9. C. de post. rev.

*A limine & post*] De notatione nominis postliminii controversia olim fuit inter Scævola & Servium, teste Cic. in Top. Scævola junctum dicebat esse verbum à post, quod reditum notat, & limine. Servius in eo nihil ipe-ctandum præter præpositionem 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, sic ut materia & materies, contagio & contagēs, &c. quamquam usu inferiore factum est, ut limen magis ad privata, limes ad publica referretur. Sie veteres *eliminare* dicebant è finibus eicere, & exilium nominabant *eliminium*. Grot. d. c. 9. in pr. Fos. 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 δόλω, ἢ βίῃ, ἢ ἀμφοτέρω, ἢ κτηνῶν. ita tamen, si ea mente fuerit, ut illo non reverteretur, l. nihil interest. de capt. Et ideo Attilium Regulum responsum est non esse postliminio reversum: quia juraverat Carthaginem se reverfurum, l. 5. §. 3. d. tit. Grot. d. lib. 3. cap. 9.

### 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 observatio-

nam 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 a sua manu dimittant. Et tunc ex edicto prætoris in bonis ejusmodi filii, vel filia, vel nepotis, vel neptis, qui quæve a 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.

### NOTÆ.

6. *Emancipatione*] Emancipatio hodie definiri potest actus legitimus, quo liberi à manu patris apud competentem judicem dimituntur.

*Judices vel magistratus*] ἐξουσιαστές, ne quis putet judices hic intelligi pedaneos, apud quos lege agi non potuisse constat. Extat constitutio Justiniani in l. ult. C. de emanc. lib.

*A parente manumissus*] Id est, emancipatus, tit. §. à par. qui man. redigebantur enim liberi prius in servilem causam, licet postea in imaginariam duntaxat, l. 3. §. 1. D. de cap. min.

*Quæ tribuuntur patrono*] Emancipatus à parente liberti exitum patitur, l. 1. D. §. à par. qui man. puta in contra tabulas bonorum possessione, d. l. 1. & successione legitima, §. ult. inf. de leg. agn. succ. sed hoc mutatum, Nov. 118. cap. 2.

### COMMENTARIUS.

1. *Vetus emancipandi ratio exposita.*

2. *Patroni & parentis emancipatoris comparatio.*

**A**lius 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 emptore 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 emptore fiducia, qui ob id pater fiduciarius 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 emptor ille imaginarius. Atque

hac

hac cautione interposita in specie dicitur emancipatio fieri contracta fiducia, §. ult. inf. de leg. agn. success. l. 2. §. 15. ad SC. Tert. Hæc ex Dionys. Halicarn. lib. 2. Boët. in Top. Cic. Cajo lib. 1. tit. 6. Ulpian. tit. 10. l. ult. & pen. C. de emanc. lib.

*Ex imperiali rescripto*] Hic modus emancipandi ab Imper. Anastasio introductus est, qui etiam neglecta antiquæ emancipationis fabula, potestate ab Imperatore impetrata, ejusque rescripto apud magistratum exhibitio, liberos emancipari permisit, modo filius infante major consentiret, l. pen. 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. Exstat constitutio l. ult. C. de emanc. lib.

*Ad competentes judices vel magistratus*] Explicativè. Nam & magistratus, qui tribunali aut jurisdictioni præfunt, judices appellantur, l. 1. de judic. tit. de reb. n. n. ff. jud. poss. & passim in constitutionibus posteriorum Imp. Quod moneo, ne quis putet judices hic intelligi pedaneos, sive qui à magistratibus causis privatis cognoscendis & judicandis dabantur: apud quos lege agi non potuisse, plusquam manifestum est. Sed nec apud eum, cui mandata est jurisdictio, legis actionem fuisse, Marcian. & Ulp. testantur l. 2. §. 1. l. seq. de offic. proconf. de quo plura ad §. 8. inf. eod.

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

<sup>2</sup> *Ex edicto prætoris eadem jura*] Nimirum ut parens exemplo patroni ad contra tabulas bonorum possessionem admittatur, si testamento factò ab emancipato præteritus sit, d. tit. si à par. quis man. Sed & jus legitimæ successionis huic patri à Justiniano datum est, perinde quasi contracta fiducia eum emancipasset, hoc est, ex lege fiduciæ sibi remanipatum manumisisset, §. ult. inf. de leg. agn. succ. Et hoc ad similitudinem patroni, quem ad hæreditatem liberti intestato sine liberis mortui jam olim lex 12. tabularum vocabat, inf. de success. libert. Non tamen usque adeo exæquatur patrono parens, ut etiam liberi ejus ad successionem aut contra tabulas bonorum possessionem veniant, l. 1. §. liberos. si à par. quis man. aut ut etiam actio Calvisiana parenti detur, l. 2. eod. tit. aut denique ut rectè stipuletur à filio operas, l. 4. eod. Jure authentico plenissimè de ratione succedendi cautum est, ex quo parens manumissor jure patroni, quoad emolumentum successionis uti desit. Nov. 118. c. 2. Nov. 115. c. 4.

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

T E X T U S.

Si alii emancipentur, alii retineantur in potestate.

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

N O T A.

7. Nepotem manumittere] Notandum est, in filiofam. idem esse, manumittere, ex potestate dimittere, sui juris efficere, emancipare.

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

T Otus hic locus descriptus est ex Cajo l. liberum. 28. de adopt. Illud hic queritur, an ejus quoque qui à parente manumittitur, voluntas spectanda sit; an vero etiam invitum emancipari possit. Et puto idem hic dicendum, quod de eo dicitur, qui à patre in adoptionem datur, §. seq. l. nequo absens. 24. de adopt. l. 5. C. eod. nimirum necesse non esse, ut expressè consentiat. Cæterum nec oportere eum dissentire aut contradicere, arg. l. pen. in fin. C. de emanc. lib. Nov. 89. c. 11. Paulus quoque lib. 2. sent. 25. in fin. scribit, invitum filiumfam. non emancipari. An autem & quando, qui tacet, consentire intelligatur, non est hujus loci disputare. Tractant tamen hanc quæstionem Jo. Fab. & Ang. & Mysf. ad hunc locum.

T E X T U S.

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, presente eo, qui adoptatur, & non contradicente, nec non eo presente, qui adoptat, solvitur quidem jus potestatis patris naturalis; transit autem in hujusmodi parentem adoptivum, in cujus persona & adoptionem esse plenissimam, antea diximus.

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

1. Antiquitus neutiquam alieno nomine lege agi potuisse: eamque naturam actus voluntaria jurisdictionis retinuisse.
2. Actus voluntaria jurisdictionis expediri non posse apud eum, cui jurisdictionis mandata est.

**A** Vo vel proavo naturali] Nam si extraneo in adoptionem datus sit, jura patris naturalis integra manent, l. pen. C. de adopt. §. 2. sup. tit. ubi dictum est.

K

Apud

*Apud competentem judicem* ] Non apud judicem pedaneum, cujus nulla jurisdictio est: sed apud ipsam magistratum & eum, qui legis actionem habet, ut notavimus ad §. *hujus tit.* 6.

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

*Nec non eo presente, qui adoptat* ] Absens adoptare non potest, *l. post mortem. 25. §. 1. de adopt.* quia, ut ait ibi Jurisconsultus, nemo per alium ejusmodi solemnitate peragere potest. Atque eo pertinere arbitror, quod regula juris in genere definit, neminem alieno nomine lege agere posse, *l. nemo. 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. de iis per quos ag. poss. inf. lib. 4.* sed postea propriam tantum quorundam esse cœpisse, & maxime eorum actuum, qui quod inter volentes expediuntur, dicuntur esse voluntariæ jurisdictionis; quorum modi sunt manumissio, adoptio, emancipatio; quæ veterem naturam retinuerunt, *l. 3. C. de vind. lib. l. neque. 24. & l. seq. §. 1. de adopt.* etiam adoptio nova Justiniani, ut hic, & *d. l. ult. C. de adopt.* Idem quoque probabile est observatum fuisse in persona magistratus. Existimo enim nec hujusmodi actus à magistratibus mandari potuisse, neve mandata jurisdictione transisse in eum, cui mandata esset, contra quam DD. vulgo sentiunt, *arg. l. 1. C. de adopt. l. 2. §. 1. l. 3. de off. proc.* ex quibus locis discimus, ea quæ sunt voluntariæ jurisdictionis, non nisi apud eum expediri posse, apud quem plena legis actio est: eum autem, cui mandata est jurisdictio, talem jurisdictionem non habere, adeoque omnino non esse apud eum legis actionem. Negotium tamen facit *l. 17. §. 1. de man. vind.* Cujac. *1. obs. 1. & 15. obs. 19.* negationem inserit. Alii pro (*apud legatum ejus*) legunt (*Cæsaris*) suspicantes errorem ex notis natum *ejus* & *Cæs.*

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

## T E X T U S.

## De Nepote nato post filium emancipatum.

9. *Illud scire oportet, quod si nurus tua ex filio tuo conceperit, & filium inum emancipaveris, vel in adoptionem dederis pregnante 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.*

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

**N**Epos non ex nativitate, sed ex conceptionis tempore familiam sortitur: quia ex eo tempore jam in rerum natura esse creditur, *l. 7. l. pen. 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, defecisse, si ante deportationem patris liberi concepti sint, licet postea edantur, l. ex factis. 17. §. ex factis. 5. ad sen. Treb.*

## T E X T U S.

An Parentes cogi possunt, liberos suos de potestate dimittere.

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

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

1. *Quibus modis more harum regionum parentum potestas solvitur.*

**Q**uemadmodum liberi, qui vel ab initio sui juris fuerunt, vel postea facti sunt, inviti in potestatem patris non rediguntur, *l. ult. de his qui sui vel al. jur. Nov. 89. c. 11.* ita nec vice versa à liberis in potestate constitutis cogi parentes possunt, ut eos à potestate suadmittant, *l. non potest. de adopt. l. nec avus. 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. nunquam. 32. de adopt.* Sed & alios, si justa causa sit, audiri æquum est; veluti si à patre ad turpitudinem adigatur, *l. si lenon. C. de episc. aud. aut male contra pietatem afficiantur, l. ult. si à par. quis man.* Sed & si filium emancipare cogitur, qui legatum ea conditione sibi relicto agnovit, *l. si cui. 92. de conditionibus & demonstr. & jure novissimo etiam de potestate patris exeunt liberi, si pater incestas & nefarias nuptias contraxerit, Nov. 12. c. 2.*

Apud nos & in cætero Belgio singularis illa Romano-  
rum in liberos potestas incognita est, ut jam aliquoties diximus. Sed & jus, quod parentes in liberos habent, propriis quibusdam modis solvitur; manente tamen semper naturali reverentiæ & obsequii debito. Primum enim moribus nostris exeunt liberi de potestate parentum non tantum emancipatione illa expressa sive Justiniane, cum apud magistratum de manu dimittuntur; sed etiam tacito quodam emancipationis modo, permittente videlicet patre filium seorsum habitare & mercaturam aut opificium aliquod exercere: atque hac ratione liberi potestati patria soluti hoc consequuntur, ut & bona sua ipsi administrare & in judicio consistere possint. *Christin. d. vol. 4. dec. 186. n. 11. Grot. 1. manud. 6.* Apud Frisios tamen hic modus receptus non est. *D. Jo. à Sande lib. 2. tit. 7. defin. 6.* Secundo nuptiis quoque sive matrimonio liberorum patris potestas solvitur: unde apud nos nulli liberorum sunt in potestate avi, *Gudelin. lib. 1. de jur. nov. cap. 13. Christin. d. vol. decis. 185. n. 7. Grot. d. loc. quod secus fuisse jure Rom. ostendimus ad §. ult. sup. de patr. potest.* Tertio desinunt liberi in potestate esse patris, si ei, ut prodigo, curatore dato bonis interdictum sit, *Grot. d. loc. quod & ipsum jure Rom. incognitum est.* Postremo si quid liberis obvenit puta ex hæreditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum aut amicorum, earum quidem rerum cura atque administratio patri competit, sed haud secus ac tutori aut curatori: ideoque hoc jus etiam solvitur, ubi liberi ad eam ætatem per-



pervenerint, qua curatio finire solet; nempe anno xxi-  
tis eorum vigesimo quinto, *Gudel. d. c. 13. in fin. Tul-*  
*den. com. bic c. 2. Christin. d. decif. 186. n. 9. ad Guid.*

*Pap. quast. 54. Boër. ad consuet. Bitur. de jur. pers. Per.*  
*Greg. 11. synagm. c. 10. Groenew. de legib. abrog. ad*  
*hunc tit.*

TITULUS XIII.  
DE TUTELIS.

*Dig. tit. 1. lib. 26. & Novell. 72.*

*Ratio ordinis.*



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

TEXTUS.

De Personis sui juris.

*Transcamus nunc ad aliam divisionem perso-*  
*narum. Nam ex his personis, qua in potestate non*  
*sunt, quadam vel in tutela sunt, vel in curatione,*  
*quadam neutro jure tenentur. Videamus ergo de*  
*his, qua in tutela, vel curatione sunt. Ita enim*  
*intelligemus ceteras personas, qua neutro jure te-*  
*nentur. Ac prius dispiciamus de his, qui in tu-*  
*tela sunt.*

COMMENTARIUS.

*1. Summa reliquorum hujus libri capitulum.*

**N**am 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 cu-  
ratorum progressio fit. Postremo tractatur de satisfactio-  
nibus, excusationibus & suspicionibus, quæ utriusque  
muneris communia sunt.

*In potestate non sunt]* Patria sc. vel dominica, in qua  
qui sunt, non sui, sed alieni juris sunt: alioqui & tute-  
la species quædam est potestatis, (quod verbum & alia  
plura significat, *l. potestatis. 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 ma-  
nu aut familia tutoris, sed sui juris est; nec illi acquirit,  
sed sibi. Ut loquitur Spartianus in Aureliano.

TEXTUS.

Tutelæ definitio.

*1. Est autem tutela ( ut Servius definiuit )*  
*vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum,*

*qui per atatem se ipse defendere nequit, jure civi-*  
*li datâ ac permisâ.*

NOTA.

*1. Vis ac potestas]* Ita & §. seq. & *Servius l. 1. hoc tit.*  
hæc duo quoque junguntur, §. 3. *inf. de interd. l. 17. de*  
*legib. l. 7. C. de Cod. Cic. 1. de nat. Deor. Gloss. basil.*  
*δύναμις καὶ ἐξουσία. Theophil. δύναμις καὶ ἐξουσία, jus & po-*  
*testas.* significatur autem verbis istis facultas & jus pro  
auctoritate quid faciendi.

*In capite libero]* ἀρχαιῶν pro *in caput liberum*, ut  
in *12. tabb. in eo pecuniaque ejus potestas esto*, item in  
formula adrogationis. *Gell. 5. 19. & Cic. pro dom. Ca-*  
*put autem liberum pro pupillo & persona, quæ sui ju-*  
*ris est, d. c. 19.*

*Per atatem]* in Florent. est, *propter atatem l. 1. eod.*  
*propter atatis infirmitatem. Ulp. tit. 11.*

COMMENTARIUS.

**V**is ac potestas] Ita & in *l. 1. pr. D. eod.* Generis lo-  
co ponitur *vis ac potestas*, quæ duo frequenter con-  
junguntur, ut in *l. scire. de legib. §. adipiscenda. inf. de*  
*interd. & significant δύναμις καὶ ἐξουσία, sive facultatem aut*  
*jus pro auctoritate quid faciendi statuendive tum in per-*  
*sona pupilli, tum in rerum pupillarum administratione,*  
*ἐπιτροπία in verbo potestatis jam notata est.*

*In capite libero]* Objectum tutelæ, & est vetus locu-  
tio, *pro in caput liberum*, ut in illo *12. tabularum; Si*  
*furius existat, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque*  
*ejus potestas esto.* Item in formula adrogationis apud  
*Agell. 5. c. 19. Uti que ei vita necisque in eo potestas fiet.*  
Caput autem liberum pro homine libero veteres disce-  
bant. Cicero *4. Verrin. Hic de capite libero judicabit.*  
*Liv. lib. 31. Libera capita sine pretio dimisit.* Hinc ca-  
put liberum facere, apud Plaut. *Mercat. pro manumit-*  
*tere, & eos plerumque, qui etiam sui juris essent, hoc*  
*verbo intelligebant: quomodo Agellius d. loc. 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 gra-  
tia constituta est, ita & ad utilitatem eorum tota refe-  
renda. Distinguunt itidem tutelam à patria potestate,  
quia magis ipsius patris causa comparata est, sicut & do-  
minica domini, cujusque vis non minus in coercendo,  
quam in tuendo filio posita est. Innuunt præterea, tuto-  
rem principaliter personæ dari, non certæ rei aut causæ,  
in quo differt à curatore, §. 4. *seq. tit. junct. §. 2. inf.*  
*de curat.*

*Qui per atatem 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, prodigi, mente capti, & qui perpetuo morbo laborant, §. 3. & 4. *inf. de curat.* In Florent. est, *propter atatem. Theoph.* ἄγ τὸ ἡλικίας ἀσυλίας.

*Jure civili*] Clausula hæc ad definitionem necessaria non est, sed ideo adjecta, ne quis putet, hanc potestatem temerè & pro arbitrio à quibusvis posse usurpari, aut ad eos, qui non sunt cives Romani, pertinere: nam tutela licet ortum ex jure gentium trahat, ad jus tamen civile refertur eo modo, quo pleraque alia, ut nuptiæ, patria potestas, testamenta, & cætera id genus.

*Data ac permessa*] Datur legitima, hoc est, legitimi tutores immediatè sine facto testatoris aut magistratus à lege ad tutelam vocantur, l. 5. *in pr. & l. 6. de leg. ius.* Permittitur, quæ prius data est aut testamento, aut à magistratu, illa lege 12. tabb. l. 1. *de test. ius.* hæc aliis legibus & constitutionibus, *inf. de Attil. ius.* Atque hinc etiam peti potest aliqua tutelæ divisio tanquam à causa efficiente, partim proxima, partim remota.

## T E X T U S.

## Definitio &amp; Etymologia Tutoris.

2. *Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent, exque ipsa re nomen acceperunt. Itaque appellantur tutores, quasi tutores atque defensores; sicut aditui dicuntur, qui adestuentur.*

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

*Qui eam vim ac potestatem*] Si tutela est potestatis ad tuendum eum, qui in tutela est, qui eam potestatem habet, rectè tutor dicitur, argumento à conjugatis.

*Tutores sive tutores*] Ἐπιμελῆς, sive notatio verbi tutoris, l. 1. §. 1. *cod.* Tutela quoque idem erat veteribus; quod tuitio, sicut cautela idem quod cautio.

*Sicut aditui*] Aditui est ædis sacre tuitor, id est, curam agens, auctore Festo. Veteribus dicebatur *adituius*, si Gellio credimus lib. 12. c. 10. ἰεγφύλακος vocat Scævola l. 20. §. 1. *de ann. legat.*

## T E X T U S.

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

3. *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 tua 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.*

## N O T A.

3. *Liberis impuberibus*] Etiam si ex hæredatis, l. 4. *de test. ius.* nec obstat l. 73. §. 1. *de reg. jur.* quoniam ex hæredatio non extinguit jus sui hæredis: aut impuberem facit suæ potestatis, §. 4. *inf. de pup. subst.*

*Quos in potestate habent*] Tutela jure patris potestatis mandatur, l. 40. *de adm. tut. l. 1. de test. ius. d. l. 73. §. 1.* Itaque nec pater filio emancipato, nec mater liberis tutorem jure dare potest; sed opus est confirmatione, *tit. de conf. tut.*

*Testamento*] Codicillorum usu recepto, etiam codicillis testamento confirmatis dari tutores cœperunt, l. 3. *de test. ius.*

*In potestate patris*] l. 1. §. *ult. cod.* quippe tutorem habere non potest, qui est in potestate patris: nec dari nisi suo hæredi, l. 73. §. 1. *de reg. jur.* junct. §. 2. *inf. de her. qualis.*

*Non poterunt ex testamento &c.*] Est tamen casus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater superstes & in potestate, l. 10. §. 2. *de test. ius.*

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

*Species tutelæ tres sunt, testamentaria, legitima, & Attiliana sive dativa, quas nunc ordine persequitur, initio factò à testamentaria, quæ reliquis duabus potior est, inf. tit. 15. in pr. l. 9. §. 1. in fin. de tut. & rat. dist.* sicut & in deferenda hæreditate potior causa est hæredum ex testamento, quam ab intestato, l. *quamdiu. 39. de acq. her. l. 89. de reg. jur.* Ait permissum esse parentibus liberis impuberibus, quos in potestate habent, testamento tutores dare, paucis verbis complectens & personam dantis, & ejus, cui datur, & formam dandi sive modum. In personam dantis exigit, ut si parens: in persona eorum, quibus datur, ut sint liberi, ut impuberes, ut sint in potestate dantis: sunt & qui quartum requirunt, ut hæredes instituantur, contra expressum textum l. 4. *de test. ius.* & jus veteris patris 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. ius.*

*In filios filiasque, &c.*] Lex duodecim tabb. generali vocabulo liberorum usa est sine discrimine sexus aut gradus. Sive igitur fœminæ sint, quibus tutor datus est, sive masculi, sive filii, sive nepotes, quia hi omnes appellatione liberorum continentur; §. *ult. seq. tit.* valet datio. Cæterum in nepotibus non aliter procedit, 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 hæres avo, §. 2. *inf. de her. qual. & diff.* tutor autem dari non potest, nisi suo hæredi, l. *quo tutela. 73. §. 1. de reg. jur.*

## T E X T U S.

## De posthumis.

4. *Quum autem in compluribus aliis causis posthumi pro jam natis habeantur, & in hac causa placuit non minus posthumis, quam jam natis tutores dari posse: si modo in ea causa sint, ut, si vi-*

vis.

vis parentibus nascerentur, sui heredes, & in potestate eorum fierent.

NOTA.

4. *Pro jam natis*] Quoties de eorum commodo quaeritur, ut hic, l. 7. l. pen. de stat. hom. aliis autem non profunt, nisi nati, l. 231. de verb. sign. exemplum in l. 2. §. 6. de exc. tut.

*Sui heredes, & in potestate*] l. 73. §. 1. de reg. jur. nec minus tamen utilis est tutoris datio, si nati sint vivo patre, l. 16. §. ult. de test. tut.

COMMENTARIUS.

Quod de tutore liberis jam natis dando dictum est, id hic etiam ad posthumos producit, 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, in plerisque juris articulis pro jam natis habentur; nempe quoties de commodo eorum quaeritur, ut in casu proposito, l. 7. l. pen. de stat. hom. Poterat & à jure patris potestatis ratio peti, arg. §. 1. inf. de exhar. 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 hæredibus, cum moritur, habet; ita nec posthumis potest, nisi iis, qui, si vivo parente nascerentur sui heredes & in potestate ejus futuri essent. Utrumque Mucius paucis complectitur; Nemo, inquit, potest tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis hæredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset, l. quo tutela: 73. §. 1. de reg. jur. Est tamen casus, ubi tutor utiliter datur nepoti, cujus pater superstes & in potestate est, l. 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.

NOTA.

5. *Emancipato filio*] Idem est, si etiam non emancipato datus sit codicillis non confirmatis, l. 1. §. 1. de confirm. tut.

*Omnimodo*] Ita ἐπὶ τὸ ἄνευ, ut plurimum. d. l. 1. §. 2. interdum enim à voluntate patris recedit prætor, l. 9. §. 2. seqq. eod. l. 4. de test. tut.

*Sine inquisitione*] Et sine satisfactione, d. l. 4. d. l. 1. §. 2. l. 3. l. 6. eod. A matre autem datus filio instituto (nam ex hæredato à matre dari non potest, d. l. 4.) non satisfacit quidem, sed ex inquisitione confirmatur; l. 2. de confirm. tut. d. l. 4. Ex l. 4. C. de test. tut. tollenda est negatio in illo loco, quando autem eos heredes (non) instituerit. Cujac. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. Quibus ex rebus æstimandum, an tutor jure datus sit.
2. In quibus differat confirmatio tutoris à patre non vidè datus & datus à matre, vel extraneo.
3. Explicatio l. 4. C. de test. tut.

4. *Confirmatos tutores non pro dativis, sed pro testamentariis habendos.*

5. *In his regionibus ferè duo tantum esse genera tutorum, remissive.*

*Emancipato filio*] Didicimus tit. præo. §. præterea, liberos per emancipationem potestate patris sui liberari; quamobrem pater non jure, neque ex præscripto legis 12. tabb. tutorem dat filio emancipato: sed tamen qui ita non jure datus est, confirmatur auctoritate magistratus, & quidem simpliciter, sive omnimodo, ut hic loquitur Justinianus, id est, sine inquisitione, sine idoneus necne. Locus postulat, ut de confirmandis tutoribus paulo, quam hic factum est, differamus accuratius. An tutor jure datus sit, ex hisce tribus potissimum æstimatur; ex persona dantis, si parens est, ex persona eorum, quibus datur, si sint liberi impuberes & in potestate dantis; ex modo dandi, si detur testamento aut codicillis testamento confirmatis, §. 3. sup. 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. Cæterum 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 confirm. tut. 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 quocunque modo filio emancipato tutorem dederit, scriptus tutor simpliciter confirmandus sit, hoc est, sine inquisitione, & satisfactione ei remissa, hoc text. l. 1. §. 2. l. 3. l. 6. de confirm. tut. nisi quod ex causa nonnunquam inquisitio fiat, ut in casibus l. 8. §. 2. seqq. d. tit. 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. d. tit. 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 & hæres impubes institutus sit, l. 4. de test. tut. l. 4. de confirm. tut. quæ etiam ratio est, cur datio sustineatur, d. l. 4. de confirm. tut. & inquisitio præcesserit, l. 2. l. 5. d. tit. l. qui in tutelam. 28. §. 2. de test. tut. Hoc interest, quod à matre datus satisfactione non operatur, sed ab ipso prætore ex inquisitione confirmatur, l. 2. de confirm. tut. cæteri ferè remitti solent ad magistratus municipales confirmandos præstita satisfactione, l. 5. d. tit. nec aliter tamen quam si pupillus extra id, quod ex successione eorum accepit, nihil in bonis habeat. l. 4. ff. eod. Quod autem diximus, à matre datum tutorem non aliter confirmari, quam si hæredem 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, rectè datus intelligatur, nec eget confirmatione, secus si non institutis, id est præteritis aut ex hæredatis dederit; quod aperte falsum est. Tollenda omnino in d. l. 4. negatio cum Cujacio & Fabroto, ex illis verbis, Quando autem

eos hæredes (non instituerit, quomodo detracta sc. negatione, & in quibusdam codicibus legi testatur Pacius. Et teste D. Fabr. veteres libri negationem etiam non agnoscunt, ut nec Interpp. Græc. ad l. ult. Cod. arbit. sus. Ita omnia & inter se & cum ratione juris optimè convenient. Ne quis enim ex eo, quod simpliciter dixerat Imperator, non posse matrem filiis testamento tutorem dare, nisi eos hæredes instituerit, putaret, cum eos hæredes instituit, dationem sustineri ipso jure; mox quomodo hoc quod dixerat, intelligendum sit, declarat, nempe et si ne tunc quidem cum liberis institutus mater tutorem dat, ipso jure datio valeat, datum tamen à præsidibus confirmari solere. Et sic bene quoque se habent illa sequentia, *Nulla vero ex his interveniente &c.* nempe si aut mater non instituit filio tutorem dederit, aut instituto datus non sit confirmatus. Pater vero etiam filio exheredato jure tutorem dat, l. 4. l. 26. §. 2. l. 31. de test. sus. quoniam tam exhereditatio jure patris potestatis fit, quam delegatur tutela. Porro tutores ita confirmati sub eodem genere non sunt 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 confirmantur quod naturam tutoris non mutat, arg. l. 8. & seq. eod. Deinde quia confirmatio non pendet à voluntate & sola potestate confirmantis, sed magis in necessitate juris posita est; tenetur enim Prætor datum confirmare, & judi-

cium defuncti, cujus proinde potissima ratio habetur, in confirmando sequi. l. 1. §. 1. eod. l. Nesevnius. 32. de excus. Unde apparet etiam, antequam confirmantur, pro testamentariis quadantenus haberi, ut legitimis præferantur; & malè ratiocinari eos, qui ob id, quod is, qui confirmat, aliquando dare censetur, per l. lege. 130. de verb. sign. tutorem 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. salu. fore. Planè non omnes hujus tutelæ species æquè prope ad testamentariam accedunt: nec repugno, si quis mixtam dici malit. Utique si magistratus eum cum ignoraret à patre tutorem inutiliter datum esse, alium tutorem pupillo dederit, non revocatur, quod jure gestum est; adjungi tamen ei, is, qui patris judicium meruit, potest. l. 3. C. de conf. sus. Apud nos ferè duo tantum sunt tutorum generi; unum eorum, qui testamento; alterum, qui à magistratu dantur: nec refert à patre, an à matre dentur; testamento, an codicillis. Legitimorum autem tutorum vix apud nos usus est: quoniam ubi testamento de tutela nihil cautum est, solent & tenentur magistratus audire cognatos pupilli proximos atque ex iis, qui modo idonei sint, tutores creare, vid. quæ notamus inf. in fin. tit. de leg. agn. sus.

## TITULUS XIV.

## QUI TESTAMENTO TUTORES DARI POSSUNT.

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

Continuatio & argumentum tituli.

**S**uperiore 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.

## T E X T U S.

Qui tutores dari possunt.

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

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

**S**ed 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, inf. de excus. in pr. In publicis autem causis filiusfam. non sequitur jus patris, sed pro patrefam. habetur, l. 9. de his qui sus vel al. jur. l. 14. ad Treb. Et enim qui est in aliena potestate, alium in potestate habere non potest, l. sic eveniet. 21. ad leg. Jul. de adult. Verum hoc est, sed de eodem genere potestatis accipiendum.

## T E X T U S.

De Servo.

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

## N O T E.

*Libertatem directam*] l. 32. §. 2. de test. sus. l. pen. C. de nec. serv. man. Imo fideicommissariam. Cujac. Vult. Bach. per l. 9. C. de fidei. her. Resp. d. l. 9. accipienda de eo casu, quo servus tutor datus est codicillis, vel verbis precariis, veluti, *Peto à te hæres, ut Davus sis tutor liberis meis*, ut in l. 1. §. 1. de conf. sus.

*Per errorem*] Eo quod testator liberum esse putabat, cum esset servus, l. 22. de test. sus. l. 24. §. 9. de fideic. lib. ἐπειδὴ ἐπιπλάσθη τῷ αὐτῷ τὸν εὐχόμενον ὁ δαδύμενος, ut ibi Græci.

Ser-

*Servus alienus pure inutiliter*] Intellige quoad verba & sententiam: nam illa datio, *Davus tutor esto*, non est pura quoad sententiam: cum subaudiatur conditio, *cum liber eris*. Ita Cont. ne obstat l. 10. §. ult. eod.

*Proprium inutiliter eo modo*] Nec hæres eo modo rectè instituitur; l. 21. de cond. inst. quoniam quod in nostra potestate est, in casum conferri non oportet, l. 22. d. tit.

COMMENTARIUS.

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

**N**on solum liberi homines testamento tutores dari possunt, sed etiam servi: quia & cum servis testamenti factio est, l. *testamento*. 21. de test. tut. §. in extraneis. inf. de her. qual. & diff. Disputatur autem hoc §. de triplici forma mandandæ servis tutelæ, tum propriis, tum alienis. Prima hæc est: *Davus tutor & liber esto*: secunda; *Davus tutor esto*: tertia; *Davus tutor esto, cum liber eris*. De prima specie in servo proprio nulla est controversia: in alieno favor pupilli & publicæ utilitatis libertatem fideicommissam servo defendit, ut nimirum hæres eum à domino emat & manumittat, l. 10. in fin. de test. tut. De secunda, quod quidem attinet ad servum proprium, Justinianus hanc directam libertatem tacite accepisse scribit, ac per hoc rectè tutorem esse: quod & Paulus non obscure indicat l. *quero*. 32. in fin. d. tit. cum dicit, hoc ipso, quod à domino tutor datus est, libertatem quoque meruisse videri, eamque sibi vindicare posse, & ab adita hæreditate liberum esse. Tertia in alieno servo utilis, in proprio inanis & ludicra judicatur, tanquam si quis diceret, hæc res tibi empta sit, si voluero.

*Directam*] Directa libertas dicitur, quæ recta ex testamento ad servum transit sine alterius facto aut opera, §. 2. inf. de sing. reb. per fid. Putat Cujacius, eumque secuti Vultejus & Bachov. hoc à Justiniano primum constitutum esse; & quidem invita Jurisprudencia: sed eos refellit tum locus Pauli modo allegatus, tum quod Justinian. scribit, l. *pen C. de nec. 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 hærede instituto, quod antea non obtinebat, inf. de her. inst. in pr. nimirum ut hoc ipso, quod hæres institutus est, etiam libertas ei imposita videatur, ad exemplum servi simpliciter tutoris dati. Atqui servum simpliciter hæredem institutum, nemo est qui negare possit, directo ex testamento liberum fieri ex constitutione Justiniani. Postremo cui datur fideicommissaria libertas, is non nisi volens & petens sit liber. Servus proprius tutor datus, necessariò. Non obstat quod dicitur in l. 10. in fin. de test. tut. nihil interesse, suum servum, an alienum quis tutorem dederit: hoc enim ad voluntatem dandæ libertatis, non ad qualitatem datæ referendum est: si quidem servo alieno non nisi fideicommissaria defendi potest. Magis obstat l. *est*. 9. C. de fid. lib. Communis responsio est, eum locum accipiendum esse de eo casu, quo servus tutor datus est codicillis, vel verbis precariis, veluti, *Peto à te heres, ut Stichus sit tutor liberis meis*. Quod etiam verba d. l. per fideicommissum manumississe, significant. Per fideicom-

missum enim nihil aliud est, quam verbis fideicommissi, quibus ut tutor esset, petierat, arg. l. *qui tutelam*. 28. §. 1. de test. tut. Franc. de Amaya nobilissimus Hispaniæ Jurisconsultus putat, veteres ipsos hic inter se non convenisse, lib. 1. obs. jur. c. 7.

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

*Purè inutiliter*] Hoc est, absque conditione, *cum liber eris*. Quid igitur est, quod Ulpian. ait d. l. 10. §. ult. de test. tut. in hac datione semper inesse hanc conditionem, *cum liber eris*? An dicemus, hoc contra rationem juris benignè 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 purè datus est, ut nec sententia cum liberum esse testator voluerit, veluti si liberum eum esse jam ante existimavit? & hoc verum est.

*Proprium autem servus inutiliter*] Nam perinde est, ac si diceret testator, tutor esto, cum à Domino suo libertatem adeptus erit, quod cum Dominus ipse loquitur, aperte ludificari & nihil agere intelligitur, veluti si quis dicat, hæc res tibi empta est, cum eam tibi vendidero.

TEXTUS.

De furioso & minore 25. annis.

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

COMMENTARIUS.

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

*Quum compos mentis*] Proculo videbatur, furiosum testamento tutorem purè dari non posse, l. 10. §. 3. de test. tut. Et videri potest pater non satis serio agere, qui eum tutorem purè 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. l. 11. de tutel. Medio autem tempore tutor aut curator à magistratu dabitur, inf. de Attil. tut. §. 1. & inf. de curat. §. ult.

*Major 25. annis*] l. *quero*. §. ult. de test. tut. Et hic interim usque ad legitimum dati tutoris ætatem alius à magistratu dabitur, l. 10. §. *si liberus. de excus.* Rectè autem hic 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*

vel sub conditione, vel ante haredis institutionem posse dari tutorem non dubitatur.

## COMMENTARIUS.

1. *Servum, furiosum, minorem 25. annis, à magistratu non rectè tutorem dari, neque tutorem temporis aut conditioni adstringi.*

**E**tiam in modo testamento tutores dandi placet testatoris voluntatem servari. Itaque non solum purè, sed ex die etiam & sub conditione tutorem rectè 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. & 2. de test. tut. l. si adrogati. §. 3. & ult. de tutel. §. 2. & §. pen. 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. distr.

*Vel ante haredis institutionem*] Apparet hoc favore pupilli jam olim receptum fuisse. Poterat autem de eo dubitari, propterea quod jure veteri ante haredis institutionem legata inutiliter relinquebantur. Nunc autem nulla amplius dubitandi ratio est, §. 34. inf. de legat. Hic paucis admonendi sumus, ea, quæ de servis, furiosis, minoribus 25. annis tutoribus datis, itemque de tutore temporis aut conditioni astringendo dicta sunt, omnia propria esse tutelæ testamentariæ, atque ex interpretatione verborum legis 12. *Uti quisque legasset, &c.* patri permittitur. Non eadem libertas magistratibus data. Nam hi sub conditione tutorem dare vetantur, l. 6. §. 1. de tutel. quamobrem nec servus, nec furiosus, nec minor rectè ab iis tutor dabitur, sive sub conditione expressa, servus, cum liber erit &c. sive simpliciter & purè: nam & tunc eadem conditio perinde inesse creditur, atque si expressa esset, l. 10. §. pen. & ult. de test. tut. Cur tam variè? Nimirum quia ab officio judicis aut magistratus alienum est actus suos suspendere atque imperfectos relinquere. Ideo enim aditur, ut in presenti nobis officium atque auctoritatem suam, qua opus est, impertiatur, quod & Jo. Fabro suboluit, qui ad hoc utitur arg. l. non quemadmodum. 35. de jud. l. 1. §. biduum quando app. Aliam insuper rationem afferunt vulgo DD. quod tutore à patre sub conditione dato, magistratus 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. Planè usque ad conditionem, sub qua tutor testamento datus est, à magistratu interim alium tutorem tacitè dari posse non ambigitur, §. 1. inf. de Attil. tut. d. l. 11. in pr.

## TEXTUS.

Cui dantur.

4. *Certa autem rei, vel causa, tutor dari*

non potest: quia persona, non causa, vel rei, tutor datur.

## NOTE.

4. *Certa rei*] Ex Ulp. l. 2. & Marcian. l. 14. de test. tut. *Certa rei*, nec deductis rebus, d. l. 12. *ἢ ἰξνηται ἢ παρρητικῶν*, ut vertunt Græci. Et si datus fuerit, tota datio non valebit, l. 13. eod. Aliud juris est, si quis hæres certæ rei scribatur, l. 1. §. 4. de her. inf.

*Non potest*] Univerfo tamen patrimonio alicujus loci utiliter datur, l. 15. eod.

*Persona*] Principaliter scil. nam per consequentiam etiam rebus pupilli dari intelligitur, l. 12. §. pen. de adm. tut.

## COMMENTARIUS.

1. *Dispositioni huius §. apud nos locum non esse.*

**C**erta rei vel causa] Veluti Maxvius, quia mercaturæ peritus est, tabernæ pupilli tutor esto: quia juris & consuetudinis forensis, lites & controversias persequatur.

*Quia persona*] 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 2. seqq. de test. tut. quoniam tutoris officio non congruit. Non obstat l. 12. §. cum tutor. de adm. tut. Aliud enim est certæ rei tutorem dare, aliud rebus pupilli omnibus tutorem datum 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. §. cum tutor. de adm. tut. Atque in hoc præcipuè differt tutor à curatore, qui rebus minoris principaliter datur, l. 8. C. de nups. & ad unum certumque negotium rectè decernitur, §. 2. inf. de curat. l. 7. de tut. dat. Planè 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 sanè superioris regulæ exceptio videtur, quod impuberi ad hæreditatem adeundam ut tutor detur, ex causa permissum est, l. 9. de tut. dat. l. 10. de test. tut. l. 17. §. 1. de appell. Mater quoque dicitur 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. Apud nos hæc juris Romani subtilitas non observatur: sed potest, auctore, Grotio, 1. manud. c. 7. tutor vel testamento vel à magistratu etiam ad certam rem vel causam dari. Quoniam hodie sublata est tutorum & curatorum differentia, vid. inf. tit. de curat. Potest etiam à magistratu dari ex die vel ad diem vel sub conditione (quod jure Romano solis parentibus permissum erat, §. prac.) modo ne pupillus unquam indefensus maneat. Illud etiam nunc manet, quod tutor incertus nec testamento rectè detur, l. tutor. 20. l. tutor. 23. de test. tutor. §. sed nec. 27. inf. de leg.

TEXTUS.

## T E X T U S.

De tutore dato filiabus, vel filiis, vel libetis  
vel nepotibus.

5. Si quis filiabus suis, vel filiis tutores dederit, etiam posthuma, vel posthumo dedisse videtur: quia filii vel filia appellatione & posthumus & posthuma continentur. 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 continebantur. Aliter enim filii, aliter nepotes appellantur. Planè si posthumis dederit, tam filii posthumi, quam ceteri liberi continebantur.

## N O T A.

5. Si quis filiabus ] Ex Ulp. l. 5. & l. 6. de test. tut.

Etiam posthuma ] In legatis contra, l. 17. de legat. 1. quia legata liberis, non ut liberis, relinquuntur, sed ex affectione singulari erga hos vel illos: at tutor liberis, ut liberis, datur, jure potestatis.

Aliter filii; aliter nepotes ] Natura filium à nepote distinguit; & hic naturalem propriamque appellationem sequimur; quia ut ab ea recedamus, nulla justa est ratio: alias filii appellatione & nepos continetur, justa scilicet interpretatione, l. 84. l. 201. l. 220. de verb. sign. Exempla in l. 59. de rit. nupt. l. 2. §. 28. ad Tertyl. l. 14. de senat. Mac. Filias tamen appellatione filiorum hic quoque venire placet, l. 16. de test. tut.

Posteris ] Leg. posthumis, d. l. 6. & ita Theophil. & alii.

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

1. Appellatione liberorum venire omnes, qui ex nobis descendunt.
2. Filiorum appellatione in hoc argumento contineri & posthumos: nepotes non contineri, filias contineri. Et quod horum omnium ratio.
3. Appellatione posthumorum venire liberos omnes nascituros sive primi, sive ulterioris gradus.

**V**oluntatis questio est, cum queritur qui liberi appellatione filiorum, liberorum, posthumorum contineantur. Et de liberis, ut inde incipiam, nulla dubitatio est, quin ea appellatione omnes, qui ex nobis descendunt, contineantur, sive filii sint, sive nepotes aut deinceps, sive jam nati, sive adhuc nascituri, l. liberorum. 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 potestate patris sui recasuri non sint, §. 3. sup. tit. De filiis duo hic queruntur: unum est, an eorum appellatione etiam posthumi contineantur: alterum, an & nepotes. De primo ait, si quis fi-

liabus suis vel filiis tutores dederit, etiam posthuma vel posthumo dedisse videtur: quia filii vel filia appellatione & posthumus & posthuma continentur. quod & Ulpian. respondet l. 5. d. tit. Cui tamen locus ob stare videtur, quod idem Ulpian. scribit l. qui filiabus. 17. in pr. de legat. 1. eum, qui filiabus legavit, non intelligi posthumæ legasse, nisi & mentionem aliqua parte testamenti posthumæ fecerit. Sed hæc minime pugnant. Tutor enim datur jure potestatis, ut filijs & liberis; posthumi 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 posthumam non præsumitur, ita ferè Angel. hic post Gloss. 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 idem & Ulpian. d. l. 6. Quid ergo est, quod legimus in l. filii. 84. l. liberorum. 220. de verb. sign. filiorum appellatione etiam nepotes ceterosque, qui ex nobis descendunt, contineri? Nimirum ubi justa interpretatio id suadet, l. justa. 201. eod. tit. Nam nec à proprietate verborum aliter recedendum est, l. non aliter. 69. de legat. 3. Exempla suppeditant, l. senatus. 59. de rit. nupt. l. 2. §. filijs. 28. ad Tertyl. l. 14. de sen. Mac. Et fingamus in proposito testatorem filios non habere, sed nepotes tantum: aut sine nepotes solos esse impuberes, dubitandum non est, quin filiorum nomine nepotes intellexerit, ne nihil egisse videatur; quod & Joan. Faber notat. At si filios testator habeat impuberes, nulla justa causa est, cur recedamus à proprietate sermonis & naturali appellatione, ut dicamus filiorum appellatione & nepotes eum complexi 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 interfit ne nimium oneretur. Illud hic omissum est, an appellatione filiorum etiam filia contineantur. Responsum est contineri l. 16. in pr. de test. tut. quippe in toto jure pronuntiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum porrigitur, l. 1. l. pronuntiatio. de verb. sign. De posthumis est in vers. Planè si posthumis. Et ait Imp. si posthumis tutor datus sit tam filios posthumos, quam ceteros liberos contineri, id est, ut recte hoc accepit Theophilus, contineri non tantum posthumos primi gradus, verum etiam secundi & ultiores: 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 posthumis substituamus posteris, maxime cum apud Ulpian. quoque l. 6. eod. unde hæc descripta sunt, posthumis legatur, & ut Bald. ibi notat, vox posthumi non distinguat gradus, ut filii, sed colligat; add. Don. 3. comm. 4. D. Tuld. hic c. 4. D. Jac. Coren. conf. 14. ubi disputat, an vox Belgica kindt aut hinderen tam latè pateat, quam Latina liberorum, ut & Sande lib. 4. rer. jud. tit 5. de fin. 10.

## TITULUS XV.

## DE LEGITIMA AGNATORUM TUTELA.

Lib. 26. tit. 4. Cod. lib. 5. tit. 30.

Ratio ordinis &amp; argumentum Tituli.

**T**estamentariam tutelam excipit legitima. Ea est, quæ lege deferatur iis ferè, qui ad legitimam hæreditatem impuberis vocantur. Species hujus tutelæ quatuor; agnatorum, patronorum, parentum, & fiduciaria: quarum duæ priores propriè sunt legitimæ, l. 1. hoc tit. sequentes duæ ἀνόμιμοι. Singulæ singulis titulis hic explicantur in §. & C. omnes uno. Hoc autem titulo exponitur species primâ, quam agnatorum esse diximus, traditurque unde ea descendat, quinam sint adgnati, 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 adgnati sunt tutores, qui vocantur legitimi.*

## NOTA.

Ex lege 12. tab. ] l. 1. de leg. tut. ubi id summa providentia constitutum dicitur, ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona; ne dilapidarentur. Lege autem Solonis tutela non deferabatur agnatis, nisi remioribus. Laërt. in Solon. contraria vid. ratione, quod ferè quisque conetur eum, quem proximus hæres insequitur, expungere, ut ait Perf.

## COMMENTARIUS.

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

**Q**uibus 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 hæreses iis, qui ex testamento vocantur, l. quamdiu. de acq. her. Et vulgo dici solet, provisio hominis facit cessare provisionem legis, per l. ult. C. de pact.

Ex lege 12. tab. adgnati sunt tutores.] Lex 12. tab. & ad hæreditatem legitimam vocavit agnatos, atque iidem etiam tutelam legitimam detulit. Idque summa providentia à lege constitutum esse Ulp. scribit, ut qui sperarent successionem, iidem tuerentur bona, ne dilapidarentur, d. 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 sanè in hæreditate 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. Quid intersit inter gentiles & agnatos multi ante nos docuerunt. Dicam tamen obiter. Quod di-

scrimen est inter gentem & familiam, hoc idem est inter gentiles & agnatos. Gens ex pluribus constat familiis; quæ singulæ cognominibus distinguuntur: nam ut nomen univèrsæ 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, Messallæ, Flacci. Hi omnes unam gentem Valeriorum constituunt: singuli singulas in ea gente familias: omnesque inter se gentiles sunt; singuli inter se etiam agnati.

## TEXTUS.

Qui sunt adgnati.

1. *Sunt autem adgnati, cognati per virilis sexus cognationem conjuncti, quasi à patre cognati: veluti frater ex eodem patre natus, fratris filius, neposve ex eo: item patrum & patrum filius, neposve ex eo. At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, adgnati non sunt, sed aliam naturalijure cognati. Itaque amita tua filius, non est tibi adgnatus, sed cognatus: & invicem tu illi eodem jure conjungeris: quia qui ex ea nascuntur, patris, non matris familiam sequuntur.*

## COMMENTARIUS.

**P**er virilis sexus.] Adgnati dicuntur, qui per virilis sexus personas cognatione juncti sunt, l. 7. hoc tit. §. 1. inf. de leg. agn. succ. l. 2. §. 1. de suis & leg. modo non sint capite minuti, & sint in familia, §. ult. inf. eod. Nihil autem refert, naturâ quæ sit agnatio, an adoptione, d. l. 2. §. 3. de suis & leg.

Veluti frater ex eodem patre.] Masculos tantum ex agnatis hoc loco recenset; quia licet etiam femine quædam nobis agnatæ sint, veluti soror ex eodem patre nata, amita, fratris filia: tutela tamen solis maribus jure communi deferatur, l. 1. §. 1. hoc tit.

Naturalijure cognati.] Cognationis nomen per se generale est: siquidem cognati dicuntur omnes, qui vel jure sanguinis, vel jure adoptionis nos contingunt: proinde & agnati. At idem nomen oppositum agnationi ad eam speciem cognationis contrahitur, quæ per feminas copulatur, l. 4. §. 2. l. ult. §. 1. & 2. de grad. & aff. idemque hic planè accidit, quod in nomine adoptionis notavimus sub §. 1. sup. de adopt. Agnati nostratibus dicuntur *van de Swaert* 37/ cognati *van de Spil* 37.

## TEXTUS.

Quis dicatur intestatus.

2. *Quod autem lex duodecim tabularum ab-*



*intestato vocat ad tutelam agnatos: non hanc habet significationem, si omnino non fecerit testamentum is, qui poterat tutores dare: sed si quantum ad tutelam pertinet, intestatus decesserit: quod tunc quoque accidere intelligitur, quum is, qui datus est tutor, vivo testatore decesserit.*

## COMMENTARIUS.

**Q**uamvis 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 hæres postea extitit, decessit, *inf. de her. qua ab int. def. in pr.*

*Vivo testatore] Exempli causa positum arbitror. Quid enim si post mortem testatoris ante ceptam tutelam decesserit? Sanè non minus hoc, quam illo casu rectè dicitur paterfam. quoad tutelam intestatus decessisse. Sed etsi tutor testamento datus post ceptam tutelam decesserit, vel in civitate esse defierit, nihilominus ad legitimam tutela redit, l. 6. hoc tit. l. 11. §. pen. & ult. de test. tut. Unde vel magis dicendum est, si ad certam conditionem vel ad certum tempus datus sit, existente conditione aut finito tempore ad legitimam tutelam reverti: quasi qui dedit, pro parte intestatus, quod ad tutelam pertinet, decesserit. Planè si tutor testamento datus postea excusatus sit aut remotus, placet, non legitimam 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.

3. *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.*
2. *In his regionibus vix usum esse legitimam tutelam: & quid moris cessante testamentaria?*

**D**iffert agnatio à cognatione etiam in eo, quod agnatio quavis capitis deminutione, etiam minima tollatur, & consequenter jura agnationi tributa, ut tutelæ & hereditates legitimæ intendant, 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 legibus hereditates & tutelæ sic deferuntur, ut personæ naturali nomine designentur: ut, ecce, defertur hereditas ex Senatusconsultis matri & filio, d. l. 7. de cap. min. §. 2. inf. de sen. Orfic. l. 1. §. 8. ad sen. Terr. Constitutione quoque Anastasii frater emancipatus neglecta capitis deminutione ad legitimam fratris vel sororis hereditatem & tutelam vocatur, l. 4. C. hoc tit. §. 1. inf. de succ. cogn. Justinianus & fratrum emancipatorum filios vocat, l. ult. §. 4. C. de legit. her. Novissimo autem jure cum in totum sublata sit agnatio & cognationis hac in parte differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hereditatem tum tutelam vocentur: Nov. 118. c. 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 alix gentes familiarum & agnationum rationem habuerunt: multa enim etiam apud alias gentes observantur, quæ tamen non sunt juris naturalis: quippe non ratione naturali, unde jus gentium æstimandum, l. 9. in fin. de just. & jur. constituta, sed civili duntaxat, argumento est adoptio, de qua sup. tit. 11. item usufructio, de qua lib. 2. tit. 6. tale etiam est jus agnationis.*

*Civilia jura corrumpere potest] Quod non sic accipiendum est, quasi minima capitis deminutione omnia jura civibus tributa amittantur, sed ea tantum, quæ familiaris illius sunt propria, è qua capite minutus exit.*

*Naturalia vero non utique] Quæ minus, non omnino, Th. non capitis deminutione minima. Pompon. l. 8. de reg. jur. nullo jure civili, id est, nulla juris civilis vel fictione, vel solemnitate, veluti emancipatione. vid. §. pen. seq. tit.*

Apud nos legitimæ tutelæ vix usus est, ut notavimus *sup. tit. de tutel. in fin.* præterquam in agro Voornano, juxta art. 74. statutorum illius agri confirmatorum à Carolo Quinto anno 1519. Cæterum cessante tutela testamentaria, magistratus tutelariorum, sicuti est, aut qui juri dicendo præsumunt, tutores (fere tamen proximos pupilli cognatos) creant. Ac ne pupilli diu indefensi maneat, tenetur parens superstes, aut eo tutelam suscipere recusante, duo è proximis per defunctum pupillum cognatis, intra certum tempus statutis aut consuetudine locorum definitum, tutores à magistratu petere; qui tum de consilio eorum, atque etiam ex iis, quod sine fraude pupillorum fiat, tutores eligit atque constituit. Quamobrem pater & mater, iisve deficientibus, avus & avia, in tutela filiorum suorum & nepotum cæteris præferuntur: quibus tamen contutor unus atque alter è cognatis defuncti proximis adjungendus est. Patris & avi tutela perpetua est: matris & avix transitu ad secundas nuptias finitur: neque ad tutelam admittuntur, nisi prius beneficio Senatusconsulti Vellejani renuntiaverint, juxta dispositionem juris civilis Romanorum, *auth. matri & avia & seq. C. quand. mul. tut.* Sed nec mater iterum vidua facta tutelam recuperat, uti iudicatum refert *Myns. 3. obs. 84. add. Jo. Gutierrez de tutel. p. 1. c. 8. & 9.* Si ex parentibus nemo extabit, tenentur ad minimum duo ex iis, qui pupillum proximè contingunt,

gunt, unus per patrem, alter per matrem, simili modo tutores petere: atque hic quoque proximos tunc eliget magistratus, aut si illi idonei non sint, qui proximè sequuntur, & ita deinceps. Demum si cognatorum nemo sit idoneus, alios ex inquisitione tutores

creabit. Consule statuta tutelaria. Rhyndandæ. art. 12. cum aliquot seqq. Gros. 1. *manuduct.* 7. *Christin.* vol. 3. dec. 147. n. 4. & seqq. & *decis.* 149. ubi refert, moribus Galliz & Mechliniensium matrem & aviam non renuntiare Vellejano.

## TITULUS XVI. DE CAPITIS DEMINUTIONE.

Lib. 4. D. Tit. 5.

Continuatio & summa tituli.

**N** 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 periri, 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 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.*

### NOTÆ.

*Prioris status mutatio*] Græci, ἀπὸ τοῦ προσηγορούμενου ἰσχυροῦ. Apud Paulum in l. 1. eod. non est prioris. Status, hic est, quod à genere, à civitate, à rerum natura tribuitur, l. 3. de inst. & relog. nempe familia, civitas, libertas, l. ult. h. t.

*Tribus modis*] Aufon. Idyll. 11. *Triplex libertas. capitisque minutio triplex* nimirum uno ex tribus illis, quæ dixi, amisso, contingit capitis deminutio, d. l. ult.

### COMMENTARIUS.

**C**apitis 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 propriè loquendo dici debebat; ut ecce cum quis deportatur aut emancipatur, ordo civium aut agnatorum capite uno minuitur.

*Status mutatio*] l. 1. hoc tit. l. 2. de in int. rest. Græci, ἀπὸ τοῦ προσηγορούμενου ἰσχυροῦ καὶ ἀπὸ τοῦ ἐλάττωσις. Status quoque vocabulum multa significat: sed in hoc tractatu accipitur duntaxat pro eo jure, quod singuli in civitate habent, nimirum libertatem, civitatem, familiam, quæ

trita scite Chremes apud Terentium in Eunucho his verbis complectitur; *Disco eam esse liberam, civem Atticam meam sororem.*

*Tribus modis*] Tot enim necesse est sint genera capitis deminutionis, 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 & mediam, quæ hic etiam minor dicitur, comprehendunt, quod facit Ulpian. l. 1. §. si filius de suis & legis. l. 1. §. capitis minutio. ad senat. Terryll. item Callistratus l. 5. §. ult. de extraord. cognit.

### TEXTUS.

#### De maxima capitis deminutione.

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

### NOTÆ.

1. *Vel libertis*] Libertus ingratus jure libertatis exiit & patrono in servitute redigitur, l. 2. C. de libert. & eor. lib. quod & Attico jure obtinuit. Plat. 11. de legib. Plut. in Solon. usurpavit Claudius Suet. in ejus vit. c. 25.

### COMMENTARIUS.

**C**um 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.* De modis, quibus quis in servitute redigitur, plenissimè explicatum est §. pen. sup. de jur. pers. & nominatim de servitute pœnæ, in §. pœna servus. sup. quib. mod. jus pat. pot.

*Ingratis*] Ita legit Pacius, alii *ingratis*. Hotomannus *ingrati*, ut subaudiatur crimine vel judicio. Usurpavit hoc jus Imp. Claudius, teste Suetonio in ejus vita c. 25. Estque de eo tit. in Cod. de libert. & eor. lib.

### TEXTUS.

## T E X T U S.

## De Media.

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

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

I. *Cur fontibus olim aqua & igni interdici solitum?*

**L**ibertus retinetur ] l. 2. §. 1. l. 17. §. 1. de pœn. l. 6. de interd. & releg. Objici solet locus Callistrati in b. pen. §. ult. de extr. cogn. Sed locus iste haud dubiè depravatus est, & pro *veluti* legendum *vel*, quomodo & in nonnullis codicibus legi testatur Accursius. Alb. Gentilis citra correctionem rem expedit lib. 3. lect. 10. ex una particula *veluti* duas faciens *veluti*. Nimirum Callistratus sub magna capitis deminutione utramque, & qua libertas, & qua civitas amittitur, complexus est, quod & aliis familiare esse paulo ante monuimus. Nisi quis malit cum Cujacio locum illum de libertate ex jure Quiritium accipere, quasi jure Quiritium liber non sit, qui in numero Quiritium non est, ut disputat Cic. in fin. orat. pro Caccinna.

*Cui aqua & igni* ] Jure à majoribus tradito non licuisse, civem, licet noxium, aut supplicio capitis afficere, aut libertatem ei civitatemve adimere, multi traderunt. Cæsar: orat. sua apud Sallust. de bell. Civil. Cicerone in suis pro Aul. Cacin. pro dom. sua, pro Corn. Balb. Laetant. lib. 2. cap. 10. Cæteram cum ad disciplinæ publicæ vigorem omnino pertineat, delicta & scelera majorum hominum impunita non relinqui, inventa ratio est; qua civitate, salvo instituto majorum, expellerentur. Itaque aqua & igni fontibus, interdicti cœptum est, ut his duobus tanquam vitæ humanæ præfidiis destituti, si exitium sibi paratum vitare vellent, in exilium proficisci cogerentur, inque aitam civitatem profugere, in quam cum essent recepti, Romanam demum amittebant. Quibus igitur aqua & igni interdicebatur, iis quidem apertè vita non eripiebatur, ac ne civitas quidem, (si quidem nulla exilii facta mentione hæc pœna irrogabatur) sed tacitè tamen morte quodammodo multabantur, vique ipsa expellebantur civitate; cum solo aère vivere aut tegi non possent; nec fas esset eos aut tecto recipere, aut aqua & igni, cæterisve, quibus vita continetur, juvare, ut ex ead. orat. Ciceronis pro domo sua liquet.

*In insulam deportatus* ] Deportatio species exilii fuit atrocissima, cum scilicet quis ita damnabatur, ut bonis publicatis nervo aut compedibus vincus & 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 rediguntur, 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. Ful. pecul. l. pen. in fin. de extr. cogn. Itaque umbra vetusti juris adhuc retenta, aqua & igni interdictos

nostri deportatos interpretantur, l. 1. §. bi quibus de legat. 3. l. 2. de publ. jud. eademque & in aliis locis illorum verborum interpretatio facienda est. Consule Briffon, lib. 3. sel. antiq. cap. 5.

## T E X T U S.

## De Minima.

3. *Minima capitis deminutio est, quum civitas retinetur & libertas, sed status hominis commutatur: quod accidit his, qui quum sui juris fuerint, ceperunt alieno juri subjecti esse; vel contra, veluti si filius familias à patre emancipatus fuerit, est capite deminutus.*

## N O T E.

3. *Alieno juri subjecti esse* ] Puta adrogati, eorumque liberi, l. 3. pr. eod. §. pen. sup. de adopt. item dati in adoptionem personæ non extraneæ, §. 2. sup. d. r. *Emancipatus* ] Emancipatus capite minuitur, l. 8. in fin. cum l. seq. h. r. quia ut ait Paul. l. 3. §. 1. eod. emancipari nemo potest, nisi in servilem imaginariam causam deductus; alibi tamen rationem petit à familiæ mutatione, l. ult. eod. quod contingit etiam hodie, sublata licet imagine servitutis.

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

1. *Quomodo intelligendum, quod Ulp. scribit, minimam cap. deminutionem salvo statu contingere.*
2. *Non solum adrogatos capite minui, sed etiam adoptatos, quanquam cum distinctione.*
3. *Emancipati cur capite minui dicantur: & numquam post, imagine servitutis sublata, capite minui desierint.*

**S**ed status hominis ] Minima capitis deminutio est, per quam salva civitate & libertate status duntaxat hominis mutatur. Ulp. de tutel. §. 12. Idem tamen Ulp. l. 1. §. capitis. ad SG. 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 *ἐπινομία*, non in eadem significatione utrobique utatur. Ergo rectè dicit, hanc capitis deminutionem contingere salvo statu, sed statu publico, quem quis ut civis habet: rectè item eandem 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.

*Qui quum sui juris* ] Qui se adrogandum dat, manifeste capite minuitur, quia caput suum in familiam & domum alienam transfert, l. pen. §. 2. de bon. poss. ser. tab. Liberos quoque, qui eum sequuntur, de quo dictum §. pen. sup. de adopt. capite minui placet; quia & ipsi cum parente familiam mutant, l. 3. pr. hoc tit. Sed et si filiusfam. à patre in adoptionem detur, dicendum est eum capite minui, quia in alienam familiam transit, l. 4. §. pen. de grad. & aff. quod tamen ex constitutione Justiniani non aliter nunc contingit, quam si à non extraneo adoptatus sit, de quo sup. §. 2. de adopt. & §. ante pen. sup. quib. mod. jus patr. pot.

*A patre emancipatus*] Emancipatos capite minui, jura agnationis & familiæ perdere, patri post emancipationem extraneos intelligi, tot locis proditum est, ut de eo dubitari non oporteat. Cur autem emancipati capite minui dicantur, hanc rationem affert Paulus *d. l. 3. §. 1. hoc tit.* quia in imaginariam servilem causam deducuntur. Unde plerique contendunt, hodie sublata in emancipationibus antiqua servitutis imagine, *l. ult. C. de emanc. lib. §. præterea. sup. 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: certè 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. Novell. 81. cap. 2.* Quamobrem potius est: ut à familiæ mutatione rationem petamus, quod & ipse Paulus facit *l. ult. hoc tit.* Sic igitur sentio; etiam post venditiones illas sublatas rectè 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. Cæterum 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.

## TEXTUS.

## De Servo manumisso.

4. *Servus autem manumissus capite non minuitur: quia nullum caput habuit.*

## NOTÆ.

4. *Servus capite non minuitur*] Servile caput nullum jus habet, *d. l. 3. in fin.* nullum jus, id est, nec familiam, nec civitatem, nec libertatem: sed demum post manumissionem hæc consequitur.

## COMMENTARIUS.

Servile caput nullum jus habet, & ideo nec minui potest, inquit Paulus *l. 3. in fin. eod.* Quod igitur hic ait Justinianus, servum nullum caput habere, idem est, ac si diceret, servum nullum jus habere aut locum in tribus illis, quæ civium propria esse diximus, libertatem inquam, civitatem, familiam; ad quæ tria in hoc tractatu capitis & status vocabula referuntur, quæ alioqui per se latius patent, & de persona servili etiam prædicantur, *tit. de stat. hom. & sup. de jur. pers.*

## TEXTUS.

## De mutatione dignitatis.

5. *Quibus autem dignitas magis quam status permittatur, capite non minuuntur, & ideo à senatu motos capite non minui constat.*

## COMMENTARIUS.

Dignitas quoque appellatione status generali continetur; ideoque qui senatu vel alio ordine movetur, rectè dicitur circa statum dignitatis plecti, *l. 7. §. 2. de extr. cogn.* sed quia ita moti existimatio duntaxat minuitur; cætera 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.*

## NOTÆ.

6. *Si minima capitis deminutio*] Ex. gr. si L. Titius patruelis meus à patre suo emancipatus sit, agnationis jura amittimus, cognationis retinemus, & ideo ad mutuum successionem ex edicto unde cognati vocamur, *§. 1. inf. de succ. cogn.*

## COMMENTARIUS.

1. *Jus sanguinis seu cognationis quot modis accipiat.*  
2. *Manumissos non recipere cognationem servitute amissam: at beneficio Principis restitutos recipere.*

Redit Imp. ad id, quod in §. ult. sup. tit. dixerat, cognationis jus non omnibus modis capitis deminutionis solvi, sicuti solvitur agnatio: qua occasione oblata, simul de capitis deminutione, quo res ea planius intelligeretur, differendum putavit; docetque nunc, quod de cognatione dixit, eam capitis minutione non perinde, ut agnationem, periri, de minima accipiendum esse: maximam vero & mediam, utpote quæ mortalitati comparantur, *l. verum. 63. §. societas. 10. pro soc.* etiam intervertere jus cognationis.

*Jus quoque cognationis perit*] Huic loco ob stare 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

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 rectè 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 *pos.* unde fit, ut etiam civili constitutione, hoc est, capitis deminutione, perimantur; excepta tamen ea, quæ salva civitate contingit.

2. *No quidem si manumissus*] Is qui servus aliqua ratione factus est, cognationem manumissionis non recipit; ac proinde ad bonorum possessionem unde cognati à prætoribus non vocatur, l. 1. §. 2. l. 7. und. *cogn. & inf. de serv. cogn. in pr.* Nam dominus quidem libertatem servo imponere potest & jus suum remittere: jus autem cognationis, quod servitate amiserat, ei restituere non potest. Planè qui servi pœnæ effecti beneficio Principis restituantur, etiam jus cognationis recipiunt, l. 1. §. 4. und. *Tercyll. l. 1. §. ult. l. 2. de bon. poss. com. tab.* Atque hoc quidem jure veteri obtinebat. Justinianus autem postea etiam libertinos ad similitudinem ingenuorum succedere voluit, §. 2. *inf. de serv. cogn. & novissimè libertinos ingenuis per omnia exæquavit, excepto jure patronatus, Nov. 78.*

*Cognationem*] Hoc est jus, quod propter cognationem, cum adhuc liber & in civitate esset, habebat. Cæterum ipsa cognatio aut sanguinis conjunctio servitute non extinguitur: quæ idcirco etiam nuptiis post manumissionem impedimento est, §. *illud. sup. de nupt.*

*In insulam deportatum*] Deportati quoque jura cognationis amittunt: sed à Principe restituti per omnia pristinum statum recipiunt, §. 1. *sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

## T E X T U S.

Ad quos Agnatos Tutela pertinet.

7. *Quum autem ad agnatos tutela pertineat, non simul ad omnes pertinet, sed ad eos tantum,*

*qui proximior gradu sunt: vel si plures ejusdem gradus sunt, ad omnes pertinet: veluti si plures fratres sunt, qui unum gradum obtinent, pariter ad tutelam vocantur.*

## N O T A.

7. *Cum autem agnatos*] Ex Cajo l. 9. D. de *leg. tut.*

*Ad omnes*] Ita tamen, ut uni decerni possit administratio. l. 5. §. 2. D. de *leg. tut.*

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

*Qui proximior gradu*] Equum enim est, ut illi onus tutelæ subeant, qui & ad successionem vocantur, vocantur autem soli agnati proximi, *inf. de leg. agn. succ.*

*Ad omnes pertinet*] Si plures sint agnati eodem gradu, pariter omnibus tutela defertur, l. 8. *et l. 9. de leg. tut.* nempe quia & ad hæreditatem omnes simul admittuntur, §. 5. *inf. de leg. agn. succ.* Quid ergo si aliqui ex proximioribus, vel etiam omnes mortui sint, vel capite minuti? Et quidem quandiu unus adhuc superest, & in familia est, tutela penes eum remanet, per l. 3. §. 5. *de leg. tut.* Cæterum si omnes decesserint, vel capite minuti sint, sequentes in tutelæ administrationem succedunt, d. l. 3. §. *pen.* Qua in re tutela legitima olim differerebat à legitima agnatorum hæreditate, in qua placebat successionem non esse, hoc est, si proximi defecissent, insequentium gradum non admitti, §. *placebat. inf. d. tit.* 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. §. quari.* Idem dicendum videtur & si proximus idoneus non sit ad tutelam gerendam, *arg. §. pos. inf. de curat. l. non solum. 10. §. si libertus. de excus.* quasi hic proximus gradus adhuc superest. Novissima Justiniani constitutione legitima tutela cognatis juxta defertur, ac agnatis, *Nov. 118. c. 5.* Ut Platonis quoque lege cautum, *ἐπιτρόπος εἴη τοῦ ἱσθητῆος γένου τοῦ πατρῶος καὶ μητρῶος. l. 11. de legib.*

## T I T U L U S X V I I.

## DE LEGITIMA PATRONORUM TUTELA.

Lib. 26. D. T. 4. Cód. lib. 5. T. 30.

Continuatio.

**E**X quatuor generibus, in quæ tutelam legitimam distribuimus, primum explicatum est, tutela agnatorum: alterum nunc sequitur, patronorum, qui & ipsi propriè legitimi tutores sunt ex ratione & mente legis 12. tabb. l. 1. l. 3. de *leg. tut. jnnæ. l. 6. §. 1. de verb. sign.*

## T E X T U S.

Ex ratione L. 12. Tabb. quæ tutelam agnatis id-

circo defert, quia hæredes ab intestato sunt, inductum est, ut patroni libertorum suorum tutelam susciperent, quæ idèo legitima dicitur. l. 3. D. de *leg. tut.*

*Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum & libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quæ & ipsa legitima tutela vocatur, non quia*

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, jufferat lex ad patronos, liberosve eorum pertinere, crediderunt veteres, voluisse legem etiam tutelam ad eos pertinere: quum & agnatos, quos ad hereditatem lex vocat, eosdem & tutores esse jufferit: quia plerumque ubi successione est emolumentum, ibi & tutela onus esse debet. Ideo autem diximus, plerumque: quia si femina impubes manumittatur, ipsa ad hereditatem vocatur, quum alius sit tutor.

## COMMENTARIUS.

**N**on quia nominatim] Lege 12. tabb. patronis tutela defertur, non propalam aut nominatim & disertis verbis, quemadmodum agnatos lex vocat, sed per consequentias hereditatum, quæ ex ipsa lege patronis data sunt, l. 3. pr. de leg. tut. Ulp. de tutel. §. 2.

Per interpretationem] Prudentum scilicet, quibus permissum erat leges publicè interpretari, & consulentibus de jure respondere, §. responsa prudentum sup. de

jur. nat. gent. & civil. l. 2. §. his legib. 5. de orig. jur. Perinde accepta est] Verbum ex legibus, ait Ulpian. sic accipiendum est, tam ex legum sententia, quam ex verbis. l. 6. §. 1. de verb. sign. & Celsus, Scire leges, inquit, non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem l. scire. de legib.

Ubi successione 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. Rectè & naturæ juri convenienter: quo comparatum est, ut incommoda cujusque rei eum sequantur, quem sequuntur commoda, l. 10. de reg. jur. l. un. §. pro secundo. C. de cad. soll.

A femina manumittatur] Interdum alibi est hereditas, alibi tutela: quod fit, cum illi, qui ad hereditatem vocantur, non sunt idonei ad tutelam administrandam; ut puta si femina manumiserit, aut consanguinea sit pupillo, d. l. 1. §. 1. quippe tutela virile minus est, l. 16. l. ult. de tutel. l. 2. de reg. jur. Excipiuntur mater & avia, quibus liberorum suorum tutelam gerere tamdiu permittitur, donec ad secundas nuptias transeant, ea tamen conditione, ut inter gesta Senat. consulti Vellejani auxilio renuntient, aurb. matris & avia cum aurb. seq. C. quant. mul. off. tut.

## TITULUS XVIII.

## DE LEGITIMA PARENTUM TUTELA.

## TEXTUS.

Exemplo patronorum recepta est & alia tutela, quæ & ipsa legitima vocatur: nam si quis filium aut filiam, nepotem aut nepotem ex filio & deinceps, impuberes emancipaverit, legitimus eorum tutor erit.

## COMMENTARIUS.

**T**ertia species tutelæ legitimæ parentum est, qui liberos impuberes contracta fiducia emanciparunt; id quod ex constitutione Justiniani semper fieri intelligitur, §. ult. de leg. agn. succ. l. ult. C. de emanc. lib. repete quæ notavimus ad §. praterea. sup. quib. mod. jus. pat. pot. Hæc autem tutela non eodem modo per interpretatio-

nem legis 12. tab. introducta est, quo præcedens illa patronorum: neque enim ut lex patronos ad successione liberorum vocat, ita & vocat parentes ad successione liberorum emancipatorum: unde Ulpianus hanc tutelam non legitimam, sed fiduciariam appellat, ex. de tutel. §. 4. Cæterum 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: l. 10. de suis & legit. l. 2. C. ad sen. Tert. §. ult. inf. de leg. agn. succ. obtinuit ut etiam hæc tutela legitima potius diceretur, quam fiduciaria; quasi & ipsa ad rationem legis duodecim tabb. pertineret, quam etiam ob causam parens manumissor vicem dicitur legitimi tutoris sustinere, l. 3. in fin. de leg. tut.

## TITULUS XIX.

## DE FIDUCIARIA TUTELA.

## TEXTUS.

Filiisfam. à 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

nepotem, vel deinceps impuberes manumiserit, legitimam nanciscitur eorum tutelam. Quo defuncto si liberi ejus virilis sexus existant, fiduciarium tutores filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel caterorum efficiuntur. Atqui patrono legitimo tutore mortuo, liberi quoque ejus legitimi sunt tutores,

tores, 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 perfecta sint ætatis: quod nostra constitutio in omnibus tutelis & curationibus observari generaliter precepit.

## NOTÆ.

*Filiorum suorum*] Igitur & pater filii sui ab avo emancipati, contra quam existimant Cujac. Hotom. & Fabrot. Nam cum ad patrem, quantumvis hæredem, jus patronatus, quod avus in nepote habuit, non transeat, l. 1. §. 1. si à par. man. nec tutela, cui jus illud causam dedit, transire potest, consule Bach. hic.

*Si perfecta sint ætatis*] Vid. Bachov. ad §. 13. inf. de excusat. Tutor.

## COMMENTARIUS.

**T**enerali 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 Artilianos: unde & permixtè iisdem locis, quibus de legitimis tutoribus disputatur, etiam de fiduciaris quæritur, ut hic & in Pand. l. 4. Cæterum quia hæc tutela nulla interpretatione referri potest ad legem duodecim tabularum, ideo non legitima, sed peculiari nomine fiduciaria appellata est: haud dubie per abusionem vocabuli, quod cum in patre, cui alioqui soli id propriè convenit, non valuisset, ad liberos ejus, quasi hæreditarium translatum est, inopia alterius nominis, ut rectè conjicit D. Hotom.

*Filiorum suorum, vel fratris, vel sororis, vel cæterorum*] Observandum hic est, tres fiduciarie tutelæ quasi gradus à Justiniano poni, quorum primus est filiorum; alter fratris vel sororis; tertius cæterorum. Non igitur frater tantum fratris emancipati, aut patruus fratris filii, defuncto patre suo emancipatore & tutore legitimo, fiduciarii tutores sunt: sed etiam ipse pater filii sui, ab avo emancipati, eo mortuo, non legitimus, ut avus, sed fiduciaris-tutor erit: contra quam Hotom. & Mynf. existimant. Cur autem ne hic quidem legitimus sit, mox intelligetur.

*Atqui patrono*] Πέγλας. Videri enim poterat dicendum esse, hæc omnes esse tutores legitimos, exem-

plō liberorum patroni, qui patrono legitimo tutore mortuo legitimi fiunt tutores liberti. Sed exemplum hoc dissimile est. Nam lex duodecim tab. 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 hæredes non sunt: nec igitur legitimi tutores, l. 1. unde legit. l. 5. unde cogn. Atque hæc ratio generalis est, pertinens ad omnes personas, quas enumeravimus. Aliam etiam mox reddit Justinianus.

*Quoniam filius quidem*] His verbis occurritur propositæ objectioni. Ratio autem diversi juris, quam hic Justinianus assertit, particularis est, & claudicare videtur in nepote ab avo emancipato. Etenim nepos si emancipatus non fuisset, post mortem avi in potestatem patris sui in 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 hæreditario redit, ac proinde & tutela legitima, quæ jus illud sequitur; prorsus ut libertus, si servus mansisset, post mortem domini in potestatem liberorum ejus hæreditate pervenisset. At liberi non jure successionis, sed proprio patris jure in potestatem ejus recidunt; quippe qui & exhæredatus eandem potestatem retineat: neque ad patrem, quantumvis hæredem, jus patronatus, quod avus in nepote habuit, transit, per l. 1. §. pen. si à par. quis man. ut mirum non sit eum non succedere in tutelam, qui non succedit in jus patroni, aut in potestatem, quæ tutelæ causam dedit. Rectè autem hic notant interpp. fiduciaris tutores esse defuisse, ex quo fratres emancipati ad legitimam fratrum tutelam ab Anastasio vocati sunt, l. 4. C. de legit. tut. Maximè vero jure novissimo, quo juris agnatici & cognatici discrimen hac in parte penitus sublatum est. Novell. 118. cap. 4. & 5.

*Nec in tutelam*] Subaudi, legitimam emancipatus recidit. Alioqui perspicuè falsum esset: nam ex fratribus in potestate retentis, patre mortuo, qui eorum ætatis perfectæ est, alterius fratris legitimus fit tutor. D. Hotomannus putat, totum hoc adventitium esse atque à glossatore annotatum.

*Perfecta 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. l. 4. l. 8. de leg. tut. l. ult. C. eod. l. ult. C. de his quæ ven. ætat. Quæ notat Cujacius, & Pacius exscripserunt, olim ita jus fuisse, ut minores 25. annis legitimi & dativi tutores fierent, &c. falsa esse ostendimus inf. de excus. §. item major.

## TITULUS XX.

## DE ATTILIANO TUTORE, ET EO, QUI EX LEGE JULIA ET TITIA DABATUR.

D. Lib. 26. Tit. 5. C. Lib. 5. Tit. 34. &amp; 36.

Continuatio &amp; summa tituli.

**R**ogreditur nunc Imp. ad tertiam tutelæ speciem, nempe dativam sive Attilianam, cuius postrema ratio est; docetque quibus ex legibus, à quo magistratu, & quando tutores dentur. Postremo nonnihil attextit, quod ad tutores omnes & officium eorum in universon per-  
tinet.

## TEXTUS.

Jus antiquum, si nullus sit tutor.

*Si cui nullus omnino tutor fuerat, ei dabatur in urbe quidem à Pratore Urbano & majore parte tribunorum plebis tutor ex lege Attilia: in provinciis verò à præsidibus provinciarum ex lege Julia & Titia.*

## NOTÆ.

*Ex lege Attilia* ] Duo hic notanda. 1. jus dandi tutores non competere magistratui vi suæ jurisdictionis, sed ex speciali legis concessione, l. 6. §. 2. D. de tutel. 2. Lege Attilia sublatum in hac causa fuisse jus intercedendi collegarum. Hotom.

*Lege Julia & Titia* ] Unica hæc lex fuit, ut lex Julia & Papia, & quando aut à quibus lata sit, parum constat.

## COMMENTARIUS.

**N**ullus 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. Dux 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 eum 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 tutel.

*Majore parte tribunorum* ] Id est, sex: erant enim decem, l. 2. §. 34. de orig. jur. Liv. lib. 3. Halicarn. lib. 6. hoc autem non sic accipiendum est, quasi prætor 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 aliqui vel unius è collegis intercessione impediri potuissent,

quod cæteri decrevissent, ut rectè hic monet D. Hotom. & passim testatur Livius.

## TEXTUS.

Si spes sit futuri tutoris Testamentarii.

**I.** *Sed etsi 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 purè datus fuerat, quamdiu ex testamento nemo hæres existerat, tamdiu ex eisdem legibus tutor petendus erat, qui desinebat esse tutor, si conditio extiterat, aut dies venerat, aut hæres existerat.*

## COMMENTARIUS.

1. Tutor ex certo die testamento datus cur statim non fiat tutor.
2. Cur placeat testamentariam tutelam in suspensio esse, quamdiu nemo hæres ex testamento existit.
3. Quibus casibus accidas ut inter mortem testatoris & aditionem hæreditatis plusculum temporis intercedat.
4. Aliquando etiam ad adjuvandam hæreditatem impuberi tutorem à magistratu dandum.

**H**ic alter casus proponitur, quo tutor à magistratu datur, nempe si is, qui testamento datus est, impediat, quo minus in præsentia tutelam capessat. Sic enim in universon jus est, ut quamdiu speratur tutela testamentaria, legitima cesset, l. 11. de test. tut. Impedimenta hæc quatuor ex causis potissimum oriuntur: vel quod tutor testamento datus sit sub conditione; vel quod ex certo die; vel quod hæres institutus aditionem hæreditatis protrahat; vel denique quod qui testamento datus est, ab hostibus captus sit, de quo §. seq.

*Sub conditione aut ex certo die* ] Ex d. l. 11. de test. tut. De conditione res certa est: quippe quæ actus omnes suspendit, §. 4. inf. de verb. obl. Dies quoque incertus pro conditione est, l. 1. §. 2. l. dias. 75. de cond. & dem. De certo die justa esse poterat dubitandi ratio. Nam sicut obligationi dies certus adjectus non impedit, quominus quod promissum est, præsentem die debeat; §. 2. inf. de verb. obl. ita & tutor ex die datus videri poterat statim tutor esse, ut jam alius tutor dari non posset, propter regulam traditam §. pen. inf. de curat. Sed claudicat comparatio. Quippe ratio non patitur, ut dicamus eum tutorem esse, in quem nihil juris ante diem testator collatum voluit.

*Nemo hæres existerat* ] Hoc idem traditur in l. 10. pr. de test. tut. & ratio est, quia quamdiu pendet aditio hæ-



## T E X T U S.

Quando & cur defierint ex dictis Legibus tutores dari.

3. Sed ex his legibus tutores pupillis defierunt dari, posteaquam primo consules pupillis utriusque sexus tutores ex inquisitione dare ceperunt, deinde praeatores ex constitutionibus. Nam supradictis legibus neque de cautione à tutoribus exigenda, rem pupillis salvam fore; neque de compellendis tutoribus ad tutelam administrationem, quicquam cavebatur.

## N O T A.

3. Primo consules ] Quod à Claudio Cæsare institutum tradit Suet. cap. 23. Plin. 9. ep. 13. datum se à consulibus tutorem Helydii filiae.

Ex inquisitione ] Apud Theoph. vulgo legitur *jurisdictionem*, ad quem modum etiam Hotom. locum emendat; sed perperam, & in MSS. Th. est *jurisdictionem*, teste Fabro.

Pratores ] Scil. soli absque tribunis. Praetorem tutelarem primus fecit M. Antoninus Philof. Capitolinus in ejus vita.

Neque de cautione ] Vid. inf. de satisd. tut. pr. & §. 3.

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

1. Qua sit ratio cogendi tutores ad tutelam capessendam.

Primo consules ] Primus Imp. Claudius, auctore Tranquillo, sanxit, ut pupillis extra ordinem à consulibus tutores darentur. Quod jus videntur consules aliquando etiam usurpasse, cum jam tutorum creatio ad curam praetoris potissimè pertineret, arguit certè id locus Modestini in l. 1. §. 1. de confirm. tut. in verbis *en & E' τωαντὸ ἐξουσίας*.

Ex inquisitione ] D. Hotom. reponit, *ex jurisdictione*, quomodo etiam legisse videtur Theophilus, qui vertit *jurisdictionem*. Et sane probabile non est, antea temerè & sine ulla inquisitione tutores dari potuisse, quanquam necesse non est textum ob id mutare: nam fortassis constitutionibus demum ratio inquirendi certò definita est. Discimus autem ex Modestino, quatuor potissimum in rebus eam consistere, ut inquiratur, tutor creandus sitne vitæ frugi, & honestis moribus, sitne locuples; num se ingerere voluerit, ut crearetur; denique num pecunia data tutelam ambierit, l. scire oportet. 21. §. ult. de tut. & cur. dat.

Pratores ex constitutionibus ] Jul. Capitolinus hoc tribuit M. Antonino Philosopho; Praetorem, inquit; tutelarem primus fecit, cum ante tutores à consulibus poscerentur, ut de tutoribus diligentius tractaretur. Atque hic iterum observandum, neque consules neque praetores vi imperii aut magistratus sui jus dandi tutores habuisse, sed tum demum habere cœpisse, postquam id iis specialiter datum est constitutionibus Principum.

Nam supradictis legibus ] Duplicem causam assert; cur tandem ex legibus Attilia, Julia & Titia tutores amplius dari non placuerit: una est, quia istis legibus nihil cavebatur de satisfactione à tutoribus exigenda, rem pu-

M 2

pilli

reditatis, tamdiu quoque in suspensio sunt omnia, quae in testamento scripta sunt; atque ut adita demum hereditate confirmantur, ita ea non adita una cum testamento corrumpunt, l. 9. d. sis. Potest autem fieri, ut inter mortem testatoris & aditionem hereditatis plusculum temporis intercedat, vel quod haeres sub conditione institutus sit, vel quod diebus cretionum aut jure delibendum utatur. Cæterum hæc ad eum duntaxat 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 haeres & necessarius ipso jure hereditatem capit, §. 2. inf. de her. qual. Atque ut statim post mortem patris & ipso jure haeres existit, ita & tutela hoc ipso statim confirmatur; cum, ut Jo. Faber loquitur, sicut pro aditione sit, l. 14. de suis & leg. quod latius persequitur Ant. Fab. Jurispr. sis. qui test. tut. pr. 1. ill. 18. At si pater filio impubere, cui tutorem dedit, exheredato extraneum heredem instituisse, dum haeres de aedeunda hereditate deliberat, alius inter tutor à magistratu petendus erit. Idem dicendum est, si pater filio emancipato sive exheredato sive praeterito tutorem dederit: nam & confirmandus pro testamentario est. Necessè est autem prius testamentum confirmari aditione heredis, quam à praetore confirmetur, qui tutor datus est. 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 aedeundam 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 desinabat esse tutor ] Pertinet hoc ad modos, quibus finitur tutela Attiliana, de quibus agitur in §. 2. & pun. inf. quib. mod. tut. finitur.

## T E X T U S.

Si tutor ab hostibus sit captus.

2. Ab hostibus quoque tutore capto, ex his legibus tutor petebatur; qui desinabat esse tutor, si is, qui captus erat, in civitatem reversus fuerat. Nam reversus recipiebat tutelam jure postliminii.

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

Ab hostibus capto ] Idemque erat, si tutor legitimus apud hostes esset, l. 1. §. 2. de leg. tut. Nam propter incertum eventum tutoris reditari, quo plenius pupillo prospiceretur, tutorem potius quam curatorem, dari placuit, arg. l. 17. §. 1. de appell.

Recipiebat tutelam ] At quid si tutor captus apud hostes decefferit? Legitimus nimirum, hoc est, agnatus proximam tutelam in praetorio 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, cum, qui interim à magistratu datus erat, tutorem esse desinere, atque ad infrequentis gradus agnatos tutelam reverti.

pilli salvam fore: altera, quia nihil definebant de compellendis tutoribus ad tutelæ administrationem, quod utrumque factum est constitutionibus. Neutrum autem proprium est hujus generis tutorum: nam cautio vel maximè ad legitimos pertinet, ut videbimus *inf. de satisf. tut.* Coactio vero omnium tutorum communis est.

1. Coguntur autem extra ordinem remediis prætoris, videlicet multæ dictione aut captis pignoribus, l. 1. de adm. tut. l. 3. C. de susp. tut. l. 9. de mun. & hon. §. pen. *inf. de satisf. tut.* Nostris moribus certo loco addici solent, cauponæ sive diversorio, quæ forma compellendi & exequendi *Gyslinge* vocatur, & apud nos usitata est in præstatione facti, *vid. art. 31. ord. just. & art. 14. cum 2. feqq. amp. Inst. cur.* Compelli tamen & alia paratæ sive præsentanæ executionis via possunt, si hoc consultius videbitur, *art. 11. status. Rbynländ.*

## T E X T U S.

## Jus Novum.

4. *Sed hoc jure utimur, ut Roma quidem præfectus urbi, vel prætor secundum suam jurisdictionem, in Provinciis autem præsides ex inquisitione tutores crearent, vel magistratus jussu præsidum, si non sint magna pupilli facultates.*

## N O T A.

4. *Secundum suam jurisdictionem*] Prætoris imperium muris urbis definebatur, præfecti urbis usque ad centesimum lapidem, l. 1. §. 1. de off. præf. urb.

*Præsides*] Hoc nomine hic videntur intelligi omnes, qui provincias regunt, non soli legati Cæsaris, l. 1. D. de off. præf. junct. l. 1. D. de tut. dat.

*Ex inquisitione*] Quæ quibus in rebus consistat, docet *Modest. l. 21. §. pen. & ult. de tut. dat.*

*Magistratus*] Intellige municipales, l. 3. d. tit. l. 2. §. 23. D. ad sen. Tertyll. Græci *πατρις* appellant. Theoph. & Basil.

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

1. *Jure magistratus qua competere dicantur, & qua specialiter tributa.*

2. *En qua jure magistratus competunt, mandata jurisdictione transire, specialiter concessa non item.*

3. *Vocabulo jurisdictionis latè sumpto etiam ea, qua specialiter tribuuntur, non absurdè eo referri.*

**P** *Præfectus urbi*] Qua primum lege tutoris dandi potestas præfecto urbis data sit, non memini legisse: datam tamen constat, l. *Titius. 45. §. Romæ. de excus. l. 1. C. de tut. illustr.* Olim hic magistratus juri dicundo constituebatur ad tempus, regibus aut magistratibus urbe profectis. Post cepit constitui ad paucos dies tantum, quoad solemne sacrum feriarum Latinarum peractum esset. Primus Augustus præfecturam urbanam perpetuam fecit, teste Tacito 6. annal. Auxit deinde potestatem præfecti Divus Severus, dataque ei cognitio de omnibus criminibus non tantum in urbe, sed etiam in Italia, usque ad centesimum ab urbe lapidem, l. 1. de off. præf. urb. Consulatur *Græch. 2. de comis. 2.*

*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 planè intelligimus, quid his verbis, *secundum jurisdictionem suam*, Justinianus significet, & simul, utrum mandata jurisdictione, jus dandi tutores transeat, nec ne. Jure magistratus competere propriè dicuntur, 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 præset, l. 2. §. *cumque consules. 27. de orig. jur.* Prætori igitur jure magistratus sui competit jurisdictione, & imperium, quod jurisdictioni coheret, 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. l. 2. C. 3. de off. procons. l. 1. de off. jur. d. l. 1. C. de adop. Paul. 2. sens. 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, præfidi &c. Quæ jure magistratus competent, 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. l. 2. C. 3. de off. procons. Cæterum si latius verbum jurisdictionis, aut hæc verba, *jure magistratus*, accipias etiam ea, quæ ita, ut diximus, magistratui specialiter concessa sunt, ad officium ejus aut jurisdictionem pertinere, haud absurdè 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*, quanquam 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 subjæctæ 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 sue*: puta Romæ duntaxat, aut in vicinis urbi municipiis, arg. l. 5. de confirm. tut. D. *Tulden. hic c. 3. post Mynf. & alios.*

*Præsides*] Generali nomine præsidis & proconsul & præfectus Ægypti, omnesque, qui provincias regunt, appellantur, l. 1. de off. præf. quibus item omnibus tutores dare permissum est, l. 1. de tut. & cur. dat. Specialiter autem præsides dicuntur, qui alias legati Cæsaris, l. pen. ff. de off. præf. nimirum qui mittebantur in provincias Principis, seu eas, quas Principes sibi reservaverant. De quo vid. *Dion. lib. 53. Sueton. in Aug. c. 47.*

*Magistratus jussu præsidum*] Hoc non ita accipiendum est, quasi vi hujus jussus aut mandati magistratus

mu.

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 fortè aliis negotiis avocaretur, nec magnæ essent pupilli facultates, ad eos remississet, l. 1. §. si præses. & §. securatores. 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. procons. 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.

TEXTUS.

Jus Novissimum.

5. Nos autem per constitutionem nostram hujusmodi difficultates hominum reserantes, nec expectata jussione præsidum, disposuimus, si facultates pupilli vel adulti usque ad quingentos solidos valeant, defensores civitatum una cum ejusdem civitatis religiosissimo antistite, vel alias personas publicas, id est, magistratus, vel juridicum Alexandrina civitatis, tutores vel curatores creare: legitima cautela secundum ejusdem constitutionis normam præstanda, videlicet eorum periculo, qui eam accipiunt.

NOTA.

5. Constitutionem] Intelligit l. 30. C. de Episc. aud. Quingentos solidos] Quod si pupilli majores sint quingentariis, à præsidibus dabitur tutor. Defensores civitatum] De defensoribus civitatum vid. lib. 1. C. tit. 55. Novell. 15. & l. 7. condic. Alc. 3. disp. 5. Religiosissimo antistite] Ἐκκλησιαστικῶν ἐπισκόπων. Th. in constitutione. Προφιλισταῦν, Deo charissimo. Juridicum] Cui etiam olim data est legis actio, & jus tutores dandi, l. 1. §. 2. D. de off. jurid. δικαιωδότης exponitur in Basil.

COMMENTARIUS.

Quod jure veteri obtinebat, ut magistratus municipales non aliter rectè tutores crearent, quam si id facere à præside jussi aut moniti essent, id est ex parte à Justiniano mutatum est, constitutumque, ut si pupilli facultates non excedant summam 500. solidorum, liceat magistratibus una cum civitatis episcopo tutores creare, præsidis jussu non expectato, l. sancimus. 30. C. de episc. aud. Ergo si majores sint pupilli facultates, jussu præsidis, ut ante, expectandus erit.

Quingentos solidos] Solidum idem esse, quod aureum, ex innumeris locis patet. Aureus centum continet valetque sestertios. Ergo quingenti aurei five solidi efficiunt quinquaginta H.S. millia; nostræ monetæ Carolæ bis mille quingentos. Vid. Brisson. & Hoto-

man. in comm. de verb. sign. ex professo autem hanc rem tractant Budæus de assè & idem Hotom. de re nummaria.

Vel alias publicas personas] Id est, magistratus, quos singulæ civitates more suo atque instituto habent. Cujacius scribit, constitutionem Justiniani exigere, ut legamus, vel alias publicis personis, vel magistratibus.

Juridicum Alexandrina 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] Magistratum nimirum minorum, quorum jam facta est mentio. Hi enim ut satisfactionem exigebant, ita & pupillis in subsidium tenebantur, tit. de mag. conv. §. 52. & ult. inf. de satisf. tut. quod nunc ferè abiit in desuetudinem, ut illic notamus.

TEXTUS.

Ratio Tutelæ.

6. Impuberes autem in tutela esse, naturali juri conveniens est: ut is, qui perfecta ætatis non sit, alterius tutela regatur.

NOTA.

6. Juri natura] Tutela ortum à jure naturali sumit, quippe cui juri omnino consentaneum, ut alterius prudentia regatur, qui ipse se defendere non potest. Cic. 1. de off. incrementum autem & formam à jure civili.

COMMENTARIUS.

Tutela ex eorum numero est, quæ in genere & quæ si in abstracto considerata sunt juris gentium in specie & in concreto juris civilis. Nam ut ineuntis ætatis inficitia atque imbecillitas alterius provectoris prudentia atque arbitrio constituatur ac gubernetur, juri naturali conveniens est, Cic. 1. de off. Arist. 1. pol. quod & apud omnes gentes proculdubio observatur. At forma regendi, qualitas personæ tutoris, ejusque constituendi modus, potestatis, quam habet, circumscriptio, hæc omnia sunt juris civilis, prout quæque civitas ordinaverit.

Perfecta ætatis non sit] In calce §. ult. præ. tit. notavimus, perfectam ætatem in jure civili eam plerumque dici, quæ est annorum 25. Hic autem pinguis, non esse perfectæ ætatis, accipitur pro, non esse puberem, quanquam etiam ad puberes minores 25. annis quod hic dicitur, quadrare potest.

TEXTUS.

De tutelæ ratione reddenda.

7. Quum ergo pupillorum pupillarumque tutores negotia gerant, post pubertatem tutela judiciali rationem reddant.

NOTA.

7. Post-pubertatem] Vel alio modo tutela finita, tit. D. de tut. & rat. distr. nisi autem finita sit tutela, tutelæ agi non potest, l. 4. pr. l. 9. §. 4. d. 1.

*Y. Moribus nostris tutores etiam singulis annis rationem reddere administrationis sua.*

**H**ic locus obiter tutores admonet officii sui atque administrationis; quod in *Pand. & Cod.* copiose explicatur *tit. de adm. tut. add. Grot. 1. man. 9. art. 21. & seqq. statut. Rhyndland.*

*Post pubertatem*] Quippe tutelæ agi non potest, nisi tutela finita sit, *l. 4. de tut. & rat. distr.* ejusque rei hanc rationem reddit Ulpian. *l. 9. §. & generaliter. eod. tit.* quod absurdum sit à tutore rationem administrationis negotiorum pupilli repositi, in qua adhuc perseveret: quam ob causam nec à curatore rationes curæ administrationis durante officio actione utili sive tutelæ sive negotiorum gestorum exigi possunt, *l. 2. l. rationes. 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. cum curatore. 26. de adm. tut. l. 1. §. 3. in fin. de cont. tut. act.*

*Tutela 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. §. Julian. de adm. tut.* quam inventarii solennis confessio prohiberi potest, ne secreta patrimonii pandantur, *l. ult. §. 1. C. de arbitr. tut. de quo vid. Montan. de jur. tut. c. 32. reg. 4. de confect. inv. n. 98. & seqq. Moller. 1. femestr. 39.* Rationem reddere nostratibus est, *rekening beyns en reliqua doen.* idque facere nostro jure tutores tenentur non solum finita tutela, sed etiam quotannis, juxta *art. 44. ad. statut. & ea,* quæ in *fin. d. c. 9.* notat Grot. quod etiam per univ. Germaniam observatur ex constitutione Caroli V. teste *Schneid. hic Wesemb. par. de adm. tut. m. 3. & jure Canonum jam ante obtinuisse arguit Clemens. 2. de relig. dom. & c. 1. de cler. agrot. Zypa. nos. jur. Belg. de tutor. vers. tutor.*

## TITULUS XXI.

## DE AUCTORITATE TUTORUM.

*D. Lib. 26. Tit. 8. C. Lib. 5. Tit. 59.*

*Ratio dispositionis.*

**L**ia potissimum sunt, in quibus gubernatio tutoris consistit; in persona pupilli tuenda; in rebus ejus gerendis; in auctoritate ei præstanda. Tutio 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 lſagogico inferi debuerit. In *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 *Pand.* 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 tuis facere etiam sine tutoris auctoritate: deterio-*

*verò non aliter, quam cum tutoris auctoritate. Unde in his causis, ex quibus obligationes mutua nascuntur, ut in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum his contrahunt, obligantur: at invicem pupilli non obligantur.*

## NOTÆ.

*Auctoritas tutoris*] Tutores vel negotia gerunt ipsi, vel pupillis negotium gerentibus auctoritatem interponunt. *Ulp. tit. 11. §. 24.* id est, negotium confirmant, hoc enim est, auctorem fieri, *l. 3. hoc tit.*

*Si quid dari sibi*] Pupillus, qui jam aliquem intellectum habet rectè sibi dari sine tutore stipulatur, *l. 9. pr. eod. §. 9. inf. de inut. stip. l. 1. C. de auct. præf.* aut aliquid sibi remitti, *l. 2. D. de accept. & in univ. forum quantum ad acquirendum non indiget tutoris auctoritate, l. 11. D. de acq. rer. dom.*

*Si aliis promittant*] Aut quid remittant, alienentve, *l. 5. l. 9. b. t. §. ult. inf. quib. ab. lic. aut hæreditatem adeant. §. 1. inf. eod.*

*Meliorem conditionem facere*] Neque enim eis invidendum, ut rem suam augeant sine tutore, qui magis custos datus videtur pupillo, ne rem suam perdat. Fabrot.

*Obligationes mutua*] Qui contractus cum aliis in initio citroque obligationem pariant, in initio cum pupillo sine tutoris auctoritate eos solum obligant, qui cum pupillo contraxerunt, *l. 13. §. prope. D. de act. empt. l. 33. D. pro soc. l. 1. §. ult. D. de commod. à parte autem pupilli claudicant utriusque partem.*

COM-

## COMMENTARIUS.

**I**N 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. §. ult. inf. de curat.* locus est auctoritati tutoris; eaque in quibusdam rebus, quæ à pupillo geruntur, necessaria est, in quibusdam non est. In quo hæc distinctio pro utilitate pupillorum recepta est, ut ipsi contrahendo aut aliud gerendo meliorem quidem conditionem suam facere possint, etiam sine tutoris auctoritate; deteriore vero non possint, nisi cum tutoris auctoritate, l. 9. *hoc tit. l. 28. de pact. l. 11. de acq. rer. dom.* Et rectè, 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 iudicio tutelæ. Notandum autem est, hanc distinctionem pertinere ad pupillum infante majorem: nam infans ne tutore quidem auctore quicquam gerere potest, *vid. inf. §. pupillus. de inus. stip.*

*Si quid dari sibi stipulentur*] Nullum enim periculum est, stipularier, inquit ille apud Plaut. in Pseudol. 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, l. 5. l. 9. *hoc tit. l. 11. de acq. rer. dom. §. ult. inf. quib. al. lic.*

*Ex quibus obligationes mutue*] Ex quibusdam contractibus mutue obligationes, id est, ex utraque parte nascuntur, ut in emptione, locatione, mandato, societate, & aliis id genus: tam enim verbi causa obligatur emptor 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 inita 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. *Fulianus. 13. §. antep. de act. empt.* Ratio hujus juris partim est favor pupillorum, partim quod qui cum pupillo contrahit, cujus ætatem aspectus ipse indicat suæ temeritati id imputare debeat, per l. *qui cum alio. 19. de reg. jur.*

*Non obligantur*] Nisi in quantum locupletiores facti sunt, l. 1. l. 5. §. 1. *hoc tit.* Natura enim æquum est, neminem locupletari cum alterius jactura, l. 14. *de cond. ind.* An pupillus sine tutoris auctoritate ex conventionem saltem naturaliter aliquando obligetur, & quam vim ea obligatio habeat jure civili, disputamus *inf. de inus. stip. sub. §. pupillus. 9.*

## TEXTUS.

## Exceptio.

1. Neque tamen hereditatem adire, neque bonorum possessionem petere, neque hereditatem ex

*fideicommissio suscipere aliter possunt, nisi tutoris auctoritate, (quamvis illis lucrosa sit) ne ullum damnum habeant.*

## NOTA.

1. Neque hereditatem adire] Ex Cajol. 9. §. 3. b. t. cuius rei non alia ratio querenda, quam quod factio sine tutore se obligare non possunt, d. l. 9. pr. l. 8. D. de acq. her. Non pertinet quidem hoc ad suos heredes; beneficium tamen prætoris abstinentium eadem causa, §. 2. *inf. de her. qual. & diff. §. 3. inf. de her. qua ab. int.*

*Neque bonorum possessionem, &c.*] Bonorum possessionis & fidei commissi hereditatis eadem, quæ hereditatis jure civili aut directo delata, ratio. *inf. lib. 3. tit. 10. & lib. 2. tit. 23.*

## COMMENTARIUS.

**H**ereditatem adire] Pupillus hereditatem sibi delatam sine tutoris auctoritate adire non potest, l. 9. §. 3. *hoc tit.* Cujus rei non alia ratio querenda, quam quod factio 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, etiam si tutor auctor non sit, fateor; modo ne ipse obligetur: ideoque à parte pupilli claudicant τὸ συναρμόνιον. Fieri autem non potest, ut pupillus hereditate quaerita non obligetur ut hæres creditoribus hereditariis & testamentariis, illis ut defuncti personam representans, his ipsa aditione hereditatis. Neque enim hic est, quod creditoribus aut legatariis imputetur, qui cum pupillo hærede 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 iudicio animi hic opus sit, necessariam esse tutoris auctoritatem, l. 189. *de reg. jur.* Quæ ut vera esse fateamur: illud tamen adhuc relinquatur, cur non saltem favore pupillorum sustineatur hereditatis acquisitio, quatenus illis lucrosa sit. Loquimur autem de pupillis extraneis heredibus: quippe quibus ad acquirendam hereditatem aditione opus sit: nam sui heredes sine factio suo ipso jure heredes fiunt, etiam ignorantes, l. 8. de acq. her. §. 2. *inf. de her. qua ab. int. def.*

*Neque bonorum possessionem*] Ob eandem nimirum rationem: quia bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam hereditas, & in omnibus vicibus heredum bonorum possessores habentur, de quo *inf. lib. 3. tit. de bon. poss.*

*Hereditatem ex fideicommissio*] Et hoc eandem rationem habet: nam cum restituta hereditate actiones omnes, quæ hæredi & in hæredem competunt, ex SC. Trebelliano transeant in fideicommissarium, si pupillus ex fideicommissio hereditatem susceperit, eo factio perinde obligabitur, ac si quamlibet hereditatem adisset. De fideicommissariis hereditatibus tractabitur *inf. lib. 2. tit. 23.*

*Ne ullum damnum habeant*] Melius meo iudicio Cujac. Hotom. Wefemb. legunt, *quamvis illis lucrosa sit, nec ullum damnum habeat*, sine parenthesis: quomodo & apud Cajum legitur in Pand. & legisse etiam videtur Theophilus.

## TEXTUS.

## TEXTUS.

Quomodo interponi debet.

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.

## COMMENTARIUS.

**E**xponitur hic modus seu forma interponendæ auctoritatis ex Cajo d. l. 9. §. tutor. hoc tit. Hic modus ut legitimus habeatur, duo desiderat; ut tutor in negotio; quod cum pupillo geritur, præsens sit; ut statim atque perfectum 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. l. 1. in fin. & l. 2. eod. Cur autem statim & quasi calente adhuc negotio auctor fieri debeat, hæc ratio est, quia interpositio auctoritatis integrat quodammodo personam pupilli, qui per se contrahere non potest; efficitque, ut actus sustineatur, qui alioqui ipso jure invalidus ex intervallo non posset confirmari. Non est autem necesse, ut & is præsens sit, qui cum pupillo contrahit: potest enim ille aliquid vendere aut locare pupillo per epistolam, & tutor auctoritatem pupillo accommodare, d. l. 9. §. ult. Illud quoque sciendum est, auctoritatem semper purè à tutore interponendam esse, non conditionaliter quamvis conditionaliter cum pupillo contrahatur, l. 8. eod.

*In ipso negotio præsens debet auctor fieri*] Tutoris auctoritas, perfecto negotio interponitur, ut disertè scribit Ulp. l. si quis. 25. §. jussim. 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 sit, cum nihil dum gestum est; (quid enim tum probet tutor?) sed quod sit negotio quidem cum pupillo jam gesto, sive tractatu præsentem tutore habito, sed statim & in continenti subsequitur, & tractatum illum concludit ac firmat. Sic in l. 1. de solus. in solutione sive in re præsentem constituere dicitur, in quam causam solutum velit; qui statim atque solutum est, constituit. Cæterum hæc subtilitas hodie insuper habetur, Autumn. collat. jur. in d. l. 9. §. tutor.

## 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 pratorius tutor (ut olim) constituitur, sed curator in locum ejus datur: quo curatore in-

terveniente judicium peragitur; & cooperatio curator esse desinit.

## NOTA.

3. Non pratorius tutor ut olim] Moribus receptum fuerat, ut hoc casu tutorem habenti tutor daretur. Ulp. tit. 11. §. 23. propter solemnitatem judiciorum, l. 19. b. t.

## COMMENTARIUS.

**J**udicio agendum sit] Nec plures sint tutores; alioqui nisi cum omnibus pupillo lis sit, unus ex iis auctor erit, l. si plures. 24. de test. tut. Intellige autem si judicio agendum sit de aliis rebus quam de administratione tutelæ: nam tutelæ agi, nisi finita tutela non potest, l. 4. de tut. & ras. distr.

*In rem suam auctor esse non potest*] Regula est, tutorem in rem suam auctoritatem accommodare non posse, l. 1. & 7. hoc tit. quemadmodum nec judex quisquam aut testis in sua causa esse potest, l. 10. de jur. d. l. nullus. de testib. Et in casu proposito hoc alioqui absurdum 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 declarat d. l. 1. t.

*Non pratorius tutor*] Prætorianum appellari scribit Ulp. & moribus pupillo dari, qui cum tutore suo legitimo judicio agere vult, tit. de tutel. §. moribus. Hæc igitur exceptio fuit regulæ ejus, quæ prohibet tutorem ad certam rem vel causam dari, §. pen. sup. qui test. tut. item alterius, qua traditur, §. interdum. inf. de curat. tutorem habenti tutorem dari non posse. Cur autem necesse fuit hoc casu tutorem dari; Nimirum quia judicia erant solemnia & ordinaria; ad ea autem quæ solemnitatem juris desiderant, explicanda tutore auctore opus erat, l. curatorem. 19. hoc tit. l. cum in una. 17. §. 1. de appell. l. ult. C. de in lit. tut. dand.

*Curator datur*] Postquam judicia extraordinaria esse cœperunt, sublato solemnium veterum formularum ritu, inf. tit. de succ. subl. & tit. de interd. §. ult. & C. de form. & imp. subl. quæ per quemvis procuratorem expediri poterunt, ad ea tractanda & curatorem dari sufficere visum est. Unde existimo Tribonianum verbum *curatoris* in locum *tutoris* subjecisse in ll. 3. 4. 5. de tutel. l. 24. de test. tut. & simil. loc. Jure novo hæc disputatio penè 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, penè: quia video plerosque hinc eximere tutores ex certa scientia testamento datos. DD. in auth. minoris. C. qui dar. tut. Schneid. hic n. 5. Montan. de tutel. c. 9. n. 67. & seq. atque ita judicatum refert A. Fab. C. tit. 20. lib. 5. def. 1. Sand. lib. 2. tit. 9. def. 1. Mynsingerus item excipit ex inquisitione datos: quod vix est, ut probare possim. Illud constat, matrem & aviam non impediri debito aut credito, quominus filiorum suorum aut nepotum tutelam gerant, auth. ad hæc. C. quand. mul. off. tut. & multo igitur magis excipiendus pater & avus, ut curia Frisiz censuit, teste Sand. d. lib. & tit. def. 2.

TITULUS XXII.  
QUIBUS MODIS TUTELA FINITUR.

C. Lib. 5. Tit. 60.

Continuatio & methodica Tituli explicatio.

**D**ictum est, quibus modis tutela constituitur; quæ constitutæ vis atque auctoritas: reliquum est, ut videamus, quamdiu perseveret, quibusque modis ea finiatur. Modi 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 intervenu magistratus.

TEXTUS.

De Pubertate.

*Pupilli pupillaque, cum puberes esse cœperint, à tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis æstimari volebant. Nostra autem majestas, dignum esse castitate nostrorum temporum existimans, bene putavit, quod in fœminis etiam antiquis impudicum esse visum est, id est, inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere. Et idcò nostrâ sanctâ constitutione promulgatâ, pubertatem in masculis post decimum quartum annum completum illicò initium accipere disposuimus: antiquitatis normam in fœminis bene positam in suo ordine relinquentes, ut post duodecim annos completos viripotentes esse credantur.*

NOTÆ.

*Sed etiam ex habitu corporis]* Priscus eum puberem esse dicebat, in quem utrumque concurrat, & habitus corporis & numerus annorum. Ulp. tit. 11. in fin.

*Inspectionem habitudinis corporis]* Sunt, qui negent tale quid apud Romanos factitatum, & impudicam illam inspectionem corporum Romanis moribus indignam esse existimant.

*Nostra constitutione]* Extat in l. ult. C. quand. tut. vel cur. esse design.

COMMENTARIUS.

1. Longè 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 fœminis citius incipere, quam in maribus.
4. Tutelam muliebrem aliam fuisse ab hac pupillari fœminarum.

5. *Moribus harum regionum tutelam pubertate non finiri.*

**C**um puberes esse] Primus modus finiendæ in persona pupilli tutelæ est pubertas, l. 1. C. quand. tut. vel cur. Hinc puberes etsi curatorem accipiunt, in suam tutelam venisse antiqua locutione dicuntur, inf. de pup. subtit. in pr. l. 8. §. 1. de bon. poss. sec. tab.

*Sed etiam ex habitu corporis]* Fuere olim, qui pubertatem in masculis ex solo habitu corporis æstimabant. Proculeii eum puberem esse dicebant, qui quatuordecim annos explevisset: alii eum, in quem & habitus corporis & numerus annorum concurreret, teste Ulpian. 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. Sed profectò longè ante Justinianum receptam fuisse Proculi sententiam, multis auctoritatibus probari potest. Nam Tertullianus, qui aliquot seculis ante Justinianum vixit, in 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 duodecimum annum in fœmina, & quartum decimum in puero definitur pubertatis ætatem.* Idem in somn. Scipion. lib. 1. ait, *tutelam pueris post bis septem annos absolvi.* Idque & Ulpian. nostro expressis verbis confirmat l. 2. de vulg. & pup. indeque est, quod idem Ulpian. scribit, masculis post annum decimum quartum, fœminis post duodecimum permitti testamentum facere, l. 5. qui test. fac.

*Inspectionem habitudinis corporis]* Nunquam mihi persuaderi potuit, inhonestam hanc corporis inspectionem apud Romanos usitatum fuisse: neque est veterum quicquam, 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 ἦμος & formam corporis significat. Cic. pro Cæl. *Quintus Metellus cum floreret integra ætate, optimo habitu, maximis viribus.* Liv. lib. 4. *Ædior corporis habitus, pallore ac macie perempti.* Terent. in Eunuch. *Qui color, nitor, vestitus, qua habitudo est corporis?* Sic auctor ad Herenn. bonam corporis habitudinem appellat, integram corporis constitutionem. Unde & eos, qui obfiores erant corpore, habitiores dicebant. Terent. Eunuch. *Si qua habitior paulo, pugilem esse ajunt.* Plaut. Epid. *Corpulentior Hercle atque habitior.* Rævardus 4. var. 10.

N

exi

existimat, Triboniano imposuisse Platonem, qui *lib. 11. de legib.* convenientiam ætatis ad matrimonia definit: vult per judicem, nudos omnino mares, nudataque usque ad pubem fœminas inspicientem: Tribonianumque ea, quæ de pubertate ex habitu corporis æstimanda apud Jurisconsultos legerat, ex imaginaria illa Platonis lege interpretatum. In contrarium tamen moventur Hotomanus & Ant. Matthæus *Coll. Inst. 2. disp. 2. auctoritate Quintilianii, qui declam. 279. scribit, nudari corpora puerorum, & ab iudicibus inspicere. Sed confictum hoc esse non dubito. ut ferè fit in scholasticis exercitationibus.*

3 *Post duodecim annos*] Pubertatis anni maximè propter nuptias definiti sunt: ideoque cum vis generationis in fœminis citius incipiat, quam in maribus, placuit eas etiam citius tutela liberari. Et hoc est, quod Macrobo. *lib. 1. in somn. Scipion.* scribit; *De tutela*, inquit, *fœmina propter votorum festinationem maturius biennio, quam pueri, legibus liberantur.* Quod autem generationi citius admoventur, id idem Macrobo. 7. *Satur. 7.* infirmiori earum naturæ adscribit: nam & exilia poma celestius maturefcere, robusta serius. Physiici etiam hanc rationem afferunt, quod facilius est pati, quam agere: in generatione autem fœmina passivè se habet. In universum autem, ut scribit Aristot. 7. *de hist. animal.* *ἡμεῖς τὴν ἡλικίαν τῆς ἀρσένος καὶ γυναικὸς, καὶ ἀμφοτέρων ἀμφοτέρω, καὶ γρηγορ.* Alia ab hac pupillari fœminarum tutela fuit mulieris, de qua Ulp. *in fragm. tit. 11.* Nam & post pubertatem mulieribus tutor dabatur, non ad negotia earum administranda, sed ad auctoritatem præstandam in solemnibus & civilibus, veluti ad iudicia, 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 tenerè loca illa omnia, quibus traditur, tutelam in fœminis anno duodecimo finire, & curatorem succedere, à Triboniano interpolata dixerim: quamvis id affirmet *Revard. 2. var. 10.* Obstat enim locus Macrobio modo citatus: & Boëtius expressè de jure antiquo loquitur. Moribus harum regionum tutela pubertate non finitur: sed qui semel legitimè tutores dati sunt, etiam puberum rebus præsumt usque ad justam eorum ætatem, hoc est, donec 25. annos impleverunt, *D. Gudolin. in fin. lib. 1. Christin. vol. 3. decis. 184. n. 14. & 16. & vol. 6. decis. 82. n. 9. Montan. de tutel. c. 37. n. 86. Groenew. de legib. abrog. hic.* quod & in Germania generali consuetudine receptum esse testatur *Gail. 2. obs. 96. Paul. Busius. ad l. 1. n. 7. de tutel. & in pleraque Gallia, Baro hic.*

### TEXTUS.

#### 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.*

### NOTÆ.

1. *Deportati*] Quia cives esse desinunt, §. 1. *sup. quib. mod. jus pat. pot.* Nota etiam impuberes deportari posse; nempe qui sunt pubertati proximi & doli capaces, l. 111. *de reg. jur. l. 14. D. ad sen. Silan.*

### COMMENTARIUS.

**S**ecundo finitur in pupillo tutela quavis capitis deminutione: sive enim adrogatus sit, sive deportatus, sive in servitutem reductus, tutela extinguitur, l. 14. *pr. & §. 1. & 2. de tutel.* unde hic locus descriptus est. Miscentur autem hic modi, quibus & ex persona tutoris tutela finitur, §. 4. *inf. eod.*

*Adrogati sint*] Ratio est, quia desinunt esse sui juris, & in potestatem adrogatoris transeunt: nemo autem potest simul esse in tutela & in patria potestate, *sup. de tutel. in pr.* Sed hoc moribus ferè hodiernis non obtinet.

*Vel deportati*] Quod ob delictum iis contingere potest, qui sunt pubertati proximi, & doli capaces, l. *pupillum. 111. de reg. jur. §. pen. inf. de obl. qua 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. de pen.*

*In servitutem redigatur*] Puta si pupillus jam doli capax ob ingratitude patrone 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*] Cæterum eventus demum ostendet, an tutela hic omnimodo finita sit: nam postliminio reversus procul dubio recidit in tutelam.

### TEXTUS.

#### De Conditionis eventu.

2. *Sed etsi usque ad certam conditionem datus sit tutor testamento, aequè evenit, ut desinat esse tutor existente conditione.*

### NOTÆ.

2. *Testamento*] Additum quia à Magistratu ita non datur, l. 6. §. 1. *D. de tutor. l. 77. de reg. jur.*

*Existente conditione*] Veluti si Titius tutor testamento datus sit, usque dum uxorem ducet, & duxerit.

### COMMENTARIUS.

**U**sque 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 tutel. l. 8. §. 1. & 2. de test. tur. §. pen. inf. hoc tit.* Hoc autem modo finitur tutela ex persona tutoris, & proprius est tutelæ testamentariæ, ut docemus *sup. qui test. tur. 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. tur. add.* quæ ad §. *ad certum tempus. sup. qui test. tur. dar.*

### TEXTUS.

#### De morte.

3. *Simili modo finitur tutela morte pupillorum, vel tutarum.*



COMMENTARIUS.

**H**ic 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 superfunt, tutelam perseverare; mortuo tutore, hæredes ejus in tutelam non succedere, *l. antepen. de tutel. l. ult. §. 1. de mun. & bon. l. 4. §. 1. D. 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: cetera non pereunt. Sed pupilli & pupilla capitis deminutio, licet minima sit, omnes tutelam tollit.*

NOTA.

4. *Legitima tantum perit*] Agnatorum scilicet. hoc id non obtinet; quia jure novissimo in totum sublata est agnationis, & cognationis differentia, pariterque cognati cum agnatis ad legitimam tum hæreditatem, tum tutelam vocati. *Novell. 118. c. 5.*

COMMENTARIUS.

**P**er quam libertas vel civitas] Hic modus solvendæ tutelæ communis est, ut notavi *sup. ad. §. 1.* eademque in tutore, quam in pupillo rationem habet.

*Legitima tantum tutela perit*] Nimirum quia & perit agnatio, ob quam ea defertur, *§. ult. sup. de leg. agn. tut.* Legitima autem patronorum tutela hæc nunquam pertinet, *Ulp. in fragm. tit. de tutel. §. 8.* Porro jure novissimo nullam amplius legitimam tutelam minima capitis deminutione tolli, notavimus *sub d. §. ult. de leg. agn. tut.*

*Licet minima sit*] Is qui in potestate patris est, si perfectæ ætatis sit, non prohibetur tutor esse, *sup. qui test. tut. dar. in pr. l. filius fam. de hu. qui sui vel al. jur.* In tutela autem nemo esse potest, nisi qui sit sui juris. Atque hæc ratio est cur pupillo adrogato tutela percat, tutore non item.

TEXTUS.

De tempore.

5. *Præterea, qui ad certum tempus testamento dantur tutores, finito eo deponunt tutelam.*

NOTA.

5. *Ad certum tempus*] V. g. ad biennium. *l. 14. §. 3. D. de tutel.*

COMMENTARIUS.

**D**ixi ad §. 2. *hujus tit.* Hoc autem modo quamvis tempore, ipso tamen jure tutela finitur. etenim tutela non in ullo jure propriè quæsito consistit; alioquin tempore ipso jure non finiretur, *l. obligationem. 44. de obl. & act.* sed in facto personæ & administratione magis posita est. Quæ autem talia sunt, ut facta sunt temporaria, ita & ipsa cum factis incipere & finire possunt: argumento sit usufructus, *l. un. §. pen. quand. dies us. leg. ced.*

TEXTUS.

De Remotione & Excusatione.

6. *Desinunt etiam tutores esse, qui vel remouentur à tutela ob id, quod suspecti visi sunt: vel qui ex justa causa se excusant, & omni administranda tutela deponunt, secundum ea, quæ inferius proponemus.*

NOTA.

6. *Se excusant.*] In perpetuum, non ad tempus, *§. f. tit. seq. l. 16. D. de tut. dar.*

COMMENTARIUS.

**P**roponuntur hic 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. de suspectis tutoribus tit. ult. hujus libri.*

TITULUS XXIII.  
DE CURATORIBUS.

D. Lib. 27. T. 10. C. Lib. 5. Tit. 70.

Continuatio & summa Tituli: tum genera curatorum distincta.

**T**ransit nunc Imp. ad alterum membrum divisionis positæ in *pr. sup. de tutel.* quod eos complectitur, qui cum sui juris sint, curatorum tamen auxilio reguntur: exponitque promiscuè quibus, & à quibus, quando & quomodo curator detur. Sciendum autem est, duo esse genera curatorum: unum eorum, qui nullæ personæ habita ratione, si res exigat, bonis constituuntur, puta vel debitoris latitantis, vel hæredis, qui

in utero est aut domini, qui ab hostibus captus sit *tit. de cur. bon. dand.* quod genus huc non pertinet; alterum eorum, qui certis personis, quæ alieno auxilio indigent, dantur ad res earum administrandas: qui hujus sunt argumenti. Sunt autem & ipsi duorum generum, 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 laborant.

rant. Quamobrem sic rectè definitur curatio potestas iure constituta ad curandas res ejus, qui quoquo modo rebus suis superesse ipse non potest. Ex hac definitione facilè intelligere poteris, & quæ communia sunt curæ cum tutela, & quæ discrepantia, maxime si cum ea conferas definitionem tutelæ, eaque, quæ ad illam illustrandam scripsimus sub §. 1. *sup. de tutel.* Cæterum & in processu pleraque iterum notanda erunt.

## T E X T U S.

## De adultis.

*Masculi quidem puberes, & foemina viri potentes usque ad vicesimum quintum annum completum curatores accipiunt: quia licet puberes sint, adhuc tamen ejus ætatis sunt, ut sua negotia tueri non possunt.*

## N O T E.

*Ad vicesimum quintum annum] l. 1. in fin. D. de min. post quod tempus completur virilis vigor, quæ Græcis ἀνὴρ. bello Cujac. ad. d. l. 1.*

*Curatores accipiunt] Nisi ætatis veniam à Principe impetraverint, C. de his qui ven. atat. imp.*

*Negotia sua tueri] Et ideo quamvis qui in tutelam suam venit; sui potens est, ἀνὴρ ἰαυρῶ, nondum tamen est ἀνὴρ ἰαυρῶ. Fabrot. l. 20. D. de rit. nupt. l. 8. C. eod.*

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

1. Cur tutela in foeminis citius, quam in maribus finiatur: cura eadem ætate in utrisque.
2. Quare foemina biennio maturius, quam masculi, ætatis veniam impetrare possint.
3. Quid consuetudine harum regionum circa utrumque illud receptum.
4. Quando dies cæptus pro completo habeatur, & contra.
5. Cur placeat ætatem 25. annorum finem asserre curationi.
6. Cur tam curiosè de curatore adolescentibus dando caveatur, cum nihilominus si capti fuerint, in integrum restituantur.

**U**sque ad vicesimum quintum annum] Tutela in maribus tardius finitur, quam in foeminis, quia foeminae, ut superius dictum est, citius pubescunt. At cura in utrisque eodem tempore finitur, nimirum post annum vicesimum quintum. Et vero nulla ratio est, cur foeminae maturius, quam masculi, cura liberari debeant; cum potius diuturniore cura continendæ videantur, propter sexus fragilitatem, ob quam & in perpetua cura olim fuere. Et iure quidem ordinario ante hanc ætatem curatio non finitur. Cæterum adolescentibus honestate morum præditi post annum vicesimum; foeminae, 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 restituantur. l. 1. & 2. C. de his qui ven. atat. sed tamen in eo adhuc simili conditione cum ceteris minoribus sunt, quod immobilia sine decreto alienare aut obligare non possunt, l. 3. C. d. tit. Cur autem hoc foeminis biennio

maturius conceditur? D. Bachovius negat solidam ejus rei rationem dari posse. D. Brederodius in *not. ad Schneid.* hanc assert, quod quamvis iudicium muliebri *ἐπιμαρτυρία* infirmius sit virili, tamen quæ natura solertiores sunt, si ad virtutem pergant, celerius maribus prudentes fieri: propterea quod vehementiores multo in foeminis affectiones sint, quam in viris. Moribus patriæ non solum Princeps aut summus magistratus, sed etiam Curia provincialis ætatis veniam concedere solet, alique iudices ordinarii, quibus id facere iure legitimo competit: neque veniæ concessio continet jus prædia alienandi sine cognitione iudicis, nisi & hoc ex magna causa, & quidem à supremo magistratu, expressè indultum sit auctore *Grot. 1. man. 10. vide Groenew. de legib. abrog. ad tit. C. de his qui ven. atat. & ibi alleg.* Diximus quoque non multo ante, consuetudine harum regionum receptum, ut tutela demum finiatur post perfectam ætatem eorum, qui in tutela sunt, hoc est, postquam egressi sunt annum vicesimum quintum. Apud nos enim ignoratur distinctio, quam jus civile Romanorum facit inter ætatem pupillarem, quæ sub tutela, & minorem, quæ in curatione sit. Unde & tutela ac cura uno communi nomine & promiscuè appellatur *Doogdye* aut *Mombber-schap* & tutores curatoresque *Doogden* aut *Mombboirs* pupilli & minores indiscriminatim *Wzen*. Cæterum etiam ante eam ætatem tutela sive cura finitur, contracto scilicet matrimonio: quanquam tunc ex causa à iudice ad tempus prorogari potest: quod & tunc locum habet, cum ætate finita est, *Grot. d. loc.* Statuto Leidenfium nemo suæ curæ esse incipit, nisi qui causa cognita à magistratu tutelari dimissus. *art. 141.*

*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 cæpto aut nondum completo læsus sit, poterit adhuc in integrum restitui, l. 3. §. minorem. D. de minorib. Ad quem locum 4. Glossa notat, diem cæptum pro completo haberi, quoties id alicui utile est, aut alioqui favorabile, ut in usucapionibus, l. 6. de usuc. in testamenti fæctione, l. 5. qui est. fac. in manumissionibus. l. 1. de manumiss. quo etiam pertinet l. anniculus. 134. de ver. sign. In honoribus quoque favoris gratia constitutum esse, ut annus inchoatus pro pleno habeatur, l. 8. de mun. & hon. Contra autem, ubi favorabile est, non numero dierum, sed momentis temporum annum dividi, diem cæptum pro completo non haberi, ut in temporalium actionum præscriptione, l. 6. de obl. & act. in vacatione tutelæ, l. 2. de excus. & in casu proposito, ita & *Costal. ad l. 3. §. 3. de minor.* Cur autem placeat ætatem 25. annorum finem asserre curationi; docet nos *Ulpian, 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 & constantia mentis vestigia emergere; conquiescente scilicet illa humorum ac corporis perpetua agitatione ac perturbatione, cui adolescentibus obnoxii. Quamobrem & iusta perfecta, integra, robusta hæc ætas in libris nostris appellatur, Græcis ἀνὴρ dicitur. Pulchrè *D. Cujac. ad tit. de mix. in pr. add. Magir. 6. Physicolog. 5.* Quanquam*

igi.

igitur naturæ lege certæ ex annorum numero perfectæ ætatis definitio non est, nisi *25. annos*, tamen ex his, quæ diximus, abundè patere arbitror, hanc ætatis justæ definitionem non esse juris merè positivæ, ut existimat Bachovius.

*Adhuc tamen ejus ætatis sunt*] Constat inter omnes ait Ulpian. l. 1. *pr. de min.* fragile esse & infirmum hujusmodi ætatum consilium, multorumque captionibus & insidiis expositum: ideoque prætorum naturalem æquitatem secutum, auxilium adolescentibus adversus captiones polliceri; & *in fin. d. l. 1.* addit, ideo eos usque ad vicesimum quintum annum curatorum auxilio regi. **6** Sed quid opus fuit de curatore adolescentibus dando tam curiosè cavere, cum si capti fuerint, prætor eos in integrum se restitutorum 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 implorationibus 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: quanquam si nihilominus læsi proponantur, auxilium iis prætor non denegat. Illud obiter monendi sumus, non tantum ætate curationem finire, sed aliis etiam ex causis, atque ex iisdem ferè, ex quibus finitur tutela: denique similiter vel ipso jure, ut adrogatione adolescentis, morte, servitute, deportatione vel adolescentis vel curatoris; vel interventu magistratus, ut exculpatione, 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.*

NOTÆ.

1. *Testamento non datur*] l. 6. *D. de confirm. tut. l. 2. C. eod. L. 12. tabb.* permissum parenti, non Curatorem, sed tutorem testamento dare.

COMMENTARIUS.

**A** *B eisdem magistratibus*] Igitur Romæ à præfecto urbi vel prætore; in provinciis à præsidibus; in municipiis aut agris municipiorum à magistratibus municipalibus, juxta distinctionem traditam, §. *nos autem. sup. de Attil. tut. l. 3. D. de tut. dat.*

*Testamento non datur*] Idem traditur in l. 7. *C. de test. tut.* At quamobrem; nimirum quia puberes, quibus solis curator datur, ipsi, si velint, res suas administrare possunt: de quo mox plura. Eademque ratio est, cur pater liberis suis puberibus substituere non possit, scilicet quia ea ætate ipsi sibi testamentum facere possunt, l. 2. *de vulg. & pup.*

*Datus tamen confirmatur*] Sive à patre, sive à matre

datus sit: & confirmatur perinde ut tutor testamento non legitime datus, l. 1. *in fin. l. 2. §. 1. l. 6. de conf. tut. l. 2. C. eod.* ac proinde naturam sapit testamentarii, l. 7. *ff. rem. pup. salv.* Est autem credibile, hanc curatoris testamento 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 invitæ adolescentæ curatores non accipiunt, præterquam in litem: curator enim & ad certam causam dari potest.*

NOTÆ.

2. *Invitæ adolescentæ*] Et ideo ipsi soli sibi curatorem petere poterant, l. 1. §. *ult. D. qui per. tut.* Ubi autem petentibus semel Curator datus est, hujus curatoris auxilio usque ad annum 25. regi debent, ita capel. 1. *in fin. D. de min.*

*Præterquam in litem*] Sive minor sit actor, sive reus: quia legitimam personam per se standi in judicio non habent, l. 2. *C. qui leg. pers. stand. in jud.* Vide fulvius in comment. infr.

COMMENTARIUS.

1. *Adolescentes olim invitos curatorem non accepisse; neque id mutatum constitutione D. Marci.*

2. *Responsio ad loca, quæ in contrarium asseruntur.*

**H**ic locus quanquam in foro nullum usum habet; (constat enim adolescentes etiam invitos, hodiernis moribus curatores accipere) tamen ad juris Romani cognitionem multum conferre potest diligens ejus expositio. Ait, *invitæ*. In quo primum secum pugnare Justinianus videtur, qui initio hujus tit. dixit, ideo minores 25. annis curatores accipere, quia ejus ætatis sunt, ut negotia sua tueri non possint. Deinde cum Justiniano Ulpianus, qui in l. 1. §. *ult. de min.* expressè scribit, minoribus 25. annis rei suæ administrationem committi non debere, quamvis rem suam bene gerentibus. Accedit, quod ne Principes quidem, nisi perraro atque extra ordinem, minoribus rerum suarum administrationem indulgere soleant, auctore eodem Ulpiano l. 3. *pr. d. tit. Ravardus 1. var. 17. & Cujac. in l. 1. de excus. socordiam* Triboniani accusant, qui ex veteri jure legis Lætorix hic repetiverit, quod jam pridem constitutione D. Marci abrogatum erat. Sed enim & ex responsis recentiorum jurisconsultorum & ex posteriorum Impm. rescriptis manifestè evincitur, etiam post D. Marci constitutionem non omnes minores curatores accipere coactos. Veluti ex eo, quod Papinian. scribit, l. 13. *in fin. de tut. dat.* non nisi minoribus desiderantibus curatores dari solere; & quod Modestin. l. 2. §. *pen. & ult. qui per. tut.* non licere aliis curatores minoribus petere, sed ipsos minores duntaxat sibi petere posse. Item ex eo, quod Impm. Diocletian. & 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

que non uno in loco invenias adolescentes sine curatoribus propósitos, ut in l. 7. §. 2. de min. l. muto. 43. §. 3. de proc. l. 1. l. 7. C. qui pet. tut. Igitur cum lege 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 abundè provisum est, atque insuper permittum curatoribus adolescentibus dari, non promiscuè 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 postulerent. 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. 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 Lætorix etiam Cic. 3. de offic. & 3. de nat. Deor. Plautus in pseud. quoniam vicenariam appellat ut nonnulli existimant.) Nulla igitur ratio est, cur Triboniani incusamus oscitantiam, cum ne quidem post constitutionem Antonini inviti adolescentibus curatorem acceperint. Quid ergo respondemus ad ea, quæ huic sententiæ paulo ante objecimus? Nempe quod Imp. initio hujus tituli ait, puberes usque ad vicessimum quatuordecimum annum curatores accipere, de volentibus & petentibus accipiendum esse, arg. hujus §. junct. l. 2. §. pen. & ult. qui pet. tut. vel cur. cui & subjecta ab Imp. 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 remove, minoribusque ob id quod jam amplius sub cura vivere non lubeat, rerum suarum administrationem restituere, arg. l. 2. & 3. in pr. eod. tit. ubi hujusmodi magistratum decreta ut ambitiosa Imp. interpretantur, & improbant: quoniam solius Principis sit ætatis veniam concedere: adi & Franc. de Amaya lib. 1. obs. jur. cap. 9.

*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. contrã. 54. de re jud. Idem & in aliis rebus similibus 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 invito, tutor invito detur, l. 6. de tut. & car. dat. altera quod curator ad certam causam dari

potest, tutor non potest, §. certa. sup. qui test. tut. dat. Neutrum autem horum moribus hodiernis observatur, ut alibi ostendimus.

## TEXTUS.

## De furiosis &amp; prodigis.

3. Furiosi quoque & prodigi, licet majores viginti quinque annis sint, tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum. Sed solent Roma præfectus urbi, vel prætores, & in provinciis præfides, ex inquisitione eis curatores dare.

## NOTÆ.

3. Furiosi quoque] l. 1. D. de cur. fur. Ulp. tit. 12. §. 1. Cic. 2. de invent. & 3. Tusc.

Prodigi] Quibus dissolutè viventibus bonis interdictum, l. 6. de verbor. oblig. §. 2. infr. quib. non est permitt. fac. testam. Ulp. d. loc.

## COMMENTARIUS.

1. Prodigio ipso jure, sive eo ipso, quod prodigum est, bonis interdictum intelligi debeat; an vero ad id requiratur sententia magistratus.

**N**on uti tutela quædam impuberum legitima est, ita & cura quædam minorum puberum. Tutela legitima agnatis proximis lege defertur propter spem certam successione, l. 1. de legit. tut. Cura autem nulla ob ætatem lege delata est, quia puberes testamentum facere, & præteritis agnatis, quem velint, sibi hæredem instituire possunt. Unde jam intelligitur, cur ob furorem, vel prodigalitem, 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 sunt. Nam lex omnes furiosos & prodigos solis pupillis exceptis in curatione agnatorum esse voluit. Cæterum postquam minores omnes ex oratione D. Marci curatores accipere ceperunt, placuit curatorem minori 25. annis furioso, non ut furioso, sed ut adolescenti dari, non propter furorem, sed propter ætatem, l. 3. §. 1. D. de tutel. quem locum non videtur inspexisse D. Bachovius, sed principium duntaxat d. l. 3. ex quo contrarium defendere conatur. Ant. Faber. 1. Jurispr. 12. pr. 1. illat. 6. contendit, d. §. 1. Triboniani esse, & à jurisdictione alienum: nam cum curator minoris non personæ, sed rebus detur, furiosi contra 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 professio cum Fabro concreditur eximius Jurisconsultus Franc. de Amaya lib. 1. obs. jur. c. 8.

*Ex lege duodecim tabularum*] L. 1. l. 12. de curat. fur. Ulp. tit. 12. §. 1. Verba legis recitat M. Tullius lib. 2. de invent. & 3. Tuscul. Si furiosus existat, agnatum gentiliamque in eo pecuniaque ejus potestas esto. Unde nonnulli existimant, legem de prodigo nihil nominatim cavisse, sed per interpretationem ita acceptam esse, propter luc-

successionis emolumentum, quod ut furioso, ita & prodigo mortuo, ex lege apud agnatos est, *arg. tit. de leg. patr. inst. supra*; quanquam apud nostros hujusmodi distinctio non reperitur. 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 factus talis est, an vero decretum magistratus expectandum; hoc est, an ipso jure & lege 12. tabb. dissolutè & luxuriosè 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 & Ethicè prodigum esse, (nam vitia & virtutes non pendent ex cognitione & sententia iudicis; sed propria naturam & formam habent) cæterum quoad rerum suarum administrationem neminem ante politicè & effectu juris pro prodigo haberi, quam ea administratio causa cognita decreto magistratus ei adempta sit: cujusmodi decreti extat veteris formula apud Paul. 3. *senz.* 4. Nimirum bonorum administrationis ademptio sive interdictio non juris est, sed jurisdictionis, hoc est, nemini speciatim bonorum administrationem lex interdicit, ac ne potest quidem interdicerè: sed generaliter interdici jubet omnibus, idque auctoritate magistratus, quos prodigos esse causa cognita, constabit, eumque, cui bonis publicè interdictum est, vult esse in curatione agnatorum, Ulp. *d. tit. §. 1. fac. §. 2. inf. quib. non est perm. fac. test. l. 6. de cur. fur. qui tamen & lege interdicti 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. *form.* 3.**

*Interdictio huic omne adimat jus*

*Prator, & ad sanos abeat tutela propinquos.*

Furiosi alia ratio est: nam cum furor per se emineat, ut furioso bonis à magistratu interdicitur, non requiritur: at vero an quis prodigus haberi debeat, ex multis & variis circumstantiis æstimandum est, de quibus magistratum cognoscere & pronuntiare oportet: ne quis temerè in hominem sui juris, & liberalem fortè magis, quam prodigum, potestatem aliquam sibi usurpet, aut cuiquam probabilis ignorantia noceat. Atqui, inquis, prodigus receptis sanis moribus, & cum frugalitate in gratiam reversus, definit ipso jure esse in curatione, *d. l. 1. de cur. fur.* Sed ne hoc quidem excludit cognitionem & declarationem magistratus: utique necesse est, ut publicè & apertè de eo constet, uti communiter Dd. nostri, teste Angelo, statuunt. Atque hoc etiam concedo, si quis contraxerit cum manifestè luxurioso, eoque, quem sciebat, pecuniam illico malè consumpturum, dici posse, esse quod sibi imputet, *arg. l. 8. pro empt. Vigl. in §. 2. inf. quib. non est perm. test. fac. Myns. hic. Gail. 2. obs. 51. Paul. Busf. ad l. 6. de verb. obl. Ant. Fab. C. suo. de cur. fur. def. 7. Decbr. 2. diff. 8. num. 8. D. Tuld. hic cap. 4. & ad tit. C. de cur. fur. Christin. vol. 1. decis. 163.* Nostri moribus semper requiritur sententia declaratoria ejusque publicatio, teste Grot. 1. *manud.* 11. *add. Fod. Damhoud. c. 8. de tut. & cur. mun. num. 26.*

*Sed solent Roma:] L. 1. de cur. fur. l. 8. §. ult. de tut. & cur. dat.* qua tamen in re, quam minimum potest, magistratus à lege duodecim tabb. recedit: nam aliis ad-

ministrationem dare non solet, nisi agnati aut nulli sint, aut minus idonei, *l. 13. de cur. fur.* ut non absolutè hæc cura ex legitima facta sit honoraria.

## TEXTUS.

De mente captis, surdis, &c.

4. *Sed & mente captis, & surdis, & mutis, & qui perpetuo morbo laborans, (quia rebus suis superesse non possunt) curatores dandi sunt.*

## COMMENTARIUS.

**M**ente captus] Furiosus utique & mente captus, hoc est, demens sive amens: nam furor definitore Cicerone 3. *Tusc.* est *mensis ad omnia cæcitas*. Plerumque tamen separantur, ut in *l. diem proferre. 27. §. coram. de recept. arb. l. 2. de inoff. test. l. ult. §. 1. C. de adm. tut.* uti & furor & dementia, *l. 8. de tut. & cur. dat. l. 6. de cur. fur. mente captus ævus, αἰώνιος; furiosus παρὰ νόον.* Cic. in *Pison.* *Ego te non recordem, non furiosum, non mente captum, non tragico illo Oreste aut Agamemnone dementiorem putem?* Hoc autem ditare furiosum à mente capto interpp. nostri docent, quod ille rabie quadam animi agatur, quales fabulæ memorant Athamantem, Herculeum, Ajacem, Orestem; hic magis in quiete sit, nec ulla ferè signa ostendat extrinsecus; quod vitium plerumque naturale & perpetuum est. Furiosorum autem duo sunt genera; nam in quibusdam morbus perpetuus est, & continua mentis abalienatio; in quibusdam remissionem & intervalla habet, *l. 14. de off. præf. l. 12. §. 2. de judic. l. si cum dotem. 22. §. si maritus. sol. matr. l. 6. C. de cur. fur.*

*Surdus & mutus]* 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 impediatur, 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 pratore aut præside, idoneus non sit ad administrationem, nec tamen fraudulenter negotia administraret, solet ei curator adjungi. Item loco tutorum, qui non in perpetuum, sed ad tempus à tutela excusantur, solent curatores dari.*

## NOTÆ.

5. *Curator adjungi]* *L. 10. §. ult. de excus. l. 13. de tutel. l. 2. C. in quibus causis tut.* legitimo tutori etiam suspecto, *l. 9. de suspect. tutor.* alibi tamen tutor appellatur, *l. 12. de tutel. l. 14. & seq. de tutor. dat.*

## COMMENTARIUS.

**H**abenti tutorem tutor dari non potest] Regula juris civilis passim in hoc argumento tradita, *l. idem*

*fies. 27. de test. tut. l. cum jure. 9. C. qui per. tut. l. si foro-  
ris. 9. C. qui dar. tut. &c.* Cujus vera ratio est, quæ à  
Wesembecio redditur, quod cum tutor personæ pupilli  
& universi ejus patrimonio datus intelligatur, §. *datus  
inf. de excus.* hoc jus ei invito, quamdiu tutor manet,  
sine injuria adimi aut minui non possit appposito alio tuto-  
re. Curator autem rectè adjungitur juvandi & sublevan-  
di tutoris causa; & volenti ac petenti item tutor. Cæte-  
rum nullum usum hæc regula hodiernis moribus habet,  
*Grot. lib. 1. introd. c. 7.* & jure Romano non unam ex-  
ceptionem. Nam primo habenti tutorem tutor dari pos-  
test aliarum rerum, *l. propter litem. 21. §. ult. de excus.*  
nempe patrimonii pupilli, quod in alia provincia habet,  
*l. tutores. 39. §. patruus. de adm. tut.* Deinde si tutor fu-  
rere cœperit, aut mutus vel surdus factus sit, complura  
Senatusconsulta facta esse Cajus auctor est, ut in ejus lo-  
cum alius tutor detur, *l. pen. de tutel.* Idem denique tra-  
ditum est, si tutor reipubl. causa abesse cœperit, aut ab  
hostibus receptus sit, aut relegatus, *l. 12. & l. 15. eod.  
l. 1. & l. pen. C. in quib. cas. tut. hab.* Quod tamen &  
ipsum in plerisque causis non est perpetuum: nam alibi  
legimus ob morbum aut insaniam tutoris curatorem in-  
terim dari, *l. 10. §. ult. de excus.* item propter absen-  
tiam eorum omnium, qui ad tempus excusantur, *l. 15.  
& l. seq. de sus. & cur. dat.* Ex ultimo, prætorem pro qua-  
litate morbi aut diuturnitate absentix modo tutorem,  
modo curatorem dedisse, veteresque hæcce nominibus  
promiscuè sæpè usos.

*Nec tamen fraudulenter*] Nam fraudulenter in re pu-  
pilli versanti non curator adjungitur, sed tutela interdi-  
citur, *l. 6. C. de susp. tut. §. ult. inf. eod.* Hæc autem  
clausula in legitimo tutore omiſsa est, cujus existimatio-  
ni propter necessitudinem paritur, etiamsi quid forte  
peccaverit; & curator ei potius adjungi solet, quam ut  
notata fide à tutela removeatur, *l. 9. de susp. tut.*

*Sed ad tempus*] Quod reipubl. causa absint, *l. 15. de  
sus. dat.* aut ob aliam necessariam aut justam causam,  
*l. 16. eod.* In ejus autem locum, qui in perpetuum excu-  
satur, alius tutor sufficitur, *l. 11. §. 1. de test. tut. l. 1.  
C. in quib. cas. tut. hab.*

## TEXTUS.

## De constituendo actore.

6. *Quod si tutor vel adversa valetudine, vel  
alia necessitate impediatur, quominus negotia pu-  
pilli administrare possit, & pupillus vel absit, vel  
insans sit, quem velit actorem, periculo ipsius tu-  
toris prætor, vel qui provincia præerit, decreto  
constituet.*

## NOTE.

6. *Actorem*] Pomponius adjutorem tutelæ vocat,  
*l. 13. §. 1. de tutel.*

*Constituet*] Id est; decernit editum, & nominatum à  
tutore, & ob hanc causam etiam periculo tutoris, *l. 244  
de adm. tut. & l. 13. §. 1. de tutel.*

## COMMENTARIUS.

**N**on semper ex causis, quas diximus, tutori cura-  
tor à magistratu additur; sed solet decreto præto-  
ris actor constitui periculo tutoris, quotiescumque aut  
diffusa negotia sunt, aut dignitas, vel ætas, aut valetu-  
do tutoris id postulat, *l. decreto. 24. de adm. tut.* quem  
adjutorem tutelæ appellat Pompon. *l. 13. §. 1. de tutel.*  
Curator quoque ex iisdem causis similiter actorem dat,  
*l. un. C. de act. à tut. seu cur. dand.*

*Vel absit, vel insans sit*] Nam si præfens sit & fandi  
potens, nihil necesse est prætorem adire actoris decreto  
constituendi causa, cum pupillus, ut dominus, auctore  
tutore procuratorem constituere possit, *d. l. decreto. de  
adm. tut. l. 11. C. de proc.*

*Periculo ipsius tutoris*] Quamvis tutor curatoris sibi  
adjuncti periculum non præstet: actor tamen & adjutor  
tutelæ periculo tutoris constituitur, licet decretum in-  
terveniat, *d. l. 13. §. 1. de tutel. d. l. decreto. de adm. tut.*  
Hoc ideo, quia is qui nominat, idoneum esse promitte-  
re videtur, *arg. l. 1. de mag. conv. l. 4. §. 3. de fidei. &  
nominat.*

## TITULUS XXIV.

## DE SATISDATIONE TUTORUM VEL CURATORUM

*D. Lib. 27. Tit. 7. C. Lib. 5. Tit. 57.*

*Continuatio, & Argumentum Tituli, cum summa plerorumque, quæ  
tutela & cura communia.*

**H**æcenus dictum est de tutoribus & curato-  
ribus distinctè & separatim; expositumque,  
quæ tutelæ, quæ etiam curæ sint propria.  
Quæ nunc sequuntur, satisfactio, excusa-  
tio, suspecti accusatio & remotio, promi-  
ſcua sunt, & utriusque muneris communia. Quamobrem  
quæ forte de uno genere brevitate causa dicemus, ea de  
altero quoque intelligenda sunt. Hic autem titulus,  
quamvis simplicem inscriptionem, duo tamen capita ha-  
bet: unum est de satisfactioe à tutoribus in præparatione  
ad officium exigenda, cui respondet titulus in Pand.

*rem. pup. salv. for.* alterum de magistratibus in sub-  
dium conveniendis: de quo tit. *Pand. & C. de mag. conv.*  
Præter satisfactioem & duæ aliæ res sunt, quæ hic omiſ-  
sæ à tutoribus & curatoribus omnibus exiguntur, inven-  
tarii rerum pupillarum confectio, *l. 7. de adm. tut. l. ult.  
C. arb. tut. l. tutores. 24. C. de adm. tut.* de quo ad *Chri-  
stin. vol. 3. decis. 151. n. 6. & seqq. & decis. 163. n. 7. &  
seqq. Gros. 1. manud. 9.* deinde ut jurent se rem ex fide  
atque ad utilitatem curæ suæ commissorum gesturos esse,  
*Nov. 72. c. ult. unde auth. quod generaliter. C. de cur. fur.*  
Ad hæc pro officio administrationis bona tutoris & cura-  
toris

toris pupillo & adolescenti tacite pignori sunt obligata, l. pro officio. C. de adm. tut. & ibi DD. Christin. d. de eis. 151. 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 iudicis, l. lex qua. 22. C. de adm. tut. & ibi DD. add. Christin. d. de eis. 151. cum seqq.

T E X T U S.

Qui satisfacere cogantur.

*Ne tamen pupillorum pupillarumve, & eorum, qui quæve in curatione sunt, negotia à curatoribus tutoribusve consumantur vel diminuantur, curæ prætor, ut & tutores & curatores eo nomine satisfaciant. Sed hoc non est perpetuum, nam tutores & curatoribus dati satisfacere non coguntur: quia fides eorum & diligentia ab ipso testatore approbata est. Item ex inquisitione tutores vel curatores dati satisfactionem non onerantur: quia idonei electi sunt.*

N O T E.

[*Ex nomine satisfaciens*] Id est pupillum vel adultum datis fidejussoribus securum faciant, l. 1. & pass. D. rem pup. salv. for. hoc enim est satisfacere. Græci *τυπος πισίχεν*. Prætoris stipulationes, qualis hæc est, cautionem pignoratitiam regulariter non admittant, l. 7. de stip. prætor.

[*Testamento dati*.] Ut & ex testamento confirmati, l. 3. de conf. tut. paternum testimonium pro satisfactione sufficit, l. 7. §. 5. C. de curat. fur. neque enim tutor à patre nisi spectatæ fidei, & diligentæ eligi solet. l. 36. de excus. excipe casus, l. 8. cum 2. seqq. de conf. tut.

[*Ex inquisitione*.] l. 4. C. de tut. qui sat. non ded. & regula est, ubi locus est inquisitioni, cessat satisfactio, l. 8. de cur. fur. l. ult. §. 7. de adm. rer. ad civ. pertin. fides enim inquisitionis pro vinculo cedit cautionis, ut ait Pap. l. 13. in fin. de tut. dat.

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

1. Quando pignora in vicem satisfactionis 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 satisfaciendi lege soluti.
4. Quid circa satisfactionem, & nonnulla alia, apud nos observetur.

[*Ex nomine satisfaciens*.] Satisfacere proprie est, fidejussoribus datis cavere, l. 1. qui satisf. cog. Atque hoc prætoris stipulationes regulariter desiderant, l. prætoris de prætor. stip. nimirum quia prætor ferè 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; & tædiolam habent custodiam; quod notat Castr. ad d. l. 1. qui satisf. cog. Quod si cautio pro re certa aut quantitate præstanda sit, etiam pignora admittit, l. 1. §. jubet. 9. de collat. l. 2.

[*§. 3. quod legat.* Itaque satisfacere 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 satisfactio de indemnitate pupilli vel adolescentis, & passim satisfactio rem pupilli vel adolescentis salvam fore. Si plures fidejussores à tutore dati sunt, singuli in solidum tenentur, & conveniri possunt; neque beneficium divisionis, quod ceteri fidejussores ex epistola D. Adriani 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. §. & siquidem. 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 quæque res salva non esse cœperit, d. l. 4. §. 4. Porro quicquid in iudicium 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. si tutor. 15. de adm. tut.

[*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 satisfaciendi lege soluti sint: testamentarii in universum, l. testamento. 17. de test. tut. l. 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. & l. pen. C. de tit. At cur hos omnes à satisfactione 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, satisfactionem exigi, virisque spectatæ fidei ac diligentæ hoc onus imponi. Tales autem habendi sunt, qui vel testamento, vel ex inquisitione dantur, ob causas, quas mox exprimit Justinianus. Patrono autem liberisque ejus et si satisfactio remittitur, id tamen non fit nisi causa cognita, d. l. 5. §. 1. de leg. tut. Parentem autem manumissorum vel maximè hac lege solutum esse convenit.

[*Tutores testamento dati*.] Extra quam si facultatum dati à patre tutoris facta sit deminutio, vel morum ante celata aut ignorata emerferit improbitas, vel inimicitia cum patre exarserint, l. 4. de test. tut. l. 8. & 2. seqq. de conf. tut. tutores quoque, qui non legitime testamento dati, aut omnimodo aut ex inquisitione confirmandi sunt, satisfactionem non onerantur: ceteri satisfaciunt, l. 1. §. 2. & aliquot 2. seqq. d. tit. §. ult. sup. de tutel. & ibi. not.

[*Ab ipso testatore approbata*.] Quippe parentes nemini tutelam liberorum suorum committere solent, nisi ejus, cujus benevolentia, fides ac diligentia eis satis cognita respectaque sit, l. amicissimos. 36. de excus. ut merito paternum testimonium pro satisfactione sufficere debeat, l. de creationibus. 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. si impuberi. 13. in fin. de tut. & cur. dat. Olim apud nos

nos nemo tutor idoneus sine satisfactione æstimabatur: verum hodie prudentiæ & religioni eorum qui rebus pupillaribus præfunt, ea res committitur, qui non solent satisfactionem à tutoribus exigere, contenti eorum iurjurando; præsertim si testamento dati sint, quod & passim alibi observatur. *Juan. à Sando lib. 2. tit. 9. defm. 9* Extat formula iurjurandi in *Stat. tutelæ. Rhiland. art. 22.* Quandoque ab uno ex pluribus tutoribus, cui singulariter administratio conceditur, fidejussores aut pignora, prout res postulat, de consilio propinquorum pupilli, exiguntur. Quæ majoris momenti sunt, non nisi sciente & consentiente magistratu pupillari tutores facere possunt, nisi is magistratus testamento exclusus sit: quo tamen casu nihilominus suprema inspectio, re exigente, penes eos est, qui tribunali præfunt, *vid. Grot. 1. manud. 9.* ubi etiam tractat, an tutores, & quinam mercedem administrationis petere possint; item, quando tutoribus liceat quæstorem constituere; & quædam alia ad tutoris administrantis & quæstoris constituti officium pertinentia.

## T E X T U S.

Quatenus satisfactio in iis, qui satisfacere non compelluntur, locum habere possit.

1. *Sed si ex testamento vel inquisitione duo pluresve dati fuerint, potest unus offerre satisfactionem de indemnitate pupilli vel adolescentis, & contutori suo, vel concuratori præferri, ut solus administret; vel ut contutor, aut concurator satis offerens præponatur ei, ut & ipse solus administret. Itaque per se non potest petere satisfactionem à contutore vel concuratore: sed offerre debet, ut electionem det concuratori vel contutori suo, utrum velit satis accipere, an satisfacere. 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 caveatur. Sæpius 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.*

## N O T A.

1. *Potest unus offerre.]* Unus ex pluribus tutoribus satisfactioni non obnoxiiis provocacione fieri potest, ut ceteri satisfactioni subjiciantur, aut huic parato satisfacere administratio committatur, *l. 17. & 2. seqq. de test. tut. cujus instituti rationem pete ex l. 3. §. 6. de admin. tut.*

*Si non fuerit adscriptum.]* Aut adscriptus gerere nolit, *d. l. 3. §. 7.*

*Prætor partes suas interponero.]* Id est causa cognita statuere, quis tutelam geret, *d. l. 3. §. 7. l. 14. §. 1. D. de solut.* Sorte rem hic dirimi non placet, quia vertitur in præjudicium alterius. Accurrit.

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

1. *Provocacione unius ex pluribus tutoribus satisfactio non obnoxiiis fieri posse, ut ceteri satisfactioi subjiciantur.*

2. *Tutelam non tam commodè à pluribus, quam ab uno administrari: ideoque Prætor cura esse, ut administratio in unum derivetur: & quis in ea re ordo.*

**H**ic locus exceptionem quandam continet eorum, quæ de tutoribus testamento aut ex inquisitione datis satisfactionem non onerandis initio dicta sunt: nam etsi directo ab his satisfactio exigi non potest, si tamen plures sint hujusmodi tutores, provocacione unius fieri potest, ut ceteri satisfactioni subjiciantur, si huic parato satisfacere administrationem committi nolint. Id quod summa ratione à Prætoribus introductum est. Nam cum periculum administratione, non divisa commune sit omnium tutorum & quod culpa unius malè gestum est, alios quoque oneret: *l. 6. in fin. C. arb. tut. l. pen. C. de div. tut.* æquissimum est, ut ei, qui hoc incommodum metuit, soli administratio permittatur satisfactionem ad securitatem collegarum offerenti, aut si ipsi administrare malint, eadem conditione administrent, collegarumque suum qui satis obtulit, præstita cautione itidem securum reddant. Porro quoniam tutela non tam commodè à pluribus, quam ab uno administrari solet, (quippe plures ad administrationem admissi sæpè dissensionem aut emulationem se invicem impediunt, sæpè etiam, ut ait Aristot. 2. pol. 2. mutua præsumptione & fiducia operæ alterius omnes cessant; utique unus facilius & actiones exercet & excipit) curæ Prætoris fuit, ut, quoad fieri posset, in paucos, vel unum potius, tutelam derivaret, quam ut ea per multos spargeretur, *l. 3. §. apparet. 6. de adm. tut. eleganter D. Tuld. c. 3. & 4. hic.* Hujus autem rei causa gradus complures Prætor fecit, quorum ordinem & numerum hic demonstrat Justinianus. Primus est, ut ei, qui ex pluribus satisfactioni non obnoxiiis, satisfactionem offert, gestus committatur, *l. 17. de test. tut.* Proximus, si nemo satis offerat, ut ei committatur, quem testator gerere voluit: cui malè primum locum defert Hotom. *d. l. 3. §. 1. de adm. tut. l. 14. §. 1. de solut.* Tertius, si testator neminem designavit, ut is administret, quem major pars collegarum elegerit, *d. l. 3. §. si non. 7. d. l. 14. §. 1.* Quartus, si collegæ inter se dissentiant, ut tum prætor partes suas interponat, & causa cognita ipse statuatur, quis tutelam gerere debeat, *ad. l. 2.* Sorte hic rem dirimi non placuit; quia vertitur in præjudicium alterius, *Gloss. in verb. partes.* Enimverò hæc ita obtinent, ubi de tutelæ administratione uni aut paucis committenda agitur: nam si omnes gerere velint, aut tutelam inter se dividendi vel in partes, vel in regiones, audiendi sunt, ne invidi alienum periculum subire cogantur, *d. l. 3. §. pen. & ad. cum l. seq. de adm. tut.* Idemque est, si omnes parati sint satisfacere, *d. l. 17. de test. tut.* ut tamen maximè idoneum prætor eligere possit, *l. quod si. 18. d. tit.* Porro nec iudicio testatoris semper in hac re statur, nec satis offerens semper præfertur, ob causas, quas assertit Ulpian. *d. l. 3. §. 3. de adm. tut. d. l. 17. §. 1. & 2. de test. tut.*

*Per se non potest petere.]* Dativus vel testamentarius tutor sive curator à collega suo satis petere non potest: sed offerre ei debet, utrum satis accipere velit, an dare, *l. 7. rem. pup. solv. for.* Sed ita aut satisda, aut satis accipere.



*In pluribus ex inquisitione*] Ex interpretatione videlicet edicti & oratione DD. fratrum : siquidem verba edicti ad testamentarios tantum pertinent, *l. si nemo. 19. §. 1. de reb. tut.* Illud hic prætereundum non est, etiam si uni administratio decernatur, non idcirco tamen honorarios tutores, id est, eos, qui non administrant, per omnia immunes esse à periculo tutelæ : sed excusis prius facultatibus ejus, qui gessit, etiam hos conveniri posse, quippe quorum munus sit observare actus tutoris gerentis, ratione inspicere, & malè versantem suspectum facere, *d. l. 3. §. 2. de adm. tut. D. Tuld. cap. 4.*

T E X T U S.

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 satisfactionem accipiunt, subsidiariam actionem esse, qua ultimum eis præsidium posse afferre. Subsidiaria autem actio in eos datur, qui aut omnino à tutoribus vel curatoribus satisfacti non curaverunt, aut non idoneè passim sunt caveri. Quæ quidem tam ex prudentium responsis, quam ex constitutionibus imperialibus etiam in heredes eorum extenditur.*

N O T A.

*Subsidiariam actionem*] Quæ in subsidium pupilli datur, & adultis, excusis prius administratoribus, eorumque fidejussoribus. Vide fusius in Commentario infra.

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

1. *Qui quando prætor tutores & curatores pupillis & minoribus teneantur, & quo quisque ordine conveniendus.*

**P**ars hujus tituli altera, in qua agitur de actione subsidiaria, quæ pupillis vel adultis ceterisque personis, tanquam ultimum præsidium, datur adversus magistratum, qui satisfactionem exigere debent. Unde apparet, huic actioni locum non esse, ubi testamento vel ex inquisitione dati sunt tutores : sed usum ejus esse posse in legitimis tantum, aut simpliciter datis quos solos satisfactioni obnoxios esse diximus.

*Subsidiariam actionem*] Quæ ex re ipsa hoc nomen accepit quia in subsidium pupillis datur, si à tutoribus eorumve fidejussoribus suum consequi nequeant ; ut hæc actio ultimum eis sit periculum, & tanquam sacra anchora, *l. 4. & 5. C. de Mag. conv.* Quæ res melius intelligatur, sciendum est, primo loco conveniendos esse tutores eorumque hæredes ; & si plures sint tutores, eum qui gessit, ejusque successores, *l. tutores. 39. §. in eum. 11. 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. d. tit. l. 6. C. arb. tut.* sed electo tum triplici beneficio succurri ; divisionis & cedendarum actionum, exemplo fidejussorum, *l. 1. §. & siquidem. 11. de tut. & rat. dist. d. l. 2. C. de div. tut.* & insuper utili actione adversus contutores, si quid ex communi gestu non mandatis actionibus præstitit, *d. l. 1. §. & si forè. 13.* Si nemo gesserit, & omnes solvendo

sint, electioni itidem locum esse, eumque, qui convenitur, excipere posse periculi societatem : cæterum ut actiones sibi præstentur, frustra desiderare, *l. si plures. 38. de adm. tut.* Quod si à magistratu vel testatore in partes seu regiones divisa sit tutelæ administratio, pro parte attributa quemque conveniendum esse, nisi cujus dolus aut culpa arguatur, quod collegam suspectum non fecerit ; aut fecerit quidem, sed collusoriè aut everis jam ejus facultatibus, *d. l. 2. C. de div. tut. l. Lucius. 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. pro officio. 20. C. de adm. tut. Myns. Schneid. hic.* Atque hic pupillo consistendum, si à tutoribus satisfactum non est, quia testamento aut ex inquisitione dati. Si verò tales sint, ut satisfacere debuerint, nec exacta sit satisfactio, post tutores statim ad magistratum venit, qui officium suum in exigendo neglexerunt, *ut hoc text.* Exacta autem cautione proxime post tutores hæredesque eorum conveniuntur dati fidejussores, iisque deficientibus hæredes eorum, *l. 3. de fidej. & nom. & bar. tut.* Atque ad extremum, excusis omnibus & administratorum & fidejussorum bonis, si solidum pupillus nondum consecutus est, subsidiaria actio est in magistratus, qui satisfactionem acceperunt, *l. Lucius. 46. §. pen. de adm. tut. l. 4. C. de Mag. conv.* Nonnunquam tamen prius ad magistratum venit, quam ad contutores, si nimirum his nihil imputari possit quod vel satis à contutore non exegerint, vel suspectum eum non fecerint, *l. 1. §. usque adeo. 15. de tut. & rat. dist. junct. l. 14. de adm. tut. l. 2. & 3. de Mag. conv. add. Wes. par. de adm. tut. n. 5. & de Mag. conv. per. tot. Christin. vol. 3. decis. 156. num. 9.*

*Non idoneè passim sunt caveri*] Quoties vitiosè cautum est, non videtur cautum, *l. 6. qui sariud. 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 idoneè fidejussorum bona prius excutienda sunt, quam ad magistratum veniatur.

*In hæredes*] Non tamen similiter tenentur hæredes magistratum, ut ipsi magistratus, nam nec hæres tutoris negligentæ nomine tenetur. Nam magistratus quidem in omne periculum succedit : hæres ipsius doli tantum, & dolo proximæ culpæ succedaneus est, *l. 4. de Mag. conv. l. 2. C. eod.* Etenim si magistratus tanta fuit negligentia, ut aut omnem cautionem ommitteret, aut evidenter cum minus idoneis fidejussoribus contraheret, ipsum hoc casu loco fidejussoris habendum placuit, *l. 6. eod.*

T E X T U S.

Si tutor vel curator cavere nolit.

3. *Quibus constitutionibus & illud exprimitur, ut nisi caveant tutores & curatores, pignori- bus captis coercantur.*

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

**P**ignoribus captis] Pignora ideo dicuntur : quia aliquandiu, & donec aliquid fiat, retinentur : eaque pars fuisse videtur multæ dictionis. Quod si in contumacia perfe-

perseverent, removendi à tutela, ut suspecti, l. 3. C. de susp. tut.

## TEXTUS.

Qui dicta actione non tenentur.

4. *Neque autem prefectus urbi, neque prator, neque praeses provinciae, neque quisquam alius, cui tutores dandi jus est, hac actione tenebitur: Sed hi tantummodo, qui satisfactionem exigere solent.*

## NOTA.

4. *[Qui satisfactionem exigere]* In urbe scriba, in provinciis duumviri, l. ult. C. d. tit. l. 3. §. ult. D. de pecul.

## COMMENTARIUS.

1. An ipsi etiam magistratus majores cautionem exigere poterint.
2. Moribus hodiernis per exiguum actionis subsidiaria usum esse.

**C** *U*si tutores dandi jus est] Κατ' ἴξον, vel jus pleaum & liberum quale item habent proconsules exterique, quibus provinciae regendae commissae, l. 1. de tut. & cur. dat. l. 1. §. 1. D. de Mag. conv. alioqui & magistratus municipales jus dandi tutores habent, sed circumscriptum, aut pendens ab arbitrio & jussu majorum magistratum, l. 3. d. tit. junct. §. sed hoc jure. sup. de At-

tit. tut. Locus hic descriptus ex l. 1. §. 1. de Mag. conv. *[Qui satisfactionem exigere solent]* Ut magistratus & defensores civitatum, οἱ εὐρηγοὶ καὶ ἐκδιδοὶ τῶν πόλεων, Theoph. Item scriba praefidis vel praetoris, l. ult. C. eod. Ait, *exigere solent.* Potuitne ergo & ipse praetor cautionem exigere? & potuisse non dubitò, l. 2. & 3. rem pup. salv. Igitur & praefides 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 satisfactione tutorem dare poterant, fraudi esse, quod singulari erga pupillum affectu ducti, quo certius ei cautum esset, fidejussores exegerint. In his regionibus actioni subsidiariae vix locus est, ut supra quoque monuimus: neque in Germania usum ejus esse testatur *Trensl. vol. 2. disp. 9. thes. 7.* In Gallia quoque desuetudine abrogata ex Bugnion: *lib. 1. de leg. abrog. satyr. 2.* refert Gothofr. *ad rubr. C. de Mag. conv.* quod miror à Barone adnotatum non esse. Planè si quid dolo malo in satisfactione exigenda magistratus fecisse convincantur, puta quod scientes & prudentes fidejussorem minus idoneum admiserint, hoc casu etiamnum eos teneri, tradunt *D. Tulden. ad d. tit. C. num. 3. & Perez. ibid. num. 4. Christin. vol. 3. decis. 181. num. 4. & 7. Groenew. de ll. abrog. hic.* Atque ita judicatum referunt *Bugn. prad. loc. Papon. lib. 10. tit. 4. art. 10.*

## TITULUS XXV.

## DE EXCUSATIONIBUS TUTORUM VEL CURATORUM.

D. Lib. 27. Tit. 1. C. Lib. 5. Tit. 62.

Ratio ordinis, & quadam ἁρμονία.

**T** *R*ationem de excusationibus & suspectis tutoribus in postremum hunc locum rejicit Justinianus, cum agere de modis quibus tutela finitur, §. ult. sup. quib. mod. tut. fin. Hoc tit. agit de excusationibus, sequenti & postremo de suspectis. Utrumque autem etiam hoc argumentum promiscuum est, atque ex aequo 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. & bon. l. 1. & passim de vac. mun. l. 1. de adm. tut. Causae excusationum variae sunt: hic octodecim ferè enumerantur, plures in Pand. & C. hoc tit. Atque harum omnium quaedam certae sunt, & legibus ita definitae, ut simpliciter sint recipiendae; cujusmodi sunt numerus liberorum, administratio fisci, absentia reip. causa, &c. aliae arbitrariae, quae 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 Roma quis habeat, vel in Italia quatuor, vel in provinciis quinque, à tutela vel cura potest excusari, exemplo caterorum munerum, nam & tutelam & curam placuit publicum munus esse. Sed adoptivi liberi non prosunt: in adoptionem autem dati naturali patri prosunt. Item nepotes ex filio prosunt, ut in locum patris sui succedant: ex filia non prosunt. Filii autem superstites tantum ad tutelam vel curam muneris excusationem prosunt: defuncti autem non prosunt. Sed si in bello amissi sunt, quaesitum est, an prosunt. Et constat eos solos prodesse, qui in acie amittuntur. Hi enim, qui pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur.*

## NOTA.

NOTA.

*Propter liberos*] Ex Mod. l. 2. §. 2. & seqq. D. h. t. l. 1. C. qui num. lib. vide fufius in Comm. inf.

*Publicum munus*] l. 1. §. 4. l. ult. §. 1. D. de mun. & hon. l. 9. de his qui sui vel. alien. jur. nempe ratione necessitatis, proprie enim Reipubl. munus non est, l. 6. §. 15. D. h. t. vide Comment.

*Adoptivi liberi non profunt*] Olim proderant, quem morem reprehendit P. Scipio apud Gell. f. 19.

*Qui in acie amittuntur*] l. 18. hoc tit. & ita cape Mod. in l. ult. de vac. mun. in bello amissus. Gell. 2. c. 15. aut bello amittit. non per causam belli, in obsidione forte; sed in acie, in praelio, Sallust. in eo bello trecenti milites desiderati, vide Comm.

COMMENTARIUS.

**P**ropter liberos] Romanis studium fuit matrimonia omnibus modis invitare, quod publice interesse credebant justa sobole repleri civitatem: quam ob causam & pœnis coelibes, & maritos, qui liberos suscepissent, præmiis affecerunt: quod effectum maximè legibus Julii de maritandis ordinibus, & lege Papia Poppæa, de quibus Cujac. ad l. 2. hoc tit. Lipsius in comm. ad 3. annal. ad verba Taciti, de moderanda Papia Poppæa. Histom. in descriptione legum Rom. Inter hæc præmia immunitas fuit à muneribus civilibus, l. 1. pr. l. 2. de vac. mun. ac proinde etiam à tutela & cura, l. 2. §. 2. b. t. l. 1. C. qui num. lib.

*Sive emancipati*] l. 2. §. 3. hoc tit. l. 2. §. incolumes. de vac. mun. quippe hæc immunitas non tam propter onus domesticum educationis liberorum conceditur, ut vulgo existimant, quam ut præmium & remuneratio πολιταισίδων, de jure trium liber. vide Duar. 1. disput. 40.

*Tres liberos Roma, in Italia quatuor &c.*] l. 1. C. qui num. lib. sec. exc. Hinc apparet, discrimen aliquod loci adhuc relictum fuisse inter Latinos, provinciales, cæterosque cives, qui urbem incolerent, etiam post constitutionem Antonini, in l. in orbe. de stat. hom. quamvis omnes ex ea constitutione effecti sint cives Romani, quod & alibi observare licet, §. per traditionem. 40. inf. de rer. div. & inf. de usuc. in princ. itemque in princ. quib. al. lic. Quod autem de Roma hic dicitur, Schol. Th. transfert & ad novam Romam, τὴν Κωνσταντινίαν, & Thraciam, τὴν Θρακίαν.

*Exemplo cæterorum munerum*] Personalium nimirum: nam à patrimonialibus muneribus, quæ rerum & possessionum proprie onera sunt, numerus liberorum non excusat, l. 2. §. 4. l. 10. & seqq. de vac. mun. neque ab honoribus muneribusque his cohærentibus, d. l. 2. §. 1 nisi major sit, videlicet sedecim liberorum, l. 5. §. 2. de jur. imm. aut minimum XII. l. si quis. 24. C. de decur. quo tamen loco pro XII. substituendum esse XVI. existimat Cujac.

*Publicum munus*] Tutela proprie non est munus publicum: neque enim nec publicam, sed privatam pupilli tutor tractat: nec reipubl. pecuniariter 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 pot. tut. Hinc facile intelligitur, cur Modestinus neget tutelam esse munus reipubl. l. 6. §. tutela. 15. hoc tit. Ad quid si dicamus, ideo tutelam appellari mu-

nus publicum, quia cuius est populo non secus ac cætera munera, publice injungi potest.

*Adoptivi liberi non profunt*] Quod & generaliter traditum est d. l. 2. §. 2. de vac. mun. & ratio est, quia hæc beneficia patribus data sunt, qui numero civium rempubl. auxerunt. Meminit Tacitus 15. annal. Senatusconsulti facti tempore Neronis, quo cautum erat, ne liberi adoptivi ad præmia patrum prodesse.

*In adoptionem dati profunt*] Ex quo manifestè liquet, quod paulo ante diximus, hanc immunitatem magis esse beneficium πολιταισίδων, quam levamentum oneris domesticum.

*Nepotes ex filio*] Scilicet de mortuo, l. 2. §. non solum. 7. hoc tit. nam ex filio emancipato nati avo ideo non profunt; 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 representant, d. loc. quod & in cæteris muneribus obtinet, l. 3. C. de his qui num. lib. 10.

*Ex filia non profunt*] 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: profunt autem patri suo aut avo paterno, l. 2. C. qui num. lib.

*Superstites*] l. 2. §. 4. hoc tit. l. 2. §. incolumes. de vac. mun. quippe hi soli & reipubl. usui & parentibus oneri sunt. Defuncti non profunt, præterquam bello amissi; d. tit. Quod Ulp. l. bello. 18. hoc tit. & Justin. hic. de iis accipi volunt, qui in acie seu in praelio, cum in summo periculo amissi sunt, propterea quod hi pro republ. cecidisse intelligantur, & in perpetuum per gloriam vivere. Unde cum ex statuto secundo genitus in jure primogenituræ præferretur filio primogeniti præmortui, responsum est hoc locum non habere, si in acie primogenitus occubisset. Ayala lib. 3. de jur. bell. c. 7. n. 21. Qui verò per causam belli in obsidione, præsidii, castris abripiuntur, huc non pertinent, d. l. bello. De iis, qui pro patria mortem oppetunt, præclare M. Tullius pro Planc. & Philip. 9. Liv. lib. 25. Diod. Sic. lib. 15. ἀνὴρ θανάτου οὐκ ἀδύνατος μὴ μῆμα καὶ ἐλέπτων. in Lesbona. 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.

COMMENTARIUS.

**I**n semestribus] Crebra est semestrium D. Marci in libris nostris mentio. Auctor est Suetonius in Aug. c. 35. Augustum semestria senatorum aliquot consilia fibi instituisse, cum quibus de negotiis ad frequentem senatum referendis ante tractaret. Dio lib. 53. scribit, ex reliquo numero senatorum quindecim ad hoc sorte lectos esse ἑξ ἐκάστου. Quod exemplum Marcus secutus videretur, vid. Pot. Fab. in præfat. semestr.

*Res fisci*] Vel etiam rem privatam Principis, l. administrans. 41. hoc tit. Huc referunt & exactores tributorum, l. exactores. C. cod. colonos patrimoniales, l. ult. C. qui dar. tut. cæterosque, quibus Princeps curam aliqujus

cujus rei injunxit, l. geometra. 22. §. 1. l. jurisperi-  
tus. 30. eod.

## T E X T U S.

## De absentia Reipublicæ causa.

2. Item qui reipublica causa absunt, à tutela, vel cura excusantur. Sed etsi fuerint tutores, vel curatores dati, deinde reipublica causa abesse coguntur, à tutela vel cura excusantur, quatenus reipublica causa absunt: Et interea curator loco eorum datur, qui si reversi fuerint, recipiunt onus tutela: nam nec anni habent vacationem, ut Papinianus libro quinto Responsorum scripsit: nam hoc statim habent ad novas tutelas vocati.

## N O T A.

2. Reipubl. causa absunt] l. 1. C. si tut. reipubl. caus. l. 41. D. h. tit. quoniam reipubl. causa abesse dicuntur, disce ex l. 32. l. 35. l. 38. D. ex quib. caus. maj. Vide fusiùs ex Comment. infra.

Ad novas tutelas vocati] Qui, cum Reipubl. causa abessent, ad novas tutelas vocati sunt, reversi anni vacationem habent: sed munus antè susceptum statim resummi debet, l. 10. pr. & §. 2. l. 45. D. h. tit. l. 2. C. si tut. reipubl. caus.

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

Reipubl. causa absunt] d. l. administratos. §. 2. hoc tit. Reipubl. causa abesse dicuntur, qui publici alicujus muneris vel officii causa, cui præfunt, ab urbe profecti sunt, ut ex Modestino, Paulo, & Ulp. discimus, l. abesse. 32. l. qui mittuntur. 35. l. si cui. 38. ex quib. caus. maj. Horum duo sunt peculiariora: nam cum cæteri, qui propter solum officium aut magistratum excusantur, susceptam tutelam deponere non possint: §. seq. eamque à qua excusati erant, statim finito officio suscipere cogantur: arg. §. prac. l. geometra. §. 1. & d. l. administratos. hoc tit. utrumque contra est in iis, qui reipubl. causa absunt: nam & à suscepta, quamdiu reipubl. causa absunt, excusantur: & si interim ad novam tutelam vocati fuerint, reversi, anni habent vacationem, hoc text. l. 10. eod. Ubi Modestinus sic scribit: *εἰ χρείας δημοσίας δήμῳ ῥωμαίων ἴνεκα διαδημοσίας κοινῶν ἴχθυσιν ἀνάγκων ἢ τῶ ἰππιλοῦν.* Ergo absentes municipii causa non videntur hanc anni vacationem habuisse, contra quam sentit Wesenbec.

## T E X T U S.

## De Potestate.

3. Et qui potestatem aliquam habent, se excusare possunt, ut divus Marcus rescripsit: sed susceptam tutelam deserere non possunt.

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

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. Saepe item ea vox significat publicam illam jubendi ac coercendi auctoritatem, quæ magistratum est, sed omnium communis: ut idem sit magistratus potestas & imperium. Et hoc est, quod Paulus scribit, l. potestatis. 215. de verb. sign. potestatis vocabulo imperium in persona magistratum significari: ac proinde in hac significatione verum est, etiam minores magistratus imperium potestatemque habuisse. Nonnunquam etiam nisi ἰσοχῶν soli magistratus majores imperium & potestatem habere dicuntur, minores sine imperio & potestate esse, l. nec magistratus. 32. de injur. l. 2. de injur. voc. Atque in excellentiori hoc significatu verbum potestatis hic accipiendum esse ex eo perspicuum est, quod ædilitas à tutela non excusat, l. non tantum. 17. §. si quis. hoc tit. Magistratus tamen civitatum, τῶν τετραπόλεων ἢ πόλεων, remissionem à tutela habuisse aperte testatur Modestinus. l. 6. §. remittuntur. 16. eod. add. Cujac. ad l. 4. in fin. eod. Ant. Fab. l. jurispr. hoc tit. pr. 1. ill. 3. Sed vix est, ut id hodie observetur, Bern. Antum. coll. jur. ad d. l. 6. §. 16.

Susceptam deserere non possunt] Magistratibus, qui ante se miscuerunt administrationi, vacatio à tutelis non conceditur, d. l. non tantum. §. sand. in quo differunt ab iis, qui reipubl. causa abesse coguntur, ut paulo ante dictum.

## T E X T U S.

## 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.

## N O T A.

4. Nisi forte de omnibus bonis] Aut maxima eorum parte, l. 20. l. 21. eod. quo casu etiam utile pupillo nolentem se excusare à tutela removeri. d. l. 20. Vide in Com.

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

Iusta causa excusationis non est, quod litem aliquam cum pupillo tutor habeat: sed si judicio agendum sit, quia tutor in rem suam auctor fieri non potest, curator interim ad hoc pupillo datur, qui judicio peracto curator esse desinit, §. ult. de auct. tut. At si de omnibus bonis, plurimave eorum parte, aut de hereditate lis sit, æquum est excusationem tutoris recipi, l. si pupillum. 20. & l. seq. hoc tit. Imo utile pupillo, etiam nolentem se excusare, à tutela removeri, d. l. si pupillum. Non tamen in quavis disceptatione hereditatis simpliciter & sine cogitatione causæ recepta fuisse videtur tutoris excusatio, arg. l. si ut allegas. C. eod. Hodie tota hæc questio inutilis: nam Novella Justiniani constitutione 72. vetatur quilibet creditor aut debitor pupilli tutor ejus esse, dixi supra ad d. §. ult. de auct. tut.

## T E X T U S.

## De tribus tutelæ &amp; curæ oneribus.

5. Item tria onera tutela non affectata, vel cura, præstant vacationem, quamdiu administrantur:

tur : ut tamen plurimum pupillarum tutela, vel cura eorundem bonorum, veluti fratrum, pro una computetur.

COMMENTARIUS.

**N**emo 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 curatiorum, vel tria onera permixtarum tutelarum & curatiorum, quartæ tutelæ curatiorive excusationem præbere, l. 2. §. ult. & l. seq. hoc tit. l. un. C. qui num. tut. Sufficere item visum est tria ejusmodi onera esse in una domo; hoc est, unam familiam tria onera tutelarum aut curatiorum sustinere : ac proinde & tutelarum numerum, quas pater gerit, filio, & quas filius gerit, patri, & quas frater, fratri, qui in ejusdem patris potestate est, ad excusationem prædesse, l. 4. §. ult. eod. modo tutelæ, quas filii admittunt, spectent ad periculum patris, l. 5. eod.

*Non affectata*] Tutelæ affectatæ in numerum tutelarum non cedunt, l. spandonem. 15. §. est autem. 15. eod. d. l. un. C. qui num. tut. Itaque si quis lucrum captans ultra se tutelæ obtulit, si ve tenuem vni xâer suscepit, ut numerum trium explet, à quarta non excusabitur, d. §. est autem. Sicut enim verba Modestini, *o mæreiu zavôpup@ intep@*, interpretor, *mæreiu*, scilicet *epovû, & d'ois*. Ut non tutor pauper, quemadmodum Holoander vertit, sed pauperis tutor iis verbis significetur : quam interpretationem & Theophilus juvat : nam Curtius verba Theophylli, *intepw ioracivrtw*, perperam interpretatus est, tutelam opulentam, cum tenuissimam vertere debuerit : quod mirum est D. Gothofredum non animadvertisse.

*Quandis administrantur*] Id enim maximè consideratur, in tantum, ut, si aut priorum pupillarum ætas prope pubertatem sit, aut eorum, quorum ad tutelam nunc primum tutor vocatur, excusatio non detur, l. non tantum. 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 tutelaram imputat, l. spandonem. §. si civitas. 9. eod. ad quem tamen quasi pars quædam administrationis pertinet : tenetur enim actus gerentis sollicitè observare, eumque, si malè versetur, suspectum facere, l. 3. §. 2. de adm. tut. Enimvero tutor, qui cessat in administratione tutelæ, eam ratione pericali in numerum trium computat, l. si is qui. 31. in fin. pr. hoc tit. l. si quis. 60. de rit. nupt. nihil enim quia qui cessat, principaliter tenetur, & suo nomine perinde ac si gessisset.

*Pro una computetur*] Tria onera non ex numero pupillorum aut adolecentium 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 diffortes, tres sunt tutelæ, l. 3. d. l. si is qui. 31. §. ult. hoc tit. Idemque est & in aliis si ve cognatis si ve extraneis consortibus aut diffortibus, d. §. ult. Sed & contra aliquando unius pupilli tutela ob eandem causam ad excusationem sufficere debet, si nimirum tam

diffusa, negotiosa & molesta sit, ut pro pluribus cedat, d. §. ult. cujus rei disquisitio ferè est in arbitrio prætoris tutelaris, ut ex eodem loco intelligitur, & hic notat Bacch. add. Cujac. ad 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.

COMMENTARIUS.

**D**esumptus hic locus est ex l. 7. & l. post susceptam. 40. §. 1. hoc tit. Est autem hæc excusatio ex iis quoque, quarum receptio aut repudiatio pendet à magistratu, 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.

COMMENTARIUS.

**E**t hæc causa ex earum genere est, quæ cognitionem magistratus desiderant : neque enim quæcumque valetudo excusat, sed ea, quæ impedimento est, quo minus quis suis rebus superesse possit, l. 10. in fin. l. pen. §. ult. hoc tit. l. un. C. qui morb.

TEXTUS.

De imperitia literarum.

8. Similiter eos, qui literas nesciunt, esse excusandos, Divus Pius rescripsit : quamvis & imperiti literarum possint ad administrationem negotiorum sufficere.

COMMENTARIUS.

**L**iteras pro *valetudine* aut humanitate sæpe accipi, notum est. Propriè tamen literæ elementa significant, l. 11. §. 3. de instit. act. l. 6. §. ult. de bon. poss. l. 1. §. sed curatorum : de var. & extr. cogn. Cic. pro Silla ; *Literæ posteritas in causa reperti sunt*. Hinc nescire literas dicitur, qui ne elementarii quidem sunt, hoc est, qui nec legere nec scribere didicerunt, l. 3. §. 2. de accus. l. hac consulsissima. 21. l. nostram. 30. C. de testam. ut & è contrario scire literas, qui scribere sciunt, l. pater. 93. §. 1. de acq. her. l. discretis. C. qui test. fac. Suet. in Claud. c. 10. idque ex usu etiam aliorum auctorum, ut multis docet Duar. 1. disp. 3. & vel unum illud Neronis apophthegmâ ostendit ; *Velim nescire literas*. de quo Seneca 2. de Clem. c. 1. Eandemque loquendi formam etiam Græcis familiarem

liarem fuisse argumento est vetus illud proverbium : quo Plato usus est 3. de legib. μήτιν νέν μήτιν γρηγορεύειν αὐδύει. Nec dubito, quin *Just. hic & Paul. l. 6. §. ult. eod.* eodem modo hac locutione utantur, ut nescire literas illi sit, neque legere scire, neque pingere : & imperiti literarum Justiniano ἀγρομυροί, Modestino in d. §. idem quod ἀναλφάβητοι. Nam dicere se studiis literarum imbutum non esse, & ἀπειδελύτως hic causari, sanè quam ineptum est.

*Quamvis & imperiti literarum*] Axioma discretum est ; *Quamvis imperiti literarum non sint negotiorum expertes* ; tamen à tutela sunt excusandi. Cui per conexum contradicere videtur Paul. d. l. 6. §. ult. Si imperiti literarum non sint negotiorum expertes, à tutela non sunt excusandi. Sunt qui particulam *quamvis* hoc loco notam esse volunt exceptionis, contra perpetuum & certum Latini sermonis ulum. Alii, nescire literas, Paulo esse, non didicisse humaniores literas, in studiis literarum non esse versatum ; quasi literarum, hoc est, politioris humanitatis expertes ad tutelam administrandam minus idonei videri debeant. Fabulæ. Puto etiam literarum ignorantiam ad classem earum excusationum referendam esse, quæ arbitrio magistratus nunc admittuntur, nunc rejiciuntur. Itaque quod Just. ait, imperitos literarum esse excusandos, non ita accipi velim, quasi simpliciter & semper excusari debeant, sed causa cognita, si fortè tutela diffusior atque negotiosior, ut propter rationum conficiendarum difficultatem ab imperito literarum commodè administrari non possit, quamvis is ad res alias gerendas sit idoneus : nam ut memorix omnia credat, ab eo exigere non oportet ; nec satis tutum, vicaria aliorum opera in commentariis & ephemeridibus conscribendis uti. Quod si tutela non sit magni patrimonii ἀπλῆς, aut alias latis expedita, cui gerendæ sufficiat quisvis non hebeti ingenio neque expertis negotiosum, nulla ratio est, cur quis ob solam imperitiam literarum ab ea excusetur. Atque ita Paulum tempero in d. l. 6. §. ult.

## T E X T U S.

## De inimicitia Patris.

9. *Item si propter inimicitias aliquem testamento tutorem pater dederit, hoc ipsum praestat ei excusationem, sicut per contrarium non excusantur, qui se tutelam administraturos patri pupillorum promiserant.*

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

*P*ropter inimicitias.] Quo molestiam exhibeat inimico ; ἢ ἀποβλήθη ὀφθαλμοὶ καὶ ἀπογενήσεται ἢ ἡ ὑβριστεύσεται τῷ ἐχθρῷ. *ut subjicitur libris & negotiis, d. l. 6. §. ult. de test. tut. 17.* Nam si testator bona mente cum tutorem dedit, cui inimicus antea infensusque fuit, hoc ipso videtur facta gratia reconciliatio. Dicam plura *inf. §. 11.*

*Non excusantur*] Qui patri pupillorum tutorem se futurum promisit, nulla excusatione gaudet, quamvis alias excusare se jure possit ; quasi excusationibus renuntiasse videatur, qui ita fidem suam obligavit, l. *spadonem, §. 1. hoc tit. l. ex sententia, 29. de test. tut.*

## T E X T U S.

## De ignorantia Testatoris.

10. *Non esse autem admittendam excusationem ejus, qui hoc solo utitur, quod ignotus patri pupillorum sit, divi fratres rescripserunt.*

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

*I*gnotus patri.] d. l. *spadonem, §. qui dixerit, 14.* Excipiunt *DB.* post Glossam hic, 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, & Aelius Verus, T. Antonini Pii filii, Adriani nepotes, qui primi duo Augusti appellati, & factis consularibus sic inscripti sunt, auctore Spartiano in *Aelio vero.* Appellantur & fratres Imperatores, l. *fratres, 33. de poen. l. si adultoriarum, 38. §. fratres, ad leg. Jul. de adult. vid. Ant. Augustinum lib. sing. de excus. ad §. ἢ ἀναλφάβητος, 18. l. 6. hoc tit.* & Cujac. *ibid.* Obiter addo, Divos à jurisconsultis appellari Imperatores, qui post obitum in Deos relati erant ea ἀναλφάβητος solemnitate, quam describit Herodian. lib. 3. postquam & templis constitui, ac sacerdotes & sodales creati, & ludi fieri, omnesque divini honores decerni solebant, ut ex Tacito, Tranquillo, Spartiano, Capitolino, aliisque id genus auctoribus discimus.

## T E X T U S.

## De inimicitia cum patre pupilli vel adulti.

11. *Inimicitia, quas quis cum patre pupillorum vel adultorum exercuit, si capitales fuerunt, nec reconciliatio intervenerit, à tutela vel cura solent excusare.*

## N O T E.

11. *Cum patre pupillorum*] d. l. 6. §. 17. Paul. 2. sent. 27. idem est si cum pupillis vel adultis, l. 3. §. 12. D. de susp. tut. ubi Ulp. ait etiam ob hanc causam removeri.

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

1. *Ab homini Christiano conveniat ad excusationem tutela obtinere inimicitias.*

*N*unc de inimicitia paulo pluribus & distinctius agamus. Ait, inimicitias capitales, quas quis cum patre pupillorum exercuit, nisi intervenerit reconciliatio, solere excusare. Inimicitias capitales intelligo quascunque graves, quæ vel vitam, vel libertatem, vel existimationem petunt, *arg. l. licet capitales, 103. de verb. sign.* Sunt qui existimant, hujusmodi excusationem minus convenire homini Christiano : neque enim rectè videri tutorem dicturum, non debere se cogi bene facere homini inimico & de se malè merito, aut liberis ejus : quæ sententia ethnicis fortassis conveniat, aut veteribus illis, quorum meminit Christus *Matth. 5. 5.* qui legem Domini sic accipiebant, *Diligas proximum tuum. Et odio habebis inimicum tuum.* Christianis & piis non convenit. Et sanè ita est, nisi ratigasseratur, cur inimicitia excusari debeat, qualis hic occurrit, videlicet ut liceat

liceat finistram suspensionem hoc obtentu vitare & anteveneremotionem. Ait, *cum patre pupillorum*. Idem est si pupillis ipsis vel adultis inimicus sit, l. 3. §. *si tutor*. l. 2. *de susp. tut.* Ait, *nec reconciliatio intervenit*. Reconciliatio aut aperte intervenit, ut si post ortas inimicitias in gratiam redierint, aut tacite, si eum, cui pater justè infensus antea erat, postea testamento suo tutorem scripserit: nam si hoc bono animo fecerit, non ut litibus eum implicaret, injuriam ei hoc ipso remisisse videtur, l. 6. §. *dat remissionem*. 17. *hoc tit.* Planè si ipse pater causam inimicitias 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 removeantur, d. l. 3. §. *si tutor. de susp. tut.*

TEXTUS.

De status controversia à Patre pupilli illata.

12. *Item is, qui status controversiam à pupillorum patre passus est, excusatur à tutela.*

COMMENTARIUS.

Si tutor status controversiam à patre pupilli passus sit, id est, si eum pater in servitutem petierit, hoc pariter 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, serio & bona fide, non dedit opera, ne tutelam lubeat, & calumnix causa, quod ex rescripto Marci & Veri (ita legendum esse textus Græcus ostendit) proponitur in l. 6. §. *amplius*. 18. *hoc tit.*

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 aspirare: adeo ut nec excusatione opus sit. Quà 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.*

COMMENTARIUS.

1. *Duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadvertitur.*

Senes æquè ac magistratus veteres reveriti sunt, l. 5. *de jur. immun.* quæ reverentia consistebat in assurgendo, in loco dando ac cedendo, domo deducendo ac recedendo. Juvenalis *satyr.* 13.

*Credebant hoc grande nefas & morte piandum, Si juvenis vetulo non assurrexerat.*  
add. *Valer. lib. 2. c. 1. Cic. 1. Off. 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. Lex à quinquagesimo anno militem non cogit: à sexagesimo senatorum non citat.* Idem tamen 2. *Controv. 65.* annos exigit. A decurionatu excusabant anni 55. l. *non tantum. de decur.* à tutelis cæterisque muneribus personalibus anni 70. l. 3. *de jur. immun. l. 2. hoc tit. l. un. C. qui atas.* In l. 70. *C. qui atas. vel profess. lib. 10.* pro l. v. legendum l. xx. ut contextus ostendit, & monet Cujac. Cæterum hæc ita procedebant, nisi aliter consuetudo vel lex municipalis definiret, d. l. *non tantum. l. 2. de vac. mun.*

*Major septuaginta annis*] In immunitatibus conceptus 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 locus & constitutio Justiniani in l. *uls. C. de leg. tut.* multis imposuit. Constat minorem 25. annis testamento tutorem rectè dari: sed ita datum perinde haberi, ac si sub conditione aut ex die datus esset, cum major 25. annis factus fuerit; ut interim nec tutelam administraret, nec ullo effectu pro tutore habeatur, §. 2. *sup. qui test. tut. l. quaro. 32. in fin. de test. tut.* sed alius tutor aut curator interim à magistratu datur, qui tutor aut curator esse definit 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 tutel. l. 4. l. 8. de leg. tut.* Quare si agnatus pupilli proximus minor erit 25. annis, jure agnationis & successione 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.* qui locus simul confirmat, quod dixi, eum ipso jure, pro tutore esse: alioquin non à magistratu alius interim daretur, sed insequentis gradus agnati protinus in tutelæ administratione succederent, *arg. l. 3. §. pen. de leg. tut.* Revisè quæ scripsi ad §. *uls. sup. de cap. dem.* A magistratu tutor sub conditione aut ex die dari non potuit, l. 6. §. 1. *de tutel.* Ergo nec minor 25. annis: si potpe cui dationi insit dies aut conditio, cum major erit, §. 2. *sup. qui test. tut. l. 10. §. pen. & ult. de test. tut.* Quapropter si tota datio non consistit, nec *cò 77. v. omnia* pro tutore ullo effectu habebitur, ac ne quidem post *adultus* tutor erit: ideoque consulto de testamentario & legitimo duntaxat 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 omninò minor aut detur tutor, aut ad legitimam tutelam vocetur, d. l. *uls. Cod. de leg. tut.* De legitimis & dativis loquitur constitutio: liberam patris voluntatem testamento de tutela caventis non coarctat. In ea autem constitutione atque hoc loco duplex Triboniani error in explicatione juris veteris animadvertitur. Unus est, quod putaverit, jure veteri periculo minoris, cui legitima tutela delata erat, curatorem interim datum tutelam administrasse, ut patet ex ratione, quæ affertur



in pr. constitutionis. Alter, quod minorem à magistratu tutorem dari posse crediderit, sed excusandum fuisse: quasi vel omnis 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. ipsūque adeo custodem Tribonianum 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; quosolim exclusos fuisse, ac ne durante quidem ἀφελία proximis ad administrationem tutelæ admittentibus jam ostendimus.

*Nec pupillus*] Si verum est, quod diximus, agnatum proximum, quamdiu minor est, tutelam gerere non posse, ineptè atque inutiliter videtur queri, an pupillus ad legitimam tutelam pupilli sit vocandus. Nam & si fingamus, alterum infantem esse, alterum pubertati proximum, exiguum tamen tempus superfuturum est administrationi. Et in l. 10. §. pen. hoc tit. non de impubere queritur, sed de adolescente five minore 25. annis: nam ἀφελία, qui & ἀήλιε, Græcis non est ἀνήθε, sed νέθε, hoc est, adolescens, τῶν ἡβῶν ἢ παρθένων, ἡλικίαν δὲ καὶ ἐπὶ αὐτῶν, ut passim apud Theoph. & Harmenop.

*Quum incivile sit*] Hæc ratio nihil aliud efficere videtur, quam ut ne minori tutelæ administratio permittatur. Atqui nec jure veteri ea minori permittenda fuit. Sed, ut dixi, falso creditur Justinianus, periculo minoris interim tutelam ab alio administrari solitam, nam ideo se jus vetus mutasse scribit, ut cuique imminet pro sua tantummodo administratione periculum, ne alieno onere alius prægravetur. Itaque tutelam vel curam subire, hoc loco dixisse existimari potest, pro eo, nempe periculum tutelæ ab alio administrandæ, sustinere.

## TEXTUS.

## De Militia.

14. *Idem & in militia observandum est, ut nec volens ad tutela onus admittatur.*

## COMMENTARIUS.

**M**ilites armatæ militiæ ad instar minorum, ne volentes quidem ad tutelam aut curam gerendam admittuntur, l. 4. C. qui dar. tut. l. 8. C. de legat. ne videlicet propter privata negotia à numeris & signis avocentur: quam ob causam nec procuratores esse possunt, l. 8. §. 2. de procur. nec aliena prædia conducere, l. milites. 31. C. de loc. & cond. Quatenus veterani, hoc est, qui militia honestè dimissi & sacramento soluti sunt, vacationem tutelarum habeant, copiosè disputatur l. 8. & 2. seqq. hoc tit.

## TEXTUS.

## De Grammaticis, Rhetoribus, &amp; Medicis.

15. *Item Roma grammatici, rhetores & medici, & qui in patria sua has artes exercent, & intra numerum sunt, à tutela & cura habent vacationem.*

## COMMENTARIUS.

**S**tudiorum liberalium professores, grammatici, philosophi, rhetores, qui publicæ juventuti profunt; item medici, quemadmodum à reliquis muneribus, ita & à tutela & cura vacationem habent, l. 6. §. 1. hoc tit. & tit. C. de profess. & med. lib. 10. Habent & Philosophi; d. l. 6. §. 5. Musicos, quamvis eorum ars ingenua sit & liberalis, non habere tradit Cujac. in d. l. 6. §. 1. allegans l. 4. C. de excus. mun. lib. 10. quo loco pro *Hydraulia* videtur legisse *Musici*. Nec poetæ habent, l. 3. C. de profess. & med. licet divini spiritus mereantur. Legum quoque doctores non habent, exceptis iis, qui Romæ docent, d. l. 6. §. legum. 12. 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 five originalis: altera communis, quæ est Roma, l. Roma. 33. ad munic. Quamobrem qui Romæ docent, etiam si Romæ nati non sint, immunitatem habent, l. 9. de vac. mun. five salariarii sint; five non sint, l. 6. Roma. 11. b. t. Atque hæc ex tribus una est conditio ad obtinendam immunitatem necessaria. d. l. 6. §. amplius. 9.

*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. l. 5. 7. & 8. C. de profess. Certus enim numerus eorum qui vacationem habent, in unaquaque civitate lege definitus erat, d. l. 6. §. 2. præterquam philosophorum: Ἀφ' ὅτι πάντες εἶναι τῶν φιλοσοφῶντων, d. l. 6. §. de philosophis, quem numerum excedere non licebat, d. l. 6. §. 3. nisi quis propter excellentiam præstantiamque doctrinæ, ὁ ἄριστος ἰσχυρῶς, immunitate supra numerum donaretur, d. l. 6. §. valde. Est & tertia conditio hic omissa, ut pene & sedulo suo munere fungantur, seque adolescentibus utiles præbeant: alioqui denuo ab ordine reprobari possunt, d. l. 6. §. 6. l. 2. l. 8. C. de profess. l. 11. §. 3. de mun. & hon. Colligitur hinc DD. studiosos, qui gnaviter literis non incumbunt, etiam si in catalogum relati sint, privilegiis scholarum gaudere non oportere; cessante scilicet ratione inductiva privilegiorum, secundum Aldobrand. num. 19. Schœnid. num. 6. hic, quanquam vix est, ut hoc obtineat: consule Wamesf. cens. 1. conf. 20. Christin. vol. 5. decis. 36. & 49. num. 14. & seqq. Add. Groenew. de ll. abrogat. ad l. 6. Pand. b. t. ubi & de usu hodierno.

## TEXTUS.

De tempore & modo proponendi excusationes.

16. *Qui autem se vult 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 continnos, ex quo cognoverint se tutores vel curatores datos, se excusare debent, cujuscumque generis sint, id est, qualitercumque dati fuerint tutores, si intra centesimum lapidem sint ab eo loco, ubi tutores dati sunt. Si verò ultra centesimum lapidem habitant, dinn-*

meta-



meratione facta viginti millium diurnorum, & amplius triginta dierum: qui tamen, ut Scaevola dicebat, sic debent computari, ne minus sint, quam quinquaginta dies.

NOTÆ.

16 Qualitercumque dati] Sive à magistratu, sive testamento, sive lege, nam & legitimos tutores se excusare posse constat, l. 3. §. 8. D. de leg. suc. l. 1. C. eod. l. 9. C. qui dari sut. & prius dixerat, cujuscumque generis.

COMMENTARIUS.

1. Utrum post constitutionem D. Marci adhuc immediatè à delatione tutelæ appellari poteris.
2. Ex quo tempore 50. dies excusationis alleganda constituti, currere incipiant.
3. An causa excusationis per procuratorem agi possit.
4. Etiam tutores legitimos excusari.
5. Propomenda & disceptanda excusationis qua forma apud nos observetur.

**A**liis uti non prohibetur] Ex Martiano l. propter litem. 21. §. 1. eod. Est enim excusatio species quædam exceptionis: nemo autem prohibetur pluribus exceptionibus uti, l. 8. de exc. l. nemo. 43. de reg. jur. Sed an qui plures excusationes habet, eas omnes simul proponere & contestari debeat, quæritur, & putat Gloss. hoc necesse non esse: sed verius est, omnes initio contestari oportere, ne aliqui tutor negotii trahendi causa novas postea excogitet: & est textus in l. scire oportet. 13. §. scire autem. 8. hoc tit. Omnibus autem propositis, vel unam probare sufficit ad victoriam.

**Non appellant]** Hoc enim D. Marcus effecit. Nam cum antea non minus à delatione tutelæ, quam alterius muneris appellaretur, Marcus Antoninus, tutelam à cæteris muneribus ita secrevit, ut tutor datus non amplius rectè à datione provocaret: sed si quas se habere putaret justas excusationis causas, eas intra præstituta tempora proponeret, quas si iudex rejecisset, tum demum licentiam appellandi haberet: qui verò ad alia munera vocarentur, hi non aliter quam olim, hoc est, quam appellationis interposita, allegare possint causas immunitatis suæ, l. 1. §. 1. & 2. quand. appell. Igitur si qui sunt loci, in quibus tutores dati provocasse proponuntur, ut in l. 4. hoc tit. l. tutores. 39. §. tutor. 6. de adm. tut. l. 2. & pen. de tut. & cur. dat. l. 17. §. 1. de appell. illi non sic accipiendi sunt, quasi ab ipsa creatione àmionis appellassent, sed à reiectione excusationis intra præstitutum tempus allegatæ. Neque obstat quod Modestinus scribit in l. 16. hoc tit. tutores enim citra appellationem se excusare posse: aut quod idem Modestinus l. 13. eod. & Imp. l. tutores. 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. app. 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. Atque hoc jure utimur. D. Tuiden. hic. c. 11. & ad tit. C. eod. Christin. vol. 3. decis. 171. n. 12. Perez. in C. hoc tit. n. 16. Gros. 1. manud. c. 7. Est verò hoc argumentum, nihil hic tutorum causa constitutum esse. Convenientius fortasse visum est atque æquius, ut qui tutorem dedissent, ipsi prius de causa excusationis summatim cognoscerent, eamque vel acciperent vel repudiarent, cum nihil eorum interfit, tutoris ille sit, an alius, quam ut statim quasi rejecta causa excusationis, quam nunquam 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 nominaverunt, interest nominatum munus sibi delatum suscipere ipsi quodammodo pars sunt, & in sua causa iudices constituentur si excusationes apud nos allegandæ & probandæ forent, quod hic notat Jo. Fab.

**Intra quinquaginta dies continuos]** Proponendæ & contestandæ excusationi 50. dies continui constituti sunt, l. 13. §. 1. & seqq. hoc tit. peragendo negotio continui quatuor menses, l. quinquaginta. 38. eod. Dicuntur dies continui, qui continuo, id est, συνεχόμενοι, continenter, & sine interruptione nullique exemptis currunt, ad discrimen utilium, è quibus subducuntur omnes dies, quibus experiundi juris sui potestas non est, l. 1. de div. & temp. pras. de quo fortassis alibi plura.

**Ex quo cognoverint]** Quinquaginta dies excusationibus profitendis constituti tutoribus & curatoribus non cedunt ex quo dati sunt, sed ex quo cognoverint se tutores aut curatores datos esse, d. l. 13. §. quinquaginta. l. 6. C. eod. l. 3. de verb. signif. Atque ex eo tempore si cessent, suo periculo cessant, l. 1. §. 1. de adm. tut. ut tamen iis ignoscatur, qui valetudine aut vi tempestatis, aliave simili causa impediti constituto tempore non venerint, d. l. 13. §. si enim. Porro nec antea quam à die cognitionis cedere existimo quatuor illos menses disceptandi & finiendi excusationis negotio constitutos; ne alioqui contingat, ut prius finiatur tempus excusationis, quam incipiat, quod perquam esset absurdum. Nec est contra quod Paulus in d. l. 38. menses illos ex die 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. jur. pr. hoc tit. pr. 1. illat. 7.

**Se excusare debent]** Non solum venire tutor & adire iudicem intra 50. dies debet, sed necesse est, ut intra id tempus se excuset, id est, causam excusationis speciatim alleget & contestetur, quam etsi fortè mox non perfequitur, nihilo tamen magis ei obstat præscriptio 50. dierum, cum ad negotium peragendum ei adhuc supersint 70. dies: nisi ἀποστάσις γένηται, hoc est, desunctoriè, perfusoriè, aut ut Contius vertit, dicis causa, adierit, ut desisteret statim, & adversarium traheret, d. l. 13. §. ἀνὰ γῆ. 6. Contestanda autem est excusatio vel in iure ad tribunal prætoris, vel apud acta, vel ἀπὸ πλάγῃ, id est, de plano, per libellum, d. l. 13. §. γῆν ἢ πλάγῃ. 10. Nam etsi tutor per libelli oblationem & subscriptionem non excusatur: l. excusare. 25. eod. eo quod excusatio non tribunali disceptanda & excutienda est, quia opus est decreto:

creto : per l. 9. §. 1. de off. proc. l. omnia. 71. de reg. jur. tamen ad submovendam prescriptionem contestatio vel per libellum facta sufficit. Illud non satis expeditum est, an & absens tutor excusari possit. Negat Accurs. quem sequuntur *Pes. Fab. ad l. nemo. 70. de reg. jur. & Ant. Fab. de illat. 7.* itemque *Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 9. sb. 1. lit. B.* Mihi contraria sententia, quæ Cujacii est, verior videtur, per textum. l. tutor. 19. C. de adm. tut. Neque video quid obset, quominus causa excusationis per procuratorem agatur. Opposita sunt per libellum & pro tribunali : non per libellum & in præsentia, nam & præsens libellum offerre potest.

*Cujuscumque generis sint, vel qualitercumque dati* ] Sive igitur testamento dati sint, sive à magistratu, sive à lege ad tutelam vocati : nam & legitimos tutores excusari verius est, l. 3. §. quari. de leg. tut. l. si pupillum. 20. hoc tit. l. 1. C. de leg. tut. l. si sororu. C. qui dar. tut. arg. l. 2. §. 5. hoc tit. quibus locis eorum sententia manifestè refellitur, qui putant, legitimos tutores se excusare non posse, nisi & removeri possint, aut ad tempus duntaxat : quo in numero sunt *Hotom. & Giphon. hic Cujac. ad d. l. 13.*

*Intra centesimum lapidem* ] Ad professionem excusationis 50. dies dantur, si is, qui tutor datus est, sit in eadem civitate vel intra centesimum lapidem ; si ultra sit, ad veniendum dantur singuli dies in singula 20. millia, & præterea 30. dies ; ita ut computatis itineris diebus, & illis tringinta, tutor non pauciores habeat, quam quinquaginta, quod latius prolequitur *Modestia. 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* distinxerat. Initium autem & finem omnes viæ Italicæ capiebant ab aurata illa columna, quæ Romæ in capite fori ad ædem Saturni posita erat, nimirum ab aureo illo urbis milliario monumentis veterum tantopere nobilitato. In hisce regionibus proponendæ & disceptandæ excusationis hæc ferè forma servatur, ut si quis tutelam sibi delatam suscipere detrectet, is intra tres septimanas, ex quo cognoverit se tutorem datum esse, competentes magistratus solito sessionum die adeat, ibique causas excusationis alleget probetque : quibus auditis & cognitis sine mora negotium peragitur : & si justæ ac solidæ videantur, excusato reculante alius in ejus locum sufficitur : sin minus, rejecta excusatione tutori nominato onus tutelæ sententia magistratus imponitur : à qua sententia, si iniqua tutori videbitur, provocare ei licet : sed interim alius ei & periculo ejus, si tandem succumbat, substituitur, vid. *art. 19. & 20. stat. Rbijnland. Gros. 1. manud. 7.* De forma compellendi tutores ad tutelam capeendam dictum est sub §. 1. *sup. de Attil. tut.*

## T E X T U S.

De excusatione pro parte Patrimonii.

17. Datus autem tutor ad universum patrimonium datus esse creditur.

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

**A**Rbitror cum *D. Hotomanno & Wesembec. §. hunc mutilum esse, & decerptum ex Marcianq. l. propter*

*lisem. 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.

## T E X T U S.

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 eundem curatorem dare, tamen invitum eum curam suscipere non cogendum, divi Severus & Antoninus rescripserunt.

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

**Q**uæ 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. curator. 20. C. eod. quasi nimis durum sit gemino unius personæ onere premi : quod tamen jus apud nos & in aliis plerisque locis desuetudine abrogatum esse monuimus supra *sub tit. quib. mod. tut. fin. & de curat.*

*Adjecerit, se eundem curatorem dare* ] Licet alias curator testamento datus à prætore confirmari solet, *sup. de curat. §. 1.* Excipiunt veteres ob beneficium libertatis acceptæ libertum, quem patronus liberis suis tutorem & curatorem dedit. l. 5. C. eod. nisi de sua pecunia emptus, & manumissus sit, aut ex fideicommissio libertatem accepit, nam in hujusmodi libertos nihil juris patronus consequitur, excepto quod sine venia in jus ab iis vocari non debeat, l. 14. §. 3. l. nequaquam. 24. hoc tit.

## T E X T U S.

De Marito.

19. Idem rescripserunt, maritum uxori suæ curatorem datum excusare se posse, licet se immisceat.

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

1. Quarum rerum uxori maritus curator esse prohibetur.
2. Furiusconsulto verbo excusandi sæpè abuti.
3. Quæ bodiernis moribus mariti in bona uxoris potestas.

**A**ltera 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. quib. alien. lic. l. dose. C. de rei vind.* Si de jure veteri quæritur, non est dubitandum, quin omnium, quæ extra dotem mulier habet, quæ Græcis *πατρικία* dicuntur, licet expressè usum earum rerum sibi non receperit ac reservavit. Hoc enim & causæ prohibendi convenit, quam mox afferemus, & sententiæ veterum

terum constitutionum indistinctè loquentium, l. 2. C. qui dar. tut. l. 4. l. licet. 17. C. hoc tit. l. 3. C. de interd. matr. Potuit sanè mulier, quæ perfectæ ætatis esset, marito rerum omnium, quas extra dotem haberet, administrationem committere, arg. l. 8. C. de pact. conv. l. maritus. C. de procur. l. pen. ad leg. Falc. Sed quaeritur de uxore minore 25. annis, aut mente capta, quæ parapherna habeat. Huic inquam maritus eorum bonorum curator dari indistinctè jure veteri prohibetur, non receptiorum duntaxat, ut malè 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.

<sup>2</sup> Excusare se posse ] Sæpè nostri verbo excusandi abutuntur, eoique etiam excusari ajunt, qui tutores aut curatores esse non possunt : ut cum dicunt, inimicitias capitales præstare excusationem, διδῶν ἀφισιν ἐπιτοκῆσι, §. inimicitia. sup. l. 6. §. διδῶν. 17. eod. patrii cum pupillo de hæreditate contentendis excusationem recipendam. l. si pupillum. 20. eod. luminibus captum, mutum, surdum, furiosum excusationem habere, l. unie. C. qui morb. quos omnes tamen certum est tutelam gerere non posse, l. 3. §. si tutor. 12. de susp. tut. l. licet. 17. C. hoc tit. cujuseadem effectu species est cum ea, quæ hic proponitur : nihil enim refert, uxori maritus, an focer 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 apertè 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 univèrsum 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, infamiz 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, l. 4. l. licet. 17. C. hoc tit. junct. l. 5. l. 7. C. de interd. matr. l. liberum. 64. §. 1. de rit. nupt. Dubito autem

cum Bacchovio, an hæc posterioribus constitutionibus consentanea sint.

Licet se immisceat ] Qui excusare se potest, is si neglecta excusatione se miscuerit administrationi, postea licet excusare volens non auditur, quasi juri suo tacitè renuntiaverit, l. non tantum. 17. §. 5. sand. hoc tit. l. 2. C. si tut. fals. alleg. Sed hoc locum habet in iis, qui tutores aut curatores rectè dati sunt, quorum etiam propria est excusatio : nam qui tutores aut curatores esse non possunt ; etiam si se immiscuerint, excusantur aut remouentur, l. si pupillum. 20. hoc tit. §. item major. sup. eod. Atque hæc quidem jure Romanorum ita se habent. Cæterum moribus nostris uxor est in curacione & potestate mariti, potestque maritus bona uxoris, etiam ea, quæ extra communionem retinuit, non solum administrare, sed alienare quoque aut obligare etiam sine uxoris consensu, nisi pactis ante nuptialibus expressè aliter cautum fuerit, D. Neostad. obs. rer. jud. 9. in not. Grot. 1. manud. 5. eademque ferè & apud cæteros Europæ populos mariti in uxorem hodie potestas est, ut ex Wesemb. Chafsan. & Covar. refert Gudelin. lib. 1. de jur. Novell. c. 8. & D. Tuldem. ad tit. de curat. §. 1. sup. Apud Frisios administratio marito permittitur, alienatio sine consensu mulieris non item. Sande lib. 2. tit. 4. def. 2.

TEXTUS.

De falsis allegationibus.

20. Si quis autem falsis allegationibus excusationem tutela meruerit, non est liberatus onere tutela.

NOTA.

20. Falsis allegationibus ] Ubi adde, ex eo tempore, quo datus est tutelæ obligatum esse.

COMMENTARIUS.

Decretum, quo tutor falsis allegationibus usus, absoluitus est, ipso jure nullum est, neque eum periculo tutelæ eximit, l. 1. l. 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. Divus. 33. de re jud. & tot. tit. C. si ex fals. instrum.

TITULUS XXVI.

DE SUSPECTIS TUTORIBUS VEL CURATORIBUS.

D. Lib. 26. Tit. 10. C. Lib. 5. Tit. 43.

Continuatio & summa Tituli.

**E**X tribus quæ ad tutores & curatores communiter attentia Justinianus tractanda suscepit, duo exposita sunt, satisfactio, & excusatio. Superest tutorem & ultimum, suspecti tutoris vel curatoris accusatio & remotio ; quod hoc postremo hujus libritulo nunc explicat. Ostendit autem strictim, unde ea accusatio descendat, qui apud quos & à quibus accusari possint : inde, qui sint suspecti, & quibus ex factis tales ar-

quantur & removeri debeant, docet ; ac promiscuè, quæ hujus accusationis remotionisque sit vis atque potestas.

TEXTUS.

Unde suspecti crimen descendat.

Sciendum est, suspecti crimen ex lege duodecims tabularum descendere.

## COMMENTARIUS.

**S**uspecti crimen ex lege duodecim tabb.] Ex Ulpian. l. 1. §. 2. hoc tit. Eoque pertinere creditur, quod Cicero scribit 3. de Offic. dolum malum etiam legibus fuisse vindicatum, ut tutelam duodecim tabb. Crimen autem hoc loco & apud Ulpian. pro criminatione sive accusatione poni certum est: neque insolens est ista huius verbi significatio, sic enim accipitur in l. 7. de accus. l. 5. de calum. l. propter. 21. de Senat. Silan. & apud Cicer. pro Rose. Amerin. Tria sunt, inquit, quantum existimare possum, qua obstant hoc tempore Sexto Roscio, crimen adversariorum & audacia, & potentia. Quamobrem licet Theoph. recte verterit κατ'᾿ ἐπιου causa tamen non erat, cur interpretem ejus Curtium, novumque utriusque & D. Oreganus editorem Gothofredum carperet Bachov. quod in Latina versione crimen retinuerint.

## TEXTUS.

Qui de hoc crimine cognoscunt.

1. Datum autem est jus removendi tutores suspectos, Roma pratori, & in provinciis praesidibus earum, & legato proconsulis.

## NOTA.

1. Legato proconsulis] Jus removendi suspectos tutores magistratibus competit vi suae Jurisdictionis, & ideo ea mandata sive in specie sive in genere, transit in eum cui mandata est. l. 1. §. 3. & 4. hoc tit. ergo etiam praeses mandaverit, quod male negat Cujac. per. l. 1. §. 11. D. ad sen. Turp. nam ibi non excluditur, qui mandatam jurisdictionem habet, sed magistratus municipiorum.

## COMMENTARIUS.

1. Etiam apud eum, cui mandata est jurisdictionis suspectum postulari posse.

**D**atum est] Hoc non ita accipiendum est, quasi jus de suspectis tutoribus cognoscendi eisque removendi speciali aliqua lege aut senatusconsulto Praetoribus aut praesidibus datum sit: quemadmodum cum dicimus jus dandi tutores alicui datum esse, hoc sic accipimus, datum esse nominatim vel à principe, vel lege, vel senatu, l. 1. l. 3. de tut. & cur. dat. l. 6. §. 2. de tut. sed jus hoc removendi tutores praetoribus & praesidibus more concedi propter vim imperii, hoc est, iis competere vi & potestate magistratus sui sive jurisdictionis, ut de iudicis dandi licentia, quam iidem magistratus habent, scriptum est in l. cum prator. 12. §. 1. de iudic. Etenim longè alia ratio est tutoris dandi, alia removendi. Datio tutoris jurisdictionis non est, qua de causa nec mandari potest. d. l. 6. §. 2. l. nec mandante. de tut. & cur. dat. Cognitio de suspectis & remotio jurisdictionis est, eaque sive in specie sive in genere mandata in eum cui mandata est, transit. l. 4. in pr. de Off. ejus cui mand. l. 1. §. 4. hoc tit. Rursus jus dandi tutoris etiam magistratibus municipalibus certa lege concessum est, l. 3. de tut. & cur. dat. §. 4. & 5. sup. de Attil. tut. At de suspecto cognoscere soli possunt magistratus majores, l. 1. §. suspecti. 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 tanquam consequens jurisdictionis à proconsule mandatae, l. 1. §. 4. hoc tit. l. 4. de off. ejus cui mand. est jurisd. in qua lege quod Macer adjicit, propter utilitatem pupillorum, 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 dicendi transit, etiam concurrat ex accidenti pupillorum utilitas; quorum scilicet interest ut plures de suspecto cognoscere possint, ne diutius perfidus tutor in patrimonio pupilli graffetur. Pari ratione & si praetor mandaverit jurisdictionem, poterit apud eum, cui mandata est, suspectus postulari, d. l. 1. §. 4. vers. ergo. Idemque omnino dicendum, si praeses mandaverit. Nec est contrarium, quod apud Marcianum l. 1. §. suspecti. 11. ad sen. Turp. legimus, suspecti tutoris accusationem pro tribunali tantum examinari posse, & nullum alium de hujusmodi quaestione, quam praesidem, posse pronuntiare. Nam cognoscente & pronuntiante eo, cui mandata est jurisdictionis, ipse qui mandavit, cognoscere, & pronuntiare intelligitur, & ille hujus vice, non sua, fungi, l. 1. §. 1. l. 3. de Off. ejus cui mand. l. soler. 16. de jurisd. l. 1. §. 1. qui à quo app. Solum excludere voluit Marcianus magistratus inferiores in municipiis & civitatibus, qui pro tribunali, ubi haec quaestio disceptanda, non cognoscunt licet jurisdictionem aliquam habeant. Sic in l. ubicumque. 105. de reg. jur. quae etiam ad propositam speciem pertinet, cum praetor desiderari dicitur, ubicumque causae cognitio necessaria est, non excluditur is cui à praetore jurisdictionis mandata est, sed duumviri sive magistratus municipales, quibus ea quae majoris cujusdam potestatis sunt, facere non licet, l. ea, qua. 26. ad munic. junct. l. 1. & 4. de damn. inf. Hodie etiam nostri magistratus municipales, quos Scabinos appellamus, de suspectis tutoribus cognoscendi, eosque removendi jus habent.

## TEXTUS.

Qui suspecti fieri possunt.

2. Ostendimus, qui possunt de suspecto cognoscere: nunc videamus, qui suspecti fieri possint. Et possunt quidem omnes tutores fieri suspecti, sive sint testamentarii, sive non sint, sed aliter generis tutores. Quare etsi legitimus fuerit tutor, accusari poterit. Quid si patronus? Adhuc idem erit dicendum: dummodo meminerimus, fame patroni parcendum esse, licet ut suspectus removeri fuerit.

## COMMENTARIUS.

**P**ossunt quidem omnes tutores] Item omnes curatores, sive adolescentis, sive furiosi aut prodigi curam gerant, l. 3. §. 2. eod. sed & curator ventri datus suspectus postulari potest d. l. 3. §. 3. Locus hic descriptus est ex l. 1. §. ostendimus. eod.

Quare etsi legitimus] Indicare videtur, facilius tutores testamentarios & dativos ut suspectos accusari & removeri posse, quam legitimos, eosque, qui vinculo necessitudinis aut affinitatis pupillo conjuncti sunt: quibus potius curator adjungendus est, quam ut notata fide atque

atque existimatione removeantur, *l. si tutor. 9. eod.*

*Fama 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. liberto. 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 possint: sed ex quibus causis actio in alios famosa datur, ex iisdem adversus illos in factum detur, omiſſa doli mentione, *l. non debet. de dol. l. 2. l. 5. § 1. d. tit. l. 1. §. interdictum. 43. de vi & de vi arm.* quod in proposito proclive est, 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. Quinimo mulieres admittuntur ex rescripto Divorum Severi & Antonini: sed hæc sola, quæ pietatis necessitudine ducta, ad hoc procedunt: ut puta mater: nutrix quoque & avia: potest & soror. Sed & si qua alia mulier fuerit, quam prator propensa pietate intellexerit, sexus verecundiam non egredientem, sed pietate productam, non sustinere injuriam pupillorum, admittet eam ad accusationem.*

## NOTÆ.

3. *Quin imo mulieres*] In tantum pupillorum gratia à consuetudine judiciorum recessum est.

*Pietatis necessitudine*] Apud Ulp. *l. 1. §. 7.* unde hæc sumpta, legitur *pietate necessitudinis.*

## COMMENTARIUS.

**D**Escripſta hæc sunt ex Ulpiano, *l. 1. §. consequens. hoc tit.* Ait, *quasi publicam.* quæ nota est improprietas. Revera enim hæc accusatio publica non est. Nam sive finem ejus spectes, non persequitur injuriam reipubl. illatam, sed pupillo: sive formam & executionem, non extra ordinem à præfecto urbis aut præsidibus de hoc crimine quæritur, ut de criminibus publicis, *l. ord. 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 priv. del.* Ad hæc qui publico judicio aliquem reum facit, is subscribere in crimen, quod intendit, debet, *l. 3. §. 1. de accus.* & desistens ab accusatione incidit in senatusconsultum Turpilianum: quorum neutrum est in postulatione suspecti, *d. l. ult. de priv. del. l. 1. §. suspecti. 11. ad Turpil.* Cur igitur hæc accusatio dicitur publica? nimirum quia publicæ similis est in eo, quod omnibus patet: quod publicæ proprium est, *§. 1. inf. de publ. jud.* Cui addi & alterum potest, quia & nullo accusante ipse magistratus

ex officio manifeste suspectum repellere potest. *d. l. 3. §. prætorum. hoc tit. junct. l. 13. de off. præf. l. 1. in pr. C. de cust. reor. Christin. vol. 3. decis. 157. n. 1.*

*Mulieres admittuntur*] Contra morem judiciorum. Et notandum est, quod ad hanc accusationem admittantur non ex 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 intendendi: quippe cum mulieri permissum non sit publico judicio quemquam reum facere, præterquam si suam aut suorum injuriam persequatur, *l. 1. & l. 2. de accus. l. de crimine. C. qui accusar. non poss.* In tantum pupillorum gratia à consuetudine judiciorum deflexum est. Athenis quoque publica erat hæc actio, *Ful. Poll. 8. c. 6.* quod ex Platonis lege descendit, *lib. 11. de legib.* Ufus autem non servat, *vid. Groenew. de ll. abrog. ad tit. ff. de pop. act.*

## TEXTUS.

An pubes vel impubes.

4. *Impuberes non possunt tutores suos suspectos postulare: puberes autem tutores suos ex consilio necessariorum suspectos possunt arguere: & ita Divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

## COMMENTARIUS.

**H**æc eadem traduntur in *l. 7. hoc tit. l. 6. C. eod.* Ait, *impuberes non possunt, &c.* In postulandis suspectis tutoribus principaliter perpendendum est, an quid legitime 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. & §. prætorum. 4. eod.*

*Puberes autem tutores suos*] In rebus, quæ privati judicii quæstionem habent, sicut pupillus 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 tutorum mortem patris exequantur, *l. 2. §. 1. d. tit.* Puberes verò etſi & ipsi regulariter publico judicio accusare non possunt, *l. 4. C. de auct. præf.* possunt tamen curatore auctore, si suam suorumve injuriam persequantur, *l. si maritus. 15. §. lex Julia. 6. ad leg. Jul. de adult. l. 7. C. eod. l. 11. de accus. Gloss. in d. l. 4. C. de auct. præf.* 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. si cum dotem. 22. §. nec non. 6. & ibi Bart. solus. matr. Cansiumcula & Adyns. hic.*

TEX-

## T E X T U S.

## Qui dicatur suspectus.

§. *Suspectus autem est, qui non ex fide tutelam 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.*

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

**H**oc §. 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 fraudulentè & callide in rebus pupilli versetur, sive quæritus aut commodi causa res administrat: sed etiam si negligenter aut segniter, neque ea integritate ac sollicitudine, qua oportet, l. 3. §. ult. hoc tit. l. 5. C. eod. Nec tutore quicquam prodest quod solvendo sit, quod satisdederit, vel nunc offerat: non enim ex patrimonio principaliter, sed ex moribus suspectus æstimandus est, l. 5. l. 6. eod. d. l. 5. C. eod. §. ult. inf. eod. & pupillo semper utilius est, si eum prospici, ut ab initio nullum damnum sentiat, quam ut postea laboret de consequenda indemnitate, arg. l. ult. C. in quib. cas. in ins. rest. non est noc. quod Papinianus noster sic expressit, *Expedit pupillo rem suam salvam habere, quam tabularum rem salvam fore cautionis d. l. 5. eod.*

*Anteaquam tutelam gerere incipiat*] Puta si vel satisdare nolit, l. 1. l. 3. C. de sus. qui sat. non ded. vel contumax sit, l. 3. C. hoc tit. vel si ob ignaviam aut negligentiam non gesserit, aut do'o fecerit, quominus gereret, l. 4. §. ult. eod. & generaliter si qua iusta causa sit, ob quam videatur rejiciendus, arg. l. 3. §. si tutor. 12. eod.

## T E X T U S.

## De effectu remotionis.

6. *Suspectus autem remotus, siquidem ob dolum, famosus est: si ob culpam, non aequè.*

## N O T A.

6. *Ob dolum famosus*] l. 1. D. de his qui not. infam. Debet autem decreto causa significari: alias integra existimatione tutela abibit, l. 4. §. 1. & 2. D. h. t.

*Ob culpam non aequè*] Hoc est, segnitiam, inertiam, negligentiam, ineptiam, rusticitatem, l. 3. §. ult. eod. Th. *Als judicium*. Quid si tutoris lata negligentia arguatur? non videtur salva existimatione abire; quia ista prope fraudem accedit, l. 7. §. 1. eod. in doli crimen cadit, l. 1. §. 5. D. de obl. & act. l. 32. D. depof.

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

1. *Culpa nomen & generale esse & speciale.*
2. *Genera culpa obiter distincta atque exposita.*
3. *Ob latam culpam remotus an famosus fiat, & quid moribus nostris.*

**A**ccusationis finis est remotio. Cæterum pro qualitate causæ & admissi, alii simpliciter remonentur, alii cum nota infamiae, alii etiam aliter & nonnunquam gravius puniuntur. Qui salva aut notata existimatione

removeantur, ostenditur hoc §. propriæ poenæ adversus quos constitutæ sint, §. si quis tutor. 9. & 2. seqq. inf. eod.

*Siquidem ob dolum*] Ait remotum ob dolum famosum esse, ob culpam non æquè. Dolus est quævis calliditas & machinatio ad alium circumveniendum adhibita, l. 1. §. 2. de dol. Culpa est omne factum, quo nocetur, alteri injuria, sed *accipiendus*, id est, sine animo & proposito fraudandi. Etsi enim culpa generali significatione etiam dolum continet: Cic. 1. de Off. Cavendum, ne major poena sit, quam culpa, & in L. Aquilia constat culpæ nomine etiam dolum venire, l. 5. §. 1. junct. l. 30. §. pen. ad Leg. Aquil. in specie tamen accepta à dolo distinguitur, ut factum inconsultum à consulto & malitioso. Genera 2 culpæ tria in jure nostro memorantur, lata, levis, levissima. Lata culpa est, non providere, curare, cavere, quod omnes, qui modo sensu communi præditi sunt, provident: & intelligunt se curare debere, l. cedere diem. 213. §. ult. l. lata. 223. de verb. sign. l. quod Nerva. 32. depof. l. pen. §. 2. de jur. & fact. ign. Atque hæc plerumque *deceptionis* dicitur culpa dolo proxima, l. 8. §. 3. de precar. l. 8. pr. de edend. l. 1. §. 2. si u qui test. lib. Levis est ommissio diligentiae, quam vulgo homines frugi in suis rebus adhibere solent, l. haredos. 25. §. non tantum, 16. fam. ercise. l. 1. de sus. & rat. diff. l. 1. §. 4. de obl. & act. Levissima est ommissio ejus diligentiae, quam in suis rebus præstare solet diligentissimus paterfamilias, & ferè per oppositum indicatur, cum diligentia præstari dicitur simpliciter, l. 7. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. quod loco magis opportuno latius explicabitur. Culpæ autem nomine non intelligit hic 3 Imperator culpam latam, sed leviolem: siquidem lata culpa, præterquam in crimine corporalem poenam ingente, l. 7. ad leg. Corn. de scar. semper dolum interpretatione juris repræsentat, l. magna. 226. de verb. signif. d. l. quod Nerva. depof. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. l. 8. §. 3. de prec. l. 1. §. 1. quoque. 5. de obl. & act. etiam in famosis, l. 11. §. ult. de his qui not. infam. l. probrum. 42. in fin. de verb. sign. adeoque etiam in actione poenali, l. 1. §. 2. si u qui test. lib. Unde etsi dolus tantum præstari dicitur, tamen ea appellatione etiam culpa lata intelligitur, leg. contractus. 23. de reg. jur. l. 5. §. 2. commod. §. pen. inf. quib. mod. re const. 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 duntaxat, d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 11. de neg. gest. l. 5. §. 3. de in lit. jur. l. 1. §. apè. 35. depof. cum similib. Frustra igitur objicitur, quod in dubiis benigniora præferenda, l. semper. 56. de reg. jur. quod poenæ legum interpretatione molientæ, l. pen. de poen. odia restringenda, C. odia Pand. de reg. jur. in 6. Nam cum de sententia auctorum juris quæritur, usus præcipuè spectandus est, l. 7. §. 2. de sup. leg. De usu autem verbi hic quæritur, non de eo producendo per interpretationem. Quod vero famæ & existimationis periculum exæquant cum periculo vitæ, ineptum esse apparet ex l. capitalium. 28. de poen. Sanè causa famosa aliquando confertur cum capitali, ut in l. 9. de man. vind. l. 8. §. 2. quod met. ca. sed satis constat id fieri respectu certæ alicujus rei; in d. l. 9. intuitu causæ manumissionis apud consilium allegandæ & probandæ; in d. l. 8. §. 2. ratione metus vel electionis: quod huc non pertinet: non enim quid metuat aut eligat, sed quid mereatur tutor, quærimus. Concludimus igitur

igitur tutorem remotum infamem fieri, non solum, si ob fraudem remotus sit, quod in tutela grassatus fuerit, aut fordide egerit vel perniciosè pupillo, aut aliquid interceperit ex rebus pupillaribus, l. 3. §. nunc videmus. hoc tit. verum etiam si ob latam negligentiam, puta quod in suis diligens, in rebus pupillaribus supinè & dissolutè negligens sit; quia talis negligentia propè fraudem accedit, l. 7. §. 1. eod. & interpretatio atque effectus juris dolus est, d. l. 3. §. ult. de pos. l. magna. 226. de verb. sign. Eos autem qui ob leviolem culpam, segnitiam, rusticitatem, inertiam, simplicitatem, vel ineptiam remouentur, in ea causa esse, ut integra existimatione tutela abeant. d. l. 3. §. ult. hoc tit. quod & jam olim docuit Claud. Cantiuncula contra plerisque interpretes, qui negant, latam culpam infamare: quo in numero etiam sunt Schneid. & Wesembec. Planè mitior hæc sententia moribus nostris accommodatior est, quia à veteris disciplinæ severitate multum defcivimus: de quo queritur D. Tulden. in comm. hic. ult. 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.

## T E X T U S.

## De effectu accusationis.

7. Si quis autem suspectus postuletur, quoad cognitio finiatur, interdicitur ei administratio, ut Papiniano visum est.

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

Pendente causa cognitionis interdicitur tutori administratio, atque aliis interea in locum ejus in administratione rerum ordinatur, l. eum quem. C. hoc tit. ipsaque adeo postulatione suspecti etiam citra decretum id effici videtur, l. quod si. 14. §. 1. in fin. de solus. Et rectè: nam ut suspectum non convictum in totum remove 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, & probat Ant. Fab. Cod. suo desin. 2. de susp. tut.

## T E X T U S.

## Quibus modis cognitio finitur.

8. Sed si suspecti cognitio suscepta fuerit, posteaque tutor vel curator decesserit, extinguitur suspecti cognitio.

## N O T E.

8. Extinguitur susp. cogn.] Sed & si alio modo tutela finita sit, cognitio suspecti solvitur, l. pen. D. eod. l. 1. C. eod. & si quid damni pupillus senserit, id sarciri potest actione tutelæ, l. 4. D. de tut. & ras. dist.

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

I N hac postulatione nihil petitur, quod pupillo ex bonis tutoris adjudicetur, sed hoc tantum, ut tutor re-

moveatur 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 tutelæ agi non potest, l. 4. de tut. & ras. 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, cæpto licet judicio regulariter morte rei extinguatur, l. ult. ad leg. Jul. maj. l. 1. l. 2. C. si reus vel accus. mors. Nam in causa civili, licet pœna quoque petatur, actio judicio semel inclusa salva semper permanet atque in solidum transit in hæredem, l. omnes. 26. de obl. & act. l. omnes. 139. de reg. jur. §. 1. inf. de perp. & temp. act.

## T E X T U S.

## Si tutor copiam sui non faciat.

9. Si quis tutor copiam sui non faciat, ut alimenta pupillo decernantur, cavetur epistola davorum Severi & Antonini, ut in possessionem bonorum ejus pupillus mittatur; & qua mora deteriora futura sunt, dato curatore distrahi jubentur. Ergo ut suspectus removeri poterit, qui non prestat alimenta.

## N O T E.

9. Copiam sui non faciat] Latitans, dolo absens, non justa de causa. Ex l. 3. l. 7. §. 2. l. 2. D. h. s. Ergo ut suspectus] Bene ergo. Nam si non potest removeri, non est cur pupillus mittatur in possessionem, aut bonis tutoris curator detur. Cujac.

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

Q Uia alimenta pupillo non temerè decernenda sunt, sed causa cognita: quam rem prætor pro modo facultatum pupilli, quas tutor ex vero profrateri 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. de cur. bon. dand. Pupillo autem in possessionem misso, simul quæ mora 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 sique copiam faciat, tum non tantum quasi contumacem, sed etiam ut suspectum removeri eum oportet: quod tamen & per raro & diligenti habita inquisitione faciendum esse monet Ulpian. l. 7. §. pen. & ult. hoc tit. Atque hic quoque sensus est hujus loci, & c. 3. §. tutor. 14. eod.

## T E X T U S.

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 tutela acquisierit, vel redemerit.*

## N O T A.

10. *Alimenta possit decerni*] A prætore scilicet cui jus alimentorum decernendorum pro modo facultatum pupilli competit, l. 3. D. ubi pup. educ.

*Ad præfectum urbi*] L. 3. § 15. D. hoc tit. puniendum scilicet extra ordinem & poena corporali, eis tamen quæ quod est meri imperii; qualem potestatem prætor non habet, sed præfectus urbi: unde & ad hunc remissio fit, ut & alias, l. 1. § 7. D. de off. præf. urb. l. 2. D. de tutel.

*Data pecunia ministerium tutela*] Cujac. restituit, *Data pecunia ministeriis, tutelam redemerit*, ex d. l. 3. § 15. ministeriis, id est, officialibus & ministris prætoris.

De liberto fraudulentè administrante.

11. *Libertus quoque, si fraudulentè tutelam filiorum vel nepotum patroni gessisse probetur, ad præfectum urbi remittitur puniendus.*

## N O T A.

11. *Libertus quoque*] Ex Ulpian. l. 2. D. hoc tit. l. 10. C. de adm. tut.

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

**D**iximus non multo ante, tutores pro qualitate facti vel simpliciter removeri, vel cum infamia nonnunquam etiam gravius simul coerceri: 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 fraudulentè tutelam filiorum patroni gesserit: quæ tria his §§. proponuntur ex l. 2. & l. 3. §. sed si non. 15 hoc tit. Sunt autem plura, ut si quis pretio accepto operam dederit, ut non idoneus tutor pupillo daretur; si consulto circa patrimonium adendum quantitatem minuerit: si evidenti fraude pupilli bona alienasse probetur, l. 1. §. solent. de off. præf. urb. l. 9. de tutel. Hos omnes traditum est severiore animadversione indigere, quam ut sufficiat eis suspectorum infamia; ideoque ad præfectum urbi solitos remitti extra ordinem puniendos, ad loc. & poena scilicet corpo-

rali: nam multæ dicendæ iusticiam Prætori, cæterisque qui jurisdictionem habent, competit, l. 2. §. ult. de judic. l. aliud est frans. 131. §. 1. de verb. sign. Gravior enim omnem animadversionem, sive imperium, quod dicitur merum, præfectura urbis sibi vindicavit, d. l. 1. de off. præf. urb. Apud nos quemadmodum criminum judicia exercentur, & puniantur extra ordinem, qui delinquant, dicemus sub tit. ult. lib. 4.

## T E X T U S.

Si suspectus satis offerat: & quis dicatur suspectus.

12. *Novissimè autem sciendum est, eos, qui fraudulentè tutelam administrant, etiamsi satis offerant, removendos esse à tutela: quia satisfactio tutoris propositum materiam 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.*

## N O T A.

12. *Etiam si satis offerant*] Expedi enim pupillo rem suam salvam tenere, quam habere cautionem, l. 5. D. h. t. fac. l. ult. C. in quib. caus. in ins. rest.

*Etiam eum*] l. 8. D. eod. Vet. suspectum enim eum. Th. 222. Suspectum mores faciunt, non tenues facultates.

*Quamvis pauper*] Nunquam paupertatis occasione suspectus postulari, aut ut suspectus removeri debet vir alioqui fidelis & diligens, l. 5. C. eod. Sed potest curator ei adjungi, si substantia pupilli periclitetur, l. 6. C. eod. aut removeri ex eo capite, quod non satisfacit, l. 2. C. de tut. qui sat. non ded.

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

**E**tiam si satis offerant] De eo dictum sub §. suspectus. 5. sup. eod. Ut autem neque divitiæ neque satisfactio tutorem à suspitione liberant, ita nec ex adverso eum onerat paupertas. Nam et si pauperi, qui se imparem oneri imposito docere possit; vacatio tribui solet, §. sed & propter paupertatem. tit. præced. aut qui propter inopiam satisfacere non potest, removendus est: l. 2. C. de tut. qui sat. non ded. nunquam tamen paupertatis occasione suspectus postulari eoque nomine removeri debet vir alioqui fidelis & diligens. Ex moribus enim, non ex facultatibus suspectum argui convenit, l. 8. hoc tit. l. 5. C. eod. l. si creditores. 31. §. 1. reb. aut. jud. poss.

F I N I S L I B R I P R I M I.

A R-



ARNOLDI VINNII, J. C.  
 IN LIBRUM SECUNDUM  
 INSTITUTIONUM  
 IMPERIALIUM  
 COMMENTARIUS

Academicus & Forensis.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS I.  
 DE RERUM DIVISIONE, ET ACQUIRENDO  
 IPSARUM DOMINIO.

D. Lib. I. Tit. 8. C. Lib. 41. Tit. I.

*Ratio ordinis, & summa tractationis de jure rerum.*

**C**ognita 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, quæ ea proposita sunt §. ult. sup. de jur. nat. gent. Habet autem hic titulus duplicem inscriptionem, *De rerum divisione*, & *de acquirendo ipsarum dominio*. Nimirum quæ duobus distinctis titulis in Pand. tractata sunt, ex in unum huc retulit Justinianus. Et quia in rebus tantum cuiusque est, quantum natura earum & conditio patitur, primo variè 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 acquiri possunt, singulis acquirantur, initio factò à rebus dominii nostri aut similis in rem juris. Postremo tractat de obligationibus, idque demum sit. 14. lib. 3.

T E X T U S.

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 acquiruntur, sicut ex subjectis apparebit.*

N O T E.

*In patrimonio*] Id est, in bonis. In bonis autem nostris non tantum sunt res corporales, verum etiam incorporales & jura. l. 49. de verb. sign. l. 52. de acq. rer. dom. Igitur & servitutes, l. 5. §. 9. D. de Op. nov. num. sit. si us. pet. & si serv. vind. & de us. act. priv. l. 3. & 4. quæ in fraud. cred. Nec obstat l. 1. D. de usufr. leg. quia ibi Paul. non disputat de jure aliquo constituto; sed de manu constituendo: quod ait in bonis non esse, quia dominus hujusmodi jus formale non habet: nec tamen extra bona; quia habet saltem causativè, ut loquuntur.

*Quædam nullius*] Intelligit res divini juris, quibus per excellentiam hoc tribuitur, ut dicantur nullius esse.

*Pleraque singulorum*] Nimirum res omnes, quæ in dominio nostro sunt, aut quasi dominio, aliaque in rem vel ad rem jura.

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

I. An detur tertium genus rerum, quæ neque in bonis nostris, neque extra bona sint.

**D**E REBUS] Quid rei appellatione, quæ alioqui generalis est, hic significatur, docet nos objectorum juris distinctio: nempe quicquid est extra personam & actiones, quod homini uti aut commodo esse possit, si-ve id divini juris sit, si-ve humani, si-ve publici, si-ve privati, si-ve corporale, si-ve incorporale, si-ve dominium,

Q<sub>2</sub>

aut

aut jus aliquod in rem à dominio diversum aut separatum, sive obligatio etiam & 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 paternam habet. Igitur in patrimonio esse, & in bonis esse, idem valent. Sunt, quibus hæc divisio manca videtur, quasi constitui debeat & tertium genus rerum, quæ neque in bonis nostris, neque extrabona sint, cujus generis res, auctore Paulo *l. 1. de usufr. leg. sint servitutes.* Quo quidem ego nunquam quicquam audivi futiulus. 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 saxe præstitit, & quam prædii servientis dominus magno velit redimere? cujus denique persequendæ & tuendæ causa actio aliaque remedia jure prodita sunt? *l. rem in bonis. 52. de acq. rer. dom. l. bonorum. 49. de verb. sign. junct. §. 2. inf. de act. l. 6. §. 1. & ult. si serv. vind. d. l. 5. §. 9. de op. nov. nunt. tit. de itin. act. priv. & aq. cot. & aff.* Cur igitur actione Pauliana revocantur servitutes per fraudem non utendo amissæ, *l. 3. & 4. quæ in fraud. cred. cum id edictum ad eostantum 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 & quæsitæ 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 constituitur: nec esse utile ait ex Senatusconsulto, quo cavetur, ut omnium, quæ in bonis sint, ususfructus legari possit: quia id jus, cujus usus legatus proponitur, in bonis testatoris non fuerit, hoc est, quia testator id jus formaliter & separatim non habuerit: nam utique, ut dominus, jus habebat eundi in suo, poteratque id jus à dominio separare; alterique sub alia qualitate concedere, alium denique eo jure, servitute non constituta, uti volentem prohibere: unde fortassis addidit, nec esse extra bona. Tantum quia dominus, ut dixi, hujusmodi jus formale non habet, hoc est, separatim à jure dominico titulo servitutis, cum nemini res sua serviat, *l. 5. si usufr. per.* usus autem itineris tanquam juris separati & formalis, legatus proponitur; negat, legatum esse usum rei, quæ erat in bonis testatoris: quippe quæ nec 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.

*Quædam enim naturali jure communia*] Non est nova hæc divisio, sed prioris illius explicatio: quæ eo pertinet, ut intelligamus ea, quæ singulorum sunt, in pa-

trimoniis haberi, quæ communia, publica, universitatis, & maxime quæ divini juris sunt, extra patrimonium esse. Aptior ad docendum nonnullis videtur divisio Cæii *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 publicæ esse, quæ & ipsæ nullius in bonis sint; aut privatas, quæ singulorum; una generali appellatione rerum publicarum complectens, quæ hic in communes, publicas, & universitates distinguuntur. Huic autem divisioni mox aliam subijcit, quod quædam res corporales sint, quædam incorporales; quæ à Justiniano demum traditur, atque exponitur *sub seq.* Apud Martianum *l. 2. hoc tit.* divisio proposita uno membro mutilata traditur, ut liquet ex *l. 4. & 5. eod.*

*Pleraque singulorum*] Hæc sunt, quæ privata dicuntur, nimirum res omnes, quæ vel in dominio nostro sunt, aut quasi dominio, aliaque in rem jura à dominio separata, vel quæ adhuc nobis præstanda sunt ex obligatione. Unde non male nonnulli totius hujus argumenti tractationem ad duo potissimum capita referunt, quorum unum est de dominio, alterum de obligatione; domini appellatione jus omne, quod in rem habemus, complectentes.

### TEXTUS.

De Aëre, aqua profluente, mari, littore, &c.

1. *Et quidem naturali jure communia sunt omnium hæc, aër, aqua profluens, mare, & per hoc littora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur: dum tamen à villis, & monumentis, & aedificiis absteineat: quia non sunt juris gentium, sicut est mare.*

### NOTÆ.

1. *Naturali jure communia*] Vocabulo generali hæc etiam publica dicuntur, definiunturque à Nerat. *l. 14. de acq. rer. dom.* quæ à natura ad omnium usum prodita in nullius adhuc dominium pervenerunt. Sumpta hæc *eo l. 2. §. 1. & l. 4. D. eod.*

2. *Aër, aqua profluens, &c.*] Aër & mare jure gentium divisa non sunt, sed relicta in suo jure & esse primævo. Jo. Fab. Imo nec dividi potuerunt. Grot. *de mar. lib. c. 5.*

*Littora maris*] Sicut maris usus omnibus patet, *l. 13. D. com. præd.* ita propter mare & littorum maris, *l. 4. & 5. §. 1. h. t.*

*Dum tamen à villis*] Quia sunt singulorum, qui ædificando occuparunt, *d. l. 4. & l. 6. h. t. l. 14. de acq. rer. dom. l. 4. ne quid in loc. pub.*

### COMMENTARIUS.

1. *Rerum communium usum omnibus competere, barbarumque semper habitum, quemquam mortalium eo usu prohibere.*
2. *Multum hæc res differre ab iis, quæ nullius sunt, communi usui non attributa.*
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 impendant.*

Quæ

Quæ humani juris sunt non privata aut singulorum propria, ea aut sunt omnium hominum communia; aut alicujus gentis sive populi, quæ in specie publica; aut certæ alicujus civitatis vel corporis, quæ dicuntur universitatis. Communia sunt, quæ à natura ad omnium usum prodita in nullius adhuc ditionem aut dominium pervenerunt: ita generali vocabulo definiuntur à Neratio l. 14. hoc tit. de acq. rer. dom. Huc pertinent præcipuè aër & mare: quæ 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 poterunt. Atque hoc est, quod DD. nostri ajunt, aërem & mare, cum sint incomprehensibilia, nullius populi bonis potuisse applicari, Jo. Fab. §. litorum. inf. eod. Grot. de mar. lib. c. 5. Item aqua profluens, hoc est, aqua jugis, quæ vel ab imbribus collecta, vel è venis terræ scaturiens perpetuum fluxum agit, flumenque aut rivum perennem facit. Postremo propter mare etiam litora maris, l. 2. §. 1. l. 4. hoc tit. In hisce rebus duo sunt, quæ jure naturali omnibus competunt. Primum communis omnium est harum rerum usus, ad quem natura comparatæ sunt: tum si quid earum rerum per naturam occupari potest, id eatenus occupantis fit, quatenus ea occupatione usus ille promiscuus non læditur. De usu aëris constat; quippe sine quo ne vivere quidem aut respirare quisquam potest. Aqua profluens ad lavandum & potandum unicuique jure naturali concessa. Maris usus jure gentium liber est, atque ad navigandum & piscandum 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. §. si quis d. tit. l. 13. §. ult. de injur. Maris naturam littora sequuntur: ac proinde ad littus maris cuiusvis accedere licet, navem eo appellere ac reficere, ejecta in tempestate naufragiove amissa sibi excipere, retia siccare, & casam, in quam tantisper se recipiat, ponere, l. 4. hoc tit. l. littora. 51. de contr. emp. l. 1. c. de naufrag. lib. 11. Dum tamen à villis, ædificiis & monumentis in littore extructis abstineat; quia non sunt juris gentium, d. l. 4. hoc tit. Est vero harum rerum usus adeo liber & promiscuus, ut barbarum semper atque immane habitum sit, vel exteras gentes ab eo arceret. Quamobrem merito de Pœnorum injuria sic queritur. Orator Ilioneus apud Virgilium lib. 1. divini operis;

*Quod genus hoc hominum, quæve hac tam barbara morem*

*Permittit patria? Hospitio prohibemur arena:*

*Bella cient, primaque verant consistere terra.*

Idemque apud eundem lib. 7. his vocibus affatur regem Latinum;

*Littusque rogamus*

*Innocuum, & cunctis undamque auramque patentem.*

Denique Latona apud Nasonem 6. meiam. sic alloquitur pueros Lyceos:

*Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est.*

*Nec solem proprium natura, nec ætra fecit,*

*Nec tenues undas; ad publica munera veni.*

Dicit, hæc non esse natura propria, sicut Ulpian. l. 13. comm. præd. natura omnibus patere, quia à natura ad communem usum genita sunt, nec in ullius adhuc dominium pervenerunt, Cic. 1. de Offic. Nerat. l. 14. hoc tit.

Hæc igitur sunt illa, quæ veteres vocant communis omnium jure naturali, aut quod idem est, publica juris gentium, sicut & usum eorum modo communem, modo publicum vocant, l. pen. hoc tit. l. 2. §. 1. l. 4. ne quid in loc. pub. §. litorum. inf. hoc tit. cum similib. 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 dicent, alia positivè esse communia, alia negativè, Thom. 1. 2. q. 94. art. 5. Cajetan. tract. 17. quest. c. 12. Covar. in cap. peccatum. de reg. jur. in 6. part. 2. §. 8. Intellexit hoc convivor apud Athenæum, cum mare commune esse dicit, pisces autem capientium fieri. Et in Plautina Rudente servo dicenti, *Mare quidem commune certo esse omnibus*, assentit piscator: addenti vero, *In mari inventum est, commune est*, rectè occurrit; *Meum quod rete atque hami nacti sunt, meum potissimum est.* Ceterum illa hic 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 fortè 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 sunt, qui ædificavit, l. 2. §. adversus. 8. l. 3. §. 1. ne quid in loc. pub. l. ergo. 30. §. ult. hoc tit. In littore vacuum quisque locum occupare per naturam potest, eumque occupando etiam suum facit, ut & id, quod in eo extruxerit, l. 6. pr. hoc tit. de rer. div. l. 14. l. quamvis. 50. eod. de acq. rer. dom. l. 1. §. quod si. de op. nov. nunt. Etenim qui locus ita in mari aut littore occupatur, non simpliciter & absolutè occupantis fit: sed duntaxat interea dum occupat; dum ædificium manet: nam ædificio sublato locus in pristinam causam quasi jure postliminii revertitur, d. l. 6. & d. l. 14. §. 1. l. præscriptio. 45. de usuc. Sed neque simpliciter hæc occupatio & ædificatio concessa: verum, quod exigit ipsa ratio juris gentium, cum hac conditione, si per eam publicus littoris aut maris usus non fiat deterior. d. l. 2. §. adversus. l. 3. l. 4. ne quid in loc. pub. Neque jus gentium violari existimo, si hinc arceantur peregrini in littoribus; quæ populus aliquis imperio sibi vindicat. Natura enim non ad hoc propriè littora produxit, ut cuilibet semper & promiscuè jus esset partem eorum occupare: sed ut necessario maris usui intervirent, qui est navigatio, idque significari opinor verbis & per hoc; quæ non frustra hic expressa sunt, & in l. 2. §. 1. hoc tit. ideoque et si hic usus jure gentium semper communis manet & indivisus, sicut ipsius maris: jus tamen, quod dixi, in littore ædificandi divisum jure gentium intelligi debet, quatenus littora 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. c. 3. num. 9.* Idem fusè & eleganter *cap. 5. mar. lib. 4. add. Ant. Fub. in ration ad l. 9. de leg. Rbod.* Hodie Veneti maris Adriatici, Baltici rex Danicæ, magnæ Britanniæ rex maris circumflui dominium sibi vindicant. Cæterum hoc latè plerique damnant, imperium quidem in maris partem sinuve vicinis usurpari posse concedentes, sed sine jure proprietatis aut domini; tum quia natura mare commune esse jubet, non permittit tantum; tum quia ne domini quidem capax est, resistens occupationi & possessioni, unde dominia rerum ceperunt, l. 1. §. 1. *de acq. poss. D. Grot. d. c. 5. mar. lib. & d. c. 3. n. 13. de jur. bell. M. Anton. Peregrin. 8. de jur. fsc. n. 10. Alb. Gentil. de acq. mar. D. Tul. hic c. 7.* Existimat tamen idem Grotius, d. c. 3. n. 10. non obitare jus naturæ, quo minus portio maris inclusa littoribus ejus populi propria fiat, cujus sunt littora, dum ea pars maris ad territorium comparati non major sit, quam diverticulum maris comparatum ad magnitudinem fundi privati. Nuper vero Joannes Seldenus, vir sanè 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 domini privati seu proprietatis esse capax, ac tellurem: cui paradoxo occurri poterit ex Grot. d. c. 5. *mar. lib. & 2. de jur. bell. c. 2. n. 3.* Illud constat, non facere contra jus naturæ aut gentium, qui recepto in se onere tuendæ navigationis adversus piraticas excursionis, juvandæque per ignes nocturnos & brevium signa, vectigal æquum imposuerit: quale fuit Romanum vectigal Erythræum, de quo Strabo lib. 17. & quod in ponto Byzantini exigebant *δραχμῶν*, quodque jam olim Athenienses exegerant in ponto eodem, memorante utrumque Polybio, Grot. d. c. 3. n. 14. *add. Capol. de serv. prad. rust. cap. 26.*

## T E X T U S.

## De fluminibus &amp; portibus.

2. *Flumina autem omnia, & portus, publica sunt. Ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque.*

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

1. *Quo sensu dicatur jus piscandi in flumine omnibus commune.*
2. *Non idem esse aquam profluentem, quod flumen.*
3. *Quo jure hodie flumina & portus, itemque piscatio, censentur.*

Secundum genus rerum, quæ privati juris non sunt, publicæ in specie dicuntur: quæ quamvis & ipse in nullius dominium pervenerunt, imperio tamen divise sunt, & ditioe ac potestate factæ alicujus populi. Ajo *ditioe ac potestate*: nam quæ populi sunt patrimonio, ut metalla, salinæ, silvæ, agri vectigales, &c. ea quidem etiam publica dicuntur, propter personam possidentis: l. 17. *de verb. sign. l. 14. hoc tit. de acq. rer. dom.* sed quia usu & jure, quo habentur, privata sunt, l. 2. §. *hoc interd. l. 4. ne quid in loc. publ.* ad institutam disputacionem non pertinent. Hujus generis sunt flumina, portus, alveus fluminis, quamdiu à flumine occupatur, & ex parte ripæ.

*Flumina omnia*] Scilicet personæ: nam torrentia, quæ hieme tantum fluunt, æstate solibus exsiccantur publica non sunt: l. 1. §. 3. *de flum. ac ne flumina quidem propriè, ut rectè D. Don. 4. comm. 3. contra Hoccom. 8. obs. 4. Marcianus l. 4. hoc tit.* cautè addidit voculam *pene*; nempe *ἄλλ' τὸς χειμῶνους*. Et quidem quæ flumina per eandem regionem tantum labuntur, unde originem ducunt, tota sunt illius regionis quæ vero diversâ imperia alluunt, per partes earum gentium sunt, per quarum ditioes profluunt in mare.

*Et portus*] Portus est locus in mari aut flumine conclusus ac munitus, quo importantur, & unde exportantur merces: qua appellatione tamen continetur & statio, qui est locus accommodatus ad naves recipiendas, ut tuto illic stare possint adversus injuriam prædonum ac tempestatum, l. *portus. 59. de verb. signif. l. 1. §. stationem. de flum. nostratibus ceter. l. 1. c.* Veteribus propriè portus intulam 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 duodecim; *Cui testimonium defuerit, us tertius diebus ob portum obragulasum ito*, vid. Festum in vocibus *portus & insula. Cujac. Brecha. Gæd. ad d. l. portus.*

*Jus piscandi omnibus commune*] Usus fluminis publicus est jure gentium, §. *riparum. inf. eod. l. 4. eod.* ac proinde unicuique licet in flumine publico navigare & piscari, l. 1. *ut in flum. publ.* Idem usus est & portuum, ut hoc loco & d. 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. 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. *proponebatur. 76. de judic.* denique 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 subijci potest, quam aer & mare, quamdiu de medio cursu nihil de ea sumpseris. 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 duntaxat, quorum finibus continetur. Aqua vero fluminis utimur ad lavandum, potandum, aquanda pecora: qui usus communis est jure naturali omnibus concessus, *add. Joan. Fab. Baron. ad hunc loc. Don. 4. comm. 3.* De jure ædificandi in portu aut flumine nulla hic mentio. Et in portu quidem vix est, ut sine incommodo navigantium ædificari possit. In flumine autem publicè cuilibet licet ædificare & destruere: dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat, l. *fluminum. 24. de damn. inf. l. 1. §. non autem. 12. & §. deinde. 19. de flum.* quo argumento adducor, ut credam etiam, ædificatum ferè ædificantis, perinde ut ædificata in littore aut vicino littoribus mari ædificantium sunt. Cæterum quia hoc jure jam non amplius utimur, non est operæ pretium pluribus

3 ribus de his disputare. Etenim flumina omnia navigabilia & ex quibus fiunt navigabilia, jam pridem à Friderico Imp. inter regalia relata sunt, *c. un. qua sunt regal. in usib. Feud.* eorumque proprietates facta Principis vel populi, cujus ditione continentur. Bart. Jas. & alii in *l. quo minus. de flum.* quod tamen non obstat, quominus usus fluminis adhuc publicus manserit: nam & riparum, quarum proprietates privata est, usum esse publicum constat. Cæterum consuetudine locorum ferè jam obtinuit, ut nemini liceat in flumine piscari, nisi qui jus illud vel emerit, vel conduxerit, vel alio titulo à Principe acceperit, *vid. Capoll. de serv. rust. prad. c. 42. Schneid. hic.* In hisce regionibus flumina omnia, quatenus finibus nostris continentur, lacus item, alizque aquæ navigabiles, eorumque omnium alvei, hoc est, spatia, per quæ flunt, aut quæ occupant, ripa quoque, quatenus majore parte anni aquis tegitur, populi est. Ac proinde Hollandi & Westfrisii jus habent pro custodia fluminum & regalia ac tributa imperandi; quippe usu eorum etiam exteris concessio. Jus piscandi quoque initio penes populum fuit. Inde ad Principes translatum: ut nemo jam id juris habeat, nisi concessu Principis, & certis limitibus ac legibus circumscriptum. Plane in Waterlandia & quibusdam fluentis Kennemerlandiæ piscatio semper libera fuit: & singulis civibus etiamnum jus est in flumine aut lacu navigabili hamo piscari. *Grot. lib. 2. manud. c. 1. & 4. Groenew. de ll. abrog. hic & ibi alleg.*

TEXTUS.

Definitio littoris.

3. Est autem littus maris, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit.

NOTA.

3. Est autem littus maris] Qua fluctus eludit. Definitio & *πελαγογραφ.*

COMMENTARIUS.

Hoc §. & 2. seqq. quædam diligentius explicat, quorum usus vel communis est, vel publicus. Atque ut intelligamus, quatenus littore uti omnibus liceat, quid sit littus primo definiendum putavit. Ait, littus esse, quatenus hybernus fluctus maximus excurrit, quomodo & Cels. definit *l. littus. 96. & Javolen. l. 112. de verb. sign.* & jam olim ante eos definiverat Aquilius, teste Cic. in *Top.* quam definitionem & ipse Cicero post, aliquando fortassis arbiter sumptus, secutus est: non enim primus hoc constituit, ut plerisque credidisse Celsus refert. Ait, *hibernus*; quia hieme maximè mare exæstuat. Igitur littus est, quatenus fluctus maris eludit; atque hoc commune est omnium, sicut & mare: siccum vero littus 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 sibi natis religare, onus aliquod in his reponere, cuiuslibet liberum est, sicut

per ipsum flumen navigare: sed proprietates earum illorum est, quorum prædiis hærent: qua de causa arbores quoque in eisdem nata eorumdem sunt.

COMMENTARIUS.

1. Non ut littora maris, ita ripas conditionem fluminis sequi.

Ripa est id, quod flumen continet, naturalem cursus sui rigorem tenens: ita definitur ab Ulp. *l. 1. §. ripa. de flum.* Ait, *cursum naturalem*, ne quis putet, si quando flumen imbribus vel nivibus auctum excreverit, ripas idcirco mutare. Paulus ait, ripam esse, quæ plenissimum flumen continet, *l. 3. §. 1. d. sit.* ut significet, partem ripæ non esse spatium illud ripæ proximum, quod aliquando flumine caloribus minuto æstivo tempore non occupatur. Apparet autem ex sequentibus, ripam non tam angustè, ut nonnulli faciunt, accipiendam esse pro crepidine aut labro 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. §. 2. de flum.* quod & Pacius observavit in analysi sua.

Usus publicus est jure gentium] Usus riparum ita publicus est, ut fluminis: quinimo ripæ usus nihil aliud est, quam ipsius fluminis, cum per ripam flumine utamur. Ideoque quæcunque sunt interdicta ad tuendum usum publicum fluminis, eadem sunt & conjunctim ad tuendum usum riparum, *l. 1. & passim sit. de flum. & sit. ne quid in flum. publ.* Ait, *jure gentium*; quasi dicat, hunc usum atque hanc servitutem ripis à natura impositam esse, ut omnibus, quæ flumine uti jure gentium licet, etiam ripis ad eum usum uti liceat, cum nec flumine aliter uti commodè possint.

Proprietates illorum est, quorum prædiis hærent] Hoc etiam disertè ait Cajus *l. 5. hoc sit.* itemque Pomponius ex sententia Celsi *l. ergo. §. 1. de acq. rer. dom.* Unde Neratius scribit, eum, qui in ripa fluminis ædificat, suum non facere, *l. 15. eod.* Quapropter quod Paulus ait, ripas fluminum publicas esse, *l. 3. de flum.* de usu, non de proprietate accipi debet. Nec enim audiendus est D. Hotom. qui Paulum à cæteris, & rectè dissensisse putat. Nam quod ait, eodem jure partes fluminis singulas censerì debere, quo totum flumen, quod ita publicum esse constat, ut nec proprietate cujusquam sit, error est *ὁ δὲ τῶν ἄγροισιν ἔ ἐλίγη*, siquidem ripa pars fluminis non est, non magis quam continens contenti. Neque vero idem est ripa in flumine, quod littus in mari. Ripa flumini non subjicitur, ut littora subjiciuntur mari & quotidianis accessibus ab eo occupantur. At inquit, cujus juris est alveus, ejusdem & ripas esse necesse est: certum autem est alveum proprietate nullius esse, *l. 1. §. simili modo. 7. de flum. l. 7. §. quod si. 5. de acq. 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 §. *insula. 22. & seq. inf. eod.* Rectè igitur Græci, *Basil. 46. tit. 3. τῶν ἐκτὸν τῶν ἐν τοῖς ποταμοῖς ἔστιν δημοσία, ἀλλὰ ἡ χερῶν publica ἐστὶν &c.*

## TEXTUS.

## De usu &amp; proprietate littorum.

5. *Littorum quoque usus publicus est & juris gentium, sicut & ipsius maris: & ob id cuilibet liberum est, casam ibi ponere, in quam se recipiat, sicut retia siccare, & ex mari deducere. Proprietas autem eorum potest intelligi nullius esse; sed ejusdem juris esse, cujus & mare, & qua subjacet mari, terra vel arena.*

## NOTE.

5. *Littorum quoque usus*] l. 4. l. 5. §. 1. l. 6. h. t. atque omnibus patet, sicut & maris, *Virg. 7. Æneid. Littusque rogamus Innocuum, & 1. Hospitio prohibemur arena, ubi Serv.*

*Proprietates eorum nullius*] A populo tamen aliquo occupata illius populi esse videntur, l. 3. *ne quid in loc. publ.*

*Ejusdem juris, cujus mare*] Littora mari subjiuntur, & ab eo quotidianis accessibus occupantur, & ideo naturam ejus sequuntur, l. *pen. h. t.* Ripa autem ut flumini non subjicitur, nec ejus pars est, ita nec per omnia conditionem ejus sequitur.

## COMMENTARIUS.

**D**E littorum usu & proprietate jam intellectum est: cæterum unum adhuc notandum, quod usum littorum dicit esse publicum & juris gentium: ut intelligas, usum littorum publicum esse eo jure, quod commune est omnibus gentibus: quo scilicet significato mare juris gentium esse dicit *Cajus l. 4. hoc est. & Justin. §. 1. sup. eod.* atque in hoc differre ab usu riparum, qui publicus quidem est jure gentium, sed non juris gentium, hoc est, non communis omnium hominum, sed eorum duntaxat, quibus eo flumine uti jure gentium licet: cujus usus exteros communionem non habere antea demonstratum est. Eadem ferè & *Eguinarii Baronis & Julii Pacii sententia est.*

*Ejusdem juris, cujus & mare*] Mare littora aliis usibus eripiendo sua fecit. Nam, ut ante quoque dictum est, littora mari subjiuntur, & quotidie ab eo occupantur. Occupatum autem jus & conditionem occupantis sequi necesse est, l. *pen. hoc tit.*

## TEXTUS.

## De rebus universitatis.

6. *Universitatis sunt, non singulorum, qua in civitatibus sunt, theatra, stadia, & his similia, & si qua alia sunt communia civitatum.*

## COMMENTARIUS.

**Q**Uæ hic & apud *Cajum l. 6. §. 1. eod.* dicuntur universitatis alibi etiam publica generali nomine appellantur, ut in l. 6. *de contr. emp. §. 2. inf. de inut. stip. §. ult. inf. de empt. & vend.* nimirum quia in publico civium

usu habentur. Ea igitur, quæ in pecunia aut patrimonio civitatis sunt, quorum usus singulorum non est, huc non pertinent: quamvis & ipsa collata cum iis, quæ propria sunt singulorum: publica quoque dicantur, l. 7. §. 1. *quod cujusque un. nom. l. 15. & seq. de verb. sign.* Universitatis autem appellatio latior est, quam civitatis: nam & collegia & societates, aliaque hujusmodi corpora continent, quibus permissum est ad exemplum *Reip.* habere res communes, arcam communem &c. l. 1. *quod cujusque un.*

*Si qua 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, exedrae, 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 sanè dixerit, usum pascuorum publicorum adeo liberum esse, ut etiam non cives jus pascendi habeant. Ad hunc autem usum tuendum prodita est contra prohibentes actio injuriarum, l. 13. *in fin. de injur.* Pertinet huc illud *M. Tullii 3. de finib. Theatrum commune cum sit, rectè tamen dici posse, ejus esse eum locum, quem quisque occupavit, & 1. offic. viz autem per quas omnibus iter debetur, publicæ iunt, non universitatis.* Cujac.

## TEXTUS.

## De rebus nullius.

7. *Nullius autem sunt res sacrae, & religiosa, & sancta: quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.*

## NOTE.

7. *Nullius in bonis*] l. 6. §. 2. *eod.* & ideo hæc quasi nostra vindicare non possumus, l. 23. §. 1. *D. de rei vind. nullius.* nec proprietate, nec usu profano.

## COMMENTARIUS.

**Q**Uæ 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. *hoc tit. l. 6. de contr. emp.* At in rebus divini juris hoc amplius est, quod ne usus quidem earum singulorum est. Ferè quoque bestiarum, 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, §. *serv. inf. eod.* quod secus est in rebus divini juris. Etiam inter ea, quæ nullius sunt, *Cajus d. l. 1.* numerat res hæreditarias nondum adita hæreditate: quæ tamen effectum juris omni ex parte privatæ sunt, & hæreditatis esse finguntur, quæ tantisper personæ vicem sustinet, l. *hæreditas. 34. l. hæreditas. 61. de acq. rer. dom.* Res igitur divini

vini juris sunt, quæ hominum potestati & promiscuo usui exemptæ: quodammodo in solius Dei jure ac potestate habentur: quarum tres species hic proponuntur, sacræ, religiøsæ, sanctæ: quas singulas singulis §§. deinceps exponiturus est.

TEXTUS.

De rebus sacris.

8. *Sacræ res sunt, quæ ritè per Pontifices Deo consecratae sunt; veluti ades sacræ, & donaria, quæ ritè ad ministerium Dei dedicatae sunt: quæ etiam per nostram constitutionem alienari & obligari prohibuimus, excepta causa redemptionis captivorum. Si quis autem auctoritate sua quasi sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum. Locus autem, in quo ades sacræ sunt adificatæ, etiam diruto adificio sacer adhuc manet, ut & Papinianus scripsit.*

NOTÆ.

8. Donaria] *ἱερεῖ ἀνάθημα, ἡρώμματα*; ornamenta, Helych. Macrobi. 3. Sat. 11. *ἱερεῖ ὄραδν*, vasa sacræ. Nov. 120. c. 10.

COMMENTARIUS.

1. Personam consecransis qualem esse oporteat.
2. Donaria quæ Latinè dicta.
3. Sacræ privata à publicis non forma consecrandi, sed sine distincta.
4. Profanum veteribus quid, & unde dictum.

**R**erum divini juris diximus esse tria genera: eaque, ut re, ita etiam nominibus apud nostros distincta sunt: quæ distinctio etiam in schedis Festi reperitur. Alia est apud Macrobius 3. Saturn. 3. Plerique autem his nominibus indiscretè utuntur. Ait, res sacras esse, quæ ritè per Pontifices Deo consecratae sunt. Quæ definitio duo maximè complectitur; formam consecrandi; & personam consecransis. Formam indicat particula *ritè*, id est, solemniter, more & instituto majorum publicè, non privatim, l. 6. §. *sacræ*. l. 9. pr. *cod. Gall.* Aelius apud Fest. in voce *Sacer*. Ovid. 1. *fastor.* *Templa sacerdotum ritè dicata manu.* De ritu veteri consecrandi vid. *Alex. ab Alex.* 6. *gen. dier.* 14. *Comman.* 3. *comm.* 1.

Personam consecransis oportet rebus sacris præesse: quales apud Romanos erant pontifices, ita dicti à ponte sublicio, quem, quod sacer æstimaretur, in aliqua parte labantem solis pontificibus reficere licebat, cæta victima & sacrificio perfecto. Reliquorum quoque sacrorum omnium curam atque potestatem penes collegium pontificum fuisse constat: de quorum officio accuratè scribit idem *Alex. ab Alex.* 2. *genial.* 8. Quid Principes? Etiam eos curam sacrorum & religionum sibi sumpsisse cum apud alios auctores, tum apud nostros legimus; ut in l. 8. *de rel.* & *sump. fund. l. ult. ut in poss. leg.* & nominatim jus dedicandi seu consecrandi, in d. l. 9. *hoc rit.* An quia & ipsi plerumque pontifices? Id sanè testatur historia, & Dio lib. 53. expressè scribit, Principes inter alios titulos etiam Pontificis maximi dignitatem assumpsisse, ut omnes religiones & sacrificia in sua haberent

manu. An vero hoc ideo dicitur, quia, ut nonnulli volunt, sicut olim, per legem Papiriam non licebat rem ullam injussu plebis consecrare, teste *Cicero pro dom.* ita postea non licuit injussu Principis: ut Pontifex quidem consecraret & solemnia perageret; sed jussu & auctoritate Principis præcedente: maximè si locus publicus consecrandus foret? *arg. d. l. 9.* Principes Christiani curam sacrorum episcopis demandarunt, aliosque ritus atque caeremonias sub talibus substituerunt, quæ in dedicandis monasteriis, ecclesiis, domibus orationum observarent, vid. *Nov.* 67. & *Nov.* 131. c. 7. Luculentum dedicationis templi exemplum extat 1. *Reg.* 8.

*Donaria*] Non solum ædis aut locus consecrari possunt, sed res etiam mobiles, ut ex memorato Galli Aelii apud Festum loco apparet, & hic significat Justinianus verbo *donaria*: quo cum mobilia intelligere, puta vestes, *ἱερεῖ ὄραδν*, vasa aliaque utensilia divinis usibus dicata atque consecrata; ostendit l. *sancimus*. 21. C. *de sacros. eccles.* Neque hoc contra utrumque Latinorum scriptorum. Nam quæ Græci ἀνάθημα appellant ab ἀνάθημα, quod dicata Diis suspendebantur è tholis, columnis aut parietibus templi, ea Latini donaria dixerunt. Apud Macrobi. 3. 11. legimus; *Ornamenta sunt: clypei, coronæ; & hujusmodi donaria.* Virgilius pro locis accepit, in quibus dona oblata reponuntur, lib. 3. *Georg.* circa finem.

& uris

*Imparibus ductos alia ad donaria curru.* 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 redemptionis captivorum*] Item pauperum alendorum tempore famis, si ita premantur; ut vitæ eorum succurrendum sit; d. l. *sancimus*. debitorum quoque ecclesiæ causa, si creditores urgeant, nec aliunde debitum exsolvi possit, *auth. præterea. C. de sacros. eccles.* Nov. 120. c. 10. c. *aurum*. 12. *quæst.* 2. Bona ecclesiastica huc non pertinent: quippe quæ humanis usibus servantur, alendis scilicet ministris verbi aut pauperibus; quamvis & ipsa, causis quibusdam exceptis prohibeantur alienari; *Nov. 7. add. Schneid. hic. Gudelin. lib. 6. de jur. nov.* c. 13. & 14. *Gloss. in c. femel. pand. de reg. jur. in 6.*

*Si quis auctoritate sua*] Id est, non publicè, sed privatim, l. 6. §. *sacræ. hoc rit.* Quæsierit aliquis, cum Romanis nihil sacrum fuerit; nisi quod publicè 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 sumpta est: quod privata pro salute familiarum, publica pro populo consecrabantur, vid. *Rosin. 8. antiq. lit. 6.* Potuit sanè quisque privatim suæ religionis causa aliquid Deo dedicare, quod pro sacro ipse haberet: verum id Pontifices Romani non æstimabant sacrum: ac proinde nulla obstringebat religione successores: quod ex eodem Gallo Aelio apud Festum discere possumus, & *M. Tullio lib. 12. epist. ad Attic. epist. 19. 34. & 35.*

*Profanum*] Varro 5. *de ling. sana* ait nominata esse, quod Pontifices in sacrando faciunt finem: inde profanum, quod est ante sanum, id est, conjunctum sano. 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 penè consentire id esse, quod *extra fanaticam causam sit, quasi porro à sano & religione secretum*. Ut ut est, constat, nostros res profanas sacris & religiosis opponere solere.

*Adhuc sacermanus*] d. l. 6. §. 3. Ideoque venire non potest, l. *ade sacra*. 73. de *concr. emp.* Trajanus ad Plinium lib. 10. *epist.* Si adis sacra Claudii collapsa sit, religio ejus occupavit locum. Planè quæ loca ab hostibus capta sunt, sacra esse desinunt: at ea calamitate liberata quasi postliminio pristinum statum recipiunt, l. *cum loca*. 36. de *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 sepulchrum 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.

## COMMENTARIUS.

1. Antiquos privata sepulchra habuisse extra urbem in agris: hodie autem forè in urbe mortuus sepeliri in locis publicis ad eam rem destinatis.
2. Genosiphium seu tumulum inanem religiosum non esse.
3. Ut locus religiosus fiat, necesse esse, ut is qui mortuum infert, sit pleno jure dominus loci, & quadam consecratoria inde deducta.
4. Verba hujus §. postrema tam commodum sensum habere, quam lectionem Codicis Flor. in Pand.

**R**eligiosum] Generali hujus verbi appellatione etiam sacra contineri arguit notatio vocis religio, sive à religendo eam deducas cum Cic. 2. de *nat. Deor.* sive cum S. Sulpitio, ut auctor est Macrobi. 3. Saturn. 3. à relinquendo, sive à religando cum Lactantio 4. *Instit.* 28. At hic & 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 publicè per pontificem sacretur: religiosus fit propria cujusque voluntate, cadaver aut ossa inferentis in locum suum. Notandum hic in transfursu, antiquos privata sepulchra habuisse extra urbem in agris: nam in urbe mortuos sepelire lege vetitum erat, Cic. 2. de *leg. l. 3. §. divus. de sepulc. viol.* idque aliis etiam populis in more positum fuit: qua de re consule *Porr. Greg. lib. 33. Syntagm. c. 33.* Quæ quisque sibi & familie suæ sepulchra constituebat, familiaria dicebantur: quæ sibi & hæredibus suis, vel quæ paterfam. jure hæreditario acquirerat, hæreditaria, l. 5. l. 6. in *pr. de relig. & sumpt. fun.* Hodie autem, ut notam est, locis publicis ad sepulturam utimur, à magistratu sepeliendis mortuis destinatis: cœmeteriis ferè, aut iplis etiam ecclesiis: in

quibus tamen privatam sepulchrum habere nihil vetat, quod & hæredibus relinqui, & ad usum sepulchrum etiam aliis vendi possit, *Gror. 2. introd. cap. 1. Adornac. in l. 4. C. de religios.* Superstitiosi nimis in hac re sunt canones, cap. 1. 13. *quæst. 1. cap. aurum. 12. quæst. 2. cap. ad bar. 4. de relig. domib.*

*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 sepulchrum ab Ulp. definitur, ubi corpore ossave hominis condita sunt, l. 2. §. *sepulchrum. de relig.* Ac ne totus quidem locus, qui sepulture destinatus est, corpore condito religiosus fit, sed quatenus conditum aut humatum est, d. §. *sepulchrum.* Ex quo efficitur, quod Divi fratres rescripterunt, Mausoleum inane sive monumentum purum, memorie tantum causa factum, quod Græci *νεκρῶν μνημα* & uno verbo *νεκρῶφιον* appellant, Suetonius c. 1. in *Claud. tumulum honorarium*, religiosum non esse, l. 7. h. l. 6. in *fin. l. monumentum. 42. de relig.* licet contra fenserit Marcianus, motus auctoritate Virgillii, ut ipse ait, l. 6. in *fin. hoc tit.* nec dubium, quin iis poetæ versibus, quos ex lib. 3. *Æneid.* citat D. Gothofr. ubi de Andromache hæc ait *Æneas;*

*mansaque vocabat*

*Hætorum ad tumulum, viridi quæm cæpiso inanem, Et geminas, causam lacrymis, sacra veras aras.*

Similis locus est ejusdem poetæ lib. 6. ubi sic ad *Deiphobum* idem heros;

*Tunc egomet tumulum Rhæto in littore inanem*

*Constitui, & magna Mænæ ter voce vocavi.*

Denique si ossa hominis aut corpus conditum duntaxat loco religionem afferunt, consequens est, offibus aut reliquiis effosis & translatis, locum religione solvi, l. *caus* in *diversis. 44. §. 1. de relig.* quanquam effodere vel eruere non licet sine decreto pontificum aut justu Principis, l. 8. *ead.* 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 partem loci proprietatem habere, sed necesse est, ut is, qui infert, dominus sit in solidum & pleno jure. Hinc deducuntur hæc consecratoria, 1. Nemini jus esse inferre in locum, qui in totum alienus sit, utique invito loci domino: nam consentiente eo inferre licet & locus hac illatione religiosus fit, *hoc §. in fin. l. 6. §. religiosum. eod.* 2. Non licere inferre in locum communem purum invito socio, hoc item *text. l. 6. §. si quis. comm. div. l. 2. §. 1. in fin. de relig.* quod tamen sic temperat Callistratus, ut aliquis ex sociis in communi loco etiam sine consensu cæterorum sepeliri possit, si non sit alius locus, ubi commodè sepeliatur, l. *si plures. 41. d. tit.* De loco puro Jurisconsultos loqui apparet: nam in communi sepulchro quin unus ex sociis etiam obtinentibus cæteris sepeliri possit, nulla dubitatio est: quippe cum ad hunc ipsum usum is locus comparatus sit, d. l. 6. §. *pen. hoc tit. l. 6. §. si quis. comm. & hoc text.* 3. Non posse proprietarium invito fructuario inferre aut locum religiosum facere, ut hoc item §. *et l. 2. §. si usufructum. de religios. l. locum. 17. de usufr.* Quorum omnium hæc ratio est, ne domini, socii, fructuarii conditio sine facto eorum deterior fiat, re commercio exempta. Planè



si proprietatis dominus testatorem intulerit, qui usum fructum legavit, cum in alium locum, inferri tam oportune non posset, placet locum religiosum fieri, *d. l. 17. de usufr. d. l. 2. §. 7. de relig.* 4. Postremo quod proprietario non licet invito eo, qui usum fructum habet, id multo minus huic licere debere, non concedente proprietario, *d. l. 2. §. 1. & 7.*

*Locum purum*] Id est, qui humani juris est, *βίβλος*, profanum, *d. l. 2. §. purus. & passim. eod. tit.* Aliquando opponitur ædificato, ut in *l. ult. in pr. de pign. act.* Varro quoque *lib. 4. de ling.* scribit, pura loca appellari areas in urbe.

*Licet postea ratum non habueris*] Ita vulgo hic legitur & apud Marcianum *d. l. 6. §. religiosum. hoc tit.* unde hæc transcripta sunt. Neque incommodum sensum habet hæc lectio: sufficit enim ab initio consensisse; cum quod semel placuit, postea displicere non possit, *e. quod famel. de reg. jur. in 6. l. nemo potest. 75. eod. l. 5. C. de obl. & act.* In *l. 1.* autem Florentinis affirmativè hic locus legitur, *licet postea ratum habueris*, nec minus rectè: ut sit sensus; Licet locus alienus, in quem sine consensu domini mortuus illatus est, ab initio religiosus non sit; tamen si is postea consenserit, locum religiosum fieri; quod hæc sit natura ratihabitionis, ut mandato comparatur, *l. semper. 60. de reg. jur. c. ratihabitionem. Pandect. eod. in 6.* Cæterum ut hoc quoque obiter addam, etsi illatione mortui in alienum locum, locus non efficitur religiosus: non licet tamen domino, propriâ autoritate 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, quia locus religiosus fiat.

TEXTUS.

De rebus sanctis:

10. Sancta quoque res, veluti muri & porta civitatis, quodammodo divini juris sunt; & ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta est in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo & legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus.

NOTÆ.

*Sanctiones vocamus*] *l. 41. D. de pœn. Fest. in voc. Sanctum. Cic. Verr. 6. Nisi legis sanctionem pœnamque recitasset.*

COMMENTARIUS.

1. Sancti appellatio, quam latè pateat.
2. Rectè, nostri etiam portas inter sanctum numerant.
3. An capite plebendi, & qui muros municipiorum violant.

1. **C**ertum est, longè latius patere appellationem sancti quam hic accipitur: idque vel ex Trebatio discere possumus, qui apud Macrobium 3. Saturn. 3. 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. Propriè autem sanctum dicitur, quod vel ab injuria hominum defensum atque munitum est, *l. 8. hoc tit.* Hinc legati jure gentium sancti habentur, *l. ult. de legation.* item reges, teste Cic. pro reg. Dejos. Jure Romanorum tribuni plebis sacrosancti. Liv. lib. 2. Fest. in verb. sacrosanctum. Aut quod sanctione quadam confirmatum atque subnixum est. Hinc leges & rogationes dicuntur sanctæ, quod eas impunè transgredi non licet. Hinc denique muri quoque sancti, quia speciali sanctione contra violentium audaciam muniti atque confirmati sunt.

*Veluti muri & porta civitatis*] *l. 1. hoc tit. l. 2. ne quid in loc. sacr.* Et muros quidem consentiunt omnes esse sanctos. Cæterum de portis dissentire videtur Plutarchus, qui *in vitæ P'amairetis* muros ipsos, id est, sanctos esse scribit, portas non item: eo, quod per eas cadavera efferantur, aliaque immunda per eas importentur, atque exportentur. Sed hoc ille longè alio sensu, quam nostrum, nimirum jus Pontificum ex libris ritualibus, secutus. Quippe Romani in designanda urbe adhibitis more Hetrusco certis sacris muros aratro circumducebant, atque ambiebant: ubi verò portæ futuræ erant, id loci non sulcabant, ne quid religionis contraheret: sed aratrum suspendentes portarum spatia relinquebant intacta. Consulatur Varro 4. de ling. Lat. Aluc. ab Alex. 6. gen. 14. Alciat. l. pupillus. 239. §. urbs. de verb. sign. Cal. Rhodig. lib. 14. c. 5. Hinc mœnia jure pontificio sancta habebantur, portæ non item. At nostri portas idè inter sancta numerant, quia eas non magis quam muros violare fas est, aut aliquid in eas delinquere.

*Quodammodo*] Rectè quodammodo, *ἁγιον μὲν*, neque enim propriè hæc 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 auspicio & solemnî sacrificio signabantur, etiam propriè in rebus divini juris habiti sunt. Vid. Alciat. d. loc. Riccium vindiciat. jur. præmess. c. 7. qui ob id hunc locum ita distinguendum putat, *veluti muri & porta civitatis, quodammodo divini juris sunt.*

*Ideo autem muros sanctos*] Notatio verbi sanctus, Marcianus *l. 8. §. 1. hoc tit.* à sagminibus legatorum ducit, id est, verbenis seu herbis puris, quas legati populi Romani ferre solent, ne quis eos violaret. Sed quæ hic traditur, & Festum auctorem habet in voce sagmina, & Aggenum Urbic. in comment. ad Frontin. qui utrumque & sanctum & sagmina à sapiendo, id est, confirmando deducit. A sanguine tamen confictum esse hoc vocabulum, vel ex consuetudine sacrorum solemnium, quam Sallust. in Catilin. commemorat, putat Hotoman.

*Quia pœna capitis*] Violare muros capitale est: ficti, 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 hostis traditur, quod murum transcendere voluerit. Hoc Pompon. *l. ult. hoc tit.* Marcus autem Tullius 3. de Offic. scribit, speciem utilitatis eo animum impulisse Romuli, cui visum erat, utilius solum se, quam cum altero regnare. Omisit hic, inquit, & pietatem & humanitatem: & tamen muri causam

*sanam opposuit, speciem honestatis neque probabilem neque idoneam.* De muris municipiorum dubitatum est, an & qui eos violant, poena capitis puniendi sint. Vulgo placet non esse; sed hujusmodi homines pro qualitate delicti arbitrio judicis extra ordinem plectendos, *Bart. in d. l. ult. Ang. Mysf. Schneid. & alii hic.* Quæ sententia sanè benignior est. Nec obstat, quod etiam muri municipiorum sancti sunt; *l. 8. §. 2. hoc tit.* neque enim quicquid sanctum est, ejus violatio continuo capite plectitur: aut quod 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.* Sanè in bello, si quis vallum transgredat, aut per muros castra ingreditur, capite punitur, *l. 3. §. nec non. 17. de re milit. vid. Gothofr. Buf. ad d. l. ult. & Autum. ibid. in confer. jur. Franc.*

*Ideo & legum & sanctiones vocantur] l. sanctio. 4. 1. de pen. Cic. in Verr. 6. Nisi legis sanctionem pœnamque vocitasset.* Inconcinna autem est illatio. Fortassis ab effectu ea pars legis, qua poena constituitur *ποινὰ καὶ νόμος*, speciatim sanctio dicitur; quia efficit, ut legis sua auctoritas & sanctitas constet, *arg. d. l. 9. §. 3. hoc tit.* nam generaliter leges ipsas sanctiones vocari, satis notum est. Scholiastes ad illud Horatii: *Sanctarum inscruia legum.* Aut participium est à Saucio, id est, firmatarum, aut sanctarum, id est, sacrarum, ut *sanctum dicitur & sacrum.*

## TEXTUS.

## De rebus singularum.

II. *Singularum autem hominum multis modis res sunt: quarundam enim rerum dominium nanciscimur jure naturali, quod sicut diximus, appellatur jus gentium: quarundam verò jure civili. Commodius est itaque à vetustiore jure incipere. Palam est autem, vetustius esse jus naturale, quod cum ipso genere humano rerum natura prodidit. Civilita autem jura tunc esse cœperunt, quum & civitates condi, & magistratus creati, & leges scribi cœperunt.*

## COMMENTARIUS.

1. *Quæ in hac secunda parte hujus tituli potissimum spectanda.*
2. *Perperam in hac disputatione dominio opponi commercium.*
3. *Quid sit dominium, & quam largè nonnunquam ea vox usurpetur.*
4. *Modos acquirendi jure gentium dominii ad duos commodè revocari.*

Secunda pars hujus tituli: cui respondet titulus *Pandect. de acquirendo 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 & singularum propriæ. Hæ res variz item distingui possunt. Nam primo quædam sunt universales; quæ vel rationem totius habent, ut hæreditas, universum alicujus patrimonium; vel generis,

ut fundus, homo, vestis: quædam singulares, ut hic fundus, hic homo, hæc vestis. Quædam item corporales sunt, quædam incorporales, de quibus *sir. seq.* Corporalium item quædam mobiles aut se moventes, quædam immobiles; *l. moventium. 93. de verb. sign. l. 15. §. 2. de rejud.* Duo verò præcipuè hic nobis spectanda; id quod in hisce rebus singularum est, ejusque acquisitio. Quod singuli in his rebus habent, id vel est jus in rem, vel jus ad rem. Jura in rem sunt hæc; dominium, (tum plenum, tum minus plenum, quod quasi dominium & utile vocant; qualia sunt jus emphiteuticum & superficiarium) usus, usufructus; jura prædiorum; jus possessionis, pignus sive hypotheca. Jus ad rem est, quod uno nomine dicitur obligatio sive creditum. Jus in rem D. Grotio est *Beheering*: Jus ad rem sive in personam, *Inshult*. Idem jus in rem distinguit in jus possessionis, *Best-recht* & jus domini vel quasi, quod *Eigendom* vocat; eaque voce reliqua in rem jura comprehendit, *lib. 2. manduct. c. 1.* Doctissimus Diod. Tuldenus dominio non obligationem, sed commercium opponit. Non rectè, ut mihi videtur, in disputatione proposita. Nam commercium non est res externa, quæ in bonis nostris computatur, quam acquirere, alienare, legare, hæredibus nostris relinquere possumus, qualis est obligatio: sed jus personæ, quod non omnes, qui in civitate sunt, habent. Est enim jus emendi vendendique, aut potius jus contrahendi cum aliquo, *l. 5. de just. & jur. l. quod si minor. 24. §. 1. de minorib. Ulpian. tit. 19. §. 4.* Unde quæ res vendi, in stipulationem aut conventionem deduci non possunt, mercio dicuntur exemptæ. Denique obligatio, quæ ex maleficio oritur, etiam huc pertinet: at eam nolim dicere esse ex commercio. Nam commercii significatio apud Latinos tam latè non patet, quam apud Græcos *συμβασιμα*, ut tam *συμβασιμα ἀκροα*, quam *ἐπίστα*, complectatur. Quod ad acquisitionem attinet, ea quoque non est unius modi: aliter enim dominium & jura illa in re à dominio separata acquiruntur; aliter obligatio sive creditum, sicut ex progressu apparebit: in quo si fortè methodi leges non satis accuratè Compositores observarint, id non tam in iis reprehendendum, quam sæculo condonandum est. De modis acquirendi dominii, ut præcipui & summi in rebus juris, initium faciunt. Dominium est plena in rem potestas, *§. ult. inf. de usufr.* sive jus de re pro arbitrato statuendi, *l. in re. 21. C. mand.* Hoc idem jus à re quæ sita proprietatis dicitur, *l. 7. §. ex diverso. 12. l. 23. hoc tit. de acq. rer. dom. l. 12. §. 1. de acq. poss.* quanquam proprietatis vocabulo sæpè in jure nostro nuda proprietatis significatio, à qua scilicet usufructus separatus est, ut passim in *sir. de usufr.* quod & in voce domini contigit, *l. 6. §. penult. C. de bon. qua lib.* & videntur veteres dominium propriè de re corporali dixisse, *arg. tit. de pand. de acq. rer. dom. & sir. pand. & C. de rei vind.* ut tamen interùm largius eandem vocem acceperint de omni jure, quo res aliqua nostra est, ut in *l. 17. quib. mod. us. am. l. 10. §. 3. hoc tit. l. 3. §. si usufr. pos.* quo loco & possessio de re incorporali simpliciter prædicatur, quam tamen propriam esse constat rerum corporalium.

*Multis modis] Privata nulla sunt natura, ait M. Cicero lib. 1. de Offic. sed aut veteri occupatione, ut qui quondam*

in

in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt.

*Nam propria telluris herum natura nec illum,*

*Nec me, nec quemquam statuit.*

ut alicubi Horatius. Modi acquirendi multi sunt & varii, tum jure gentium, tum jure civili; qui tamen ad paucos memoriz causa commodè revocari possunt; & mea quidem sententia, qui ex jure gentium sunt, commodissimè ad duos. Quicquid enim jure gentium nobis acquiritur, id vel factò nostro seu occupatione acquirimus, vel vi & potestate rei nostræ. Occupationis enim 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 quicquid ex re nostra nascitur, nostrum sit, ut quæcunque rei nostræ accedunt, rem nostram ejusque conditionem sequantur: quorum alterum generali nomine factura appellari potest; alterum accessio.

*Quod appellatur jus gentium*] Hoc ideo additum, ne quis putet hic intelligi jus naturale, quod omnium animalium inter se commune est: sed quod proprium est generis humani, sive ut Cajus l. 1. hoc sit. id explicat, quod ratione naturali inter omnes homines peræque observatur. Et perpetuum hoc esse scribit Castrenf. in l. 1. de pac. ut jus naturale, cum adactus refertur, qui hominum proprii sunt, pro jure gentium seu humano accipiantur. Proprium autem hominis est habere in dominio. Quod autem ait Justinianus, hoc jus cum ipso genere humano proditum esse, id de jure gentium primævo rectè dicitur, de secundario non item? ex quo tamen sunt nonnulli acquirendi modi, de quibus hoc tit. agitur. Respexit fortassis Imp. formas rerum acquirendarum præcipuas; quæ ex illo jure antiquo originem habent. Cæterum & de jure gentium secundario, eoque, quod pro certo rerum statu naturale est, hæc accipienda.

T E X T U S.

De occupatione ferarum.

12. Fera igitur bestia, & volucres, & pisces, & omnia animalia, qua mari, cælo & terra nascuntur, simul atque ab aliquo capta fuerint, jure gentium statim illius esse incipiunt: quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur: nec interest, feras bestias & volucres utrum in suo fundo quis capiat, an in alieno. Planè qui alienum fundum ingreditur venandi aut aucupandi gratia, potest à domino, si is præviderit, prohiberi ne ingrediatur. Quicquid autem eorum ceperis, consue tuum esse intelligitur, donec tua custodia coercetur. Cum verò tuam evaserit custodiam, & in libertatem naturalem sese receperit, tuum esse definit, & rursus occupantis fit. Naturalem autem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persequutio.

NOTÆ.

12. In suo fundo, an alieno] Quocunque enim loco feræ sunt, dummodo sint in libertate naturali, nullius sunt. Hæc mirificè conveniunt cum traditionibus Hebræorum, de quibus Selden. de jure natur. junct. disfe. Hebr. c. 4.

Prohiberi, ne ingrediatur] Nam in prædio alieno invito domino venari non licet, l. 16. D. de serv. pr. russ. & si quis id fecerit: tenetur actione injuriarum, l. 13. §. ult. de injur. Cæterum captum nihilominus capientis fit; quia prohibitio conditionem animalis non mutat.

Difficilis] Non tantum ergo, si impossibilis, ut male Accurs. l. 5. pr. l. 44. eod.

COMMENTARIUS.

1. Unde estimandum 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 acquirendarum primus & præcipuus est occupatio; quæ quam latè pateat, ex iis, quæ paulo ante dicta sunt, intelligi potest. Hoc loco, & quatuor §§. seqq. descriptis ex l. 3. & l. 5. eod. agitur de ea occupatione, quæ ferarum est, & venatio in genere appellatur; cujus species sunt, venatio quadrupedum, aucupium, piscatio. Igitur feræ bestię, quadrupedes, volucres, pisces, simul atque ab aliquo capte, hoc est, apprehensæ & in manum ac potestatem alicujus redactæ sunt, jure gentium statim illius esse incipiunt. Estque hoc genus acquisitionis longè antiquissimum, ipsaque adeo lege creationis concessum, c. 1. Genes. & Psal. 8. quæ & Stoicorum sententia est, teste Cicerone 1. Offic. & Aristotele 1. pol. 4. cum ajunt, omnia, quæ in terris gignuntur, ad usum hominum naturam creasse.

Fera] Ferum est, quicquid à cicure discretum est: nam feras generali nomine appellamus omnia animalia, quibus à natura vis infinita inlita est liberè vagandi in terra, mari, aère: unde feras à ferendo dictas volunt, quod naturali suo impetu ferantur, vel quod è conspectu hominum se auferant in solitudines. Neque excludimus, quæ hominum commercio mansuefacta sunt. Nam utrum ferum sit animal an mansuetum, ex natura æstimandum est, non ex assuefactione, §. pavonum. 15. inf. eod. Cæterum quæ hoc §. traduntur, ad occupationem earum ferarum pertinent duntaxat, quæ vel à nullò adhuc occupatæ sunt, vel occupatæ naturalis suæ libertatis iterum factæ sunt compotes.

Cælo] Cælum pro aère, ἄνωρον ἀέρος, ἢ τὸ τῶν ἰδρωτῶν ἴσος, ἢ ἄνωρον ἀέρος ἀέρος ἡ ἄνωρον τῆς γῆς, ἡ ἀνωρον ἀέρος. Galen. comm. 2. in 1. Hipp. de morb. atque ita etiam sacri scriptores accipiunt, Matth. c. 6. vers. 26. ἐπιβλέψατε εἰς τὸ πτερόν τῆς ψευδῆς.

Quod ante nullius est] Modo ita affectum sit, ut alicujus esse possit: nam res, quæ commercio hominum exemptæ sunt, ut res divini juris & publicæ, satis constat, ad hanc regulam non pertinere, quamvis & ipsæ nullius sint: nec item res hæreditarias, quas quamdiu

hæreditas adita non est, inter res nullius numerat Cajus l. 1. de rer. div. nam hæreditas interim pro domino est, l. non minus. 31. §. 1. de hered. inst. Simile axiomatici proposito est illud Quintilianus declam. 13. Quod omnibus nascitur, industria præmium est. Plautus in Rudens. act. 4. scen. 3. Meum, quod rese atque hami nasci sunt.

*Hæc interest nostrum in suo fundo* ] Amplificatio regulæ positæ; nimirum etiam in fundo alieno capta capientium fieri. Cujus amplificationis ratio non est obscura: nam quocunque 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 silvis circumseptis vagantur: quoniam relicte sunt in naturali libertate, l. 3. §. item forma. 14. de acq. 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 acquiri sine possessione possit, nec retineri: quod vel unus hic §. eos docere debuerat. Concedo tamen, spectandam hic esse locorum consuetudinem, ut & in aliis plerisque, quæ hujus argumenti sunt. Et nostro seculo contraria opinio prævaluit, ut & feræ silvis privatis & pisces stagnis inclusi, ut possideri, ita & in dominio esse credantur, Græc. 2. de jure belli & pac. 8. n. 2. Tulden. hic. c. 17. quod veteres tum demum admittebant, si feræ vivariis, pisces piscinis inclusi forent, d. l. 3. §. item feræ.

*Potest à domino prohiberi* ] Quid si nihilominus ingressus sit & feram ceperit? Vulgo placet, adhuc eam occupantis fieri, & rectè. Nam id regulæ superiori omnino consequens est. Non obstat, quod in prædio alieno domino invito venari non licet, l. 16. de serv. rust. prad. 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 & conditionem furtivam, vid. Christin. vol. 5. decis. 84. n. 17. & seqq. Excipit Angel. & post eum Cantiuncula, nisi fructus fundi in venatione, aucupio & piscatione consistat, arg. l. venationem. 26. de usur. l. 9. §. aucupiorum. de usufr. Sed enim si illa verè in fructu sunt, ne incisco quidem domino aut ingressum non prohibente capta capientis fient: à communi sententia recedunt Cujac. 4. obs. 2. Wesemb. ad Schneid. D. Tuld. hic. c. 16.

*Eonsque tuam esse intelligitur* &c.] Alia superioris propositionis amplificatio; videlicet eam etiam procedere, etsi fera jam ante capta sit ab aliquo, si ea in naturalem libertatem postea se receperit. Nam quod venando per occupationem acquisitum est, id non diutius nostrum manere, quam quamdiu in potestate nostra & custodia sit: ubi verò evaserit custodiam nostram, & in laxitatem naturalem se receperit, desinere nostrum esse, & rursum fieri occupantis, l. 3. §. 2. eod. Christin. d. decis. 84. n. 20. Quod ut singulare notandum est in dominio ferarum: nam aliarum rerum dominium etiam amissa possessione retinetur. Cæterum ne quis hic iudicii 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. Pomponius. 44. hoc sit. Qua in re quod bonus iudex arbitrabitur, sequendum erit. Gloss. Porc. Cantiuncula hic.

## TEXTUS.

## De vulneratione.

13. Illud quaesitum est, an si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Et quibusdam placuit, statim esse tuam, & consque tuam videri donec eam persequaris: quod si desieris persequi, desinere tuam esse, & rursus fieri occupantis. Alii verò putaverunt, non aliter tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, quod multa accidere soleant, ut eam non capias.

## NOTA.

13. Non aliter, quam si ceperis ] d. l. 5. §. 1. Non enim spe & animo feræ nostræ sunt, sed manu & occupatione, l. 55. eod.

Multa accidere soleant ] Sicut est in adagio Græco, πολλά μὲν πλά νόλοις ἀρεῖ, inter os & offam multa intervenire possunt, Gell. 13. cap. 16.

## COMMENTARIUS.

1. Non vulneranti, sed capienti feram concedi.
2. Cur cum fera statim ut capta est, nostra fiat, non statim quoque ut elapsa est, nostra esse desinat.
3. Quid moribus hodiernis circa capturam ferarum juris sit, ejusque defensio & interpretatio, num. 4. & 5.

FUere ex prudentibus, interque eos Trebatius, qui existimabant, feram bestiam, si ita à venatore vulnerata sit, ut capi posse videatur; statim venatoris esse, ejusque tamdiu manere, donec illam persequatur. Verum hæc sententia ideo dupliciuit, 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. eod. Πολλά μὲν πλά νόλοις ἀρεῖ, ut est in adagio Græco. Atque ita judicatum refert Christin. vol. 5. decis. 84. n. 23. Grotius lib. 2. man. c. 4. notat, eum qui feram ab alio excitatam capit, quamvis dominus feræ fiat, tamen ut inciviliter venantem eo nomine à ministris Saltuarii multari posse. 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 ferum jure gentium coeperunt, facilius retinetur, quam acquiritur. Ad acquisitionem non sufficit rem esse in conspectu nostro, ejusque apprehendendæ animum & spem aliquam habere: sed manu occupanda & corporaliter apprehendenda est, l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. de acq. vel amit. poss. Ad retinendam autem possessionem semel quaesitam solus animus sufficit, d. l. 3. §. saltem. 11. l. 1. §. quod vulgo. 25. unde vi, eumque animum tamdiu retinere intelligimur, quamdiu non vana spes est fore, ut mox rem recuperemus: at spe recuperandi sub-

sublata, jam animum quoque possidendi nos desinere habere, *fac. d. l. 44. hoc tit. l. 6. §. ult. de acq. poss.* Nostro jure sunt quidem feræ etiam occupantium: sed non promiscuè omnibus venari permissum est: nam Principes sibi ferè hoc jus vindicarunt; saltem quoad certa genera animantium certosque capiendi modos. Feras minores, puta lepores, cuniculos nobilibus etiam capere licet certis annis temporibus, dum ne capiant in locis Principi specialiter reservatis: quod jus & nonnullis aliis ratione officii concessum, qui legibus saltuariis continentur. Acupii laxior libertas, excepto quod longo amite aucupari solius Principis jus est. De jure piscandi alibi à me dictum. *Adi Gros. lib. 2. mand. c. 4.* ubi latius hæc persequitur. Non solum autem legibus nostris, sed propè omnium rerum publ. & regnorum constitutionibus modus venationum præscriptus est. Constitutione Frederici Imperatoris ventantur rustici retia, laqueos aut alia instrumenta ad capiendas feras tendere, nisi ad ursos, apros vel lupos capiendos: quas bestias credibile est ideo exceptas esse, quia tanta earum diritas est atque immanitas, ut publicè interfit eas ab omnibus necari, *lib. 2. Fond. tit. de paco venend. §. si quis.* Jure Canonico venatione interdictum clericis, ne hac voluptate capti cultum divinum deleant, *cap. 1. & 2. de cler. venas. lib. 5. decretal.* 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. c. 37. num. 144. Menoch. conf. 298. n. 18. lib. 3. & alii relati apud Fachin. lib. 1. contr. cap. 4.* Sed verius esse 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 acquirendum vi sua auferre, *D. Gros. 2. de jure belli. c. 2. n. 5. & c. 3. n. 5.* quæ etiam est sententia Covarr. in *releff. c. peccatum. de reg. jur. in 6. p. 2. §. 8.* cum ait, feras, volucres & cætera animalia jure naturæ non esse communia positivè & affirmativè, quia omnium propria sunt; sed negativè, quia nullius sunt, & jure naturali nulli sunt applicata: ac proinde posse lege humana uni potius; quam alteri ex justa causa concedi. Non obstat igitur, quod sæpè in libris nostris legimus, jure naturæ liberum esse talia animalia venari. Hoc enim verum est, quamdiu nulla lex civilis intercedit, sicut leges Romanæ res multas reliquerunt in suo primævo statu, de quibus aliæ gentes aliud constituerunt. Cum autem lex civilis aliud constituit, eam observari debere, jus ipsum naturæ dicitur. 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, publicè expedire, ut communi licentiæ frænum injiceretur, tum ne tota tandem species multitudine venatorum vastaretur, tum ne rustici & plebei homines studio venationis ab agricultura aut officiiis avocarentur, & fortassis ob alias etiam causas, quas videre est apud *Wesemb. parat. de acq. rer. dom. Covarr. prad. loc. Fachin. 1. cont. 1. Card. Tusc. præf. concl. jur. vol. 8. lit. V. concl. 41. Christin. vol. 5.*

*decif. 84. n. 37. & seqq.* Illud scire operæ pretium est, non acquisitioni 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 sit: & quamvis capta jubeatur capienti auferri, id non tam ideo fit, quia capientis facta non est: sed quafi ab indigno & pœnæ causa: eadem planè ratione, qua laquei, jacula, aliaque id genus instrumenta venatoria hujusmodi hominibus adimuntur. Quod si vero id, quod ita captum est, alteri bona fide accipiendi ex justa causa traditum sit, adimi hoc ei non poterit: neque enim furtivum aut alienum possidet, ut ab eo vindicari queat; neque dici potest pœnam legis mereri, qui nihil deliquit, nihil contra legem fecit; *l. aliud est fraus. 131. de verb. sign.* Huic non absurdum est, quod de vera in alieno fundo capta diximus, eam capientis fieri, quamvis in alieno venari invito domino non liceat. Ita *Covarr. d. §. 8. num. 5. & seq. Christin. ubi sup. n. 17. Gudelin. 2. de jur. nov. cap. 2. Zypa. notis. jur. Belg. de jur. ffc. & tit. de venat. ferar.*

TEXTUS.

De apibus.

14. Apium quoque fera natura est. Itaque apes, qua in arbore tua confederint, antequam a te alveo includantur, non magis tuae intelliguntur esse, quam volucres, qua in arbore tua nidum fecerint: ideoque si alius eas incluserit, is earum dominus erit. Favos quoque si quos effecerint, eximere quilibet potest. Plane integra re, si praevidetur ingredientem fundum tuum, poteris eum jure prohibere, ne ingrediatur. Examen quoque, quod ex alveo tuo evolaverit, consueque intelligitur esse tuum, donec in conspectu tuo est, alioquin occupantis sit.

COMMENTARIUS.

1. Omnes apes natura feræ esse, non eas solas quas rei rustica scriptores sylvestres appellans.

Quia de quibusdam animantibus dubitari poterat, sintne natura fera, an mansueta, & maxime de apibus, pavonibus, columbis, gallinis & anseribus, non abs re est, quod hoc loco nos Imp. docet, quod numero hæc animantia habenda sint. Ambigi primo potest de apibus; quippe quas Plinius tradit nec mansueti generis esse; nec feri, *lib. 11. nat. hist. c. 5. Varro lib. 3. de re rust. c. 16.* in feras & cicures distinguit, uti & Columel. *lib. 9. Plinius d. lib. c. 18.* in rusticis sive sylvestres & urbanas. Ulpianus autem noster *l. 8. §. 1. fam. orc.* videri potest hæc animalcula in genere mansuetorum habuisse, cum ex sententia Pomponii responderet, apes venire in judicium familiæ eriscundæ: quia in patrimonio nostro sunt, eumque, qui eas amovet, furtum committere. Paulus vero in eadem re feras à cicuribus manifestè separat, *l. si apes. 26. de furt.* Sed dubitandum non est, quin, ut diversa sint apum genera, una tamen omnium sit natura, eaque fera & sylvestris, ut hic ex Cajo *l. 5.*

§. 2. *hoc tit.* refert Justinianus. Liberè enim omnes feruntur & vagantur, nec raro locum & alvearia 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 natura, sed loco separet, feras appellans, quæ pascuntur in sylvestribus, cicures, quæ in locis cultis habentur, satis apparet, cicures cum vocare, non quæ natura tales sunt, sed cura hominum, cicuresque dixisse pro cicuratis, vel potius pro iis, quæ minus feræ sunt, & occupatæ facilius mansuescunt quam sylvestres. Ulpianus autem *d. l. 8. §. 1. fam. etc.* aperte loquitur de apibus, quæ alveariis jam inclusæ ita assuescunt sunt, ut ubi evolaverint, eundem locum spontè repetant: neque aliis apibus feras opponit Paul. *d. l. si apes. de furt.* Constat autem, animalia, quæ ex feris manufacta atque ita condocfacta sunt, ut ex consuetudine abeant & redeant, cum de occupatione eorum quæritur, quamdiu illam consuetudinem retinent, eodem jure quo mansueta haberi. Unde rectè argumentatur Quintilianus *declam. 13.* apes, quæ ex alveariis nostris manè volant, & vesperi domum sua spontè revolant, sinemque laboris sui sole metiuntur, nostras esse.

*Antequam à 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. 3. §. quidam. 16. de acq. poss.* Alveus autem est *χρηστήριον*, puta ex vimine, aut inani cortice: sicut ipse sibi apes conficiunt. *Varr. de re rust. cap. 16.*

*Volucres qua in arbore tua nidum fecerint*] Quemadmodum volucrum in arbore tua nidificatio non efficit, ut aut ipse aut pulli earum tui censi debeant, ita nec apium in arbore tua confessio facit, ut aut ipse aut nova earum soboles tua efficiatur: sed ex regula superiore primo occupanti aut includenti cedunt. Quæ apium eadem & favorum ratio est, si quos forte in arbore tua fecerint, antequam à te alveis includerentur, *d. l. si apes. de furt.*

*Poteris eum jure prohibere*] Eodem jure, quo prohibere potes, si prævideris, eum, qui venandi causa in 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 proles.

## T E X T U S.

De pavonibus & columbis & cæteris animalibus manufactis.

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 fe-

ram esse naturam nemo negat. In iis autem animalibus, quæ ex consuetudine abire & redire solent, talis regula comprobata est; ut consue sua esse intelligantur, donec animum revertendi habeant. Nam si revertendi animum habere deserint, etiam sua esse desinunt, & sunt occupantium. Revertendi autem animum videntur desinere habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint.

## N O T A.

15. Pavonum & columbarum] *d. l. 5. §. 5.* Sed hæc volucres faciliè cicurantur & domibus adsuescunt, utique quæ natura minus feræ sunt, minusque abhorrent à consuetudine hominum. *vid. Varr. 3. de re rust. 7. Colum. l. 8. r. 15.*

*Revertendi consuetudinem deseruerint*] Ultro, non si ab alio detenta, *l. 8. §. 1. D. fam. etc.* Hoc autem totum ex circumstantiis iudex æstimabit. *Wesemb.*

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

1. Pavones & columbas pro feris haberi, etsi non omnes aquè feram naturam habeant.
2. Moribus Gallorum & nostris animalia, quæ revertendi consuetudinem deseruerunt, non fieri occupantium.

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. cap. 11.* Idem Varro *d. lib. cap. 7.* duo itidem 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. Sed idem hic responderi potest, quod de apibus, esse quædam genera pavonum itemque columbarum; quæ natura minus feræ sunt, mihi quæ ab hominum consuetudine abhorrent: pro feris tamen omnes haberi: quia faciliè avolant, & cum agrestibus sese conjungunt. Certè Cajus *l. 5. §. pavonum. hoc tit.* & Justinianus hic simpliciter hæc aves earum numero adscribit, quæ sunt generis feri, quod & Grot. *facit lib. 2. man. c. 4.* Meminit quidem & pavonis mansueti Pompon. *l. si pavonem. 37. de furt.* sed opinor mansuetum dixisse pro manufacto. Illud nullum argumentum est mansuetudinis, quod hæc aves ex consuetudine evolare & revolare solent: nam & apes idem faciunt: & cervos, quorum utique fera natura est, ita assuescieri posse constat, ut aliquo abeant, & sponte sua redeant domum. Exemplum cervi ita instituti à Tyrrehi 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 quædam sunt, quæ in prædiis mansuetæ sunt, de quibus hic sermo est; nam in placidis, quæ hominum

minum consuetudine natura gaudent, obtinet, quod ex Cajo traditur §. seq.

*Cum revertendi consuetudinem deseruerint* ] Tunc enim genitalem feritatem, quam exuerant, recipiunt & sœva feris natura redit, ut loquar cum Claudiano. Cæterum hoc ex circumstantiis iudex æstimabit: neque enim placet eorum sententia, qui desuetudinem revertendi ex una & altera intermissione metiuntur: quamvis id plerique faciant, teste *Wesembec. hic.* Enimvero si quis, verbi gratia, columbas, quæ ex columbariis nostris volant & revolant, vetitis rationibus averterit, ita ut animum revertendi abjiciant, dubium non est, quin in factum actione teneatur, & captarum nomine etiam furti, l. 8. §. 1. *fam. orc.* Gallorum moribus animalia, quæ ex consuetudine abire & redire solent, dominorum esse non desinunt, nec sunt occupantium, quamvis custodiam nostram evaserint, & deseruerint animum revertendi, quod maxime in falconibus & accipitribus observatur. *Joan. Fab. hic Autumn. coll. jur. Gall. ad l. 5. eod.* Idemque de moribus nostris testatur *Groenw. de ll. abreg. hic.*

TEXTUS.

De gallinis & anseribus.

16. Gallinarum autem & anserum non est fera natura: idque ex eo possumus intelligere, quod alia sunt gallina, quas feras vocamus: item alii sunt anseres, quos feros appellamus. Ideoque si anseres tui, aut gallina tua, aliquo modo turbati turbatave evolaverint, licet conspectum tuum effugerint, quocumque tamen loco sint, tui tuave esse intelliguntur: & qui lucrandi animo ea animalia detinet, furtum committere intelligitur.

COMMENTARIUS.

1. Etiam ob gallinam vel anserem surreptum dari actionem furii.

Postremo dubitatum de gallinis & anseribus: & harum avium naturam initio feram esse negat Justinianus, quod & Cajus facit, l. 5. §. *gallinarum. hoc sit.* mox tamen & ille & hic earum duo genera faciunt; quorum alterum natura sit ferum & agreste, alterum mansuetum & placidum: eamque naturarum differentiam in omni ferè genere animalium animadverti posse testatur Plinius lib. 8. c. 33. De generibus anserum & gallinarum & natura cujuscunque scripsere idem *Plin. lib. 10. c. 21. Varr. lib. 3. de rer. rust. c. 9. Columel. lib. 8. c. 2. Pallad. lib. 1. c. 30.*

*Quocumque loco sunt, tui tuave*] 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 et si lupus ovem meam, exempli causa, rapuerit, ea mea esse non desinet, quamdiu recipi potest; & si fortè eam alius, lupum canibus suis persecutus, eripuerit, suam non faciet; sed reposcenti mihi restituenda est, l. *Pomponius. 44. hoc sit.* Tres igitur regulæ pro triplici animalium differentia ex his, quæ hæcenus diximus, observentur. 1. Feras quarum liber-

tas vel nunquam adempta est, vel quæ captæ in eam se receperunt, occupantis fieri. 2. Animalia mansueta, quocumque loco sint, nostra manere, neque occupatione cuiquam acquiri posse. 3. Mansueta ita ut abire & redire soleant, quamdiu eam consuetudinem retinent, jure mansuetorum censerent; deposito revertendi animo, ut cæteras feras, secundum regulam concedi occupanti.

*Furtum committere intelligitur* ] l. 5. §. *gallinarum. d. l. Pomponius. 44. hoc sit.* quod & in mansuetis obtinet, si quis ea animalia, cum ex consuetudine abire & redire solita essent, interceperit, l. 8. §. 1. *fam. orc. l. si pavonem. 37. de furr.* 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 æquè ac furti famosa est, remedium est extraordinarium, atque in subsidium duntaxat, si alia actio non sit, & res alicujus momenti esse videatur, comparatum, l. 1. §. *ais prator. de dol.*

TEXTUS.

De occupatione in bello.

17. Item ea, qua ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt: adeo quidem, ut & liberi homines in servitutem nostram deducantur, qui tamen, si evaserint nostram potestatem, & ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.

NOTA.

17. *Ex hostibus capimus*] l. 5. §. *ult. l. 7. pr. eod. Aristot. 1. pol. 4. & 5.*

*Nostra fiunt*] Jure gentium res hostium eodem loco sunt, quo res nullius, ac proinde eorum fiunt, qui primi earum possessionem nacti sunt, l. 1. §. 1. *D. de acq. poss.* & tam res immobiles, quam mobiles. Cipientes intelligendi non tantum, qui per se capiunt: sed etiam, qui per alios. In actu belli publico & imperato singuli, ut ministri operam navant, & Principi aut populo, qui ministerio eorum utitur acquirunt: hinc præda & ager ex hostibus captus publicantur, l. *pen. D. ad leg. Jul. pecul. l. 20. §. 1. D. de capt.* Extra actum publicum singuli sibi capiunt; quia non capiunt, ut ministri. *Grot. 3. de jure belli c. 6.*

COMMENTARIUS.

1. Res hostium veteribus eodem loco fuisse, quo res nullius & ided 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. Movable & mobilia, qua in ministerio publico capiuntur, & ipsa fieri populi: alias eorum, qui manu capiunt, & quid hodiè.

Quod hic & apud Cajum 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. & post-*



*postlim. bona captivorum in fiscum cogenda, l. divum. §. 1. 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. 23. q. 5. Apud alios manubias, id est, pecuniam ex venditione prædæ redactam per quæstores inferri in ærarium. Gell. lib. 13. c. 25. Vellej. lib. 2. Cic. 3. epist. 7. Quæ omnia arguunt, ipsi populo, non singulis, qui capiunt, res hostium acquiri. Et de agro ex hostibus capto omnes consentiunt, cum fieri publicum sive populi. Sed quod attinet ad res mobiles & se moventes, plerique putant, has primo ac jure ipso fieri singulorum, qui manu capiunt; cæterum duci assignandas, qui inter milites distribuunt, Bars. in l. 28. de capt. Alex. & Jaf. in l. 1. de acq. poss. Covar. in c. peccatum. p. 1. §. 2. n. 6. de reg. jur. in 6. Alii censent, hæc simpliciter acquiri singulis capientibus. Vacou. à Vacuo. lib. 2. c. 25. Cujac. 19. observ. 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 quivis, qui mæsu caperet, in dominium cederent: sed quid voluerint, quærimus. Id vero nos docet Paulus ex Nerva filio, l. 1. §. 1. de acq. 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; sed tam eorum, qui per alios, quam qui per se capiunt: neque enim servi tantum aut filii fam. sed & liberi homines, qui in venando, aucupando, piscando, margaritas legendo operam suam addixerunt, statim ejus, quod ceperunt, possessionem & dominium aliis acquirunt, iis scilicet, quibus operam navant: quippe quæ naturaliter acquiruntur, non modo per nosmetipsos, sed etiam per quemlibet alium, cujus ministerio utimur, acquirere possumus: locumque hic habet, quod dicitur, nihil interesse, utrum per se quis faciat, an per alium, l. ea qua. §. 3. hoc tit. l. 1. §. per procuratorem. 20. l. 3. §. 1. de acq. poss. Sic apud Græcos, qui in Olympiis certabant, præmia acquirebant iis, à quibus mittebantur. Igitur res hæc expedienda est cum D. Grotio 3. de jur. bell. §. n. 10. & D. Tulden. in comm. hic. c. 29. distinctione facta inter actus verè publicos belli, & inter actus privatos, qui fiunt occasione belli publici; ut dicamus, per illos actus res acquiri populo, per hos primo ac directè privatis. Res soli, nisi publico actu, inducto exercitu, impositis prædiis, capi non solent: & ideo, ut Pomponius respondit, publicatur ager, sive publicus sit populi, qui ex hostibus captus sit, l. si captivum. 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 veltigal imponere: quarum rerum passim in legibus, historiis, & agrimensozum commentariis testimonia extant, vid. l. 15. §. 2. de rei vind. l. 11. de evict. consule porro Briffon. 4. select. ant. 1. Pet. Fabr. 2. sem. 3. & 4. Comm. 3. comm. 5. 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 latè Gros. ubi sup. n. 15. Posteriore autem casu fiunt singulorum capientium: quia quod extra actum publicum capiunt, non intelliguntur capere ut ministri. Atque hæc reterendum est illud Celæ l. transfugam. §. 1. hoc tit. Quæ res hostiles apud nos sunt non publica, sed occupantium sunt. Quæ apud nos sunt, hoc est, bello exorto apud nos deprehenduntur. Nam idem & in hominibus observabatur. Quam in rem insignis est locus Triphonini l. in bello. 12. pr. de capt. Verum in pace, inquit, qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarsisset, eorum servi efficiuntur, apud quos jam hostes suo facto (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 sunt Roma 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 permisso faciunt, id sibi statim acquirunt; capiunt enim non ut ministri. Talia sunt spolia, quæ detrahuntur hosti in dimicatione singulari. Talia quoque, quæ procul ab exercitu in liberis & injussis excursibus capiunt. Nunc vero passim usurpatur, ut in direptionibus oppidorum & præliis suum quisque faciat, quod cepit: in excursibus vero capta omnia fiunt eorum, qui in comitatu sunt, inter ipsos pro dignitatis ratione partienda.

[ Ut liberi homines in servitutem ] Hoc etiam in Lusitania aliisque locis Turcorum imperio vicinis observatur. Cæterum Christianarum penè omnium gentium velut mutuo consensu comparatum est, ut capti etiam in bello justissimo libertatem retineant, eosque tamdiu duntaxat retinere liceat, donec pretium redemptionis exolverint, quod lib. 1. memini me fusius explicasse.

[ Pristinum statum recipiunt ] Igitur & ingenuitatem, quamvis apud hostes manumissi sint: nam ratio postliminii efficit, ut hic quoque locum habeat, quod sæpissime constitutum est, natalibus non officere manumissionem, §. ult. sup. de ingen.

## TEXTUS.

## De occupatione eorum, quæ in littore inveniuntur.

18. Item lapilli, & gemma, & cætera, quæ in littore maris inveniuntur, jure naturali statim inventoris fiunt.

## COMMENTARIUS.

**A**quisitionis naturalis & quidem occupationis species est & inventio. Ea pro duplici objecto distinguipotest in duo genera: nam aut earum rerum est, quæ nunquam ullius fuerunt; aut earum, quæ desierunt habere dominum, quales sunt thesaurus & res pro derelicto habitæ. De priore genere hic agit, de altero in §. thesauros. & §. pen. inf. eod.

[ Lapilli & gemma ] Margaritæ; conchylia, corallia, cæteraque, quæ in mari aut littore maris nata nec ab alio ante



ante occupata, inveniuntur, l. 3. de rer. div. l. 1. §. 1. de acq. poss. Quod autem à mari productum non est, sed à navigantibus in tempestate ejectum, vel quod naufragum fluctibus in litus expulsum est, eorum permanet, qui eiecerunt, vel naufragium fecerunt, §. ult. inf. eod. Inter lapillos & gemmas hoc interesse ex Servio Ulpianus refert, l. cum aurum. 19. §. gemma. 17. de aur. arg. leg. quod gemmæ propriè dicantur lapides pretiosi, qui natura perlucidi sunt; lapilli, qui sunt contrariæ naturæ: quod discrimen etsi non usquequaque ab aliis scriptoribus observatur: nulla tamen ratio est, cur ob id Jurisconsultos reprehendat Valla. vid. Alciat. lib. 4. de verb. sign.

*Statim inventoris sunt*] Inventio species est, ut diximus, occupationis. Non igitur ut quisque hæc videre cœperit & notare oculis, ita statim ejus fient, quod quidam putant, sed necesse est, ut possessionem eorum nanciscatur, si mobilia sint, manu apprehendat, si mobilia, ea ingrediatur, l. 1. §. 1. & ibi Coraf. n. 12. l. 3. §. 3. D. de acq. poss. Comm. 3. comm. c. 3. Grot. mar. lib. cap. 2. Cæterum si quis non in totum præoccupaverit, sed inventorem jam apprehensioni operam dantem adjuverit, judicatum fuit, inventorem esse præferendum. Horat. Rovat. decis. Lucens. 23. D. Tuld. hic. c. 13. Harum autem rerum dominium semel inventori quæsitum etiam amissa possessione retinetur, ut juris est in rebus omnibus, quæ dominio nostro subjæctæ sunt, exceptis feris bestiis, quæ ubi custodiam nostram evaserint, una cum possessione dominium nobis auferunt, quasi jure quodam possiminii in pristinam libertatem revertæ.

TEXTUS.

De foetu animalium.

19. Item ea, quæ ex animalibus dominio tuo subjæctis nata sunt, eodem jure tibi acquiruntur.

COMMENTARIUS.

Quæcumque jure gentium acquiruntur, ea diximus in summa nobis acquiri duabus rationibus: factò, & occupatione nostra; rei nostræ potestate, ac beneficio. Rei nostræ hæc vis est, ut duo nobis tribuat; foeturam, hoc est, quicquid ex ea nascitur aut provenit; & accessionem, sive quicquid ei accedit, ita ut unitum ab ea trahatur, quæ distinctio docendi causa à nobis retinebitur. DD. vulgo utramque illam rei nostræ vim uno accessionis nomine comprehendunt: cujus deinde duo genera faciunt; discretam, puta foetus animantium, & continuam, veluti alluvionem. Nonnulli inter quos Cantiancula & Bachovius, etiam ea, quæ rebus nostris accedunt aut ex iis nascuntur, genere quodam occupationis nobis quæri volunt, non eequidem verè, sed factæ & commentitiæ, quasi illa quodammodo à re nostra & per eam à nobis occupentur. Sed nihil opus est commentis, ubi sine illis res æquè intelligi potest. Mitto, quod hæc res etiam ignorantibus nobis acquiruntur, atque adeo in vitis. Præter hæc ad foeturam pertinet; sequentes aliquot ad accessionem.

*Ex animalibus nostris*] l. 2. l. 6. hoc tit. item partus editi ab ancillis nostris, §. pen. sup. de jur. pers. In summa quicquid res nostra ex se edit, sive ea mobilis sit, sive soli, id nobis hoc jure acquiritur: quamvis de solo foetu

animalium hic sermo. Et placet, hæc statim ipso ortu nobis acquiri, etiam ignorantibus & tantum non invitis: nimirum vi & potestate rei nostræ, sicut diximus. Planè autem eadem ratione foetus animalium nostrorum nostri fiunt, quæ nostra fiunt, quæ in solo nostro nata sunt: nimirum ut solum ipsum hæc nostra facit, non factio ulla aut plantatio undecumque profecta: l. qui scit. 25. de usur. l. 11. C. de rei vind. ita & animalia & ancillæ nostræ, quia instar soli sunt, ea, quæ conceperunt, nobis pariunt; nec vis maris inspicitur, quæ similis est fato, l. 5. §. 2. de rei vind. l. 7. C. eod. Atque ut fructus à solo nostro separati ideo nostri sunt & manent, quia cum adhuc solo cohzerebant, pars soli intelligebantur: l. 44. de rei vind. ita & foetus ab animalibus nostris & partus ab ancillis editi, nostri manent: quia antequam edantur, portio sunt viscerum matris, l. 1. §. 1. de ventr. inspic. Adde quod foemina in alendo foetu 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 foetus communicetur cum domino maris, si is non ignoretur; ego tamen in veterum sententiam concedo, ob rationes, quas jam memoravi.

TEXTUS.

De alluvione.

20. Præterea quod per alluvionem agro tuo flumen adjecit, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adjici, quod ita paulatim adjicitur, ut intelligi non possit, quantum quoque temporis momento adjiciatur.

COMMENTARIUS.

1. Juri alluvionis locum esse in agris arcifiniis non in agris limitatis, aut certa mensura comprehensis.
2. Quid de alluvionibus juris sit in his regionibus.

Potestate rei nostræ etiam ea jure gentium acquirimus, quæ rebus nostris ita accedunt, ut iis cohzereant atque ab iis trahantur: unde hoc genus acquisitionis accessio appellatur. Accessio hæc contingit vel factò & opera hominis, de quo genere inf. §. si tamen. 26. & multis seqq. eod. vel citra eam, naturali operatione & beneficio fluminis. Atque hoc modo quatuor rerum genera nobis acquiruntur; 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 relictus: quæ & totidem §§. ordine explicantur ex Cajo l. 7. §. præterea. & seqq. eod. & primum quidem genus in textu proposito. In Cod. etiam tit. est de alluvionib.

*Agro tuo*] Arcifinio scilicet, qui non alium finem ea parte habet, quam naturalem, id est, ipsum flumen: nam agros limitatos alluvionem non habere disertè traditum est l. in agris. 16. eod. & fac. l. 1. §. si insula. 6. de flum. Quantum autem ex d. l. 16. colligere licet, ager limitatus dictus fuit, ager ex hostibus captus, & deinde à populo vel Principe privatis ita possidendus datus, ut certis limitibus sive finibus jus possessoris circumscriberetur, ut sciretur, quod extra hosce fines esset, id publicum manere; sive quod accrevisset postea, id populo

accrescere, *vid. Don. 4. comment. 27. Giphon. ad d. l. 16. Connan. 3. comm. 5.* qui hunc locum præ cæteris illustrat ex Aggen. & Jul. Frontino *de qualitate agror. & consuetudine limit.* Limitatis agris similes sunt, qui certa mensura comprehenduntur, parique 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. Gros. 2. de jur. bell. c. 8. n. 12.*

*Flumen adjecit* ] Ad differentiam lacuum & stagnorum, in quibus jus alluvionis non agnoscitur. Etenim ut sola flumina fluxum & motum naturalem habent, quofit, ut ripas suas & terminos sæpè mutant, ita & sola alluvionem admittunt. Lacus autem & stagna licet interdum crescant & decrescant: tamen quia terminos suos retinent, alluvionem natura non recipiunt, *l. lacus. 12. eod.*

*Incrementum latens* ] Alluvionem dicit esse incrementum latens, cum quid ita paulatim & obscure prædio nostro adjicitur, ut sensu percipi non possit, quantum quoque temporis momento alterius prædio detrahatur, & adjiciatur nostro, *αὐξήσων ἀνεπίδητος*. Ex quo crescit hujus acquisitionis æquitas: nimirum quod quæ alluvione accedunt, ita lente & obscure detrahantur, ut intelligi non possit; si fortè de his restituendis quærat, quorum prius fuerint, aut quibus detracta. De alluvionibus ex professo scripserunt Bart. *part. tract. Tyberiad.*

2. & Baptista Aymus tribus libris. In hac regione quid de alluvionibus juris sit, certa aut generali definitione comprehendendi non potest. Principis nomine contenditur, alluviones, ut sequelas & appendices fluminum, jura esse solius fisci. Alii contra id negant, eisque hæc res admodum dubia propter diversitatem consuetudinum & rerum judicatarum. Planè in meridionali parte Hollandiæ nemo pridem repertus est, qui jus alluvionis sibi vindicaret, nisi qui diceret, id à Principe sibi esse concessum, aut agrum assignatum eo jure, quo Princeps eum habebat, id est, ad flumen usque: uti olim judicatum est de agris ad Mosam & Isalam sitis: quia & in litteris mancipationum & in libris censuallibus semper dicti erant ad flumen pertinere. Illud constat, agros, qui à Principe alicui conceduntur certa mensura definiti, jus alluvionis non habere, & quod extra eam mensuram alluvione accedit, id acquiri fisco. In Zelandia vasallibus de alluvionibus non movetur controversia, ne iis quidem, qui de civilibus tantum judices dant, propterea quod cum jurisdictione simul acceperunt agrorum universitatem, salvo eo, quod privatis competit. Nam quoniam hi agri olim populi aut Principis fuerunt, aut à Principe siccati, vasalli idem juris consequuntur, quod Populus aut Princeps habuit, *vid. Gros. 2. manud. 9. & lib. 2. de jur. bell. c. 8. n. 12. & 15. add. Groenew. de legib. abrog. hic.*

### TEXTUS.

#### De vi fluminis.

21. *Quod si vis fluminis de tuo prædio partem aliquam detraxerit, & vicini prædio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Planè, si longiore tempore fundo vicini tui hæserit; arboresque, quas secum traxit, in eum fundum radices ege-*

*runt; ex eo tempore videntur vicini fundo acquisita esse.*

### NOTÆ.

21. *Tuam permanere* ] *l. 7. §. 2. D. b. s.* Ratio est, quia manet eadem species, nec tua culpa aut negligentia, sed violentia fluminis avulsa est.

*Radices egerint* ] Quod est argumentum coalitionis. Cæterum etli nulla arbor in parte detracta fuerit, tamen postquam ea coaluit, & unitatem cum terra nostra fecit, nostra esse incipit, *l. 9. §. 2. D. de damn. inf.*

### COMMENTARIUS.

1. *In calce hujus §. pro videntur acquisitæ, &c. omnino legendum esse numero singulari, videtur acquisita, &c.*

2. *At postquam pars detracta coaluit, adhuc priori domino supersit actio ad pretium consequendum.*

**P**roponitur hic altera accessionis species, quæ à flumine est, & earum rerum, quæ non latent, sed vi fluminis aperta alieno prædio detractæ & in vicinum invectæ sunt. Hæc à superiore illa multum differt. Nam si pars terræ integra à vicino agro vi fluminis avulsa sit, & nostro prædio adjecta, ea non statim nobis acquiritur, ut acquiruntur, quæ latenter flumen adjicit per alluvionem: sed quamdiu nondum coaluit & 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 eicedere debet. Ubi vero coaluit, & tanquam trabali clavo agro meo affixa est, jam ut pars fundo meo cedat necesse est, & mihi jure accessionis acquiritur. Hujus igitur acquisitionis flumen ex parte tantum causa est, & remotior; proxima & potissima coalitio.

*Videntur vicini fundo acquisita* ] Locus mendosus est, & restituendus ex Pand. Florentinis, in quibus legitur numero singulari, *videtur vicini fundo acquisita. l. 7. §. 2. hoc. tit.* quam lectionem flagitat ipse contextus, cum, si numero pluralivo legas, mutetur subjectum quæstionis. Non enim de arboribus cum parte fundi avulsis & translatis quæsitum fuit, sed de parte avulsa duntaxat, & prædio alieno adjecta: cumque hac avulsione Justinianus & Cajus initio negent partem illam statim amitti aut acquiri, quis non videt, quod mox subijciunt de acquisitione, ubi pars detracta cum prædio; cui adjecta est, coaluit, de partis ipsius, non de arborum, si quæ fortè simul avulsæ & translatae fuerint, (quanquam & ipsæ jus partis adjectæ sequuntur) acquisitione esse intelligendum? Et quid si nulla arbor in parte detracta fuerit? an dicemus, partem detractam sine arboribus coalescere & uniri cum prædio, cui adjecta est, non posse? An vero coalitionem hanc non mutare causam dominii? quorum alterum manifestè falsum est: alterum falsum esse ex Alfenone nos docet Ulpian. *l. 9. §. 2. de damn. inf.* Quæ, mirum est, Cujacium, Hotomanum, Pacium, aliosque, qui hunc locum *πληθυσιακός*, 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

quas fortè secum traxit, in fundum nostrum radices egerint, ex eo tempore nobis quæsitæ intelligitur. Alia quæsitio est, an post coalitionem adhuc aliqua actio super sit priori domino, saltem pretii consequendi gratia, cum iniquum videatur, quenquam 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 violentia amnis, objici tamen ei posse, quod partem avulsam, cum posset, non vindicaverit, sed tamdiu passus sit eam hæreere 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 ufucapi, *l. alienationis. 28. de verb. sign.* ita ferme & *D. Tuld. hic c. 26.* Planè qui factò alieno rem suam hoc jure inviti amiserunt, iis succurri solet vel utili actione in rem, *l. 7. §. 3. de rei vind. l. qua ratione. 9. §. 2. hoc tit. vel, quæ actioni in rem subsidiaria est, actione in factum, l. in rem. 23. §. item quacunque. 5. de rei vind.* pretii nimirum consequendi causa. Atque ita propemodum hæc quoque explicaverunt antiqui, teste Joan. Fabrot. Glossa in *d. l. 5. §. 3. de rei vind.* parum sibi constat.

T E X T U S.

De Insula.

22. *Insula, qua in mari nata est (quod raro accidit) occupantis sit: nullius enim esse creditur. At insula in flumine nata (quod frequenter accidit) siquidem mediam partem fluminis tenet, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis prope ripam prædia possident, pro modo scilicet latitudinis cujusque prædii, qua 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 infra unum, agrum alicujus in formam insula redegerit, ejusdem permanet is ager, cujus & fuerat.*

N O T E.

22. *Occupantis sit] d. l. 7. §. 3. h. t. juxta regulam, Quod ante nullius est, &c.*

*Siquidem mediam partem, &c.] Insula in flumine nata communis est eorum, qui utrinque finitima prædia possident pro cujusque prædii fronte ac modo, d. l. 7. §. 3. dum ne agri sint limitati, l. 1. §. 6. de flum.*

*Alteri parti proximior] Si insula eis aut ultra medium amnem enata sit, siquidem contra frontem unius prædii, cui propior est, tota acquiritur hujus fundi domino: si ita, ut fronti plurium agrorum sit opposita, communis sit omnium, qui secundum eam ripam in quantum insula porrigitur, habent, d. l. 7. §. 3. l. 29. l. 30. l. 56. eod.*

*In formam insula] Ποσειδά κούλα ἀερίσιον. Igitur ager non mutat causam proprietatis circumluvione, d. l. 7. §. 4. l. 30. §. 3. eod. Sed & insula, quæ alveo non cohzret, huc non pertinet, l. 65. §. 2. eod. ubi in §. ult. pro *fid*, leg. *non fid*, ut præcedentia evincunt, v. Acurs. ibid.*

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

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 acquiratur.*
6. *Non occupationis, sed accessionis jure acquisitionem defendi.*
7. *Mores hodiernos hic variare.*

**T**ertium rerum genus, quod jure accessionis acquirimus, est insula in flumine nata vado cohzrens: de qua specie acquisitionis ex professo tractatur hoc §. Adspergitur initio aliquid de acquisitione insulæ in mari natæ, uti & apud Cajum *l. 7. §. 3. eod.* unde hic locus sumptus est: sed per occasionem duntaxat; nec huc pertinet, sed ad primum genus acquisitionis juris gentium, occupationem.

*Quod raro accidit] Partim ut credible est propter nimiam maris altitudinem, partim propter perpetuum 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 eandem faciem fundus maris semper retineat. Terræ tamen motu interdum insulas in mari repente emergere testatur Plinius, velut paria secum faciente natura, quæque hauserit hiatus, 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. c. 85. & 2. seqq. Gros. flor. sparf. hic Fabrot. ad Theoph.*

*Quod frequenter accidit] Plinius d. c. 85. scribit, 2. fluminum in vectu id fieri: nimirum quia flumina ferè limosa sunt, & multis plerumque locis vadosa, sæpè 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. refert, cum Romani mediis caloribus campi Martii segetem messi maturam & cum stramento defectam (quia religiosum erat consumere) in Tiberim tenui tum aqua fluentem effudissent; insulam inde enatam esse firmam templis quoque & porticibus sustinendis. Sed neque constans est fluminis cursus; sicut est maris; neque, ut mare, fluxum & refluxum habet. Quæ omnia consideravit Pomponius *l. ergo. 30. §. 2. hoc tit.* 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. Ad hæc aliquando evenit, quod Paulus notat *l. pen. §. 2. eod.* ut ex virgultis aliave qualibet levi materia, in superficie fluminis con-*

coacrescente, insula existat, quæ ita sustineatur in flumine, ut solum ejus non tangat.

*Siquidem mediam partem, & qua sequuntur* ] Tria ferè sunt, quæ de acquisitione insulæ in flumine enascentis quæri possunt; cui, quatenus, & quo jure seu qua juris ratione, acquiratur. Cæterum sciendum est, non de omni insula, quæ in flumine nata aut à flumine facta sit, hæc quæri: sed de ea duntaxat, 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 circumfluuo, *πλάμῃ κύματι ἐκπίοντι*, in formam insulæ redactus est, *d. l. 7. §. 4. d. l. ergo. §. 2. hoc sit. & hoc §. in fine*. Deinde quæ in flumine nata est, fortè ex virgultis, aliave materia, quam temerè flumina ferunt, ita ut alveo non cohæreat, ea publica est, & ejusdem ferè juris, cujus est ipsum flumen, *d. l. pen. §. 2. eod.* 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. c. 95. nat. hist. memorat*. De sola igitur ea insula, quæ alveo fluminis cohæret, sive lenta colluvione in eo enata sit, sive circumfluvione partis, quæ alvei esset, facta quæritur, primum cui ea jure gentium acquiratur. Et ait Justinianus hic post Cajum, *d. l. 7. §. 3. eod.* eam fieri privatam eorum, qui prope flumen, in quo nata est, prædia possident: quod & Pompon. affirmat, *d. l. ergo. 30. §. 2. eod. & Ulp. l. 1. §. insula. 6. de flum.* latiusque intelligitur ex iis, quæ disputantur à Paulo *l. inter. 29. & Procul. l. insula. 56. hoc sit*. Cui tamen sententiæ contrarium est, quod apud Labeonem *l. pen. §. ult. eod.* vulgo sic legitur; *Si id, quod in publico innatum aut edificatum est, publicum est; insula quoque, qua 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 differit 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 Ulpian. *l. 2. §. si quis. 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 destituatur, non aliam lectionem admittit ratio juris, à qua toto cælo aberrat Cujac. *d. loc.* eumque secutus Pac. *cent. 6. quæst. 93.* quanquam uterque de usu tantum Labeonis intelligit: de quo mox. Sunt, qui hunc Labeonis locum accipiunt de eo casu, quo prædia prope ripam publica, puta si insula nascatur in Thybri, eo alvei loco, quo Romam interfuit. Sed argumentatio Labeonis hujusmodi restrictionem non videtur pati. Plane in agris limitatis huic acquisitioni locus non est, quia nec alluvioni, sed occupantis insula sit, *l. 1. §. si insula. 6. de flum.* Videamus nunc, insula in flumine nata quatenus vicinis possessoribus acquiratur. Et de eo duplex

quæstio est; una, utram proprietate duntaxat, an vero etiam usu; altera, pro qua parte cuique vicinorum acquiratur, quæ pluribus communiter acquiratur. 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 acquiri: ideoque eos solos sementem in ea facere, arbores plantare, fructus ibi natos percipere posse: nec si quid aliud in ea faciant, aut quid in eam immittant, id in publico, uti in ripa, fieri intelligi, *d. l. 1. §. si insula. de flum.* Et vero si usum insularum publicum esse volumus, inutilis profus futura est earum proprietas, *d. l. pen. §. 1.* 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 nonnunquam, *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 tacitè fatetur verum esse, quod Labeo dixerat, cum crepidinem duntaxat excipit, cujus usum, ut riparum, publicum esse dicit, videlicet ut naves eò appellere, retia ibi siccare, funes arboribus ibi natis religare, aliaque id genus facere, sicut in ora continentis, cuique liceat: quod Labeo non negaverat. Alterum, quod hic quæritur, est, pro qua parte insula vicinorum fiat. Et, siquidem in medio fluminis alveo enata sit, communis sit eorum, qui prope utramque ripam possident: sin cis aut ultra medium amnem, siquidem contra frontem unius prædii, cui propior est, tota acquiratur hujus prædii domino: sin ita ut fronti plurium agrorum sit opposita, communis sit omnium, qui secundum eam ripam, in quantum insula porrigitur, habent, *hoc §. & d. l. 7. §. 3. eod.* 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. cor. qui subsunt.* sed regionibus divisis, pro fronte, hoc est, latitudine cujusque fundi, quæ prope ripam sit, ut tantum quisque in ea habeat certis regionibus, quantum ante hujusque eorum ripam esse linea in directum per insulam transducta apparebit, *l. inter eos. 29. hoc sit*. Et quia frontem, non anteriorem latitudinem, hic spectari placet, rectè respondit Pompon. *d. l. ergo. pr. hoc sit.* si anteriorem partem fundi, ad cujus frontem insula, quæ accrevit, non respicit, vendidero, nihil ex ea insula pertinere ad emptorem: nimirum quia nec ab initio quicquam ejus futurum fuerat, si jam tum, cum insula nasceretur, partis venditæ dominus fuisset. Enimvero 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 frontes superioris & inferioris vicini, vel etiam propior esse cœpit adversæ ripæ: quod alluvione postea accessit, id meum est: & ita Proculus respondit, *l. insula. 56. eod.* Similem rationem habent, quæ Paulus disputat *l. pen. §. pen. eod.* & idem Proculus *d. l. insula. §. 1.* Hoc igitur con-

constituto, insulam in flumine natam dominis vicinorum prædiorum acquiri; restat, ut videamus, qua jure ratione iis acquiratur. Nam video esse, qui jure quodam occupationis hoc fieri existimant, quod primi eam occupaturi videantur. Sed hoc nullo modo admitti debet: alioqui eadem ratione dicendum esset, etiam insulam in mari natam eorum fieri, qui prope littus prædia possident, & in flumine natam etiam eorum, qui ad ripam possident agros limitatos: quod utrumque falsum esse constat. Ego non aliam hujus acquisitionis rationem esse arbitror, quam quod insula alvei pars sit, alveus pars censetur vicinorum prædiorum: ac proinde ut alveus totus nudatus vicinis acquiratur, ita & partem ejus nudatam, id est, insulam in eo natam, iisdem acquiri, jure scilicet accessionis. Et insulam quidem partem alvei esse constat. At absolum videri potest, quod alveum partem esse dicimus vicinorum prædiorum; cum alveus publicus sit eodem jure, quo ipsum flumen, l. 1. §. simili. 7. de flum. §. seq. inf. hoc sit. 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, queratur; hoc est, utrum queratur de toto alveo mutato & à flumine relicto, an de insula in alveo nata; quippe sufficere, ea parte, qua insula exitit, alveum à flumine non teneri, d. l. ergo. §. 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 acquiratur his, qui secundum eam viam possident, l. Attius. 38. eod. Etenim ut via publica pars prædii vicini existimatur, d. l. Attius. in fin. ita & alveus intermedius flumini subiectus. Atque hoc manifestissimum argumentum est, alveum etiam tum, cum adhuc à flumine occupatur, partem quadantenus ceteri vicinorum prædiorum. Æquitatem porro hujus acquisitionis arguit incommoda vicinorum: nam quantum loci insula occupat, tantam 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. Capoll. de serv. russ. præd. c. 33. Apud nos, quanquam videri poterat insularum in flumine natarum eadem propemodum ratio esse, quæ est ejus, quod per alluvionem adjicitur, certius tamen hic est jus fisci, quam in alluvione, teste D. Grot. 2. manduc. c. 9. Nec mirum, cum & alvei exsiccati eadem ferè, quæ alluvionis, ratio sit: quem tamen constat Principi olim assignatum fuisse, ut pleraque alia adnoto, idemque in Gallia quoque observari, ex Bern. Automn. refert Christian. vol. 4. decis. 86. n. 7. In agro tamen Putteno ex veteri consuetudine prædio alluvionem habenti accedit id, quo possessor pedes gladium exsertum tenens pertingere potest. In Geldria moris est, ut vicinis possessoribus acquiratur id, quod plaustro onerato adiri potest: ad dita tamen occupatione: alioqui fiscus prævertere potest. D. Grot. d. loc.

TEXTUS.

De Alveo.

23. Quod si naturali alveo in universum derelicto, ad aliam partem fluere cæperis; 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 priorem alveum reversum fueris flumen, rursus novus alveus eorum esse incipit, qui prope ripam ejus prædia possident.

NOTÆ.

23. Quod si naturali alveo] Ex d. l. 7. §. 5. eod. In agris limitatis nec hoc obtinet, l. 1. §. 7. de flum. Rursus novus alveus] Postulat hoc stricta ratio: sed æquitas sæpè aliud suggerit, & hoc significat Caj. d. l. 7. §. 5. cum ait vix esse, ut hoc obtineat. Obtinet tamen aliquando quod ex circumstantiis judicandum, v. d. l. 30. §. 3. l. 38. h. t. l. 23. quib. mod. us. am.

COMMENTARIUS.

1. Alveum fluminis extra usum publicum existimari partem vicinorum prædiorum; & ideo siccatum prædii cadere.
2. Si vicini agri limitati sint, primi occupant à alveum desertum fieri.
3. Pars alvei siccati quando apud nos privatorum fit.
4. 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 relicto, nempe vi & potestate prædiorum, quibus ipsis hæc acquisitio tributa, propter vicinitatem, & propter prædia, prædiorum dominis. Atque ut hic quoque paucis rationem hujus juris & acquisitionis tibi explicem, dixi 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. hic. afferunt locum Pomponii l. ergo. 30 §. 1. hoc sit. Et sanè quidem rectè, sed non video comparisonem illam similitum, quæ, quod illi fingunt, Pomponius utatur, confers alveum cum ripa, aut solum alveum cum ripæ solo. Simplex est Pomponii sententia, ripæ solum privatum esse; eorum scilicet, qui prope ripam habeant proprium: usum autem ejus publicum intelligi: & ideo cum exsiccatum 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 consoli-

dationis 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 commodè 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 ut ripæ usus exsiccat 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, planè nulla; quæ causa est, quod alveus non secus ac flumen ipsum publicus dicatur, l. 7. §. quod si. 5. hoc tit. l. 1. §. simili. 7. de sum. & hoc text. Juvat jus de hac acquisitione constitutum incommoda fluminum, quæ multa & magna accolæ pati coguntur inundationes, avulsiones agrorum &c. quæ si vitare volent, ripas suas magno sumptu muniant necesse est. Ferant igitur & comoda fluminum, si qua sint, juxta regulam naturalis æquitatis, l. 10. de reg. jur. Cæterum quod in præcedentibus diximus, agros limitatos jus alluvionis non habere, ac proinde nec insulam prope ripam eorum natam possessoribus jure vicinitatis acquiri, sed fieri occupantis, idem etiam obtinet in alveo relicto, si vicini agri limitati sunt, l. 1. §. simili. 7. de sum. Apud nos, ut jam intelleximus, alveus in totum derelictus fisco acquiritur; at pars alvei siccata, interdum privatis, si videlicet à populo, aut jus populi habente, agrum ad flumen excurrentem qua talem acceperint.

*Novus alveus ejus juris esse incipit, cujus est ipsum flumen*] Sicut alveus à flumine destitutus privatus sit, ita novus, quem sibi flumen fecit, sit publicus: nam impossibile est, ut alveus fluminis publici non sit publicus, ait Ulp. l. 1. §. simili. 7. de sum. & l. 7. §. 5. Pertinet huc illud Pomponii in d. l. ergo. 30. §. 3. hoc tit. *Flumina, inquit, censitorum vice funguntur, ut ex privato in publicum adiciant, & ex publico in privatum.* Cui simile est, quod apud Cassiodorum legimus lib. 3. *variar. Agrimensor, inquit, more vastissimi fluminis alii spatia tollit, aliiis 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, desit esse, amissa propria forma; & cum prædiis, non personis, hæc acquisitio tribuatur, non potest is, qui vicinum prædium nullum habet, ratione vicinitatis quicquam in eo alveo sibi vindicare, d. l. 7. §. quod si. 5. eod. Atque hoc quidem usque efficit stricta juris gentium ratio: sed vix est, ut id obtineat, inquit Cayus d. loco. Et utique non semper obtinere debet. Sæpè enim æqui & boni ratio suadet, ut priori potius domino alveus restituatur, quam adjudicetur vicinis possessoribus. Scholiastes Theoph. *ἔξ ἀρχαίων δὲ λέγεται τὸ πῶν, ἔξ δὲ φιλόσοφων λογισμὸν ὁ διασώτης αἰνολαμβάνειν.* 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 su-

bito atque eodem impetu, quo perruperat, se recepisse: æquissimum est, agrum recessu fluminis restitutum ad pristinum dominum reverti, licet formam agri impetus fluminis abstulerit, d. l. 7. §. quod si. in fin. d. l. ergo. 30. §. 3. hoc tit. l. si. ager. 23. quib. mod. usufr. am. quia hujusmodi occupatio non longè abest ab inundatione. At si flumen non eodem impetu, quo venit, discedat; sed lente & minutatim recedendo alluvione in pristinum locum redeat, spatium illud alvei, quod siccum post se sensim relinquit, non videtur priori domino restituendum, sed alluvione accrescere proximorum prædiorum possessoribus, l. Attius. 38. hoc tit. fac. l. 1. C. de alluv. Atque ob hanc causam arbitror Pomponium in d. l. ergo. §. 3. & d. l. si ager. consulto expressisse hæc verba, *eodem impetu Bart. tract. de alveo. Bald. in rubr. de rer. div. col. 9. Peregrin. 8. de jur. fisc. num. 59. D. Tuld. hic cap. 25.*

TEXTUS.

De Inundatione.

24. *Alia sanè causa est, si cujus totus ager inundatus fuerit, neque enim inundatio fundi speciem commutat, & ob id si recesserit aqua, palam est eum fundum ejus manere, cujus & fuit.*

COMMENTARIUS.

1. *Inundatio quid proprie sit, & qua ejus vis.*
2. *Quid circa inundationes apud nos receptum.*

**I**nundatio 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. §. ripa. de sum. Hoc cum sit, ait Justinianus post Cajum, l. 7. §. aliud sanè. 6. hoc tit. 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 duntaxat, non comminui, dissolvi aut excavari, ut formam amisisse dici possint, d. l. 1. §. aliter. 9. de sum. Atque ut maximè summa pars agri in arenam dissolvatur, manet tamen solida pars fundi interior: & ut de qualitate aliquid mutet, substantiam non mutat, non magis, 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 obitat l. si ager. 23. quib. mod. usufr. am. 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 quæris: hoc casu placet proprietatem agri ita amitti, ut restituatur, si non factò, 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. §. Labeo. 17. l. qui universas. 30. §. 3. de acq. poss. item-

itemque ea jura, quæ in facto personæ posita sunt, ut usum & usumfructum, l. ususfructus. 24. quib. mod. us. amic. sed recedente aqua hæc omnia nobis restitui. d. l. 24. 2. l. 1. §. si quis. 9. de itin. act. priv. De inundationibus, quæ crebræ apud nos sunt, hoc jure in hac regione utimur, ut derelictus habeatur is ager, qui post decem continuos annos mersus fuerit, si non aliqua extent signa continuatæ possessionis: quo in genere receptum apud nos non immerito est, quod Romani rejiciunt, d. l. 23. quib. mod. us. am. ut si aliter nequeat, vel piscando retineri possessio censetur. Sed solebant Principes tempus præfigere, intra quod veteres agrorum possessores siccare agros & novo aggere munire deberent: quibus cessantibus monebantur qui in eos agros jus pignoris habebant, deinde & hi, qui jurisdictionem aut imperium: qui si omnes in mora essent, tum eorum jus omne ad Principem deferrebat; atque is aut ipse agros siccabat, sui que patrimonii faciebat, aut aliis siccandos muniendosque dabat retenta parte. D. Grot. 2. manud. c. 9. & 2. de jur. bell. 8. n. 10. consult. J. C. Bat. pars. 2. consil. 26.

TEXTUS.

De Specificatione.

25. Quum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo, quari solet, quis eorum naturali ratione dominus sit: utrum is, qui fecerit, an potius ille, qui materia dominus fuerit: ut ecce, si quis ex alienis uvivis, aut olivivis, aut spicis, vinum, aut oleum, aut frumentum fecerit: aut ex alieno auro, vel argento, vel are, vas aliquod fecerit: vel ex alieno vino & melle mulsam miscuerit, vel ex medicamentis alienis emplastrum aut collyrium composuerit: vel ex aliena lana vestimentum fecerit: vel ex alienis tabulis navem, vel armarium, vel subsellia fabricaverit. Et post multam Sabinianorum & Proculianorum ambiguitatem placuit media sententia, existimantium, si ea species ad priorem & rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materia dominus fuerit: si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit: ut ecce vas conflatum potest ad rudem materiam aris, vel argenti, vel auri reduci: vinum autem, vel oleum, aut frumentum ad uvivis, vel olivivis, vel spicas, aut mulsam ad vinum & mel resolvi potest. Quod si partim ex sua materia, partim ex aliena speciem aliquam fecerit quis; veluti ex suo vino & alieno melle mulsam miscuerit; aut ex suis & alienis medicamentis emplastrum aut collyrium; aut ex sua lana & aliena vestimentum fecerit; dubitandum non est, hoc casu eum esse dominum, qui fecerit: quum non solum operam suam

dederit, sed & partem ejusdem materia præstiterit.

NOTÆ.

[Media sententia] Caji d. l. 7. §. 7. b. s. Callistrati, l. 12. §. 1. Pauli, l. 24. & 26. eod. Ulpian. l. 5. §. 1. D. de rei vind. sic & alias auctores nostri medium sequuntur, l. 3. si pars her. l. 25. D. de pign. act. §. ult. inf. de vulg. subst. imitatione Stoicorum, qui ob id Servio eriscundi mion addidit πύρροντες.

[Ad priorem materiam reduci] Quia tum materia non interit, sed potenter manet, l. 24. h. t. l. 78. §. 4. de legat. 3.

[Si non possit reduci] Quia hic materia consumitur atque extinguitur: & locum habet illud, Dum incipit, quod non erat, definit esse, quod fuerat. l. 9. §. 3. D. ad exhib. l. 26. l. 27. §. 1. b. t. Interim & domino materia consultum actione in factum, qua consequatur æstimationem, l. 23. §. 5. de rei vind.

[Vinum vel oleum] Vinum & oleum sunt novæ species, quæ proprio nomine censentur, nec ad id quod esse desiderant reduci possunt.

COMMENTARIUS.

1. Etiam hunc acquirendi modum ad occupationem referendum.
2. Speciem novam non acquiri facienti, nisi eam fecerit suo nomine & bona fide.
3. Quibus rationibus moti Proculus & Sabinus diversum senserint.
4. Media sententia auctorum distinctionem optima ratione nisi.
5. Vinum & oleum non ita se habere ad uvivis & olivivis, 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, nec ne.

Exponitur hic alius modus acquirendi jure gentium dominii, speciei novæ ex aliena materia formatio, quæ nunc vulgo uno nomine specificatio dicitur. Sunt qui hunc acquirendi modum ad accessionem referunt; sed perperam. Non enim nova illa species vi & potestate rei nostræ nobis acquiritur, 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. Quapropter hic modus potius occupationis quædam species videri debet; cum id, quod factum est, ideo facienti concedatur, quia ante nullius erat, & tanquam occupanti, qui suo id nomine fecit. Utique quatenus obtinet sententia Nervæ & Proculi, l. 7. §. cum quis. 7. in pr. hoc tit. l. 3. §. genera. 21. de acq. poss. Nam quatenus Sabinus sententia approbata est, aut ad accessionem res referri potest; aut potius dicendum, nullam tunc fieri novam acquisitionem, cum D. Ant. Contio 1. disp. 12.

[Species aliqua facta sit] Nimirum nova & diversa à priore, ex qua ut ex materia facta sit posterior: nam verbi causa, lana aliena purpura tincta non est nova species, l. sed si. 26. §. ult. hoc tit. neque etiam nova species existit ex duarum ejusdem generis materialium confusione, §. si duorum. 27. inf. eod. Duo autem hic à Justiniana



no omiffa sunt, quæ, quo quæstio propofita melius intelligatur, addenda duximus: unum est, si qui speciem fecit, eam fecerit suo nomine: alterum, si eam fecerit bona fide. Primum difertè exprefsit Cajus *d. l. 7. §. cum quis.* & rationem manifestam hanc habet, quod possessio non acquiratur nisi volentibus; eorum autem, quæ facta & opera nostra acquiruntur, nihil jure gentium acquiri possit, cujus acquisitioni non cœperit à naturali possessione, *l. 1. §. 1. de acq. poss.* Proinde si alieno nomine species facta proponatur, si ejus non erit, qui materiz dominus fuerat, ejus erit, cujus nomine facta est, *l. missi. 25. l. quicquid. 27. §. 1. hoc tit.* De bona fide, quod item hic omiffum dixi, nihil quidem difertè Cajus: 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 materiz speciem fecisset, *l. de eo. 12. §. 3. ad exhib.* cui etiam operam suam donasse intelligendus est, exemplo ejus, qui sciens in alieno solo ædificavit, *§. ex diverso. 30. inf. eod. fac. l. 4. §. si ex lana. 20. de usufr. l. 14. §. ult. de cond. furt.* Atque hæc est communis quoque DD. sententia, à qua cur D. Wefemb. & Bachovius recesserint, causam non video.

**Mulsium** ] Οἰνόμελι five μελίγαρον, fit ex vino vetere, addito paucò melle. Hoc genere potionis usum se Pollio olim jactabat annum centesimum excessisse. Nam cum à D. Augusto hospite interrogaretur, quam maxime ratione vigorem illum animi corporisque custodisset, respondisse fertur, *Insus mulsio, foris oleo. Plin. lib. 22. nat. hist. cap. 24.*

**Emplastrum** ] Medicamentum est in massam coactum, quod igni præmollitum vulnere imponitur: ἀμπλάστριον, subigo, versando mollior, in massam formo. vid. Corn. Cellum *lib. 5. c. 17.* vulgo nunc unguentum vocant.

**Collyrium** ] Genus medicamenti, potissimum oculorum, ὀφθαλμικὸν τὸ καλόν τὸ ῥέον, quod fluxum impediatur & sistat. *Apoalypf. c. 3. vers. 18. ἡμέρας ἑπτὰ ἔχουσιν τοὺς ὀφθαλμοὺς, ἵνα βλέπῃς. Collyria illine oculis. Horat. 1. serm. satyr. 5.*

Hic oculis ego nigra meis collyria lippus  
Illintra.

**Sabinianorum & Proculianorum** ] Fuere etiam olim diversæ & diffidentes Jurisconsultorum familiz, auctores Attejus Capito & Antistius Labeo; qui primi cum velut diversas sectas fecissent, ille iniis, quæ à majoribus acciperat, perseverando, hic ingenii & doctrinæ fiducia plurima innovando, diffensionem successores eorum auferunt, dum sui quisque magistri sententiæ tanquam oraculo religiose adhæret. Capitoni successit Massurius Sabinus, Sabino Cassius: Labeoni successit Nerva, Nervæ Proculus. Atque inde appellati postea Sabiniani vel Cassiani, & Proculiani, *l. 2. §. post hunc. 47. de orig. jur.*

**Ambiguitatem** ] Quædam ut rectè hic notat Baro, leviter tracta sunt à natura, quorum ratio non cuivis perspicua est. Nerva & Proculus existimabant, speciem ex aliena materia factam naturali ratione ejus esse, qui eam suo nomine fecisset: nam materiz, quæ extincta sit, nullam porro rationem haberi posse, sed causæ efficientis duntaxat, & 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 occupavit, *d. l. 7. §. cum quis. hoc tit. l. 3. §. genera. 21. de acq. poss.* Diversæ autem scholæ auctores Sabinus & Cassius contra naturali rationi convenientius esse putabant, ut qui materiz dominus fuisset, idem ejus quoque, quod ex ea 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. §. cum quis. junct. l. 12. §. 3. ad exhib. l. id quod nostrum. de reg. jur.*

**Mediæ sententiæ** ] Inter duas extremas Proculi & Sabinii. Nam Sabinii sententiam veriolem esse putabant, si species facta ad priorem materiam reduci posset: si non posset, Proculi, *d. l. 7. §. cum quis.* Et perquam elegans est hujus distinctionis ratio, quam & iidem mediæ sententiæ auctores afferunt: nempe cum maneat 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 materiz, quæ potenter manet, *l. in omnibus. 24. hoc tit. l. quæsitum. 78. §. illud fortasse. de legat. 3.* At ubi materia consumitur atque extinguitur, quod nostri semper fieri intelligunt, cum species facta ad pristinam materiam reverti non potest, nullam materiz, quæ esse desit, aut prioris domini, cujus in hac specie nihil est, *l. quicquid. 27. §. 1. hoc tit.* cum Sabino rationem haberi posse: sed novæ duntaxat speciei, ejusque, cujus facta ea in rerum natura esse cœpit, *d. l. 3. §. genera. 21. de acq. poss.* Scio equidem, D. Connanum *lib. 3. comm. 6.* auctores hujus sententiæ reprehendere, atque hoc solum hic spectari velle, plume 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. c. 8. n. 19.* Ego tamen à veterum illa distinctione non recedo, magisque naturale esse arbitror, ut in quæstione propofita inspiciatur, utrum res, quæ prius fuerat, extincta sit, necne; quam ut vel ex pretio rei operisve de jure domini statuatur, aut citra necessitatem inducatur discordiosa communio: eoque jure etiam nunc utimur, teste eodem Grotio *lib. 2. manuduct. cap. 8.*

**Fruentum ad spicas reverti non potest** ] Inter exempla specierum, quæ ad id, quod prius fuerant, reverti non possunt, frumentum excussum etiam Cajus refert, *d. l. 7. §. cum quis.* sed ille, quod hic omiffum 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, pisif, aliisque id genus frugibus, quæ filiqua continentur. Exemplo frumenti idem de vino ex uvif & oleo ex olivif alienis expresso statuit D. Bachovius: quod non probo. Non enim ut frumentum se habet ad spicas, ita se habet vinum & oleum ad uvaf vel olivaf. Spicæ non sunt materia, ex qua fit frumentum; sed frumentum excussum idem manet, quod ante fuit: unde sicut eandem speciem, ita & idem



idem retinet nomen. Vinum autem & oleum sunt ex uvis & olivis, atque ut in aliud nomen, ita & in aliam speciem uvis & oleis peremptis transeunt. *Theodoret. 1. Dial. 4. καὶ τῆς ἀμπέλου τοῦ καρπὸν σαφύλλω ἰσομεζοντες, ἴσων ἀπολίψομεν, ἢ σαφύλλω, ἀλλὰ οἶνον ἀποσαφύλλομεν.* Utique dum hæc incipiunt esse, quod non erant, desinunt esse quod fuerant: & poterant quoque in alium usum converti, ut siccati, olivæ servari ad condituram, &c. Et alioqui dicendum esset, nec caseum aut butyrum ex lacte alieno factum, nec ficeram ex pomis alienis expressam facientis fieri. Quod si in his omnibus Sabini sententiam probandam existimat Bachovius, cur medix sententiæ auctores solum excipiunt frumentum? Paulum temerè adducit in *l. de eo. 12. §. 3. ad exhib.* quippe qui eo loco disertè respondet de eo, qui speciem fecit, cum sciret materiam alienam esse, aliud nimirum respondurus, si quisidem bona fide fecisset, ut facit in *l. sed si meis. 26. hoc tit.* Et igitur ratio, quam in d. responso subjicit, ad hypothesein revocanda est, ut quæstioni & responso serviat. De navi ex alienis tabulis facta non satis convenit, propter obcurum veteris, ut videtur, dissolutionis vestigium, quod extat in *l. Minicius. 61. de rei vind.* At enim cum medix 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 cunctantur cum Paulo respondere, navem ejus esse, qui fecit? *d. l. sed si meis. 26. hoc tit.* Putat etiam D. Connan. 3. *comm. 6.* partem alteram responsi Miniciani reprehendi à Juliano, rationemque reprehensionis esse in postremis verbis, *Nam proprietatis totius navis carina causam sequitur*, id est, cum, 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. proponebatur. 78. de judic.*

*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 sit; 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 nunquam effugere, *l. in omnibus. 24. hoc tit. l. quasitum. 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. quicquid. 27. §. ult. hoc tit.* 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 realiana 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. in rem. 23. §. si id quod. 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 purpura, adversus eum, qui surripuit, habet furti actionem & conditionem, sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius. Nam extincta res licet vindicari non possint, condici tamen à fratribus & quibusque aliis possessoribus possunt.*

NOTA.

26. *Si alienam purpuram* ] Similis locus est apud Paul. *l. 26. §. 1. h. s. Ulp. l. 7. §. 2. D. ad exhib.*

COMMENTARIUS.

1. *Accessionis qua facta hominis contingit, quot sint genera, & quo proposita pertinent.*
2. *Explicatur definitionibus aliquot, quid cui & quando accessionis vice cedat.*
3. *Quibus rebus differat hoc genus acquisitionis à specificatione.*
4. *Quomodo domino purpura, & generaliter partis, qua cedit, consulatur.*
5. *Vulgata hujus § lectio defensa adversus D. Ant. Connitium.*

**L**ecum hunc video à plerisque in transitu duntaxat tractatum esse: dignus tamen est, qui propius conlueretur & otiosè. Et quia ad accessiones pertinet, repetenda animo est memoria eorum, quæ nuper diximus, videlicet quædam rebus nostris accedere beneficio fluminum velut à natura, quædam factò & opera humana. De iis, quæ à fluminibus accedunt, copiosè jam tum disputavimus. Accessionis quæ ab hominibus est, docendi gratia, quæ 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 cohereant, discreta manente earum substantia: sive ita res aliæ rebus nostris junctè cohereant, ut iis quasi basibus innitantur, veluti quæ in solo nostro ædificantur, plantantur, seruntur, in chartis nostris aut tabulis scribuntur aut pinguntur; de quibus omnibus item postea: sive ita, ut sint tanquam additamenta aut ornamenta rei nostræ: ut si pes aut manus jungatur litatæ, ansa scypho, gemma includatur auro, emblemata phialis injungantur, *l. in rem. 23. §. 2. & §. 5. de rei vind. l. sed si. 26. §. 1. hoc tit. l. 7. §. 2. ad exhib. l. cum aurum. 19. §. perveniamus. 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 materiae, ex qua vestimentum factum proponitur: sed aliquid, quod vestimento jam facto aut preparato ornatus causa additur atque accedit. Purpuram autem hic accipiemus aut clavum purpuræ, aut prætextum, id est, segmentum, simbriam, laciniam, limbum.

*Licet pretiosior sit*] Cum enim quaerimus quid cui cedat, non pretium spectamus; sed quid cuius rei ornandæ causa adhibeatur; ut accessio cedat principali, *l. cum aurum. 19. §. perveniamus. 13. de aur. arg. leg.* In universum autem sic de hac quaestione habeto. Quando duæ res, quarum unaquæque per se subsistere potest, ita junctæ sunt, ut cohaereant & 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 statuae pes aut manus, scypho fundus aut ansa, lecto fulcrum jungatur, *l. sed si. 26. §. 1. hoc tit. l. 7. §. 2. ad exhib. l. in rem. 23. §. 2. 4. & 5. de rei vind.* adeoque major est pars minor pretiosior sit, ei tamen, cedit, cujus maior est species, ut gemmæ & margaritæ inclusæ auro, *d. l. 19. §. 13. de aur. arg. leg.* purpura vestimento intexta, ut hic & *d. l. 7. §. 2. ad exhib.* Si eadem magnitudo est, ex pretio: si pretium quoque idem; placet neutrum alteri cedere, sed suam cujusque rem manere, *l. quicquid. 27. §. 2. hoc tit.*

*Accessionis vice*] Ut pars minor & inferior majori & præstantiori, sicut jam dictum est. Etenim jure speciei totum hoc corpus suum esse dicere non potest dominus majoris partis sive vestimenti, cum is neutram partem nunc primum fecerit, sed factas univerit duntaxat. Ex quo apparet, errare D. Goed. in *l. 14. de verb. sign.* qui putat, hæc etiam jure specificationis acquiri, & si, quod Goeddeo placet, nova hic species facta intelligi debeat, ea non acquireretur facienti: quoniam partes junctæ separari, & ad id, quod prius fuerant, reverti possunt.

*Adversus eum, qui surripuit*] In hoc quoque ab acquisitione speciei factæ differt hæc acquisitio, quod species facta tantum volenti acquiratur, eique, qui eam suo nomine & bona fide fecit: jure accessionis pars junctæ etiam ignoranti, etiam ei, qui alieno nomine aut mala fide junxit. Nulla enim in hac acquisitione ratio habetur personæ facientis aut jungentis, sed rerum junctarum duntaxat: quod notandum est contra Welsembecium & Bachov. qui utriusque acquisitionis eandem esse rationem arbitrantur.

*Sive ipse sit, qui vestimentum fecit, sive alius*] Geminus à Justiniano casus proponitur: unus est, quo is, qui purpuram surripuit, ipse vestimentum fecit: alter, quo alius fecit, ad quem purpura surrepta postea pervenit. Et ait, dominum purpuræ adversus eum, qui surripuit, habere actionem furti & conditionem: ubi conditionem procul dubio intelligit furtivam. ut recte Glossa notat: nam quod hæc conditio soli dicitur domino da-

ri, *l. 1. de cond. furt. l. 14. §. qualis. 16. de furt. §. ult. inf. de obl. qua ex del.* hoc non eo pertinet, ut is, cui semel quaesita est, eam re perempta sine facto suo amittat: sed ut hinc excludantur ii, quorum periculo res alienæ sunt, quibus etsi furti actio, conditio tamen non competit, *d. l. 14. §. 16.* Ut autem in universum intelligas, quomodo domino purpuræ, & generaliter partis quæ cessit, consulatur, sic mecum distinguo. Aut alienam purpuram vestimento suo quis intexit; aut suam vestimento alieno. Item aut bona fide id fecit; aut mala. Si alienam & bona fide, est adversus eum actio ad exhibendum, ut purpura separaretur, & tunc vindicetur, *l. 7. §. 2. ad exhib. l. in rem. 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 quaesitum est, an etiam bonæ fidei possessori purpura condici possit. Et puto posse, cum Barone & Welsembecio, arg. ejus, quod in fine hujus §. dicitur, res extinctas à quibusvis possessoribus condici posse, & §. nunc admonendi. 2. inf. quib. al. lic. & nimirum conditione 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 intexit, datur adversus eum actio furti & conditio furtiva; hoc text. datur & ad exhibendum actio & vindicatio, tanquam adversus eum, qui dolo malo possidere desit, arg. *l. 1. in fin. l. 2. de sign. junct. l. in autem. 27. §. 3. l. qui petitorio. 36. in pr. de rei vind. l. qui dolo. 131. de reg. jur.* Si quis autem suam purpuram intexit vestimento alieno, siquidem bona fide, potest & possidens vestimentum retinere, donec de purpura & sumptibus 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. §. ex diverso. 30. inf. hoc tit. Quæ de purpura diximus, eadem ferè & in cæteris, quæ rebus nostris explendis aut ornandis similiter junguntur, locum habent, *l. 6. l. 7. §. 2. ad exhib.* exceptis, quæ junctæ sunt ferruminatione, quæ ne separata quidem vindicari possunt: ideoque eo casu in factum actio domino partis, quæ cessit, necessaria, *d. l. 23. §. item quacunque. de rei vind.*

*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, *d. l. 6. ad exhib. d. l. 23. §. 2. & 5. de rei vind.* Unde Theophylus, Δοκεί, inquit, ἡ παρὰ τὸν ἄλλοτὸν τὴν ἀπορροήσασαν, τὴν μὴ εἶναι αὐτῆς καὶ ἰαυτῆς, ἀλλ' ἐπιπέτῃ ἰδιῶς συννωθῆναι.

*Licet vindicari non possint*] Directo; amissa videlicet earum proprietate: & nimirum quamdiu cohererent: nam quod de gemma inclusa annulo responsum est, eam vindicari non posse, sed posse agi ad exhibendum, ut excludatur, & exclusæ vindicetur, *l. 6. ad exhib.* id locum habet in omnibus, quæ similiter rebus nostris junctæ accessionis loco cedunt, *d. l. 23. §. 5. de rei vind.* Tentari etiam potest; quod modo diximus, adversus eum, qui mala fide junxit, utilem quoque in rem actionem esse, non tanquam adversus eum, qui possideat, sed qui dolo malo possidere desierit.

Et

*Et quibusquo aliis possessoribus*] A furibus etiam conditione furtiva; ab aliis conditione sine causa, aut generali illa triticaria, l. 1. de cond. eritic. 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. si & mo & Titium. 32. de reb. cred. Ant. Contius ex manuscriptis restituit: *Et quibusdam aliis possessoribus*, ut sit sensus: non tantum furibus res consumptas 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, §. furtive. inf. de usuc. Quamobrem de lectione vulgata, quæ etiam Theophili est, nihil mutandum censeo, quamvis Contiug sequatur Pacius in analysi sua, putans, conditionem contra eos, qui bona fide rem consumpserunt, non dari. Obiter & Theophyli error notandus, qui scribit, conditionem furti etiam in eos dari, qui fures non sunt, quod est additio, & miror à Fabrot. non animadversum.

TEXTUS.  
De confusione.

27. Si duorum materia voluntate dominorum confusa sint, totum id corpus, quod ex confusione fit, utriusque commune est: veluti si quis vina sua confuderint, aut massas argenti vel auri conflaverint. Sed & si diversa materia sint, & ob id propria species facta sit, forte ex vino & melle mulsam, aut ex auro & argento electrum, idem juris est. Nam & hoc casu communem esse speciem non dubitatur. Quod si fortuito & non voluntate dominorum confusa fuerint, vel ejusdem generis materia, vel diverse, idem juris esse placuit.

COMMENTARIUS.

1. Inter confundere & miscere qua sit differentia, cum signate loquimur.
2. De effectu confusione, & quarum rerum quomodo facta confusio communionem pariat.
3. Confusionem factam voluntate dominorum, propriè huc non pertinere.
4. In confusione fortuita materias confusas communicari, sive ejusdem generis sint, sive diversa, extra quam si deduci possint & n. 6.
5. Quid juris, si unus à dominis confuderit altero ignorante, aut tertius aliquis.

**D**UOBUS modis hominum facto per accessionem rei alienæ ad res nostras nobis acquiritur, conjunctione & confusione. Conjunctionis species est purpura vestimento attexta, ut diximus §. prac. De confusione disputatur hoc loco: quæ quid sit primo videndum; deinde quam vim ad acquirendum & unde habeat. Verba hæc confundere & miscere aut commiscere vi sua generalia sunt, deque omnibus *ἐν ὅμοιαις* dicuntur, quæ quovis modo permiscuntur: ut videre est etiam apud nostros, l. 7. §. voluntas. 8. hoc tit. l. 3. §. ult. l. 5. pr. de rei vind. Cæterum cum signatè & distinctè loqui volumus, confusionem appellamus *μίξιν ὕπαρ*, cum

corpora liquida aut liquefacta invicem miscuntur, commixtionem *μίξιν ἔπαρ*, cum sicca & solida, quæ & discreta maneat: quam nominum distinctionem peperit diversi juris, quod in his obtinet, ratio. Confundi igitur propriè res dicuntur, quæ ita permiscuntur, ut una ingrediatur alteram, & vicissim alterius partem in se recipiat; veluti cum vinum cum vino miscetur, aurum cum auro conflatur. Effectus confusionis hic est, ut utrique domino pars alienæ rei vice mutua acquiratur, idque vi & potestate rei cujusque, cogente natura rem unam mutuo trahere alteram: unde existit totius corporis, quod ex confusione fit, communio. Cæterum 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 sc. 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.

*Voluntate dominorum*] Hæc species propriè huc non; pertinet. Neque enim communionem hic inducit rerum confusio: sed mutua dominorum voluntas res suas confundendo tacitè communicantibus: argumentò est, quod etsi duo frumenta sua miscuissent, idem tamen juris, licet in dissimili genere mixtionis foret, §. seq.

*Utriusque commune est*] Pro rata sc. ejus materiæ; quæ cujusque ante confusionem fuit, l. 3. §. ult. de rei vind. Res autem communis propriè 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. cor. qui sub test. 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 duntaxat pro indiviso, puta dimidiam aut tertiam; sive, quod eodem recidit, agere communi dividendo, ut res dividatur, & pars rei divisæ, dimidia aut tertia, pro rata ponderis, quod contulit, restituitur: in quo & pretii rationem iudex habebit, si unius pars pretiosior fuit, d. l. 3. §. ult. h. 4. l. 5. de rei vind. Et si fortè res dividi commodè non possit, uni totam adjudicabit, eumque vicissim alteri condemnabit in certam summam pecuniæ, §. eadem. 5. inf. de Off. jud.

*Sed etsi diversa materia sint &c.*] Nihil refert ejusdem generis materiæ voluntate dominorum confusæ sint, an diversi. Nam & nova species, quæ naturaliter ex confusione diversarum materialium existit, veluti ex vino & melle confuso mulsam, ex massis auri & argenti confatis electrum, eorum communis sit necesse est, quorum consensu & voluntate materiæ confusæ sunt, & vice

mutua, quod inde existit, communicatum. Ex quo etiam efficitur, ut nihil inter sit materię separari, & species facta in sua initia reduci possit, an non possit: quę differentia spectatur, cum jure specificationis aliquid alicui acquiri 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;

*Χρυσὸν ἢ ἤλεκτρον πρὸς ἀργύρου, ἢ δ' ἐλεῖ φασί τινες.*

Vid. *Plin. lib. 33. nat. hist. c. 4. Strabon. lib. 3.*

4. *Quod si fornicato*] Hęc confusiois species propria est hujus loci. Ait, infortuita confusione idem juris esse, quod foret, si materię dominorum voluntate confusę essent: nimirum etiam totum id corpus, quod ex duorum materiis casu confusis existit, commune esse eorum, quorum materię confusę sunt, nec referre ejusdem generis materię sint, an diversę, & ob id propria species facta sit: nam quod casu factum est, neminem sibi vindicare posse jure specificationis. Hoc item & Cajus d. l. 7. §. *sed est*. 9. *hoc tit.* Observandum autem est, & hic & apud Cajum exempla proponi earum duntaxat rerum, quę confusę diduci & separari non possunt: quippe quas communes facit ipsa necessitas & vis naturę superior: nam confusio hęc eo rem deducit, ut unaquęque 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 materię, quę fortę confusę, 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 dividendo, sed ad exhibendum & in rem, l. 5. §. 1. *de rei vind. & arg. l. lacus. 12. §. 1. hoc tit.* Sed quid si non casu, nec tamen voluntate dominorum confusio facta sit, puta à Titio, vel ab uno ex dominis altero ignorante? quę 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, e contra 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. lacus. 12. §. 1. hoc tit. vid. sup. §. cum ex aliena. eod.*

6. *Idem furis esse placuit*] Paraphrastes vertit negativę; & τὸ αὐτὸ φησὶ αἰ. Et sanę non est idem juris per omnia: nam si materię casu confusę separari possunt, nulla earum communio est, sicut jam diximus Arbitror tamen contra Hotomannum, eodem modo hic legendum, quo legitur apud Cajum d. l. 7. §. *sed est*. unde hęc descripta sunt: nimirum affirmativę: & utrumque locum ex aliis cum Accursio sic temperandum, si tales materię fortuito confusę sint, nec diduci non possint: ceterus etiam generis exempla, nec alia, à Justiniano & Cajo proposita sunt. Sed & Harmenopulus lib. 2. tit. 1. *Ἐὰν τὸ ἐκ ἀλλοτρίων ἢ ἀλλης προμηθῆται εἰς ἄλλου, τὸ αὐτὸ φησὶ αἰ.* affirmativę legit, τὸ αὐτὸ φησὶ αἰ.

## TEXTUS.

## De commixtione.

28. *Quod si frumentum Titii frumento tuo mistum fuerit, siquidem voluntate vestra, commune est: quia singula corpora, id est, singula grana, quę cujusque propria fuerunt, consensu vestro communicata sunt. Quod si casu id mistum fuerit, vel Titius id miscuerit sine tua voluntate, non videtur commune esse: quia singula corpora in sua substantia durant. Sed nec magis istis casibus commune sit frumentum, quam grex intelligitur esse communis, si pecora Titii tuis pecoribus mista fuerint. Sed si ab alterutro vestrum totum id frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit: arbitrio autem judicis continetur, ut ipse aestimet, quale cujusque frumentum fuerit.*

## NOTÆ.

*Non magis istis casibus*] A simili, ubi tamen illud dissimile, quod pecora mista facilius discerni possunt, quam grana, & ob id etiam singula vindicari, l. 23. §. 5. *vers. ut in his. de rei vind.*

*Quale cujusque frumentum*] Vi igitur ipsa non alia hic sententia & restitutio, quam si frumentum verę commune esset, l. 3. §. ult. l. 4. *de rei vind.*

## COMMENTARIUS.

1. *Commixtionem proprię dictam ad disputationem propositam non pertinere.*
2. *Responsum Iavoleni in l. 78. de solut. cum hoc textu conciliatum.*
3. *Comparatio mixtionis pecorum & frumentorum explicata.*

**N**ihil est in hoc §. quod ad institutam de accessione disputationem pertineat. Agitur de commixtione. Commixtio proprię est, cum corpora, quę miscentur, discreta manent, & suam singula speciem retinent; veluti si frumentum cum frumento, nummi cum nummis, pecora cum pecoribus, inter se miscantur. Hujus inquam commixtionis nunquam ea vis est, ut per eam potestate rei nostrę aliena nobis acquirantur, sive difficilis sit corporum mixtorum separatio, sive non sit: cum neutro modo fiat; ut aliquid sit in meo aut alieno, quod alterum ad se naturę necessitate trahat.

*Consensu vestro communicata*] Quando duorum res voluntate dominorum commiscantur, communicantur illę quidem, sic ut utrique domino pars alienę rei vice mutua acquiratur: ceterum hoc non efficit commixtio aut accessio; sed tacita voluntas dominorum mutua traditione species suas communicantium, hoc text. d. l. 7. §. *voluntas. eod. l. 5. de rei vind. l. 4. pro soc.*

*Quia singula corpora in sua substantia durant*] Hoc est, natura & essentia sua separata & discreta manent: ut proinde dici non possit, esse quicquam in hoc acervo Titii, quod tuum ad se trahere debeat, aut in totum, aut pro

pro parte; aut quicquam 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. Obijci huic loco solet, quod Javolenus ex Cajo refert, nummos alienos in solum datos creditoris accipientis fieri, si is eos ita miscuerit suis, ut discerni non possint, *l. si alieni, 78. de solut.* An dicemus idem esse in frumento, quod quis ex simili causa acceptum bona fide cum suo miscuit? At refragatur generalis definitio hujus loci, tum etiam ratio subjecta, & comparatio frumenti misti, & pecorum. Plerique putant, inter nummos & frumentum hoc interesse, quod nummi ita commixti, ut discerni non possint, pro consumptis habendi sint: frumentum non ante, quam farina ex eo confecta sit: quippe rerum, quæ usu consumuntur, consumptionem æstimari ex consumptione ipsorum corporum: pecuniam autem numeratam intelligi consumi plerumque salvis nummorum corporibus, §. *constituitur. inf. de usus.* Notum vero esse, consumptione nummorum in creditum vel in solum datorum causam dominii mutari, *l. 13. l. non omnis. 19. §. 1. in fin. de rob. cred.* Ita propemodum Accursi. quem sequitur communis DD. schola. *add. D. Cujac. 13. observ. 28.*

*Quam græ intelligitur esse communis*] Exemplo pecorum alienorum gregi meo mistorum docet, frumenta quoque sine voluntate dominorum mista, sua cujusque manere, neque in acervo factio quicquam esse commune: quippe eandem rationem esse singulorum granorum in acervo, quæ est singulorum pecorum in grege: utrumque esse corpus non *mixtum aut commixtum*, sed *divisum*, cujus partes non cohæreant, aut uno spiritu contineantur, sed quæ singulæ essentia sua maneant distinctæ, propriamque suam speciem retineant: ac proinde rationem juris non pati, ut hic magis, quam illic, dominia confundantur, *arg. l. rerum mixtura. 30. de usuc. junct. l. in rem. 23. §. 5. vers. at in his. de rei vind.* Cæterum comparatio hæc illud habet dissimile, quod pecora aliena meis pecoribus mista facile discerni 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 expressè actum proponatur.

*In rem actio pro modo frumenti*] Ubi res communis non est, cessat communi dividendo judicium. *l. r. com. div.* sicut in proposito. Cæterum 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 exigat, 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 laborabit 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. §. eadem. §. inf. de off. jud.* In

summa, vi & effectu hic non alia judicis sententia est & restitutio, quam si acervus verè communis esset, *l. 3. §. ult. d. tit. de rei vind.* Quæ de confusione & commixtione diximus, ea hodieque omnia observantur.

T E X T U S.

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 materia dominus fuerat, desinit dominus ejus esse: sed tamen neque vindicare eam potest, neque ad exhibendum de ea re agere, propter legem duodecim tabularum, qua cavetur, ne quis tignum alienum adibus suis junctum eximere cogatur, sed duplum pro eo præstet, per actionem, qua 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 materia dominus, si non fuerit duplum jam consequutus, tunc eam vindicare, & ad exhibendum de ea re agere.*

N O T A.

*Nec tamen, &c. desinit dominus esse*] Ergo hoc casu qui ædificavit, dominus est ædificii, alius dominus, materiz, ex qua constat. *l. 7. §. 2. D. de rei jud. fac. l. 23. §. ult. D. de rei vind. l. 13. de usuc.*

*Neque ad exhibendum*] *d. l. 23. §. pen. l. 6. D. ad exhib. l. 1. de tigno junct.* nisi adversus malæ fidei ædificatorem, *d. l. 23. §. pen.* tanquam qui dolo malo fecerit, quo minus possideat, *d. l. 1. §. l. 2. de tigno junct.*

*Eximere cogatur*] Ne scilicet ædificia rescindi necesse sit, ut mox sequitur. Potest igitur dupli præstatio evitari, si quis tignum eximere malit, & domino restituere, neque enim id facere prohibetur; dum ne ruina ædium deformetur publicis urbis adpectus, *l. 2. C. de ædific. priv.* Eadem lege prohibetur solutio tigni alieni vineis juncti, ne scilicet turbetur eultura vinearum, *d. l. 1. de tigno junct.*

*Si non fuerit duplum consecutus*] In casu malæ fidei et si consecutus fuerit. Nam qui sciens junxit, non liberatur præstatione dupli, sed est adversus eum extrinsecus adhuc rei vindicatio; *l. 2. de tigno junct.* Pœnalis enim eo casu hæc actio est.

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

1. Non continuo eum, qui ædium dominus sit, dominum esse & singulorum signorum.
2. Actionem de tigno juncto dari etiam in duplum adversus eum, qui bona fide junxit.
3. Præstationem dupli evitari posse tigni exemptione & restitutione.
4. Actionem de tigno juncto, apud nos exolevisse.

**D**iximus non ita pridem, duobus modis contingere, ut res alienæ rebus nostris factio hominum ac-

cedentes nobis adjiciantur, confusione, de qua proxime loquuti sumus, & conjunctione. Conjunctionem appellamus, cum duæ res ita conjunguntur, ut cohercant, & unum corpus constituent, integræ manente rerum substantia. Duo quoque genera hujus conjunctionis fecimus: unum, earum rerum, quæ junctæ nihil amplius habent, quàm additamentum & expletionem ejusdem corporis, de quo genere dictum sub §. *si tamen sup.* alterum earum quæ sic aliis junguntur, ut in his tanquam 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 earum, 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. in rem. 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. §. cum in suo. hoc tit. d. l. in rem. §. pen. & ult. de rei vind. l. 2. de superf. l. qui domum. 50. ad leg. Aquil. l. 2. C. de rei vind.* idque si dominus soli ex aliena materia ædificaverit in suo, sive è converso dominus materiæ ædificaverit in solo alieno, *d. l. 7. §. ex diverso. hoc tit. & §. seq. eod.* Solo autem impositum accipi oportet etiam id, quod verbi causa supra parietem meum ædificatum est. *l. si supra. 28. hoc tit.* Cæterum ut rationi hujus juris locus sit necesse est, ut id quod ædificatum est, solo cohercat. Nam si Titius exempli gratia horreum frumentarium ex tabulis lignicis factum mobile in prædio Seji posuerit, id non Seji erit, sed Titii, qui posuit, *l. Titius. 60. eod.*

*Nec tamen is, qui materia dominus fuerat, desinit &c.* ] Diximus, eum, qui ex aliena materia in suo ædificavit, dominum fieri ædificii: cui consequens videri poterat, eum, qui materiæ dominus erat, dominum ejus esse desinere; cum duo ejusdem rei in solidum domini esse non possint. Contra tamen & hic & apud Cajum scriptum est, materiæ dominum dominium idcirco non amittere, & quamvis stante ædificio dominum adhuc intelligi. Hoc ne quem offendant, sciendum est, pro diversâ materiæ consideratione utrumque dici posse, & dominum ædificii materiæ quoque dominum effici, & materiam prioris domini manere. Etenim si tigna vel cæmenta consideremus, ut junctæ & connexa ædificio, hac consideratione quamdiu junctæ manent, ipsius ædificii sunt & domini totius: unde & dempta dicuntur in pristinam causam reverti, *l. habitator. 59. de rei vind. facit l. sed si. 26. §. 1. hoc tit.* At si animum à conjunctione avertas, & ædificio quasi insuper habito tigna consideres in se, & ut seorsum substantiam suam habentia, non potest videri materiæ dominum jus suum amisisse: & ideo ea tigna, licet junctæ adhuc, aliena ubique appellantur. Adeoque rectè nunc dicemus, aliud esse materiam, aliud ædificium: ædium quandam universitatem intelligi; materiam, cæmenta, tigna, lapides, res esse singulas, quæ

ob id jure universi non utique censeantur. Hinc enim est, quod placet, eum, qui universas ædes possidet, non videri singula cæmenta possidere, atque nec usufruere, *l. in rem. 23. §. ult. de rei vind. l. eum qui. 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 exc. rei jud.* nimirum quod necesse non sit, eum, qui ædium dominus est, materiæ quoque dominum esse: quam rationem & ipse mox subjicit. Cæterum dubitandum non est, quin verum sit, quod D. Hotomannus hic notat, si ex aliena materia nova primum species facta fuerit, deinde novum id corpus ædificio inclusum, ejus id manere, cui jure specificationis quæ situm erat: verbi causa, tigna aut tabulas ex aliena arbore fabricatas & mox junctas ædificio, ejus esse & manere, qui tabulas fecit, *arg. l. sed si meis. 26. in pr. hoc tit.*

*Neque ad exhibendum* ] Tignum alienum ædibus junctum lex duodecim tabularum non tantum vindicari prohibet, sed etiam solvi, ut proinde nec ad exhibendum de eo agi possit, *l. in rem. §. pen. de rei vind. l. 6. ad exhib. l. 1. de tign. junct.* in quo diversum jus est tigni juncti, & verbi causa gemmæ junctæ annulo alieno: ea enim licet, quamdiu coheret, vindicari nequeat, ad exhibendum tamen eo nomine agi potest, ut eximatur, & tunc vindicetur, *d. l. in rem. §. item quacunquo. de rei vind. d. l. 6. ad exhib.* vide sis quæ notavimus supra §. *si tamen. 26. hoc tit.*

*Ne quis tignum eximere cogatur* ] Duplicem ego causam reperio, cur lege duodecim vetita sit tigni alieni ædibus juncti vindicatio. Una est, ne ob id ædificia rescindi necesse sit, *l. 1. de tign. junct. l. 7. §. cum in suo. h. t. & hoc text.* altera, ne per hoc ruinis urbs deformetur, *l. 2. §. si quis. 17. l. ult. ne quid in loc. publ. l. 2. C. de adif. priv.* quarum illa principalis esse videtur, & rationem finis unicusque legis propositi habere; hæc *omnino* & illius adminiculum: de quo mox plura. Eadem lege & solutio tigni alieni vineis juncti prohibetur, ne scilicet turbetur vinearum cultura, *l. 1. de tign. junct.*

*Sed duplum pro eo præstet* ] Ne dominus materiæ queri posset, injuriam sibi fieri, quod re sua, quamdiu ædificium manet, carere cogatur, data est in eum, qui junxit, actio de tigno juncto ad tigni æstimationem, & quidem in duplum, *l. 1. de tign. junct. l. in rem. 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 ferè omnes arguunt, qui de hac actione loquuntur. Nam primo, ut bene observavit D. Tuldenus *c. 42.* in eum hæc actio dari dicitur & hoc loco & apud Cajum *d. l. 7. §. cum in suo.* adversus quem nec in rem, nec ad exhibendum agi potest: quorum utrumque contra est in eo, qui sciens rem alienam junxit, *d. l. 23. §. pen. de rei 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. qui ros. 98. in fin. de solut.* ubi ait, legem 12. tabularum 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

plum sit consecutus: nam adversus eum, qui sciens junxit ut furem, præter actionem dupli extrinsecus adhuc est rei vindicatio, *l. ult. de sign. junct. §. ult. inf. de obl. qua ex del.* Huc item facit *l. de eo. 63. de don. int. vir. & ux.* nam cum ibi solus ille casus excipiatur, quo tignum volente & sciente domino junctum est, satis significatur, in cæteris actioni de tigno juncto in duplum esse locum. Denique cur actionem de tigno juncto etiam adversus eum, qui bona fide junxit, lex duodecim Tabb. dedisset, si dominus tigni nihil amplius per eam consequeretur, quam consecutus esset actione in factum, quæ sublata vindicatione adhuc supererat? *d. l. 23. §. item quacunque. de rei vind.* Huic autem sententiae duo ob stare videntur. Primum est, quod lex de tigno furtivo locuta est, *d. l. de eo. de don. int. vir. & ux. d. l. 1. de sign. junct.* alterum, quod iniquum videtur, eum, qui bona fide junxit, in duplum teneri. Quibus hæc reponimus; primo etiam tignum, quod ab alio surreptum, ab alio bona fide junctum est, furtivum esse, vitio furti rem comitante. Ad hæc, legem 12. tabularum furtivi non ideo mentionem fecisse, quod 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. inf. de usuc.* unde nec Cajus, nec Justinianus, nec Paulus in *d. l. 23. §. pen. de rei vind.* furtivi mentionem faciunt, sed alieni duntaxat: 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 is, qui junxit, ne videlicet cogatur tignum eximere cum metu ruinae ædium suarum. Sed & potest dupli præstationem effugere, si tignum eximere malit & domino restituere: neque enim id facere prohibetur lege 12. tabularum: quippe qua cautum est, non ut ne domino tignum eximere liceat, sed ne quis id eximere cogatur, ne ædificia rescindere aut demoliri cum summo damno ædificantis necesse sit, *hoc text.* & apud Cajum. *d. l. 7. §. cum in suo. hoc sit. l. 2. §. si quis. 17. l. ult. ne quid in loc. publ.* unde alii loci explicandi sunt, quibus traditur, legem prohibere, vetare, non permittere tignum solvi. *l. 6. ad exhib. l. 1. de sign. junct. l. qui res. 98. in fin. de solm.* nimirum non tantum vindicationem, verum etiam actionem ad exhibendum his verbis legem tollere voluisse argum. hujus *§. d. l. 23. §. pen. de rei vind. d. l. 1. de sign. junct.* Equidem fateor etiam publici decoris & ornamentum rationem hac in re habitam fuisse, ne scilicet ædium demolitione & ruinis ad spectus deformaretur: cæterum ut hæc consideratio extrinsecus legem moverit, non fuisse tamen *de iure*, sive causam, cujus gratia tignum eximi vetuerit, non obscurè ex eo colligitur, quod aliqui dicendum esset, nunquam licere civibus ædificia sua demoliri, aut tignum inde eximere: quod falsum est, *l. fin. autem. 27. §. ult. l. Julianus. 37. de rei vind. l. 5. in fin. C. eod. l. pro voluptariis. de imp. in res dot.* Sed nec quævis tigni exemptio secum trahit ruinam ædificii: unde fortassis non improbabiler defendi possit, eundem fuisse scopum legis 12. tabularum, 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. case-*

*ra. 41. §. 1. l. senatus. 43. de legat. 1. l. senatus. 52. de cons. empr. l. ult. de damn. inf.* non alia de causa quam ut ne integris ædificiis depositis publicus deformetur aspectus, *l. 2. C. de adif. priv.* ac proinde quemadmodum in senatusconsultum non incidit, qui quid detrahit citra metum ruinae, ita nec offendere legem antiquam, qui ut condemnationem dupli evitet, tignum eximere malit, modo id faciat sine periculo ruinae. Ad hunc fermè modum disputat Bachovius hic. Mihi ut verum fatear, frustra videtur lege prohiberi, quod sponte sua nemo nisi insanus facturus sit. Moribus harum regionum actio in duplum de tigno juncto exolevit, consultiturque domino materiæ actione in factum ad pretium consequendum, *Gros. 2. introd. c. 10. Zypa. notit. jur. Belg. de rei vind.* uti & jure antiquo ei consulebatur adversus dominum soli, qui ipse tignum non junxerat, sed ab alio fortè junctum possidebat: nam in eum demum, qui convictus erat junxisse, in duplum dabatur actio, *l. 1. in fin. pr. de sign. junct.*

*Omnia materia, ex qua adificia fiunt*] Traditur hoc idem & in *l. signi. 7. ad exhib. l. signi. 62. de verb. sign.* unde quidam ajunt, tegulam quoque & lapidem & testam, hoc amplius & calcem & arenam tignorum appellatione contineri: in vineis perticas & pedamenta, cæteraque vineis necessaria, *d. l. 1. §. 1. de sign. junct.*

*Tunc eam vindicare*] Etiam si post tempus usufructuonis dissolutum sit ædificium: nam qui ædes possidet, non intelligitur singula tigna possidere, ut notatum *sup. n. 1. l. 23. §. ult. de rei vind. l. 33. de acquir. poff. l. 23. de usuc.*

T E X T U S.

De ædificatione ex sua materia in solo alieno.

30. *Ex diverso, si quis in alieno solo ex sua materia domum adificaverit, illius fit domus, cujus & solum est. Sed hoc casu materia dominus proprietatem ejus amittit, quia voluntate ejus intelligitur esse alienata; utique si non ignorabat, se in alieno solo adificare: & ideo licet, diruta sit domus, materiam tamen vindicare non potest. Certè illud constat, si in possessione constituto adificatore, solus dominus petat, domum suam esse, nec solvat pretium materiae & mercedem fabricorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bona fidei possessor fuerit, qui adificavit. Nam scienti solum alienum esse, potest obijci culpa, quod adificaverit temere in eo solo, quod intelligebat alienum esse.*

N O T A.

30. *Ex diverso*] Ex Cajo. *l. 7. §. 12. D. h. t.* Si non ignorabat] Nam si ignoravit, quamvis ædificium sequatur soli dominum, materiæ proprietatem non amittit, & eam diruto ædificio vindicare poterit, *l. 2. de rei vind.*

*In possessione constituto*] Nam si non possidet, nulla ei actio jure prodita, qua pretium materiæ aut sumptus consequatur, *l. 33. D. de cond. ind. l. 14. D. de exc. dol. l. 48.*



l. 48. de rei vind. Cujacius tamen incerti conditionem dat, id est, possessionis.

Potest obijci culpa ] l. 37. D. de rei vind. Hoc tamen ei concedendum, ut sine latione prioris status rei tollat quod posuit, d. l. 37. l. 5. C. eod.

## COMMENTARIUS.

1. Quantum ad materiam attinet, jus variare pro conditione personarum ex sua materia in alieno edificantium.
2. Non semper eum, qui in alieno sciens adificat, donandi animo adificare intelligi.
3. Adificatorem in possessione constitutum pretium materiae & impensas servare posse opposita doli mali exceptione.
4. Non possidenti nullam eo nomine actionem jure proditam.
5. An mala fidei possessor pretium materiae & impensas eadem ratione servare possit.

**E**xplicatur hic species superiori contraria. Illic quaesitum fuit de eo, qui ex aliena materia adificavit in solo suo: hic quaeritur de eo, qui ex sua materia adificavit in solo alieno. De quo ex personis adificantium & tempore variè constituitur, quantum quidem attinet ad materiam & impensas in adificando factas: nam ad adificii acquisitionem quod attinet, inter personas adificantium nihil interest, sed illius semper fit domus, cujus est solum, juxta regulam jam traditam & expositam §. proced.

1. *Utique si non ignorabat* ] Quum non de edificio ipso, sed aut de materia, aut de pretio materiae aliive impensis consequendis quaeritur, non eadem omnium adificantium in proposito ratio est: sed alia ejus, qui bona fide, dum suum putat, alia ejus, qui sciens prudens in alieno adificavit. De materia ita jus est. Qui ex sua materia in alieno solo adificavit bona fide, is, quamvis adificium quod posuit, solum sequatur, ac per hoc dominum soli, materiae tamen proprietatem non amittit, arg. hujus §. in verbis à me notatis. Et ideo licet manente edificio nullam de materia neque actionem neque exceptionem habeat, quibus consequi possit, ut materia separetur & sibi reddatur, propter legem 12. tabb. de estimatione tamen ei consultum est, de quo mox; & edificio diruto poterit ipsam materiam vindicare, l. 2. C. de rei vind. Qui autem ex sua materia in alieno adificavit mala fide, placet eum proprietatem materiae amittere, in tantum, ut ne diruto quidem edificio eam vindicare possit. Cujus rei rationem hanc affert hic Justinianus post Cajum in l. 7. §. ex diverso. hoc tit. quod sua voluntate materiam intelligatur alienasse, id est, donasse domino soli. Nimirum hæc juris adversus eum, qui non ignorat se in alieno adificare, præsumptio est, arg. l. 14. de donat. l. cujus per errorem. 53. de reg. jur. Ceterum si qua probabilis conjectura sit, ob quam videri possit, licet sciens, non tamen animo donandi adificasse, dissoluto edificio materiam vindicare non prohibetur, l. 2. C. de rei vind. Finge, aliquem in aliena arca adificasse, cujus bonæ fidei emptor fuit: verum adificasse quo tempore jam sciebat alienam: negabo id eum animo donandi fecisse. Quippe cum spem haberet fore, ut arcam usucaperet, arg. l. Julianus. 37. de rei vind. Finge adificasse 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 adificasse in arca conducta, dicam id factum esse, quo commodius re conducta uterentur, aut in ea habitarent, non quod materiam domino donare voluerint, l. dominus. 55. §. 1. locat. Sed etsi quis mala fide in alieno adificavit, dum ex materia item non sua, æquum est, soluto edificio materiam ad pristinum dominum redire, arg. d. l. 2. Atque hæc etiam communis interpr. sententia est. vid. Wesf. Mynf. Schneid. Cantiumc. hic. Bald. Salic. Sichart. ad d. l. 2. Fachin. 1. controvers. 55.

*Si in possessione constituto adificatore, &c.* ] Cum igitur stante edificio adificator, cujuscumque generis sit, nullam, ut dictum est, actionem aut exceptionem habeat, quâ materiam ipsam consequatur, quaesitum est de materiae estimatione, ceterisque impensis, quæ in adificando factæ sunt, anne eas saltem adificator remedio aliquo consequi possit. Atque hic iterum aliud atque aliud per circumstantia temporis & conditione adificantium servatur. Primum refert, possideat ædes adificator, an non possideat. Si possidet, placet, eum impensas servare posse per retentionem, opposita doli mali exceptione, si dominus adificium vindicet non oblata restitutione impensarum. Et hoc est, quod Jurisconsulti in d. l. 7. §. ex diverso & Imp. hic ajunt, *Si in possessione constituto adificatore soli dominus petat domum suam esse, nec solvas pretium materiae, posse eum per exceptionem doli mali repelli*, nimirum quia dolo malo facit & contra æquitatem naturalem, qui postulat cum alieno damno & injuria fieri locupletior, l. nam hoc natura. 14. de cond. ind. junct. l. 1. de dol. mal. exc. Unde etiam placuit, hanc exceptionem eo usque duntaxat dandam, quo res facta est pretiosior, l. infundo. 38. de rei vind. & ita demum si fructuum antelitem contestatam perceptorum modum excedant, l. sumptus. 48. eod. Nam qui suum tantum recipere vult, nihil dolo facit, l. nihil dolo. 129. de reg. jur. nec studet cum aliena jactura locupletari, qui hoc tantum agit, ut pro quantitate fructuum perceptorum impensæ minuatur. Si non possidet, nulla ei actio jure prodita est, qua pretium materiae aut sumptus à se factos consequatur. Id adeo ita esse, remotio actionum, quæ hic esse possint, declarabit. Vindicationem & actionem ad exhibendum sustulit lex 12. 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. in rem. 23. §. item quacumque. de rei vind. non datur adversus eum, cujus nullum factum intervenit. Sed nec actio hic esse potest negotiorum gestorum: quia qui in rem tanquam suam aliquid impendit, suum negotium, non alienum gerit; qua ratione etiam ei denegatur repetitio. l. 5. C. de rei vind. Et generaliter omnibus, qui non sunt hoc animo, ut quid ab alio repetant, aut alium sibi obligent, l. 4. C. de neg. gest. l. in hoc. 14. §. 1. vers. diversum. comm. divid. quippe actus agentium non operantur ultra eorum intentionem, l. non omnis. 19. de reb. cred. Postremo nec conditionem indebiti habere potest: nam ut dixerit Jul. l. si in arca. 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, re-  
peti



peti non posse, *l. ex quibus. 51. d. tit.* Sed non opus est hac inductione: de singulis si quis dubitet, constanti 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, *Papinian. l. sumptus. 48. de rei vind. Julian. d. l. si in arena. de cond. ind. Paul. l. 14. de dol. mal. exc. Pompon. l. heros. 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 ultra 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 iudicis succurritur in eodem iudicio, 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 iure civili aut prætorio adjuvetur, *Ant. Fab. 26. err. 9. & seq. Tim. Fab. anniverf. disput. 13. th. 3.* Existimat quidem D. Cujac. *10. obs. 4.* posse non possidentem conditione incerti possessionem repetere, atque ita adhuc contraagentem opposita doli mali exceptione sumptus servare. *arg. l. indebiti. 15. §. 1. l. qui exceptionem. 40. §. 1. de cond. ind.* Sed multum interest, utrum quis in rem alienam, qua talem, & quam scit se restituere debere; ac proinde animo alium sibi obligandi impensas faciat, de quo casu dd. textus loquuntur; an suo nomine tanquam in rem propriam, qui casus hic proponitur, per text. in *d. l. 14. §. 1. comm. div. l. 5. C. de rei vind.* Fallitur quoque Martinus Glosator eumque secutus Gœd. in *l. impensa. 79. de verb. sign.* dum non possidenti utilem actionem negotiorum gestorum dant. *arg. l. 6. §. 3. de neg. gest. l. 8. de ping. act. l. 7. §. ult. fol. mar.* Nam in *d. l. 6. §. 3.* agitur de eo, qui ad res alienas tanquam alienas gerendas accessit, licet eo animo, ut inde lucrum faceret, aut qualdam interverteret. In reliquis duabus de iis agitur, qui impensas fecerunt in rem, quam ex contractu & à domino acceperunt, quos certum est vel actione contraria vel negotiorum gestorum sumptus in eam factos consequi posse; quod & vulgo hic notant DD. Non obstat nobis *l. 5. C. de rei 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. var. rem hab.* neque aliter in *d. l. 5.* accipi potest, ubi agitur de ædificatore constituto in possessione, *D. Don. 20. comm. 7. post Cyn. Caslr. Salic. in d. l. 5.* Martini tamen sententiam æquitatis commendatione nunc in iudiciis prævalere, saltem quatenus dominus locupletior factus est, scribit D. Carol. Molin. *ad consuet. Paris. tit. 1. §. 1. gloss. 5. n. 82. & seqq.* quod promptius admittendum in eo, qui bona fide in alieno ædificavit, per *l. si & Titium. 32. de reb. cred. Paul. Buf. ad l. 33. de cond. indeb. Diod. Tuld. hic c. 58.* nam & hic diruto ædificio materiam ipsam

vindicare non prohibetur, *add. Garz. de expens. & meliorat. c. 1. n. 24. & c. 7. Zypaus jur. Belg. de rei vind.*

*Uti que si bona fidei possessor fuerit, &c.]* Non satis est ad servandas impensas ædificatorem in possessione constitutum esse, nisi factæ sint bona fide: malæ fidei possessori hæc impensarum deductio denegata est, *l. Julianus. 37. de rei vind. l. idque. 45. §. 1. in fin. de act. emp. l. 5. C. de adif. priv.* Quibus consentaneum est, quod scribit Papinianus *l. sumptus. 48. de rei vind.* sumptus in prædium alienum factos peti quidem non posse, sed exceptione doli opposita per officium iudicis 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 temerè & sciens ædificaverit in alieno solo, *hoc text. & l. 7. §. ex diverso. eod. l. Julianus. 37. de rei vind.* Denique sumptus per errorem factos hac ratione servari posse, *l. fin. autem. 27. §. ult. d. tit.* qui improbè facti sunt, restituendos non esse, *l. 5. C. de adif. priv.* Quid igitur est, quod Paulus scribit *l. plane. 38. de her. per.* etiam in prædonis persona haberi rationem impensarum, ne petitor ex aliena jactura locupletetur? Non distinguiam, ut vulgo, inter petitionem hæreditatis & specialem actionem in rem; neque enim adhuc ulla ratio mihi probabilis visa, cur in proposito hæc iudicia 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. Julianus. de rei vind. d. l. 5. C. eod.* Nam ita quoque in prædonis persona utilium impensarum ratio habetur, quarum tollendarum stricto jure nulla ei potestas. Quid ergo si nolit petitor pati, ut utiles impensas tollat? Potest sanè id pro suo jure facere, *l. in fundo. 38. de rei vind.* sed hoc casu utiles quoque impensas deducuntur, 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. 2. conj. 1. & dec. 26. err. 8. & seqq.* cui in hoc assentior, licet D. Bachovius vulgatam inter petitionem hæreditatis & singularum rerum distinctionem magis probet, *not. ad Treutl. 1. disp. 14. thes. 19. & p. 2. disput. 20. thes. 6.* Alii d. l. 38. restringunt ad impensas utiles & necessarias simul. Sed tunc nihil definiert Jurisconsultus de utilibus tantum: & tam utiles simpliciter, quam quæ simul necessariae sunt, intellexisse Jurisconsultum, ostendunt exempla, quæ in *l. 39. eod. tit.* mox proferuntur: inter quæ & litis æstimatio servorum gratia soluta; quæ utique utilis tantum impensa est, non etiam necessaria. Quæstio universa de retentione rei ob sumptus in eam à possessore factos multas & magnas recipit varietates, tum ex personis possessorum & petitorum, tum ex causis & generibus sumptuum, quæ omnia sigillatim persequi non est hujus loci, *vid. D. Donell. 20. comm. 7. Costal. in l. in fundo.*

*fundo. 38. de rei vind. & l. si in area. 33. de cond. ind. Menoch. rec. poss. rem. 15. n. 500. & seqq. Charond. lib. 10. resp. 16. Garz. de expens. & meliorat. & alios allegatos à D. Christin. vol. 2. decis. 174.*

## TEXTUS.

## De Plantatione.

31. Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Mavii solo posuerit, Mavii planta erit: si modo utroque casu radices egerit: ante enim quam radices egerit: ejus permanet, cujus fuerat. Adeo autem ex eo tempore, quo radices egerit planta, proprietates ejus commutatur, ut si vicini arbor ita terram Titii prefferit, 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.

## NOTA.

31 Si modo utroque casu radices] Quia ex eo tempore, non solum ut superficies solo adhærescit, & cum solo unum corpus constituit, l. 40. D. de alt. empr. sed etiam ex solo alimentum trahit: unde nec eadem arbor, quæ in alieno solo coaluit, manere intelligitur, nec denuo eruta ad priorem dominum revertitur, d. l. 26. §. 2. h. t. Cæterum Nerva & Varus priori domino utilem in rem actionem dabant, l. 5. §. 3. de rei vind.

Communis fit] Non pro indiviso, sed pro regione cujusque prædii, l. 8. h. t. eruta autem pro indiviso communis esse incipit, l. 19. comm. div. l. pen. pro soc. Itaque in d. l. 8. §. 1. pro, & sunt pro indiviso communia prædia, legendum est, pro indiviso. Cujac.

## COMMENTARIUS.

1. Proprietatem arboris transplantata 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 Cajo & Justiniano conciliatus.

Secunda species cessionis proposita est plantarum positurarum in alieno solo: de qua ita post Cajum in l. 7. §. ult. hoc tit. scribit Justinianus: Si Titius alienam plantam in solo suo posuerit, ipsius erit. Et ex diverso, si Titius suam plantam in Mavii solo posuerit, Mavii planta erit: si modo utroque casu radices egerit: ante enim quam radices egerit, ejus permanet, cujus fuerat. Triâ sunt, quæ his verbis docemur. Primum est, plantas in alieno solo positas ejus manere cujus fuerant, usque dum radices egerint: alterum, ex quo radices egerint, solo cedere & incipere ejus esse, cujus est solum: tertium, nihil in proposita specie interesse, 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 capiunt & succum, citra quem vivere ac vegetari non possunt, l. sed si meis. 26. §. 2. hoc tit.

Si modo utroque casu radices egerit] Idem valet si coaluerit, §. seq. & d. l. sed si meis. 26. §. 2. eod. l. hoc amplius. 9. §. Alfennus de damn. inf. nam radicum immisssio fit, ut plantæ cum terra coalescant & uniantur, ut jam earum non sit separatum à fundo corpus, l. 2. Mucius. 40. de alt. empr. Coaluisse autem, & radices immisisse, certum indicium est, si vivit adhuc & vegetatur arbor post id tempus, quo emori & exarescere poterat; & certius etiam, si quid ex se emittat, aut fructum ferat. Et sciendum est, proprietatem arboris transplantatæ, ubi semel radices egerit, ita commutari, ut nec eruta postea ad priorem dominum revertatur, d. l. sed si meis. §. 2. Quamobrem nec ei sic consultum est, ut domino materiz, quæ juncta est alieno ædificio: quippe quam dominus, cum eadem maneat & suo sensu ejusdem, diruto ædificio vindicare potest: 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. sed si meis. §. 2. Hinc autem 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. sin autem. 27. §. ult. l. Julianus. 37. de rei vind. l. 5. C. eod. vid. §. preced. Cæterum æquum est, adversus eum, qui alienam arborem in suum transtulit, de pretio saltem priori domino arboris consuli, ne sic res ei pereat alieno facta, ut nec æstimationem consequatur. Dabimus ergo ei actionem in factum ex definitione. l. in rem. 23. §. item quacunq. de rei vind. Varus & Nerva utilem in rem dabant, l. 5. §. de arbore. d. tit. nimirum pretii consequendi gratia: nam directam in rem non habet, l. 9. §. Alfennus. de damn. infest. Adversus eum, qui mala fide transtulit, est etiam actio furti & condictione furtiva, ut adversus furem, §. ult. inf. de obl. qua ex del. Est & vindicatio & ad exhibendum, non quasi adversus possidentem, sed quasi qui deserit possidere, l. 1. in fin. & l. 2. de ting. junct. At si quis suam plantam posuerit in alieno, hic eadem obtinebunt, quæ diximus de eo, qui ex sua materia in alieno ædificavit. Igitur si possessione excidit, nullam de pretio arboris aut sumptibus à se factis actionem habet: nam nec in factum dari potest; quia hæc est de damno alii dato: solum hoc ei relinquitur, ut si bona fide posuit, & adhuc in possessione est, æstimationem & sumptus servet per doli exceptionem, l. si quis sciens. 11. C. de rei vind. l. qua ratione. 9. in pr. hoc tit. Malæ autem fidei possessori culpa objici potest, quod temerè plantam posuerit in solo, quod sciebat alienum esse, arg. §. preced.

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 prescentibus novas arbor in vicini fundum projiciat, ita ut jam omne alimentum ex terra vicini duntaxat trahat. Consulendi hic rei rusticæ studiosi. Illud à mente & verbis Justiniani 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

fic ut tota inde alatur ; sed novam, quæ fortè ex ramis in terram Titii depressis exurgat. Ait enim Justinianus, proprietatem arboris commutari ; quod omnino de veteri 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.

*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 aliquot radices egerit ; nam si extremas tantum radicum partes in vicini fundum porrexerit, quamvis inde nonnihil alimenti capiat, ejustamen 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. cas. cum Cajō & Justiniano conciliandus. D. Pac. in analys. hic.

*Communis fit* ] Abusivè. Non enim pro indiviso communis fit, sed pro regione cujusque prædii : l. pro regione. 8. hoc tit. Cæterum eadem arbor eruta communis esse incipit pro indiviso tanquam partibus, quæ prius certis locis distinguebantur, jam invicem confusis. Eademque ratio est lapidis in confinio nati & item postea exempti, l. arbor. 19. comm. div. l. pen. pro soc. recteque monet D. Cujac. hic in d. l. pro regione. hoc tit. legendum esse, & sunt pro diviso communis prædia ; non ut in codice Pisano legitur, pro indiviso. Et vero confinium non est, nisi in fundis vicinis, qui finibus discreti sunt.

T E X T U S.

De Satione.

32. *Qua ratione autem planta, qua terra coalescunt, solo cedunt, eadem ratione frumenta quoque, qua sata sunt, solo cedere intelliguntur. Cæterum sicut is, qui in alieno solo edificavit, si ab eo dominus petat edificium, defendi potest per exceptionem doli mali, secundum ea, qua diximus : ita ejusdem exceptionis auxilio tutus esse potest is, qui alienum fundum sua impensa bona fide consecit.*

N O T E.

32. *Bona fide consecit* ] Addendum hoc Cajō d. l. 9. pr. nam bonæ fidei possessori tantam hæc exceptio competit ; d. l. 11.

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

**T**ertia species accessionis superiori planè similis, est frumentorum, quæ in alieno fundo sata sunt : nemo enim unquam dubitavit, quin si in meo fundo tuum frumentum severim, segetes meæ fiant : & ex diverso, si tuum fundum meo frumento consecerim, tuæ fiant : non enim semen, quod injectum solo est, amplius inspicere placuit, sed solum, in quod injectum est, & corpus unde segetes nascuntur, l. qui scit. 25. in pr. & §. 1. d. ausur. Quibus autem modis domino plantæ, quæ in aliena terra coaluit, consulitur, iisdem & domino injecti seminis. Igitur si quis suum fundum alieno semine

bona fide consecerit, 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 desit possidere. Quod si quis alienum fundum suis impensis consecerit, 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. pr. hoc tit. possessione vero, amissa nullam impensarum nomine actionem habet. Si mala fide, ne possidens quidem vel per retentionem quicquam servare potest, l. si quis. 11. C. de rei vind. fac. l. qui alienum. 14. de donat.

T E X T U S.

De Scriptura.

33. *Litera quoque licet aurea sint, perinde chartis membranisque cedunt, ac solo cedere solent ea, qua inadificantur, aut inferuntur. Ideoque, si in chartis membranisque tuis carmen vel historiam vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris. Sed si à Titio petas tuos libros, tuasve membranas, nec impensas scriptura solvere paratus sis, poteris se Titius defendere per exceptionem doli mali, utique si earum chartarum membranarumve possessionem bona fide nactus est.*

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

**H**æc quarta species est hujus generis accessionis. Ait, literas, licet aureas, chartis membranisque cedere, perinde ac solo cedunt quæ inadificantur aut inferuntur, ut nimirum totius corporis idem sit dominus, qui & chartæ aut membranarum fuit, eadem ratione, qua superiora, quod scilicet velut in alieno solo positæ habeantur, ac necesse sit ei rei eas cedere, sine qua esse non possunt ; quæ Pauli ratio est hujus generis accessionum omnium communis, l. in rem. 23. §. 3. de rei vind. qui etiam alibi disertè affirmat, id quod in charta mea scriptum est, meum esse, l. 3. §. pen. ad exhib. Et si igitur literæ aureæ sint, ut hic dicitur, & in l. 9. §. 1. eod. chartisque longè pretiosiores, tamen accessionis vice chartæ cedant necesse est : ut & purpura, licet pretiosior sit, vestimento cedit, & superficies, quæ & ipsa plerumque pretiosior est, solo. Contra hanc tamen acquirendi rationem disputat hoc loco D. Hotomannus. Ait, absurdam esse chartæ & soli, ædificii & scripturæ comparisonem : non enim sicut area ædium, ita & chartam carminis vel historię in ea scriptæ partem esse. Chartam ex earum rerum numero censendam, quæ usu delentur : nam eam scriptura imposita quodammodo intrinsece & consumi : atque ob id sufficere debere, si domino æquè bona reddatur aut solvatur ejus æstimatio. Sanè perquam iniquum & absurdum videri, eam, qui fortè 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 præcisè 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 præxalentiam scriptura trahat, testis post alios *Mynsing. hic. ex nostris Grotius lib. 2. manu. l. c. 8. add. Diod. Tuld. hic. c. 38.*

*Poterit se Titius defendere per except. ]* Scribenti nisi chartam possideat, scriptura sua perit: nam neque vindicare eam potest, quia totum 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 & facta, *l. si in arca. 33. de cond. ind. l. 1. C. de rei vind.* Tantum exceptio doli bona fide possidentem relinquitur, ut per retentionem rei impensam scripturæ consequatur, *d. l. 9. §. 1. hoc tit.* nec aliter tamen, quam si & scriptura utilis sit domino chartæ, ut ea recepta locupletior fiat propter scripturam, *arg. l. in fundo. 38. de rei vind.* Cæterum 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.

## T E X T U S.

## De pictura.

34. *Si quis in aliena tabula pinxerit, quidam putant tabulam picturæ cedere: aliis videtur picturam (qualiscunque sit) tabula cedere; sed nobis videtur melius esse, tabulam picturæ cedere. Ridiculum est enim, picturam Appellis vel Parrhasii in accessionem vilissima tabula cedere. Unde si à domino tabula imaginem possidente is, qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabula, poterit per exceptionem doli mali submoveri. At si is, qui pinxit, eam possideat, consequens est, ut utilis actio domino tabula adversus eum datur: quo casu si non solvat impensam picturæ, poterit per exceptionem doli mali repelli: utique si bona fidei possessor fuerit ille, qui picturam imposuit. Illud enim palam est, quod sive is, qui pinxit, surripuit tabulam, sive alius, competit domino tabularum furti actio.*

## N O T A.

34. *Nobis videtur melius ]* Amplectitur sententiam Caji in *l. 9. §. 2. h. t.* propter pretium picturæ, id est, propter dignitatem & præstantiam artis. Igitur *ζωγραφία* efficacior est pictura litterarum.

*Qui pinxit eam petat ]* Recta sive directa vindicatio ne, quæ pictori, ut domino, competit, *d. §. 2. l. 9. Utilis actio ]* Quæ etiam non domino quibusdam casibus datur, *l. 9. §. 3. D. de rei vind.*

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

1. *Cur in pictura à communi ratione acquirendi recessum.*
2. *Quid si non Apelles aliquis, sed inferioris notæ pictor in aliena tabula pinxerit.*
3. *Quomodo succurratur domino tabula adversus pictorem.*
4. *Quid si pictor imaginem retinere malit, pretio tabula contra oblato.*
5. *In concursu adversus tertium possessorem uter præferendus.*
6. *Eum qui sciens in aliena tabula pinxit, ejusdem conditionis videri, cujus, qui sciens in alieno solo ædificavit.*

Quinta & postrema hujus generis species est pictura, quæ & ipsa ex eadem ratione tabulæ, cui imposita est, cedit. Neque quicquam de jure cessionis mutat pretium picturæ, alioqui dicendum esset, nec ædificatorum areæ, nec purpuram victimato, nec literas aureas chartis cedere debere: naturale enim est, ut adjunctum cedat subjecto, hoc est, rei rei, sine qua illud esse non potest, licet majoris sit pretii, ut disputat Paulus contra nonnullos veterum, qui de pictura contra sentiebant, *l. in rem. 23. §. 3. de rei vind.* Cæterum Justinianus hic insuper habita & auctoritate & ratione Pauli, veterum illorum, inter quos & Cajus noster fuit, *l. 9. §. 2. hoc tit.* sententiam amplectitur, vultque nominatim quod iis placebat, in specie proposita subjectum cedere adjuncto, tabulam picturæ. Rationem si quæras, scribit Paulus, *d. loc. eos*, qui in pictura à communi acquirendi ratione recedendum putabant, ita sensisse propter pretium picturæ: quamvis ei hæc ratio tanti visa non sit, ut ob id diversum jus in pictura statui debuerit. Et sanè non est, si ea de solo pretio rei picturæ accipiatur: verum arbitror veteres maximè pretium ipsius artis spectasse, cujus scilicet tanta sit dignitas, præstantia atque nobilitas, ut quæ ab ea profecta sunt, etiam prærogativam aliquam in re, de qua agimus, mereantur. Sanè vocis picturæ significatio id non impedit: quippe qua non minus ars ipsa pingendi, quam res aut tabula picta denotatur, veluti cum dicimus, certare pictura, docere, exercere picturam &c. *Plin. lib. 35. c. 9. Certamen pictura institutum est Corinthi ac Delphi & ejusdem lib. c. 10. Hujus (Pamphili Macedonis) auctoritate effectum est Sicyonia, 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 servitiis docerentur, teste *Plin. d. loc.*

*Aliis videtur picturam, qualicumque sit, tabula cedere ]* Hoc est, picturam, etiam quæ maximi pretii sit; & nobilissimam, cedere tabulæ cui imposita est; licet longè viliori. Inter hos autem & Paulus noster est, *d. l. in rem. 23. §. 3. de rei vind.* cujus sententia cum aliis locis, à quibus commodè separari non potuit, in contextum forte irrepfit. Qui negant Paulum ab aliis dissensisse, eos oportet esse egregios dissidentium opinionum conciliatores.

Pictu-

2. *Picturam Apelle 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 Cajus, cujus sententiam hic sequitur & approbat, simpliciter pronuntiet, place- re tabulas picturæ cedere, *d. l. 9. §. 2. hoc sit.* Et sanè non satis rationi convenit, ob excellentiam alicujus artificis jus in univèrsum mutare, quod hic factum est. Quamobrem existimo, Justinianum exempli tantum causa insignium horum pictorum meminisse, in univèrsum autem non artificis, sed artis præstantiam, cum cæteris spectasse: ita propemodum & *D. Talden. h. c. 38. & Fabror. ad Theoph.* De Apelle, Parrhasio, aliisque primæ notæ pictoribus antiquis vid. *Plin. dd. locis.*

*Is qui pinxit, eam petat, nec solvat pretium tabulæ*] Ex sententia Justiniani & Caji competit ei, qui pinxit, adversus dominum tabulæ, recta vindicatio. Hinc quia domino tabulæ etiam vice mutua cavendum, ne cum re sua pretium quoque alieno facto amittat, placuit, eum, qui pinxit, non aliter in rem efficaciter experiri, quam si pretium tabulæ inferat, alioqui nocituram ei doli mali exceptionem. *d. l. 9. §. 2.*

*Consequens est ut utilis actio domino tabulæ*] At cui consequens? Nihil enim hætenus dictum, unde hoc consequatur. Imo ex eo, quod tabulam picturæ cedere dictum est, eumque, qui pinxit, dominum tabulæ fieri, contra 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 succuratur; qua, si non rem, saltem pretium consequantur, æquissimum esse, ut subveniatur & domino tabulæ, qui rem suam similiter amisit: cumque eo nomine varix comparata sint actiones pro conditione rerum junctarum veluti ad exhibendum, si separari possunt; *l. 6. ad exhib. si non possunt, actio in factum: d. l. in rem. 23. §. item quacunquæ. de rei vind. nonnunquam etiam ex æquo & bono contra severitatem juris detur utilis in rem, ut in specie l. 5. §. de arbore. eod. sit. quæ propè abest à nostra: placere etiam hæc eadem æquitatis ratione domino tabulæ accommodari. Et fortassis hoc eo facilius, quia tabula eadem & integra manet, & hoc respectu etiam quodammodo ejusdem: nam & materia, quæ ædificio juncta est, simili ratione ejusdem manere dicitur: nec dubito, quin deleta pictura aut inducta, in pristinam causam tabula redeat, & recte possit à domino vindicari, *arg. l. si habitator. 59. de rei vind. l. 2. C. eod. contra quam existimat Cantiancula.**

4. *Nec solvat impensam picturæ*] Quid ergo, si pictor imaginem retinere malit, pretio tabulæ contra oblato? uter audiendus? Haud dubiè pictor: quippe qui juris auctoritate verus dominus factus etiam directam in rem adversus possessorem dominum tabulæ actionem habet; qua scilicet efficaciter experiatur, etiam si possessor retinere malit, paratus solvere impensam picturæ, ut rectè post Glossam communiter interpretes censent: quibus proinde etiam in eo assentior; quod in concursu adversus tertium possessorem, eum qui pinxit, domino tabulæ præferunt: licet *D. Donellus lib. 4. comm. c. 36. contra*

disputet, neutrumquod alteri velit præferri, sed obcupantis meliorem esse conditionem; in eo errans, quod existimat, utilem in rem actionem in specie proposita ejusdem esse efficacitæ; cujus est directæ, contra mentem Imperatoris & Jurisconsulti, quos manifestum est, sicut tabulam picturæ cedere volunt, ita etiam, pictorem quam dominum tabulæ, actionem directam quam utilem potiore 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 bona fidei possessor fuerit, &c.*] Num igitur ei, qui mala fide pinxit, hac parte juris nullo modo consultum est? Et doli quidem mali exceptio apertè hic possidenti negatur, licet dominus tabulæ tabulam ab eo petat non oblato pretio picturæ. Cæterum omnia exceptione doli, poteritne saltem (quod Wesembecio & Bachovio placere video) excipere de dominio tabulæ, atque ita vincere oblata tabulæ æstimatione; cum mala fides non impediatur quominus hæc modis per accessionem dominium queratur? *§. si tamen. 26. sup. eod.* Mihi videtur Justinianus non obscurè ei qui sciens in aliena tabula pinxit, eadem ratione exceptionem denegare, quæ supra denegavit ei, qui sciens ædificavit in alieno solo; nimirum quod hic pictor operam suam & rem, quam contulit, sua voluntate amisisse intelligatur, sicut ille operam & materiam. Quod si possidenti nullam damus exceptionem, multo minus amissa possessione erit ei in rem actio adversus dominum tabulæ, quamvis pretium offerat.

T E X T U S.

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, aque bona fide acceperit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura & cura: Et ideo si postea dominus supervenerit, & fundum vindicet, de fructibus ab eo consumptis agere non potest. Ei vero qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est: itaque cum fundo etiam fructus, licet consumpti sint, cogitur restituere.*

N O T A.

35. *Vel ex donatione*] Igitur malè distinguit Pac. inter possessorem ex causa onerosa & lucrativa.

*Alia justa causa*] Idonea ad transferendum dominium, ut venditio, permutatio, donatio. &c.

*Placuit fructus*] Non industriales tantum, sed etiam naturales, *ἀναγκαῖοι καὶ ἀνεγέρτες, l. 48. D. h. t. l. 78. D. de rei vind. l. 13. quib. mod. us. am.* Nam b. f. possessor fructus jure soli percipit, atque eo jure, quod dominis prædiorum tributum, eive, qui agrum vectigalem habet, *l. 25. §. 1. D. de usur. Obst. l. 45. D. d. t.* Resp. intelligentia est de possessoribus, qui juitum titulum non habent.

*Fructibus consumptis*] *§. 2. inf. de off. jud. l. 4. §. 2. D. fin.*

**D. fca. reg.** Ex contrario igitur extantes omnes restituere tenetur: quod & traditum l. 22. C. de rei vind.

**Qui alienum fundum sciens** ] Male fidei possessor cum ipsa re etiam fructus, licet consumpti sint, restituere cogitur, d. l. 22. teneturque de extantibus rei vindicatione, de consumptis conditione, l. 3. C. de cond. ex. leg.

COMMENTARIUS.

1. Quid sit fructus, & quomplex.
2. In persona acquirentis qua spectanda.
3. Quando fructus percepti intelligantur.
4. Precipuum & adequatum huius acquisitionis causam esse possessoris bonam fidem.
5. Denegari possessori fructuum acquisitionem, ex quo cognovit rem alienam esse.
6. Nihil in proposito interesse, titulo oneroso possideat quis, an lucrativo.
7. Ostenditur multis cum rationibus tum exemplis, qualitatem fructuum nihil de hac acquisitione mutare.
8. Pomponius cum aliis conciliatus.
9. Bona fidei possessorem fructus omnes consumptos lucrari, non consumptos restituere.
10. An bon. fid. possessor consumptorum fructuum nomine teneatur, quatenus ex iis locupletior factus est.
11. Quid circa presentem disputationem in praxi obtineat.
12. Mala fidei possessorem, nullos fructus aut percipiendo suos facere, aut consumendo lucrari.

**M**odos acquirendi, jure gentium commodioris doctrinæ gratia ita supra distinximus; quod quædam eo jure nobis acquirantur factio nostro & occupatione; quædam solius rei nostræ beneficio ac potestate: in quibus tamen explicandis ordinem à Compositoribus servatum hic sequi necesse fuit: & ferè jam hi modi etiam spectati à nobis expositi sunt: omnes quidem omnino & singuli, quibus siue factio nostro sola rei nostræ vi acquirimus: quibus vero factio 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 acquiritio fructuum ex re aliena bona fide possessa perceptorum. Neque enim fiunt bonæ fidei possessoris, jure & potestate rei suæ, unde non nascuntur; neque solo ipsius factio puta cultura, cura, perceptione: nam eadem ratione fierent & malæ fidei possessoris atque ab alio percepti, agrove ab alio confito, bonæ fidei possessoris non fierent: licet perceptio in bonæ fidei possessore sit causa sine qua non. Denique nec ulla alia ratione videtur hæc forma acquisitionis defendi posse: nam cum inter cætera, quæ potestate rei nostræ jure gentium acquirimus, vel maximè sint fructus, qui ex ea nascuntur, l. qui scit. in pr. & §. 1. de usur. l. 1. & l. 6. hoc tit. l. 11. C. de rei vind. §. item ea. 19. sup. eod. ejusdem quoque juris rationi convenire videtur, ut iidem fructus nostri maneat, etiam cum à re, unde extiterunt, separati sunt. Nam si fructus pendentes pars sunt fundi & ejus, qui fundi dominus est, l. fructus pendentes. 44. de rei vind. necesse est etiam separatos ejusdem manere: id enim est quod dicitur, meum esse, quod ex re mea superest, l. solum. 49. §. 1. d. tit. Et res ita habet. Cæterum hæc acquisitio istius regulæ quædam exceptio est; placuitque hic rem ipsam potius,

quæ acquiritur, & personas acquirentium, quam modum formæve acquisitionis communem spectari. Tres igitur causæ sunt, quæ huic acquisitioni locum faciunt; res, quæ acquiritur; persona acquirentis: acquirendi ratio & modus. Res, quæ acquiritur, sunt fructus. Fructus, teste Varrone 4. de ling. à ferendo dictus est, ut sit omne id, quod res ferat. Nostri cum generalibus loquuntur, appellatione fructus omnem redditum, 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, redditus annui, unde nec propriè fructus sunt, l. usura. 121. de verb. sign. l. si navis. 62. de rei vind. sed in fructu numerantur, quia vicem fructuum obtinent, l. videamus. 19. l. usura. 34. l. prædiorum. 36. de usur. l. mercedes. 29. de her. pet. eorumque etiam ratio habetur in judiciis petitoriis, l. ancillarum. 27. §. 1. & 3. seq. d. tit. d. l. si navis. de rei vind. Cæterum de isto genere hic non queritur. Naturales fructus sunt, quos natura ex re ipsa producit: eorumque duplex item potest esse consideratio: aut enim natura sola, & absque hominis, spontè magis, quam diligentia hominis, proveniunt, ut poma, oleæ, nuces, lignum, fœnum: aut natura quidem adjutrice, cæterum factio magis & industria hominum: quos quia natura non producit, nisi accedat labor & industria hominis industriales vulgus interpp. appellavit; cujusmodi sunt segetes, legumina, aliaque in agris sata, l. fructus. 45. de usur. unde hæc distinctio petita. Huc item nonnulli referunt fœtus pecudum, lac, pilum, lanam, arg. l. 7. §. non solum. 9. sol. matr. Wesemb. hic. Don. 4. comment. 25. Menoch. de arb. cap. 120. num. 26. & sanè hæc absque cura & sumptu possessoris non proveniunt: sed tamen non ideo minus fructus naturales censeri oportere contendit Pinell. in l. 2. C. de resc. vend. p. 2. c. 4. num. 52. & D. Tulden. c. 45. post Currium. 2. conjest. ad frat. cap. 44. Ego cum Bartolo in l. & ex diverso. 35. de rei vind. Covar. 1. resol. 3. n. 6. existimarem non nihil hic tribuendum esse arbitrio judicis; quamvis id ad questionem propositam parum faciat. Ut ut est, de utroque hoc genere, sed solo disputatur hoc §. In persona acquirentis duo exiguntur, ut possideat, hoc est, animo & affectu dominantis rem teneat, l. 13. §. 1. de publ. in rem act. ut possideat bona fide, id est, justam causam habeat, ob quam exiltimet rem ad se pertinere, l. qui à quolibet. 27. de cond. empt. l. bona fidei. 109. de verb. sign. Modus horum fructuum acquirendorum est perceptio: nec interest, an ipse possessor eos percipiat, an alius suo nomine, non possessoris, l. si fructuarium. 13. quib. mod. usufr. amitt. l. qui scit. 25. §. 1. de usur. Percepti autem fructus intelliguntur, simul atque à re, quæ tenebantur, separati sunt: in fundo, cum se terra continere desierunt, veluti spica aut fœno cælo, uva adempta, excussa olea, nucibus & pomis dejectis aut decerptis, licet nondum collecti aut avecti sint, frumentum nondum tritum, vinum aut oleum nondum factum, d. l. si fructuarium, & d. l. qui scit. §. 1. l. si ejus. 78. de rei vind. in animalibus, cum fœtus editus, lac expressum, lana detonsa est, l. in pecudum. 28. de usur. l. bona. 48. in fin. hoc tit. Nonnunquam tamen verbo percipiendi aliqui, amplius designatur, quam simplex illa, quam dixi, fru-

fructuum à re separatio: quomodo accipiendum quod Paulus scribit in *d. l. bona. fructus bonæ fidei possessoris fieri etiam prius quam eos perceperit*; nimirum prius quam perceperit plenè & perfectè; prius quam eos collegerit, avexerit, quam spicam triverit, uvas, olivas expresserit, *d. l. si ejus. 78. de rei vind.* Tribuitur igitur hæc acquisitio perceptioni. At quo jure, quæ ratione? Naturali, ut ait Justinianus hic, nimirum propter culturam & curam possessoris percipientis. Sed enim neque sola hæc acquisitionis hujus ratio est, neque præcipua, ut patet ex iis, quæ jam disputata sunt: & si cultura tantum aut curæ ratio hic haberetur, hoc solum possessori concedendum esset, ut impensam & operam in colendo & curando præstitam imputet, atque ad eum duntaxat modum fructus deducere vel retinere possit, si aliter ei restitutum non fiat. Principalis vero ratio in persona possessoris querenda: ea est bona fides, quippe quæ facit, ut possessor penè pro domino haberi debeat, *d. l. qui scit. §. 1. de usur. d. l. bona fidei. hoc tit.* & hinc non tantum fructus, sed & cætera ferè omnia, quæ dominis tribuuntur, eadem tribuuntur & bonæ fidei possessoribus: veluti amissa possessione actio in rem Publiciana, in his rebus quæ ufucapi possunt, *§. namque si cui. 4. inf. de act. tor. tit. de Publ. in rem act.* item quæ servi alieni & liberi homines bona fide posselli ex operis suis aut re possessoris acquirunt, *§. idem placet. inf. per quas pers. cuicq. acq.* In summa, bona fides, tantundem præstat possidenti, quantum rei veritas, quoties lex impedimento non est, ut ait Jurisconf. in *l. bona fides. 136. de reg. jur.*

*Quem dominum esse credideris*] 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. bona fidei. 109. de verb. sign. l. ult. pro empt. l. 13. §. 1. & l. seq. de Publ. in rem act. l. qui à quolibet. 27. de const. empt.* At enim si dominum esse existimet, necesse est, ut simul credat esse eum, cui rerum suarum alienatio non sit interdita: nam si, verbi causa à pupillo, quem dominum putet, rem emerit sine tutoris auctoritate, non videtur bona fide emisse, *d. l. 13. §. 2. de Public. d. l. qui à quolibet. de const. empt.* si tutorem putet, ut credat etiam se ab eo emere: lege non prohibente, *d. l. 13. §. 2. l. lex qua. 22. C. de adm. tut.* si existimet procuratorem, ut putet, aut esse eum, cui nominatim de re tradenda mandatum fit; aut eum, cui libera negotiorum omnium administratio à domino permissa, *l. iurjurandum. 17. in fin. de jurejur. l. 9. §. nihil autem. 4. hoc tit.*

*Aliave justa causa*] Nam cum nunquam nuda traditio dominium transferat, non aliter existimare potest rem in se transferri, quam si justa causa præcedat, propter quam traditio sequatur, *l. nunquam. 13. hoc tit. d. l. 13. §. 2. de Public. in rem act.* Justam autem causam appellat justum titulum, ex quo si res à domino, eove, qui jus transferendi habet, tradetur, dominium statim in accipientem transfret; cujusmodi causæ sunt emptio, donatio, dos, permutatio, legatum, iudicatum, noxæ deditio, transactio, adjudicatio, *l. 1. & seqq. de Publ. in rem act.* Nec sufficit putare, titulum intervenisse, si non intervenerit: nam ut falsa existimatio nostra usucapionem non parit, ita nec ad fructuum acquisitionem pro-

desse debet; nisi fortè huic nostræ opinioni causam dederit, justa & probabilis facti ignorantia, *vid. inf. de usuc. §. error. 6.*

*Æquè bona fide acceperis*] Neque sufficit, possessorem rem ab initio bona fide accepisse, si postea cognoverit rem alienam esse: nam ex eo tempore, ut bonæ fidei possessor esse definit, ita quoque ei denegatur fructuum acquisitio, *l. qui bona. 23. §. 1. hoc tit.* licet usucapio ipsius rei adhuc procedat, *l. pen. pro empt. l. un. C. de usuc. transf.* quippe in usucapione tantum una acquisitio est, & ideo in ea sufficit, vel initium possessionis iustum esse: in fructibus autem acquirendis, ut multæ sunt acquisitiones, ita & in singulis bona fides spectanda, nec unum initium, ut in usucapione, sed singula momenta, *d. l. qui bona. §. 1. l. bona fidei. 48. §. 1. hoc tit.* Contrarium tamen videri potest, quod scribit Julian. *l. qui scit. 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 verè constat, turbari posse: at re evicta & legitimo iudicio ablata, si de restitutione & effectu acquisitionis queratur, retroversus malæ fidei possessorem intelligi, ex quo res ab eo petita est, atque exinde fructuum nomine teneri, ut quemvis malæ fidei possessorem: & sanè hoc probabilius est, quam quod Baroni in huic *§. Copo lib. 2. de fruct. t. 4. c. 5. D. Tuldeno hic c. 48.* videtur, Jurisconf. inter se dissenisse. Ait, *acceperis*: etenim aliter nec possidet, nec putare potest, rem suam esse, licet conventio præcesserit: non enim nudis pactis, sed traditionibus, dominia rerum jure gentium transferuntur, *l. traditionibus. C. de pact.* Obiter addo, bonam fidem benignæ juris interpretatione in possessore præsumi: atque inde esse, quod non ipse possessor de bona sua fide docere cogatur, sed adversarius contrarium ostendere debeat, *l. quoties. §. 1. de probat. l. pen. C. de evict. D. Wesemb. n. 4.*

*Fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura & cura*] Cum in persona possessoris concurrunt ea, quæ diximus, placet, sola perceptione, adeoque sola separatione à re, qua tenebantur, fructus possessoris fieri. Non interest quo titulo possideat, oneroso, an lucrativo: nam & eum, qui ex causa donationis rem accepit, dissertè cum emptore in hac quæstione exæquat Justinianus. Sed neque fructuum conditio quicquam, de hac acquisitione mutare videtur, & non tantum fructus industriales, sed naturales etiam, ad hanc acquisitionis speciem pertinere. Nam generaliter atque indistinctè loquitur hic Imperator, & Jurisconfulti in *l. bona fidei. hoc tit. l. si ejus. 78. de rei vind. l. 13. quib. mod. us. am.* Caji quoque ratio generalis est in *l. in pecudum. 28. de usur.* ideo nempe factum 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 sylvæ cædum, poma, nuces, alique fructus sylvestres, nihilo tamen



minus huc pertinent. Nam ut non multo ante diximus, præcipua & adæquata acquisitionis fructuum ratio est bona fides possessoris, quæ efficit, ut tanquam dominus iure soli fructus percipiat: & consequenter ergo etiam esse percipiendos suos facit, in quos neque culturam neque curam ipse impendit: *l. qui scit. §. 1. de usur.* tantum quia *ἐπι τὸ πᾶν* accidit, ut fructus sine cultura aut cura non proveniant, ratio hæc à Justiniano expressa est. Evincitur hoc, quod dico, etiam ex eo, quod mox subjicit de fructibus consumptis: ait enim, quos fructus possessor percipiendos suos fecit, de iis consumptis dominum supervenientem, & rem suam vindicantem agere non posse, hoc est, possessorem eos consumptos lucrari: at lucratur consumptos omnes, *l. 4. §. 2. fin. reg. l. certum. 22. C. de rei vind. §. 2. 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 foetu pecudum, lacte, lana scribit Cajus in *d. l. in pecudum. de usur.* & Paulus, in *l. bona fidei. 48. §. ult. hoc tit.* hos fructus statim fieri bonæ fidei possessoris: quia video esse, qui fructus pecudum pro industrialibus in hoc argumento habendos existimant, propterea quod, ut modo dicebamus, ex iis rebus producuntur, in quas possessori fructus facere necesse sit: quamvis Cajus non aliam hæc rerum acquisitionis rationem reddat, quam quod in fructu sint. Fortassis & uvæ iidem ob eandem causam inter fructus industriales numerabunt, ideoque quod uvam ademptam legitimam statim bonæ fidei possessionis fieri, negabunt, huc pertinere. At certè oleam negare non poterunt esse vel maximè fructum naturalem; quippe quæ teste Plinio *lib. 15. cap. 1.* nullam omnino culturam aut curam desideret, & Virgilius *lib. 2. Georg.* de oleis sic scribit;

*Contra, non ulla est oleis cultura, neque illa  
Procurvæ expectant falcem, rastroque tenaces,  
Cum semel hæserunt arvis.*

Duobus autem locis manifestè proditum est, etiam oleam, mox cum percepta sive excussa aut lecta est, bonæ fidei possessori acquiri, *l. si fructuarius. 13. quib. mod. usufr. am. l. sejus. 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. uf. am.* Postremo omnem dubitationem tollit locus Pauli in *d. l. bona fidei. hoc tit. in pr.* ubi sic scribit; *Bona fidei emptor non dubiè percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim facit, non tantum eos, qui diligentia & opera 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 opera proveniunt. Sed quis non videt, verbum (*omnes*) à Paulo non ad operantes, sed ad fructus ipsos referri, eoque denotari fructus diversæ speciei & qualitatis ad hoc, quos dixerat opera 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 Julian.

scribit, bonæ fidei possessorem fructus iure soli percipere, atque eo iure, quod dominis prædiorum, eive qui agrum vectigalem habet, tributum est, *d. l. qui scit. §. 1. de usur.* unde satis manifestè apparet, præcipuum hujus acquisitionis causam non esse operam aut industriam possessoris: sed fructus omnes, qui ex solo nascuntur, etiam *ἀπὸ ἀλλοτρίων & ἀνεργῶν* eo pertinere. Et vero si percipiendos sibi acquirit etiam ab alio factos, in quos neque culturam, neque curam ullam impendit, cur non etiam naturales, quos plerumque cura illius facit, si non ut nascantur, saltem ut conserventur? Unus juris locus est, qui interper. adegit, ut in hac acquisitione fructus naturales ab industrialibus distinguerent: is est Pomponii, *1. fructus. 45. de usur.* Quarit 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: cæterum si pomum decerpserit, vel sylvam 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 possessionem non pertinere existimet: quod tamen non ita est. Non enim ait, nullius bonæ fidei possessoris eum fructum fieri, sed non cujuslibet: quæ enunciatio non est generalis, sed particularis, ut ostendit nota particularis attributionis, quæ hic est negatio universalis. Qui dicit, Non cuivis homini licet adire Corinthum, is tacite fatetur alicui hoc contingere. Et cum idem *JCr. l. 6. pr. Pand. de cont. empt.* ait non cuiusque rei venditionem & alienationem esse, id non hanc habet sententiam, nullius rei esse venditionem, quod falsum esse vel pueri sciunt, sed quarundam duntaxat rerum non esse, nempe earum, quas vel natura, vel jus gentium, vel mores civitatis commercio exemerunt, cæterarum autem rerum esse. *l. 34. §. 1. D. d. tit.* Igitur in hac enuntiatione; *Non omnis aut non quilibet bona fidei possessor fructus naturales suos facit,* cum consequens non omni antecedenti attribuitur, sed solummodo ejus partiali, satis apparet, Pomponium non eodem iure 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 iusto titulo possidet, causamque iustam habet, cur existimet rem ad se pertinere: qui autem iusto titulo destituitur, quamvis in jure errans se dominum factum putet, naturales fructus suos non facit, ne cui juris ignorantia in compendiis profit, *l. 4. l. 7. & 8. de jur. & fact. ign.* licet alioqui non malæ, sed bonæ fidei possessor existimari debeat, quicunque dolo caret, etsi in jure errat, *arg. l. ubi lex. 24. l. si fur. 32. §. 1. de usuc. l. sed etsi. 25. §. scire. de her. pet. add. Gædd. ad l. bona fidei. 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 publ. in rem. act.* Nam ubi lex impedimento est, bona fides in compendiis possessorum non



non prodest, l. 1. §. de verb. sign. Toties autem impedimento est, quoties possessorem vult teneri in quantum locupletior factus est, ut possessorem hæreditatis, l. 25. §. consuluit. 11. de her. pot. 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. ind. Atque de hoc genere bonæ fidei possessorum locus Pomponii accipiendus est: quippe qui & soli similes sunt iis, de quibus illic quæritur, & in lucris cæterorum bonæ fidei possessorum jure non censetur: ita fermè & *Wesembec. hic Pinel. ad l. 2. C. de resc. vend. part. 2. cap. 4. num. 99. Fachin. 1. contr. 57. Paul. Buf. ad d. l. 45. Tinnius Fab. disput. annivers. 14. thes. 5. Tulden. c. 50. hic.*

*De fructibus ab eo consumptis agere non possit*] Hoc idem traditur §. 2. inf. de off. jud. & Paulus in l. 4. §. 2. fin. reg. ait, bonæ fidei possessorem fructus consumptos lucrari. Unde sequitur ex contrario, de non consumptis, hoc est, extantibus adhuc, licet à solo separatis, dominum agere posse, eosque bonæ fidei possessorem non lucrari: quod & expressè traditum est, l. certum. 22. C. de rei vind. quam ob causam Africanus consumptos demum suos facere bonæ fidei possessorem scribit, l. questum. 40. hoc tit. & Paul. l. 4. §. lanna. 19. de usuc. consumptos vel usucaptos: quia hi soli re evicta non restituantur. Dubitandum autem non est, quin ut omnes, tam naturales quam industriales, consumptos bonæ fidei possessor lucratur, ita vice versa omnes, tam industriales quam naturales, non consumptos teneatur restituere, arg. hujus §. & ad. loc. nam quod maritus non restituit fructus industriales licet adhuc extent, in specie, l. fructus. 45. de usur. id hanc rationem habet, quod maritus eos, permittente jure sibi acquisivit ex voluntate uxoris donatricis. Ergo, inquires, falsum est, quod hætenus probare conati sumus, sola perceptione fieri fructus bonæ fidei possessoris. Et vero falsum esset, si hæc eidem rei attribuerentur *dominus* & eadem ratione. Sed sciendum est, duplicem esse dominii acquisitionem; 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; & hæredis fiduciarii, quod cedente die fideicommissi in fideicommissarium transit: item hæredis in re sub conditione legata, l. non ideo. 66. de rei vind. l. generaliter. 29. §. 1. qui & à quib. man. & tale quoque in proposito jus est bonæ fidei possessoris in perceptis necdum consumptis fructibus usque ad evictionem. Nimirum causa hujus acquisitionis præcipua est bona fides: quippe quæ efficit, ut possessor proinde 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, patiatum sumptus cum fructibus pro rata pensari, proque illis partem fructuum possessorem retinere, arg. l. si à domino. 36. §. ult. de

her. pot. Ipse Paulus non obscure hoc inquit d. l. bona fidei. hoc tit. illis verbis; *suos interim facit*, ne quis credat, sola perceptione fructus sic fieri possessoris, ut nunquam 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 tanquam suos vindicare possit, tribuitque ei jus fructibus, pro arbitrio suo utendi, eos pro utilitate aut necessitate familiæ distrahendi aut conuendendi; 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 Cajus respondet l. in pecudum. 28. de usur. ea quæ in fructu sunt, statim pleno jure fieri bonæ fidei possessoris & fructuarii: nam quod statim pleno jure acquiritur, id non potest dici consumptione demum irrevocabiler acquiri. Ad hoc igitur quid respondemus? nimirum eum, qui cum de acquirendo 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 Cajus in comparatione factuum pecudum cum partu ancillæ, qui in fructu non est. & ideo usucapione demum acquiritur. Sic idem Cajus l. generaliter. 29. §. 1. qui & à quib. man. scribit, servum sub conditione legatum, pendente conditione pleno jure hæredis esse: quem tamen constat deficiente demum conditione fieri hæredis irrevocabiler. Illud non magni momenti est, quod bonæ fidei possessor dicitur idem jus habere quod dominus prædiorum tributum est & plusetiam juris, quam habet fructuarius, l. quis scit. §. 1. de usur. nam si hoc simpliciter verum esset, ne naturales quidem fructus extantes restitueret: & loquitur expressè jurisconsultus de jure fructuum ab initio acquirendi. De consumptis 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 consumptis fructibus loquuntur, generaliter & sine ulla distinctione negant, eorum nomine bonæ fidei possessorem teneri, & Imp. in l. 22. C. de rei vind. ajunt eum teneri nomine extantium duntaxat, quasi de consumptis inquirendum non sit. Ad hæc tantum tribuit bonæ fidei possessori consumptio, quantum usucapio, l. 4. §. lanna. 19. de usucap. at usucaptorum nihil restituitur: & postremo, quod bene notandum est, dicitur bonæ fidei possessor fructus consumptos 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 hæreditatis bonæ fidei possessor teneatur in quantum locupletior factus est, l. sed & si. 25. §. consuluit. 11. l. illud. 40. §. 1. de her. pot. l. 1. C. eod. Non enim eadem in proposito judicii universalis & rerum singularum petitionis ratio est. Nam petitio hæreditatis non tantum in rem est, sed etiam præstationes personales habet, l. 7. C. de pet. her. l. 25. §. 18. eod. atque ut mitius cum possessore agitur in petitione hæreditatis, quam in rei singularis vindicatione, (quippe Senatus ita possessori pro hærede consuluit, ut

si quid dilapidaverit aut perdidit, dum sua se re abuti putat, non teneatur) ita vicissim æquum est, ut præster, si quid lucri ex hæreditate conlecutus sit: eique sufficere debet, si damno non afficiatur, *d. l. 25. §. consulsuit*. Adhæc nec titulum habet possessor hæreditatis, & fructus ab eo percepti statim in numerum rerum hæreditariarum recipiuntur, ipsamque augment hæreditatem, ut nec ab initio quicquam hic suum faciat, aut consumptum postea lucretur: unde fit, ut eodem jure, quo ipsa corpora hæreditaria & fructus, petantur, atque in restitutionem hæreditatis veniant, *l. item veniunt. 20. §. 3. l. post senatus consult. 28. l. illud. 40. §. 1. de her. pet. l. 1. §. l. 2. C. eod.* In particularibus autem judiciis non solet res in locum pretii aut contra succedere, *l. 7. in fin. qui pot. in pign.* Nec multum absimilis est ratio conditionis indebiti soluti, in quam fructus veniunt jure obligationis, & hoc quatenus is, qui accepit, ex his locupletior factus est, *l. indebiti. 15. l. si non fortem. 26. l. libertus. 12. l. in summa. 65. §. pen. l. pen. de cond. ind. ita ferè & Ant. Fab. 4. conj. 17. Diod. Tulden. hic. c. 44. & seqq. Perez. ad tit. C. de rei vind. n. 17. & seq. Quod ad praxin 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 univèrsum à fructibus ante inchoatum judicium perceptis absolvatur, neque de consumptis unquam quærat, locupletior ex iis factus sit, necne. Sed & nunquam inquiri de iis, qui similiter ante rem in judicium deductam percepti sunt, utrum bonæ fidei possessor eos consumplerit, an vero adhuc extant, tantumque servari formam *l. certum. 22. C. de rei vind.* in fructibus perceptis post litis contestationem: quod & rationem habet, scilicet ut litium ambages vitentur: & placet D. Nic. Tuldeno in annot. ad prax. rer. civ. Damhoud. c. 104. n. 13. Idem quoque sentire videtur D. Grot. 2. manuduct. 6. cum scribit, bonæ fidei possessorem in perceptione fructuum similem esse fructuario, *add. Groenew. de ll. abrog. ad l. 22. C. de rei vind.**

**12** *Ei vero qui alienum fundum sciens*] Fructuum jure soli acquisitio non tribuitur cuivis possessori, sed possessori bonæ fidei duntaxat: 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 consumpti sint, restituere, ut *hic & d. l. 22. C. de rei vind.* Sed neque per retentionem, opposita doli mali exceptione, sumptus à se factos servare poterit, si res vindicabitur, arg. eorum, quæ tradimus *sup. ad §. ex diverso. 30. & aliquot seqq. eod.* exceptis sumptibus factis fructuum quærendum gratia, *l. 36. in fin. & l. seq. de her. petis.* 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. qui bona. 23. §. 1. l. bona fidei. 48. §. 1. hoc tit.* Postremo huc pertinent possessores omnes post litem contestatam, *§. 2. inf. de off. jud. d. l. certum. 22. C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & lit. exp. l. 4. §. 2. fin. reg.* quoniam post motam controversiam possessores omnes in causa fructuum pares sunt, & quasi prædones tenentur, *l. sed & si. 25. §. si ante. 7. de her. pet. l. nemo. 10. C. de long. temp. præsc.* ac proinde & si fructus à bonæ fidei possessore ante judicium percepti sunt, sed post litem demum contestatam consumpti, nihilominus eo nomine

condemnabitur; quia id omne restituendum est, quod habiturus esset petitor, si tempore judicii accepti restitutio facta fuisset, *l. præerea. 20. de rei vind. l. 2. de usur. l. adiles. 25. §. antepen. de adil. edit.* In summa possessores malæ fidei, quales item habentur post litem inchoatam omnes, fructus omnes cum ipsa re restituere debent, *d. l. certum. C. de rei vind.* tenenturque eo nomine de extantibus rei vindicatione, de consumptis conditione, scilicet ad æstimationem, quæ vice rei fungitur, *l. 3. C. de cond. ex leg. l. 4. §. 2. fin. reg. l. 4. C. de crim. expil. her.* Tenentur vero non tantum de perceptis, verum de iis quoque, qui non percepti honestè percipi potuerunt: in quo persona non possessoris, sed petitoris spectatur: neque hic possessori patrocinari debet, quod titulo possideat: quippe titulus à dolo non excusat: negligentia autem possessoris dolosi domino nocere non debet, quo minus consequatur, quod consequi potuisset, si ipsi licuisset rem possidere, *vid. l. fructus. 33. l. fenerator. 62. §. 1. de rei vind. l. 5. C. eod. §. 2. inf. de off. jud. l. ait prator. §. & fructus. 20. quæ in fraud. cred. l. 4. C. unde vi, l. sed est. 25. §. 4. de her. pet. l. 1. C. eod. Cop. lib. 2. de fructib. tit. 4. c. 2. Busf. ad l. 20. de her. pet. Tulden. hic. c. 53.*

## TEXTUS.

## A fructuario &amp; colono perceptis.

**36.** *Is vero, ad quem ususfructus fundi pertinet, non aliter fructuum dominus efficitur, quam si ipse eos perceperit. Et ideo licet maturis fructibus, nondum tamen perceptis decesserit, ad hæredes ejus non pertinent, sed domino proprietatis acquiruntur. Eadem ferè & de colono dicuntur.*

## NOTE.

**36.** *Si ipse perceperit*] Vel alius ejus nomine, *l. 19. quib. mod. us. am. l. 25. §. 1. de usur.* Quod si spontè deciderint, aut alius eos suo nomine separaverit non ante ejus fiunt, quam possessionem eorum nactus sit, *l. 12. §. ult. de usufr.*

*Ad hæredes ejus non pertinent*] Hoc consequens est superiori: & apertè traditum in *l. 13. quib. mod. us. am. l. 8. de ann. legat.* erratque Cujac. hæredi fructus tribuens pro rata temporis, quo ususfructus stetit.

*Eadem ferè de colono*] Ferè non *παρίκλησις*, ut putat Th. nam hæres coloni in conditionem succedit, *§. ult. inf. de locat. l. 10. C. eod.* At in eo conveniunt, quod colonus quoque non aliter fructus suos faciat, quam si ipse eos perceperit, *l. 60. §. 5. D. de locat. l. 61. §. 8. D. de furs.* Non obstat, quod furti actionem habet, *l. 26. §. 1. d. t.* nam & fructuarius habet, *l. 12. §. ult. de usufr.* & omnes, quorum interest furtum factum non esse, licet domini non sint, *§. 13. inf. de obl. qua ex del.* Igitur malè Accurf. Mynf. Pac. plus hic colono tribuunt, quam fructuario.

## COMMENTARIUS.

**1.** *Fructus, qui spontè deciderunt, aut quos alius suo nomine à re separavit, fructuarii domum fieri, cum possessionem eorum nactus est.*

**2.** *Jus percipiendi fructus ad hæredem fructuarii non*

TRAN-

*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 discrepens aut conveniant.

**D**isputatio de fructibus à bonæ fidei possessore perceptis occasione 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 conventionione: unde nec perceptorum fructuum quicquam restituunt. Quia autem jus in solo non habent, nec possident, sed alieno tantum nomine rem tenent, §. *de iis autem. vers. fructuarius. per quas pers. cuique acq. §. possidere. 5. inf. de inserd. l. 10. l. 12. de acq. poss.* non ut bonæ fidei possessores, fructus acquirunt jure quali domini aut soli, sed suo ipsorum duntaxat facto & perceptione: quanquam hæc distinctio nostrorum morum simplicitati non convenit, ut notat D. Cypr. Regn. cens. Belg.

*Quam si ipse eos perceperit*] Fiant quidem fructuarii etiam sola perceptione, hoc est, statim atque à solo, aut re, qua tenebantur, separati sunt, puta spica aut fœno cælo, uva adempta, excussa olea, lana detonsa, lacte mulso. Cæterum non aliter, quam si ipse eos, vel alius ejus nomine separaverit, *l. si fructuarius. 13. quib. mod. 1. am. l. quis cit. 25. §. 1. de usur.* Quod si spontè deciderint, aut aliuseos suo nomine separaverit, non prius fructuarii fiunt, quam eorum possessionem nactus sit: unde si fur maturos fructus decerpserit, aut descuerit, domino fundi conditione tenetur, non fructuario, licet is actionem furti habeat, *l. arborib. 12. §. ult. de usufr.* quæ aliter se habent in bonæ fidei possessore, ut docuimus §. *prac.* Planè in fœtu animalium eadem fructuarii & bonæ fidei possessoris hic ratio est, statimque ut editus est, fructuarii fit, *l. in pecudum. 28. de usur.* quippe frustra expectes ut separatur, 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, hæredi suo, quos non percepit, relinquere non potest: nec jus percipiendi fructus ad hæredem transit: quia morte fructuarii, ut omnia, quæ personæ cohærent, extinguuntur, §. *pen. inf. de usufr. l. 3. §. ult. quib. mod. usufr. am. l. 8. §. 3. de lib. leg.* quod iterum contra est in bonæ fidei possessore, qui jus, quod in solo habet, ad hæredem transmittit, *d. l. quis cit. §. 1. de usur.* Ate contra recepti omnes etiam immaturi pleno jure fructuarii fiunt, & ad hæredem ejus transeunt, *l. si absente. 48. §. 1. de usufr. l. pen. de usufr. leg.* Ait, *maturis fructibus, nondum tamen perceptis.* Eadem sententia est, *d. l. si fructuarius. quib. mod. uf. am. l. 8. de ann. leg.* Quamvis igitur maxima parte anni usus fructus steterit, & fructuarius suis impensis fundum fructuarium conferverit, si is messe nondum facta, licet segete messi jam matura, decesserit, nihil in eo, quod terra tenetur, heres ejus juris habet, *d. l. si fructuarius*: sed tantum deducet impensas fructuum querendorum gratia factas; quia fructus non intelligitur, nisi quod deductis impensis super-

*est, l. 7. solus. matr. Peck. lib. 5. de testam. conjug. c. 24. n. ult.* Nec iniquum videri debet, quod dominus fundi ad lacrum, fructuarii labore & sumptu partam vocetur: quippe cum contra fructuario, quamvis minima parte primi aut postremi anni steterit usus fructus, in solidum tribuantur fructus percepti, etiam pro ea parte, qua usus fructus non coeperat, aut postea finitus est, *l. si pendentes. 27. de usufr.* nec aliud usus horum temporum servat, contra quam censet D. Cyprian. *ubi supra.* Non obstat exemplum mariti in fructibus rei dotalis, quos placet soluto matrimonio dividi inter maritum aut ejus hæredes & uxorem pro rata temporis, quo matrimonium stetit, sive fructus à marito sint percepti, sive non sint, *l. 7. §. 1. & seq. sol. matr. l. un. §. cumque. 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. de jur. dot. l. pro oneribus. 20. C. eod.* Et igitur licet non perceperit, pro modo tamen temporis, quo matrimonium stetit, fructus dotis maritum sequi debent: quoniam tamdiu sustinuit onera matrimonii. Contra vero pro reliquo tempore, cujus onera non sustinuit, nihil ferre debet licet fructus perceperit. D. Paul. Buf. *ad d. l. 7. §. 1. & seq. sol. matr.* De pensione rei fructuariæ locatæ quæsitum, an si fortè usus fructus aliqua tantum parte anni steterit, eam nihilominus integram fructuarius hæresve ejus percipere debeat, an pro rata temporis dividi cum proprietario. Et refert utrum res fructuaria locata talis sit, unde singularis 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, ut inhabitentur; item servi, quorum fructus in operis. Fundo locato, si colonus fructus perceperit, merces totius anni debetur fructuario ejusve hæredi, etiam si usus fructus finitus sit multo ante tempore, quam ea merces ex locatione pendere debebat, *l. defuncta 58. de usufr.* In aliis vero rebus à fructuario locatis, quarum fructus in solo earum usu consistit, si intra tempora locationis usus fructus interierit, non majore ex parte pensio ad fructuarium hæredemve ejus pertinet, quam pro rata temporis, quo usus fructus mansit; quod iuperest, pertinet ad proprietarium, ut responsum est locatis operis servi, *l. si operas. 26. d. tit.* Cur tam variè? 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 perciperet, suosque omnes fecisset, ita pro fructibus; quos colonus, qui causam percipiendi ab eo habet, integros percepit, integra pensio ei debetur, quam & integram ad hæredem transmittit, etsi nondum finito tempore locationis decesserit. Et convenienter si fructuarius decesserit, fructibus per colonum nondum perceptis, hæredi ejus nihil ex pensione debetur. Quod si decesserit parte fructuum percepta, parte nondum collecta, solutio pensionis fieri debet hæredibus 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 usus fructus, & alioqui plus consequeretur fructuarius per iniquum, quam

si ipse re usus esset : quod est absurdum , eleganter D. Don. 10. *comm. 9.* estque hæc communis & usu recepta sententia, *vid. Joann. del. Castillo tract. de usufr. 77. & seq. Diad. Tuld. ad tit. de usufr. inf. c. 7. Paul. Bus. ad d. l. 58. de usufr. Christin. vol. 2. decis. 176. n. 16. & ibi citat. Grot. lib. 1. introd. c. 39. diff. Cujac. 4. Feud. 30. & lib. 24. observ. 21.*

*Eadem ferè & 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 , quantumvis maturos , non ad hæredem fructuarii pertinere , sed acquiri domino proprietatis. Nunc ait , quæ de fructuario dicta sunt , ea ferè & de colono dicenda esse. *Tò ferè non παρίλησται* , ut putat Theophilus , sed cautè adjectum est , ne quis putet eandem utriusque per omnia in proposito rationem esse. Nam certè longè alia causa est hæredis coloniæque fructuarii : Non enim sicut morte fructuarii finitur ususfructus , ita morte coloni finitur conductio , sed mortuo intra tempora conditionis colono , hæres ejus in eam succedit , §. *ult. 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 hæredi fieret , si locator pensionem simul & fructus perciperet : atque hinc etiam est , quod in prædiis rusticis , si tempore non expresso locatio facta sit , in annum facta intelligatur , per l. 13. §. *ult. locat.* Si quid igitur hic est , quod tam de colono , 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 acquirantur , cui etiam ob id soli conductio competat : quod & verum est , aperteque traditum l. *cum plures. 60. §. messum. 5. locat.* nec obicure colligitur ex l. *si servus. 61. §. locavi. 8. de furt.* Non est contrarium quod Paulus respondet l. *si apes. 26. §. 1. d. sit. de furt.* colonum cum eo , qui fructus stantes furripuit , 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 sunt , §. *furti. 13. inf. de obl. qua ex del. l. eum qui. 14. §. qualis. 14. de furt.* Nec alio pertinet ratio Pauli , quam his verbis exprimit , *quia ut primum de corpore esset , ejus esse cœpisset* , quam , ut ostendat , ideo actionem furti colono dari , quia ejus intersit fructuum 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 sanè ex parte dicendum videtur de colono partiaro , qui instar socii est , l. *si merces. 25. §. vis major. 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 partiarus fructibus à fure defectis aut decerptis non modo actionem furti , ut is qui nummis colit , sed furti etiam conditionem pro parte sua habeat.

## TEXTUS.

## Quæ sunt in fructu.

37. *In pecudum fructum etiam factus est , sicuti lac , pilus , & lana : itaque agni , hedi , & vituli , & aquali , & fuculi , statim naturali jure dominii fructuarii sunt. Partus vero ancilla in fructu non est : itaque ad dominum proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur , hominem in fructu esse : quum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit.*

## NOTA.

37. *Statim naturali jure*] Cajus , *statim pleno jure sunt bonæ fidei possessoris & fructuarii , pleno jure* , id est , plena & solida proprietate.

*Partus in fructu non est*] d. l. 28. §. 1. d. l. 68. *de usufruct.* sed in fructu hominis operæ sunt , l. 3. & 4. *de op. serv.*

*Absurdum videbatur*] d. l. 28. §. 1. d. l. 68. eadem quoque Stoicorum sententia fuit , à quibus auctores nostri ferè imbuti. Lucret. Aliam rationem affert Ulpian. l. 27. *D. de her. pet.* quia ancillæ non ad hoc comparantur , ut pariant , sed ut serviant. Meminit hujus questionis Cic. 2. *de sto.*

## COMMENTARIUS.

1. *Ratio Caji , cur non placeat partum ancilla in fructu esse , examinata , & concinnior prolata ex Ulpiano.*

Qua ratione & modo fructus suos faciat tum bonæ fidei possessor tum fructuarius , ostensum est §§. *proximè precedentibus* exemplo fructuum , qui in fundis aut agris nascuntur. Quoniam vero etiam hominum & pecudum fructus sunt , quem & ipsum bonæ fidei possessor & fructuarius eadem ratione acquiri juri naturali conveniens est , ideo ne quid hic dubii relinqueretur , *ὡς παρὰ τὸν* ostendere voluit , quænam in hominum & pecudum fructu habenda sint , quæ non sint : & ait , in pecudum fructu non tantum esse lac , bilum & lanam , sed factum etiam : atque ob id agnos , hædos , vitulos , equulos & fuculos statim ut editi sunt , naturali jure fructuarii fieri : addit Cajus , & bonæ fidei possessoris , l. *in pecudum. 28. de usufr.* est enim utriusque hic eadem ratio. In hominum autem fructu quæ sint , non desinit , sed partum ancillæ negat in fructu esse : & ideo inquit , ad dominum proprietatis pertinet , sicut & Cajus d. l. 28. §. 1. Nimirum uterque hoc significare voluit , non ut factus in fructu pecudum est , ita & partum ancillæ in hominis fructu ponendum : in hominum fructu ea duntaxat esse , quæ ex operis eorum percipiuntur , l. 4. *de oper. serv.* aut si quid acquirant ex re fructuarii , ejusve qui eos bona fide possidet , §. 4. & seq. *inf. per quas pers. cuiq. acq.* ac proinde etiam hæc sola ut fructus fructuario & bonæ fidei possessori acquiri : partum non acquiri , fructuario nunquam , bonæ fidei possessori non aliter , quam si eum usuceperit , d. §. 4. & seq. l. 4. §. *si ante. 18. de usurp. & usucap.*

*Absurdum enim videbatur*] Vetus fuit quæstio an partus ad fructuarium pertineret : cujus meminit Cic. 2. *de*

*de snib.* ubi ait, principes civitatis, P. Scævola & M. Manilius existimasse, hominem in fructu esse, Brutum dissensisse: cujus sententia obtinuit, teste Ulp. in *l. veteris. 68. de usufr.* Cur autem non placuerit, partum in fructu esse, ejus rei hanc rationem reddit Cajus *d. l. 28. §. 1. de usur.* Imp. hoc loco, quod absurdum visum sit, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura gratia hominis comparaverit: quæ ratio ducta est ex contrariis: quasi dicant, natura non potest eadem res & fructus esse, & id, quod fruitur: relata hæc sunt: reatorum unum nunquam potest esse alterum. Etenim ut verum fatear, nunquam hæc mihi ratio satis solida visa fuit. Cur enim magis absurdum hominem in fructu hominis esse, quam hominem homini servire? Aut cum servos pecudibus Romanæ leges exæquent, *l. 2. §. 2. ad leg. Aquil.* cur cum in fructu pecudum foetus sit, absurdum est in fructu ancillarum partum esse? Nec est in his ulla *infructio*, *Fructus hominis causa comparati sunt*, & *Homo est in fructu hominis.* Non enim hic idem eidem subjecto attribuitur: sed diversis. Quamobrem melior est, certè huic loco magis convenit, illa Ulpiani ratio sumpta à fine & usu, quia ancillæ non ad hoc comparantur ut pariant, sed ut serviant, *l. ancillarum. 27. de her. pot.* Id autem solum in fructu alicujus rei esse intelligitur, & ad fructuarium pertinere, quod percipitur ex eo usu ad quem res parata est, vel natura vel patrisfam. instituto, *l. 9. §. 5. & seqq. l. 10. l. 11. l. 12. in pr. l. 13. §. 4. & seqq. l. 15. de usufr.* Quapropter, etsi nihil interest, partus in fructu sit, nec ne; 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. justissime 44. de adil. edict.* Jam vero ancillæ foetura gratia habere, quin turpe & probrosus sit, nemo negare potest. Cæterum nihil amplius efficit hæc ratio, quam ut ne partus fructuariorum aut bonæ fidei possessori acquiri debeat: In cæteris enim partibus juris in fructu sive redivo aut causa etiam partus computatur, *l. 8. l. 14. de usur. l. Falcidia. 24. §. 1. ad l. Falc. l. quasi sum. 91. §. ult. de leg. 1.*

TEXTUS.

De Officio fructuarium.

38. *Sed si gregis usumfructum quis habeat, in locum demortuorum capitum ex foetu fructuarium submittere debet, (ut S. Juliano visum est) & in vinearum demortuarum vel arborum locum alias decet substituere. Rectè enim colere & quasi bonus paterfamilias debet.*

NOTÆ.

38. *Ex foetu submittere*] Ex foetura gregem supplere, & sufficere prolem, *d. l. 68. §. ult. cum 2. l. seqq. de usufr.* sicutque capita substituta domini, ea quibus substituantur, fructuarium, *d. l. 69. Basil. 16. tit. 1. in fin.*

COMMENTARIUS.

1. *Inter onera, qua fructuario incumbunt, unum esse ut rem fructuarium tueatur, & quid eas visio desideret.*

**L**ongius à via digreditur Imperator: sequendum tamen, quocumque trahit. Cum fructus omnes, sive

ex re nascantur, sive per causam rei jure percipiuntur, fructuarium lucro cedant, æquam est, ut is vicissim onera rei fructuarie adjuncta agnoscat, juxta regulam naturæ, *l. 10. de reg. jur.* Inter onera autem, quæ fructuario incumbunt, hoc unum est, ut rem fructuarium tueatur, *l. usufructuarium. 44. de usufr.* Hæc autem tuitio cum exigat, ut rem, quam accepit, integram & in suo statu conservet, quantum cura & reparatione fieri potest, ideo & curam ac diligentiam rei servandæ adversus imminentiæ pericula adhibere debet, & quidem talem, qualem diligens paterfam. suis rebus adhibere solet, *l. sed cum. 65. eod. l. 1. in fin. & l. seq. usufr. quem carv.* & suo sumptu lacrare ac reparare, quæ vitii aliquid contraxerunt, aut discesserunt à priori integritate; puta si quid reficiendum est, facta tecta præstare animalia ægrota curare, gregem ex foetu supplere, in locum arborum demortuarum alias substituere: in summa rectè colere, atque ut bonus paterfam. uti, *l. 7. §. 2. & 3. l. 13. §. 2. l. agri. 16. l. sicut. 45. l. sed cum. 65. l. veteris. 68. in fin. & 2. l. seqq. 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 fructuarium, *l. quid ergo. 70. §. 3. de usufr.* quippe in his, quæ numero certa sunt & designata, non est augmento locus: & tot tunc usufructus, quot sunt capita fructuarium, quorum uno mortuo usufructus iste extinguitur.

*Demortuorum capitum*] Ait demortuorum. Ulpianus *d. l. veteris. in fin. defunctorum*, hoc ideo, quia si vi externa capita aliqua ex grege perierint, incendio puta, aut ruina stabuli; aut prædonum impetu, hos casus fructuarium præstare non debet, nec in locum amissorum alia substituere, *arg. l. arbores. 59. de usufr.*

*Ex foetu submittere*] Ait ex foetu. Neque enim de suo gregem supplere fructuarium cogitur, sed ex agnatis capitibus, hoc est, natis ex eodem grege, *d. l. veteris. in fin. eod.* Proinde si ex grege nondum ulla nata sint prioribus demortuis, aut si oves abortierunt, aut foetus perierunt, priusquam submitti possent, nihil supplere debet fructuarium. In locum quoque eorum capitum, quæ vel senio, vel vitio corporis inutilia facta sunt, alia ex foetu submittenda, *l. vel inutilium. 69. eod.*

*Submittere debet*] Submissionis effectus hic, ut substituta capita statim domini fiant, sicuti post substitutionem priora sive demortua vel vitia & vitiosa, sunt fructuarium. Hæc enim ex natura fructus desinunt esse proprietarii, *d. l. vel inutilium. 69. de usufruct.*

*Vinearum demortuarum vel arborum*] Ait hic item demortuarum, sicut Paulus *l. agri. 18. eod.* nimirum ideo, quia in locum arborum vi tempestatis eversarum alias substituere non tenetur, *l. arbores. 59. eod. tit.* quippe usufructuarium 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 proficiuntur, placet ad onus fructuarium non pertinere, ex regula & jure communi de casibus fortuitis, *l. contractus. 23. de reg. jur. l. qua foruitis. C. de pign. act.* Ulpianus in *l. 7. §. ult. de usufr.* scribit, fructuarium cogi & adferre arbores: quod Græcise est *νεροίτην*, id est, forare medullam arboris sterilis, & in eam foecundæ calamum immittere; insitionis species pro genere.

Qua

Qua forma Papinianus dixit adserere prolem pro adoptare, sicut scilicet inforatione furculus truncum adoptat, *Cujac. 11. obs. 36.*

*Rectè enim colere* ] Non satis officio suo fungi videri debet usufructuarius, si fundum utcumque colat, nisi eum ita colat, ut ne deterior fiat causa usufructus; omniaque faciat, quæ faceret in re sua: sicut cautione fructuaria continetur, *l. 1. §. cavere usufr. qu. cav.*

## TEXTUS.

## De inventione Theauri.

39. *Thesauros, quos quis in loco suo invenit, Divus Adrianus naturalem æquitate sequutus ei concessit, qui eos invenerit. Idemque statuit, si quis in sacro aut religioso loco fortuito casu invenit. 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 Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, & dimidium esse Caesaris statuit. Cui convenienter est, ut si quis in fiscali loco, vel publico, vel civitatis invenerit, dimidium ipsius esse debeat, & dimidium fisci, vel civitatis.*

## NOTÆ.

39. *In sacro aut religioso* ] Utroque scilicet privato; nam & sacra quædam privata, *l. 9. §. 1. D. ad leg. Jul. pecul.* Aliud, si in hujusmodi locis publicis: ita cape *l. 3. §. pen. D. de jur. fisci.*

*Sed forsuito* ] Ut puta si quis colendi agri causa fodiens humum, aurum defossum inveniat, nullo adhibito perscrutandi studio, quod sine permisso domini merito vetitum, *d. l. un. C. de thesaur. add. l. 63. §. pen. & ult. hoc tit.*

*Dimidium fisci* ] De variis moribus legibusque circa thesauros, vid. eruditissimum *Grot. 2. de jur. bell. 8. Peregrin. 4. de jur. fisci. c. 2.*

## COMMENTARIUS.

1. *Theauri appellatione significari quævis opes repositas, sum etiam ipsum locum, in quo asservantur, & ratio nominis.*
2. *In questione proposita quid eo verbo nostri intelligant, & quo referenda hac acquisitio.*
3. *Locum proprium hic intelligi etiam eum, in quo alius usufructum habet: sicut si jus emphyteusios aut feudi.*
4. *A divis fratris nihil mutatum esse ex eo jure, quod de thesauro in loco sacro aut religioso reperto divus Adrianus constituit.*
5. *Cur cætera res hujus generis etiam in alieno quasita occupantium fiant, thesaurus non item. & num. 8.*
6. *Cur thesaurus non totus cedat inventori, us res cætera, quæ nullius.*
7. *Distinctio rerum Caesaris, fisci, publicarum & civitatis.*
8. *Summa juris de thesauris constituti, & quid moribus hodiernis obtineat.*

**P** Artes propositæ tractationis, quæ à Justiniano passim sparſæ sunt, commodioris doctrinæ causa ad duo summa capita revocari posse; ad occupationem scilicet, & rei nostræ potestatem, supra diximus in explicatione §. *singulorum. eod.* & progressi ostendimus, singula, in quæ incidimus, ad alterutrum horum capitum pertinere. Nihil quod nobis potestate rei nostræ quærat, 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.

*Thesauros* ] Thesaurus Græcis & Latinis idem est, quod Perlis *gaza*, nimirum quælibet divitiæ, quas in usum futurum asservavimus aut recondimus. Nam & pecunia nuper deposita, & cujus dominus non ignoratur, passim thesaurus appellatur, etiam apud nostros, ut in *l. item Labeo. 22. fam. erc. l. thesaurus 15. ad exhib. l. peregre. 44. de acq. poss. ac de tali quoque thesauro accipienda l. 3. §. Neratius. d. tit. de acq. poss. ut rectè existimat Gothofredus, injuria notatus à Bachov. *vid. Duar. ad d. §. Neratius.* Locus quoque, in quo opes asservantur, τὸ θαυρολάκειον, thesaurus appellatur. Plutarch. in Solon. *Ἐκίλεισεν αὐτῶν τῆς θησαυρῆς ἀνοίξαι τῷ χρηματικῶν.* Hinc per translationem *Cic. 1. de orat. memoriam* dicit esse rerum omnium thesaurum. Atque hæc significatio etiam rationi nominis convenit. Quamvis enim *Connan. 3. comm. 4. & Don. 4. comm. 14.* thesaurum inde dici putant, quod, εἰς αὐτοῖς, in crastinum, sit repositus, ut sit *ἦσις εἰς αὐτοῖς*: proprius tamen vero est, vocem esse conjunctam *εἰς τὴν κτῆσιν αὐτοῖς*, ut sit, conditorium pecuniæ. Hoc enim nomine veteres Græci pecuniam vocabant, qua qui abundabat, αὐτοῖς dicebatur, teste Hefychio. Cæterum in questione de acquirendo rerum dominio, cum agitur de thesauro occupatione acquirendo, Jurisconsulti thesaurum appellant eam duntaxat pecuniam, quæ olim condita, nunc, cum reperitur, à quo condita, aut cujus sit, ignoratur, *l. nunquam. 31. §. 1. hoc tit. l. un. C. de thesaur. lib. 10. l. à tutore. 67. de rei vind.* convenienter nimirum argumento, quod tractant: cum non alius thesaurus sit idoneus, qui hoc modo acquiratur, quam qui dominum non habeat: nec repugnat communis & popularis loquendi consuetudo. Igitur in questione proposita thesaurus definitore 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.* thesaurum interpretantis, condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia, & *Castiodori lib. 6. var. c. 8.* definitis 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 cæteris rebus, quæ nullius sunt. Nam cæteræ hujus generis res, quovis loco occupatæ totæ sunt occupantis: thesaurus autem extra locum proprium repertus pro parte tantum dimidia. Sed & res cæteræ quæ nullius sunt, fiunt occupantis, etiamsi data opera quæsitæ sint in alieno: thesaurus in alieno quæsitus nullo modo: Quod quamobrem tam variè placitum intelligetur non ita multo post.*

*Quos quis in suo loco invenit* ] Sive data opera quæsitos, sive fortè fortuna: tantum magicæ artes ad thesau-

saurum in suo inveniendum prohibentur: quas & ubique excipi oportet, *d. l. un. C. de thesaur.* Ait, *in loco suo*.  
 3 Proprium locum accipere debemus etiam eum, in quo alius usum fructum habet, *arg. pr. inf. de her. inf.* Proinde si in eo loco proprietarius thesaurum invenerit, in suo invenisse intelligi debet & totum sibi quævisse. Si alius, pars dimidia inventoris, pars altera proprietarii erit. Idemque dicendum est, si usufructuarius invenerit: quoniam thesaurus in fructu non computatur, *l. si is qui. 63. §. 3. hoc tit.* Unde etiam est, quod thesaurus à marito in prædio dotali inventus pro parte dimidia tantum mariti lucro cedat, pro altera dimidia sit restituendus, quasi in alieno inventus, *l. 7. §. si fundum. 12. sol. matr. Mol. l. 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 dominium utilem in rem actionem habet, *l. sciendum. 15. §. 1. qui satisfact. l. 1. §. 1. si ag. vect. l. qui scit. 25. §. 1. in fin. de usufr.* Longè igitur distat emphyteuta à fructuario: emphyteuta jus habet in corpore & substantia rei, fructuarius non item. Hinc est, quod fructuarius in edicto *Qui satisfactore cog.* pro possessore non habetur, emphyteuta contra *d. l. 15. §. 1. qui satisfact. cog.* quod arbores vi ventorum dejectæ ad emphyteutam pertinent, non ad fructuarium, *l. 12. de usufr.* Si quid servo in quo quis usufructus, legatum aut donatum sit, id non fructuario sed domino proprietatis acquiritur, *§. 4. infr. per quas pers. cuique acq.* si servo emphyteutæ, ipsi emphyteutæ. Quam ob causam dubitandum non est, quin si ipse quoque emphyteuta in prædio in emphyteutis sibi concesso thesaurum similiter invenerit, totum eum sibi soli rectè vindicet: eademque planè ratio est Vasalli, qui thesaurum reperit in fundo feudali, *arg. c. un. de invest. de re ad. fac. lib. 2. feud. Myns. Schneid. Wes. post Gloss. & DD. comm. hic. Nic. Burgum ad consuet. Fland. tr. 12. Christ. vol. 6. decis. 21. n. 19. & seqq.*

*Adrianus naturalem aequitatem secutus*] Hoc est, secutus regulam juris naturæ sive gentium, de rebus, quæ nullius sunt, occupanti concedendis, *§. fera. 12. sup. eod.* Nimirum cum etiam thesaurus numeretur inter ea, quæ nullius sunt, æquum esse censuit Adrianus, etiam in thesauro occupato regulam istam servari; & quidem per omnia, si quis invenisset amico Hercule in suo: quippe qui & alia ratione ita repertum vindicare posse videatur, vel tanquam beneficium & commodum rei suæ, vel quod simile vero sit, eum à majoribus suis conditum esse: hæc enim ratio facit, ut in alieno reperti dimidium concedatur domino soli.

*Idemque statuit, si quis in sacro aut religioso*] Quod hic Adrianum constituisse refert Justinianus, id à fratribus Principibus civili ratione mutatum esse existimant *Atcurf. Ang. Porc. Fab. Schneid. hic Duar. de acq. rer. dom. c. 4. Don. 4. comm. 14.* Sic enim scribit Calistrat. *l. 3. §. pen. de jur. fisc.* *Si in locis fiscalibus, vel publicis, religiosive, aut monumentis thesauri reperti fuerint, divi fratres constituerunt, ut dimidia pars fisco vindicaretur, quam sententiam veram quidem esse fatetur Covar. in c. peccatum. de reg. jur. in 6. p. 3. relef. §. 2. num. 3.* sed ille constitutionem divorum fratrum à Justiniano ite-

rum abrogatam contendit, qua parte illa derogaverat edicto divi Adriani. Neutrum probabile mihi videtur.  
 4 Nam si edictum Adriani rescripto Antonini & Veri sublatum fuisset utique non quid ille, sed quid hi de thesauris in loco sacro religiosove inventis constituisent, Justinianus commemorasset: & cum simpliciter referat edictum Adriani, non facta mentione rescripti fratrum Imperatorum, vix est, ut dici possit, hic aliquid novi juris ab eo constitutum esse. Arbitror commoda explanatione *d. l. 3. §. pen.* cum hoc nostro §. conciliari posse: quamvis id neget Aut. Matth. Constituit Adrianus, thesaurum ejus esse, qui eum invenisset in loco suo: addidit, idem esse, etiam si 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 et si loca sacra & religiosa nullius verè in bonis sint, ejus tamen aliquatenus sunt, cujus in usu & fundo sunt, & quodammodo juris privati, *arg. l. 5. & seq. de relig. l. sacrilegi. 9. §. 1. ad leg. Jul. pec. l. in modicis. 24. de contr. empr.* neque potest sine injuria vel in Deos ipsos Deorum beneficio privari, qui vel ipsi, vel quorum majores partem fundi sui divinis usibus dicaverunt. Quid divi fratres in *d. l. 3. §. pen. de jur. fisci?* Constituerunt, inquit Calistratus, ut thesauri in locis fiscalibus vel publicis religiosive aut monumentis reperti pro parte dimidia fisco vindicaretur. Titulus ipse & rerum conjunctio ostendunt, loqui Imp. de locis religiosis similibus publicis, in quibus scilicet fisco jus habet, aut qui fisci quodammodo sunt, puta quod ad fiscum fortè pervenerunt; juxta *l. 6. eod. tit.* vel quæ publice civium funeribus destinata sunt, cujusmodi tenuiorum tumulos in suburbanis fuisse auctor est Aggen. Urbicus. In his locis eodem jure uti fisco 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 reperit, an in non suo, nulla facta mentione sacri aut profani, quasi hoc nihil ad rem faciat: idque ex Aelio Spartiano etiam certius colligas, qui itidem sine ulla rerum distinctione refert, Adrianum de Thesauro ita cavisse, ut *si quis in suo reperisset, ipse potiretur: si quis in alieno dimidium domino daret: si quis in publico, cum fisco aequaliter 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 & discretionem: 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, & facella privata propriæque suas ædículas veteres habuisse, vel unus Paulus eum docere poterat in *l. sacrilegi. 9. §. 1. ad leg. Jul. pec.* ita propemodum & *Coun. 3. Com. 4. Charond. 1. verisim. 21. Roberts. rec. lect. 5. Cansiunc. & Wesemb. hic.*

*Fortuito casu*] Thesaurus, quem inveni in loco meo sive fortuito sive quæsitum, meus est: si ille locus meus sacer est vel religiosus, non alias meus erit, quam si fortunæ quasi munere mihi oblatus fuerit, nullo adhibito perscrutandi studio: quod procul dubio ideo placuit, ne detur occasio viol. ndorum sepulchrorum & ape-



riendi urnas defunctorum, si etiam studiosè quæsitum inventumque suum quilibet faciat, sibi que habeat.

5 *At si quis in alieno*] Cæteræ res, quæ nullius sunt, occupantium fiunt, etiam si data opera in alieno quæritæ sint, ut de feris bestiis in fundo alieno investigatis & captis diximus: thesaurus in alieno quæsitus & inventus ne pro parte quidem sit inventoris, sed totus domino reddi jubetur, *d. l. un. C. de thesaur.* Ratio diversi juris hæc est, quod qui feram in alieno capit, aut rem, puta pro derelicto habitam, tollit, nihil fundo aut fundi domino nocet: ad thesaurum vero perveniri non potest sine effossionibus & manifesto damno fundi, in cuius viscibus thesaurus abditus jacet. Aliena autem effodere sine permisso domini, inque iis latentes rimari opes, merito vetitum, & poena, non præmio dignum. *d. l. un. l. 2. C. Theod. de thesaur.*

*Dimidium domino soli*] Thesaurus in alieno loco casu inventus, dum quis arat, aut quid aliud in eo operis facit; pro dimidio inventoris fit, pars altera dimidia conceditur domino soli, *l. si is. 63. §. pen. C. ult. hoc tit.*

6 *d. l. un. C. de thesaur.* Cur vero, inquis, non totus credit inventori, sicuti cæteræ ejusdem generis res occupantis totæ fiunt, loco quocumque occupatæ, ut feræ bestię, res pro derelicto habitæ, gemmæ & lapilli inventi in littoribus? Nimirum quia illæ veræ nullius sunt, thesaurus non est; quippe quem nemo eo animo abscondit, ut eum in numero rerum suarum esse nolit, sed ut tutiore loco custodiat: tantum ideo nullius esse dicitur, quia cuius sit non apparet: nam etsi dominum per rerum naturam habeat, hæredem scilicet ejus, qui eum defodit, quamvis per longissimam successionem in 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. in lege. 77. de contr. emp.* dominum tamen loci & sua, & par ratio defendit, qui contra sibi thesaurum vindicare, dicere potest, nihil esse verisimilius, quam quod à majoribus suis profectus sit: in proprio enim, quia tutius, non in alieno thesauros coadi: adhæc fundi in quo tanto tempore asservatus est, quodammodo beneficium esse: quam ob causam cum Imp. Gratianus, Valentinianus & Theod. partem quartam duntaxat domino loci assignassent, *l. 2. C. Theod. de thesaur.* merito Imp. Leo, abrogata eorum constitutione, ad æqualitatem partitionis & veterum constitutionum normam rem revocavit.

7 *In Cæsaris loco &c.*] Distinguit Imp. loca Cæsaris à locis fiscalibus, & hæc à publicis, publica à locis civitatibus. Res Cæsaris dicuntur bona Principis patrimonialia. Res fisci sunt, veluti bona proscriptorum, vectigalia, commissæ, bona caduca; quæ quidem & ipsa quali propria & privata sunt Principis, *l. 2. §. 4. ne quid in loc. pub.* sed ut Principis, & ratione imperii. Publica loca appellat, quæ in usu publico sunt populi Romani, veluti aræ, insulæ, agri, viæ itineraque publica, *d. l. 2. §. 3.* Loca civitatis, quæ usibus civium in municipiis & singulis civitatibus deserviunt, *§. universitatis sup. eod.* quæ à publicis eodem sensu hic separat, quo Ulp. bona civita-

tis ab iis, quæ populi Romani sunt, *l. 15. de verb. sign.* Spartianus omnia ista loca designavit uno verbo publici, hæc obiter in præsentia: subtilius rerum Cæsaris, fiscalium, & publicarum discrimen exquiremus, *§. ult. inf. de usuc.*

*Dimidium fisci vel civitatis*] Sive in loco alieno privati alicujus, sive in loco Cæsaris, aut publico fisci vel civitatis thesaurus repertus sit, medietatem duntaxat inventor consequitur, pars altera repertorum ad eum pertinet, qui loci dominus est, aut jus imperiumve in eo habet: & 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, fac. constitutio Frederici *lib. 2. Feud. tit. 56. qua 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.*

Summa juris de thesauris edicto D. Adriani constituti hæc est, ut si quis thesaurum in suo reperisset, sive quæsitum sive nihil tale cogitans, totum sibi haberet: si quis in alieno, non data ad hoc opera, dimidium domino daret, partem alteram duntaxat ipse consequeretur: si quis in loco publico, itidem non data opera cum Principe aut civitate æqualiter partiretur. Si quis autem scrutatus in alieno sive privato sive publico thesaurum invenisset: is totum hunc domino loci, eive, ad cuius curam vel imperium locus pertinet, reddere cogeretur. Ab hoc jure cum procedente tempore recessum esset, ut constat ex *tit. C. Theod. de thesaur.* reductum illud est à Leone Nepote, *l. un. C. Justin. eod.* iterumque vigore suo privatum, restitutum à Leone Philosopho. *Nov. Leon. 51.* A Frederico nil mutatum, *tit. qua sint regal.* At nunc in plerisque locis thesauros, ut & alia pleraque *ad iura &c.* Principes sibi vindicant, & quidem in solidum, quocumque in loco reperti fuerint: etique id nunc jus commune & quasi gentium. Nam & in Germania, & Gallia, & Anglia, & Hispania, & Dania id observatur, teste *D. Grot. 2. de jur. bell. c. 8. n. 7. add. Peregrin. lib. 4. de jur. fisc. c. 2. Covar. in relect. c. peccatum. de reg. jun. in 6. part. 3. §. 2. Lebres. lib. 3. de la souveraineté, c. 6. Christian. vol. 1. decis. 16.* Theodoricus quoque rex thesauros quocumque loco repertos publico vindicari iussit, *Sine damno enim, inquit, inventa perdis, qui propria non amittis.* Cassiodorus *4. var. 34. C. 68.* Apud nos tamen jus hoc incertum esse dicitur; nam patronos quidem fisci contendere thesauros quocumque in loco inventos ad fiscum pertinere, ut in plerisque aliis regionibus nunc obtinere diximus: cæterum alios contra putare, sequendam nobis esse in hoc negotio constitutionem juris Romani; propterea quod neque quicquam de eo cautum reperitur legibus propriis, neque doceri possit, Romani juris vigorem apud nos defuetudine usuque contraria conservatum. *Grot. 2. manud. ad Jurisp. Bar. c. 4.* Itaque in hoc dubio contra fiscum facilè responderim, *arg. l. non puto, 10. de jur. fisc. add. Groenew. de ll. abrog. hic.*



TEXTUS.

De Traditione. I. Regula ejusque Ratio.

40. Per traditionem quoque jure naturali res nobis acquiruntur: nihil enim tam conveniens est naturali aequitati, quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferre, ratam haberi: & ideo cujuscunque generis sit corporalis res, tradi potest, & a domino tradita alienatur. Itaque stipendiaria quoque & tributaria pradia eodem modo alienantur. Vocantur autem stipendiaria & tributaria pradia, quae in provinciis sunt: inter quae nec non & Italica pradia, ex nostra constitutione nulla est differentia: sed siquidem ex causa donationis, aut dotis, aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur.

NOTA.

40. Per traditionem] Ex Cajo l. 9. §. 3. b. s. Sola autem conventio dominium non transfertur, veluti si inter nos convenerit, ut mea res esset tua, licet ex justa causa, puta, quia eam tibi vendidi, l. 20. C. de pact.

Nostra constitutio] d. l. un. C. de usuc. transf. ubi tollitur vetus rerum & dominiorum distinctio. Et si autem provinciales pleno jure domini non erant; habebant tamen jus aliquod dominio proximum, praediaque sua alienare poterant, & haereditibus relinquere, & servitutem his imponere, l. 3. C. de servis.

Ex causa] Nunquam enim nuda traditio dominium transfert, sed ita, si venditio aut alia justa causa, id est, titulus ad dominium transferendum habilis, praecesserit, l. 31. b. s. saltem opinione tradentis.

COMMENTARIUS.

1. Citra traditionem dominia rerum jure gentium non transferri, & quam rationem hoc habeat.
2. An ad transferendum dominium requiratur vacua possessionis traditio.
3. Responsum Tripbonini sub tit. de fund. dot. expositum.
4. Traditio non transferri dominium, nisi justa causa, saltem opinione tradentis, praecesserit, 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 praediorum provincialium habuerint.
8. Stipendium & tributum univocè dici.
9. Provincialium qui vectigales, qui stipendiarii sive tributarii appellati.

**H**aec quoque acquisitionis species ad generalem occupationem referri debet: nam cum traditione rem acquiri dicimus, non intelligimus solum factum tradentis, sed ex effectu magis etiam rei traditae ac-

ceptionem atque apprehensionem; quippe sine qua traditio non perficitur, hoc est, dominium non transfertur aut acquiritur, l. in omnibus. 55. de obl. & act. Differt autem hic modus acquirendi à superioribus ejusdem generis, quod earum rerum, quae nullius sunt, jure gentium acquirendarum ratio praeter apprehensionem nihil desiderat, quia occupantur sine cujuscquam injuria, quae ex hostibus capiuntur, invitis dominis ad nos transeunt jure belli: in specie autem proposita non satis est nanciscendi dominii causa, rem apprehendisse, nisi & voluntate domini in hoc tradita sit; quod omnino hic exigat ratio-juris gentium, d. l. in omnibus. l. 2. de his qui sui vel al. jur. l. id quod nostrum. de reg. jur. Et quia nemo eo animo est, ut velit rem suam in alium transferre sine causa, inde est, quod, cum in caeteris omnibus juris gentium acquisitionibus modus acquirendi idem sit & causa sive titulus, (verbi causa occupatio forae bestiae est & modus acquirendi & titulus) ea in hac specie perpetuo distinguantur. Modus acquirendi est traditio vel potius rei traditae acceptio & apprehensio; titulus, veluti emptio, permutatio, donatio, caeteraque causae, ex quibus re à domino tradita dominium in accipientem transit, sin minus, jus usufructuendi, l. nunquam. 31. hoc tit. l. 1. & seq. de publ. in rem. act.

Per traditionem] Traditio vel vera est, quae naturalis datio appellatur, l. non statim. 8. de pecul. & in re mobili est de manu in manum translatio, in re soli in possessionem inductio; vel ficta; quae commoditatis causa fit vel brevi manu, vel actu aliquo corporis, aut nota sive symbolo, quod veram traditionem repraesentet. Non minus verò ficta & symbolica traditione dominium in accipientem transit, quam vera & naturali, §. interdum. & seq. inf. eod. At citra ullam traditionem nudis & solis pactis dominium non transfertur, etiam si 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, l. traditionibus. 20. C. de pact. l. siinger. 50. de rei vind. l. quotiens. l. pen. C. eod. l. 6. C. de her. vel act. vend. Cur vero ad dominium transferendum non placet sufficere nudam conventionium voluntatem? Nimirum quia nemo ex ratione juris gentium facto suo rem, sive ea nullius sit, sive alterius, acquirit, nisi cujus potestati & manui subjecta sit; quod ita quisque consequitur, si eam apprehenderit, si possessionem ejus nanciscatur, arg. l. 1. §. 1. de acq. poss. Non aliter autem possessio rei alienae apprehendi, & per eam potestati nostrae res subijci potest, quam si dominus eam tradiderit, in cujus tam diu potestate est & manet: Diff. tamen D. Grot. 2. de jure belli c. 6. & 8. contendens ex ratione juris naturae 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 dominiorum causa, & occurrendi temerariis alienationibus, ut tunc demum dominium à priore domino abeat, cum is alteri rem tenendam & possidendam tradiderit: quod quia à multis gentibus receptum, jus gentium improprie dicitur. Sed posito eo, quod diximus, & quae veterum sanè omnium sententia fuit, traditione, non nuda conventionione, dominium jure naturali sive gentium acquiri, quaesitum porro ab interpp. est, an in proposito ad domi-

nium transferendum sufficiat, rem qualiterqualiter tradidisse, dum ea tradita sit vacua ab omni detentore, qui apprehensionem impedit; 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, cum tibi tradidit dominium transferendi causa, tu in eum ingressus es eo animo, ut capias, quod traditur, & dominus fias. Queritur, an quia vacua possessio tibi tradita non est, ac ne possessio quidem, nihilominus tibi fundus jure gentium acquiratur. Et putavi aliquando cum DD. Longobardis, *Placent. Joan. Azon. Accurs. Odofrad. Barr. Bald.* quos sequitur *D. Don. 4. comment. 19.* acquiri: neque alienam absentis possessionem obtulare domino, quominus ille rem suam transferat in eum, cui ejus rei corpusprehendendum & tenendum dat, sine cujusquam impedimento. Cæterum nunc in contrarium moveor, & quidem maxime illa ipsa ratione, qua illi utuntur ad probandam necessitatem traditionis. Ajunt enim, ideo ad acquisitionem & translationem dominii necessariam esse traditionem, quia ratio juris gentium exigit, ut quod factum nostro acquiritur, prius potestati nostræ subjiciatur. At vero res potestati nostræ subiecta dici non potest, cujus plenam possessionem, eamque, quæ avelli non possit, nacti non sumus, *l. non videtur. 22. de acq. poss. l. 4. §. tunc in potestatem. 12. de usucap. l. 13. §. 2. de verb. sign.* neque potest in nos transferri possessio iusta ejus rei, quam alius possidet, quamdiu possidet, & vel animo retinet possessionem. *l. 3. §. ex contrario 5. & §. 7. l. 6. §. ult. de acq. poss.* Sunt vero & alia hujus rei argumenta non pauca. Nam cum unum idemque genus sit, & actus idem traditionis, qua transferuntur dominium & præstatur causa ufucapionis, *arg. l. 11. §. 1. de act. empr. l. fundum. 46. §. 1. de evict. §. pen. inf. per quas pers.* non magis convenit, re à domino tradita dominium transferri sine translatione possessionis, quam re tradita à non domino jus ufucapiendi. Adhæc si dominium nobis acquiri potest directo sine possessione, poterit & per procuratorem eodem modo. Quid enim interest, mihi res tradatur, an mea voluntate alteri meo nomine accipienti? Planè nihil *l. restitua. 37. ad sen. Trebel.* At certum est, per procuratorem dominium nobis non acquiri, nisi per consequentiam possessionis per eum nobis adeptæ, *l. traditio. 20. §. ult. hoc tit. d. §. pen. inf. per quas pers. l. 1. & l. 8. C. de acq. poss.* Quin etiam ipsa traditio non propter se, sed propter possessionem videtur requiri, cum ubi sine traditione possessio obtineri potest, traditio non desideretur, *l. 9. interdum. inf. eod.* His accedit & veterum manifesta auctoritas, quibus tradere, cum de transferendo dominio queritur, nihil aliud est, quam potestatem facere rei habendæ & possidendæ; traditio nihil aliud, quam possessionis datio atque translatio, *l. 3. §. 2. de act. empr.* Hinc illa re tradita, possessionem amitti, *l. si ager. 50. de rei vind. retenta possessione, nihil traditum intelligi, l. servi. 16. de pec. & comm. rei vend.* Huc denique pertinet textus *l. cum res. 12. C. de probas. l. qui pradium. 13. C. de distr. pign. & maxime l. 8. C. de act. empr. item. l. hac si. 47. de rei vind.* quo loco disertè scribit Paulus, non aliter dominium rei absentis nobis acquiri, quam si possessionem

ejus nacti simus ex voluntate domini. Etenim, inquires, nihil commune habet possessio cum dominio, *l. 12. §. 1. de acq. poss.* Quid tum postea? Nam nec titulus sine causa, nec nuda apprehensio & detentio habet: quæ tamen illi ipsi in proposito requiruntur, qui hoc objiciunt. Separata quoque est causa possessionis & ufucapionis, *l. 2. §. 1. pro empr.* nemo tamen inde colligit, ufucapionem sine possessione procedere. Nihil ad rem facit quod dominium retineri potest sine possessione: non enim tam facile quid acquiritur, quam quæsitum semel retinetur: possessio non acquiritur nisi animo & corpore, animo retinetur solo, *l. 3. §. 1. & §. salus. 12. l. 6. in fin. de acq. poss.* Feræ bestiæ non aliter nostræ fiunt, quam si eas ceperimus: manent nostræ semel captæ, quamvis effugerint, quamdiu cum spe recuperandi eas persequimur, *§. fera. 12. sup. eod.* Unus locus est, quo præcipue moventur, qui dominium etiam sine possessione acquiri posse contendunt, *l. si fundum. 16. de fund. dos.* Ajunt in eo responso mulierem à Tryphonino proponi, quæ fundum, quem Titius possidebat & propè jam usuceperat, marito in dotem dedit eo effectu, ut fundus dotalis fieret, atque ex eo tempore ad prohibitionem legis Julix pertinere inciperet, maritoque acquireretur vindictio quæ omnia arguant, dominium istius fundi marito quæsitum fuisse, *per l. in rem. 23. de rei vind. junct. l. dotale. 13. §. 2. de fund. dos.* cui tamen possessio acquiri non potuit, cum alius fundum possideret. Unde porro effici putant, fundi istius dominium simplici ratione ac nudo brutoque corporis contractu in maritum translatum fuisse. Sed eorum, quæ colligunt, nihil ex isto responso necessario sequitur. Etenim in dotem quoque data dicuntur, quæ non protinus tradita sunt, sed doti tantum destinata, *l. si rem. 14. & l. seq. de jur. dos.* & cur prædium dotale constitui minus recè dicatur, quod mulier instrumento dotali profitetur se in dotem dare, quam ususfructus & jura prædiorum constitui dicuntur pactionibus & stipulationibus? *§. 1. infra 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. her. vend.* quam in specie à Tryphonino proposita intervenisse fise actionem ipsam in dotem datam omnino credibile est, cum ipsam rem tradere, quam alter possidebat & tenebat, mulier non potuerit. Lex Julia vetat alienari vel ufucapi fundum dotalem. Hæc prohibitio legis Julix pertinet quidem maxime ad fundum jam traditum & marito acquisitum: quippe qui propriè dotalis est, *d. l. dotale. 13. §. 2. de fund. dos.* & dotalis constituitur non qualiquali traditione, sed ea, quæ & possessionem transferat, *l. 5. in fin. sol. matr.* Cæterum, ut Tryphonius significat, pertinet ea lex etiam ad fundum nondum traditum, sed doti tantum destinatum aut instrumento promissum, translata actione ad dominium vindicandum: propterea credo, quod quæ actionem ad rem vindicandam habet, propè abest ab eo, qui habet rem ipsam, *l. qui actionem. de reg. jur.* Juvat hanc in interpretationem locus ipse, in quo cum nulla sit mentio traditionis, tum quod maritus dicitur fundum à Titio petere debuisse; argumento est Titium ipsum fuisse & mansisse in possessione, nihilque marito ne corporaliter quidem traditum & tenendum datum. Planè sufficit tradentem verè possidere, licet alius in possessione sit, hoc est, rem deti-

detineat : nam jus detentionis non impedire, quominus simplici traditione possessio & per eam dominium transferatur, ostendit *l. 14. & 101. tit. qua in fraud. cred.* nec obstat, quod dicitur in *l. 2. §. 1. de act. empt.* vacuum possessionem emptori traditam non intelligi, si creditores bona possideant : hoc enim ad obligationem venditoris pertinet, quæ hoc exigit, non tantum ut res præstetur vacua ab omni vero possessore, sed etiam ab alio omni, qui jus aliud, vel detentionem habeat, cujusmodi habeant creditores, qui morante porro debitore etiam secundum decretum petere & impetrare possunt. Illud meminisse oportet, disputare nos de acquirendo rerum dominio jure gentium : nam quin jure civili multis ex causis sine possessione acquiratur, veluti additione hæreditatis, agnitione bonorum possessionis, legati fideicommissi, quibus non est. Utilitatis quoque causa jure singulari in quibusdam causis receptum, ut cui possessio non acquiratur ut accipi non potest, ei simplici apprehensione acquiratur dominium, eo, qui tradit amittente possessionem, *vid. l. acquiruntur. 10. §. 4. l. liber. 19. junct. l. homo. 54. hoc tit. l. etiam in vitis. 32. eod. junct. l. peregr. 44. §. 1. de acq. poss. l. 13. de donat. add. Com. lib. 1. dispnt. 8. Etoman. illust. quest. 11. Bronch. 3. aff. 81.*

*Voluntatem domini* ] Est enim suæ quisque rei moderator & arbiter, *l. in re mandata. 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. si procurator. 35. hoc tit. 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 aliter tradit transferendi gratia, nisi causam habeat, cur id faciat. Hinc illud Pauli ; *Nunquam nuda traditio transfert dominium, sed ita si venditio aut alia justa causa præcesserit propter quam traditio secuta sit, l. nunquam. 32. hoc tit.* Nec dicat quisquam, id requiri superfluum, cum si nulla causa adsit, præsumi debeat donatio, *arg. l. Campanus. 47. de oper. lib.* quoniam hoc tunc solum locum habet, cum res consulto data est, *l. cujus per errorem. 53. de reg. jur.* Illud non refert, revera præcesserit causa, an opinione tradentis, ut patet in solutione indebiti. Sed quæstionis est, si ego ex una causa tibi tradam, tu ex alia accipias, an hæc in causis tradendi & accipiendi dissensio impediatur dominii translationem. Et siquidem in tradente nulla sit causa dominii transferendi, vel in capiente nulla nasciscendi ; ut si ego deponam apud te pecuniam, tu quasi mutuum aut donatam accipias, aut è converso, si ego tibi dem pecuniam quasi mutuum, tu quasi commodatam accipias ostentandi causa ; certum est, dominium non transferri, *l. si ego. 18. §. 1. de reb. cred.* Non enim hic concurrat affectus ex utraque parte contrahentium, quem ad translationem dominii requirimus, *l. in omnibus. 55. de obl. & act.* At si, utrinque subesse existimetur causa idonea, ex qua dominium transferatur ; veluti si tibi dem fundum tanquam à me debitum ex testamento, tu quasi ex

stipulatu debitum accipias, vel si ego tibi tradam pecuniam donandi animo, tu accipias quasi creditam, hic quia ex utraque causa id pariter agitur, ut dominium transferatur, puto traditionem efficacem esse : idque & Julianus generaliter probat *l. cum in corpus. 36. hoc tit.* Videtur autem à Juliano dissentire Ulpianus in specie posteriore, cum pecuniam tibi dedi quasi donaturus, tu quasi mutuum accipias, *d. l. si ego. 18. pr. de reb. cred.* Primum negat hic esse donationem : sed hoc etiam ex sententia Juliani. Deinde ait, nec mutuum esse : ne 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 : & hæc regulam etiam eodem exemplo declarat, *d. l. cum in corpus.* quod proponitur, ab Ulpiano. *d. l. si ego. de reb. cred. D. Contius 1. disp. 9. & Bachov. in Treutl. dispnt. de mutuo. ibes. 4.* negant hoc dissidium componi posse : & sane ferri non potest, quod Alciatus *5. parerg. 15. Pac. 3. quest. 67. Gilb. Reg. 2. enapt. ult. simputant,* diversas esse horum locum species, pecuniam creditam apud Julianum interpretantes debitam, contra usum verborum & manifestum sensum Jurisconsulti. Si qua est componendi ratio, ea est, quam affert *Comnan. 3. comm. 7. & Don. 4. comm. 18. & ad d. l. si ego. de reb. cred.* nimirum Verba hæc Ulpiani, *magisque nummos accipientis non fieri*, duplicem posse pati interpretationem : posse sic accipi, ut nummi omnino non fiant accipientis : posse etiam sic ut non fiant perfectè, non irrevocabiliter, ex comparatione scilicet acquisitionis rei donatæ, *arg. l. aliud est capere. 71. de verb. sign. l. cum quis. 38. §. 3. de solut.* fiant tamen eo effectu, ut etiam si adhuc extent, vindicari nequeant, consumpti nec efficaciter condici. Atque hoc posteriore modo verba Ulpiani accipienda esse propter generalem Juliani definitionem. Et videtur aliquo modo suadere hanc interpretationem etiam ratio ab Ulpiano subjecta, *cum alia opinione acceperit*, quippe qui donatum sibi tanquam mutuum accipit, non eo animo est, ut dominus non fiat, sed ut non fiat simpliciter & sine obligatione restituendi tantundem, tanquam ex causa donationis. Futurus hæc exequor *lib. 2. sel. quest. c. 35.*

*Cujuscunque 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, *cujuscunque generis*, ut significet, non solas nunc res nec mancipi, ut olim, simplici traditione & nudo naturali actu pleno jure transferri : sed etiam res mancipi ; cujusmodi erant prædia & prædiorum jura in Italico solo ; servi & quadrupes, quæ dorso collove domantur, & olim non abalienabantur ex jure Quiritium sine actu civili, sine nexus aut cessionis in jure solemnitate, *vid. Ulpian. tit. 19. in fragm. Revard. ad leg. 12. tab. c. 16.*

*Corporales res* ] Nam res incorporales propriè traditionem non recipiunt, *l. 3. §. si iter. de act. empt. l. servus. 43. §. 1. hoc tit. uti nec possessionem, l. 4. §. si viam. 27. de usurp. & usuc.* sed est in his, quod vice traditionis fungatur patientia domini, & vice apprehensionis possessionisque sit usus illius cui dominus hujusmodi jus quæsitum vult, *l. ult. de serv. l. 3. in pr. de usufr.*

*usufr. d. l. 3. §. si iter. de act. emp. l. 2. §. ult. de proc.*  
*A domino* ] Qui scilicet liberam rerum suarum administrationem habeat. Nihil autem interest, utrum ipse dominum rem suam alicui transferendi causa tradat, an voluntate ejus alius, procurator puta aut creditor, §. *nihil autem inf. eod. §. 1. inf. quib. al. lic.* aut etiam alii, qui jure pro dominis habentur, ut tutores & curatores, *l. bona fidei. 109. de verb. sign. l. non omni. 16. & l. lex. 22. C. de adm. tut.*

*Tradita alienantur* ] Non minus videlicet pleno jure, quam si mancipata aut in jure cessa esset, sublato antiquo discrimine domini, *l. un. C. de nud. jur. Quir. soll.*  
 6 Etenim duo antiquitus fuere dominiorum genera; naturale unum, quod in bonis; alterum civile sive legitimum, quod ex jure Quiritium appellabatur, & vel nudum erat, vel plenum. Si, verbi causa, civis Romanus à cive Romano servum emisset, itque ei traditus esset; neque tamen mancipatus aut cessus in jure, annove ab eo possessus, is servus in bonis quidem emptoris 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 asserbat, qui vindicabat hac vulgata formula; *Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo. l. 1. de rei vind.* Hinc & illa iudicis dati formula apud *Cic. 4. in Verr. Si parat fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P. Servilii esse, vide sis, Theoph. tit. de libert. Ulp. d. tit. 19. Brisson. 4. antiq. 22. Revard. 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 acquirebat ei, cuius in bonis erat, *Ulp. d. tit. 19. §. pen.* Qua de causa Justinianus nudum hoc & inane Quiritium jus iustulit, *d. l. un. C. de nud. jur. Quir. soll.*

*Tributaria pradia eodem modo alienantur* ] Dixit, res omnes, cujuscumque generis sint, traditione alienari, hoc est, ut omnes exponunt, non minus res mancipi, quam nec mancipi. Hinc inferet etiam, eodem modo alienari pradia provincialia. Atqui hæc pradia fuere res nec mancipi: res autem nec mancipi etiam veteri jure nuda traditione abalienantur, *Ulp. d. tit. §. 6.* Unde videtur ex contrario sic inferendum fuisse; *Itaque Italica quoque pradia eodem modo alienantur.* Verum alio respicere Imperatorem, ex sequentibus apparet, ad exceptionem videlicet juris prædiorum provincialium & Italicorum, cujus ipse primus auctor est, *l. un. C. de usuc. transf.* Olim agri & pradia in provinciis non erant pleno jure possessorum, sed usu & fructu duntaxat: summo autem jure propria erant populi Romani: quippe quæ pradia cum primum jure belli una cum possessoribus in jus & ditionem populi victoris venissent, hoc est, publica facta essent populi Romani, sæpè provincialibus seu veteribus dominis denuo utenda & fruenda concedebantur, imposito annuo vectigali aut tributo in argumentum retentæ proprietatis aut summi juris. Unde est quod pradia ista à possessoribus mancipio dari non poterant, nec ab alio ufucapi, sed longi duntaxat temporis possessione illud, quod dixi, jus in iis acquiri: de quo uberior *tit. 6.* Poterat & nuda traditione jus idem in quovis alios transferri, salva scilicet semper manente proprietate populo aut Principi. Igitur quod de hisce prædiis ait, eodem illa modo 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. soll. d. l. un. C. de usuc. transf.* Atque hinc patet, constitutione Antonini, qui provincialibus omnibus jus civitatis dedit, *l. in orb. 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.* Oibiter 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 hæredibus relinquere & cuivis extraneo in jure codere, *Ulp. d. tit. 19. §. 8. Theoph. hic.* & servitutem his imponere poterant, *l. 3. C. de serv.*

*Sunt autem stipendiaria & tributaria pradia, qua in provinciis* ] Nemo hinc colligat, prædia omnia, quæ in provinciis erant, vectigalia fuisse. Certum enim est, multas civitates beneficio populi aut Principum jas habuisse Latii sive Italix, & sine eo jure colonias nonnullas provinciales & civitates immunes fuisse, *l. 1. l. pen. l. ult. de Cenf. Cic. 3. in Verr. Plin. lib. 3. nat. hist. c. 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 *ovavovuas*. Nam constat, Principes sensim sibi provincias omnes seposuisse, neque diu ratam mansisse partitionem illam provincialiarum, quam cum populo Augustum fecisse refert *Suet. c. 7.* Certè tempore Justiniani, ut fisci & ærarii, ita & stipendii & tributi nulla fuit differentia. In libris Pand. aliquando separantur, ut in *l. 7. §. 2. de usufr. l. neque. 13. de imp. in res. dot. l. aufertur. 46. §. qui compensationem. de jur. fisc.* Sed tamen *ovavovuas* esse ex auctoritate Pomponii refert *Ulpian. l. sager. 27. §. 1. de verb. sign. Stipendium, inquit, à stipe appellatum est, quod per stipes, id est, modica ara colligatur. Idem hoc etiam tributum appellari Pomponius ait. Et sanè, inquit, appellatur à contributione tributum, vel ex eo, quod militibus tribuatur, ita & Festus in voce Tributum. Varro autem lib. 4. de ling. sic dictum scribit, quod tributum à singulis pro portione census exigebatur. Neque solum initio, ut ex *Cic. Cæf. Liv. Plin. Gellio* discimus, stipendium & tributum promiscuè appellata est ea pecunia, quæ populo imperabatur & colligebatur in publicum, ut ex ea miles sustentaretur: sed etiam apud posteriores, *Sueton. Eutrop. Sextum Ruffum*, promiscuum eorumdem verborum usum reperias, ut observavit *D. Cujac. 7. obs. 3.* In eo sanè aliqua differentia est, quod plerumque stipendium, non tributum, appellamus æs, quod ex tributo militibus solvitur: unde stipendia facere &c. *Petilius Cerealis apud Tacit. lib. 4. hist. Neque quies, inquit, gentium sine armis, neque arma sine stipendiis, neque stipendia sine tributis haberi queunt.* Verum hoc ad præsentem disputationem non pertinet. Illud verum esse ostendit antiquitas, quod *D. Hotomannus* hic notat; pro-*

provincialium alios vectigales fuisse, alios stipendiarios sive tributarios. Vectigales, qui incertum vectigal solvebant, ut decimam partem frugum; unde Decumani dicti, & eorum ager decumanus, de quibus multa Cicero 3. in Verr. Stipendiarios, qui certum vectigal in pecunia vel etiam in frumento pendebant. Quod & tributum seu stipendium, & teste Cicerone 5. in Verr. Stipendiarium dicebatur. Quanquam vectigalis appellatio latius patuit, easque etiam pecunias comprehendit, quæ vel prætorii, vel scripturæ, vel salis, aut vicefimæ nomine exigebantur, de quo in præsentia non quæritur, l. ult. §. species, 8. de publican. consule Sigon. 1. de jur. civ. Rom. 16. Freig. in lib. 3. Cic. in Verr. Gæd. ad l. inter publica. 17. §. 1. & l. si ager. 27. de verb. sign.

TERTIUS.

2. Limitatio.

41. *Vendita vero res & tradita non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato: quod quanquam cavetur lege duodecim tabularum, tamen rectè dicitur & jure gentium, id est, jure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit, fidem emptoris sequutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.*

COMMENTARIUS.

1. Cur ex cæteris causis dominium traditione statim transferat, ex causa emptionis non aliter, quam si pretium solutum sit, &c.
2. Satisfacere &olvere item fidejuberæ & expromittere, quomodo differant.
3. An præsumatur venditor fidem emptoris secutus ex eo, quod simpliciter rem tradiderit.
4. Ad translationem rerum immobilium qua jure civili Batavorum desiderantur.

Quod hic traditur, proprium est emptionis. Ex alia causa si quis rem suam sciens tradiderit, statim eam facit accipientis, neque amplius quicquam ad translationem dominii requirimus: in emptione vero & tertium vendi in præsentia remissa. Cur vero tam variè? Nimirum quia in cæteris qui rem suam scientes ex justa causa tradunt, veluti ex causa donationis, dotis, legati, &c. voluntas transferendi manifesta est: in venditore non est, si nihil amplius de voluntate ejus constat: quippe qui ex communi hominum sensu hac lege & conditione potius rem, quam vendidit & tradidit, transferre voluisse censerit debeat, si pecunia sibi soluta sit, (hanc enim spectat, & protinus sibi numerari velle videtur; qui rem vendit) quam animum habuisse rem suam purè & simpliciter in emptorem transferendi. Constat autem, ejus quod sub conditione datur aut traditur, dominium in accipientem non statim transire, l. 8. de reb. cred.

*Vel alio modo ei satisfecerit*] Traditur hoc idem l. quod vendidi. 19. de contr. empt. l. 5. §. pen. de scrib. act. fact. 2. l. ut res. 53. de contr. empt. Satisfaciendi verbum genera-

lius 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 satisfeceris*; nimirum venditor 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 alius rei, quam quæ debetur, l. 2. §. 1. de reb. cred. l. 16. & seq. C. de solut.

*Expromissore*] Hoc nomine etiam fidejussor hic intelligi videtur, ut in l. 4. §. 3. de re jud. Certum enim est, tam fidejussore, quam expromissore dato, rem emptoris fieri, d. l. ut res. 53. de contr. empt. Enimvero cum propriè loquuntur Jurisconsulti, fidejussorem, quem alio nomine adpromissorem vocant, l. si vero. 64. §. 4. sol. matr. l. in omnibus. 43. de solut. separant ab expromissore, ut in d. l. 53. de contr. empt. l. qui libertinus. 37. §. ult. de op. libert. Expromissor is propriè dicitur, qui alienam obligationem novandi animo in se suscipit, l. ult. de sen. Mac. d. l. qui libertinus. 37. §. 4. de op. lib. & simpliciter reus appellatur, l. 7. §. servus. 8. de dol. mal. l. si vero. 64. §. 4. sol. matr. nempe quia promissor debitorem liberat & vice ejus se solum debitorem constituit. Fidejussione autem nulla fit novatio aut primi debitoris liberatio: sed fidejussoris obligatio, ut pignus, accessio est principalis obligationis, §. fidejussores. 5. inf. de fidejuss. l. in omnibus. 43. de solut.

*Quanquam cavetur lege 12. tabb.*] Pleraque quæ lege 12. tabularum cauta sunt, rationem civilem habent, formulaeque & solemnia spectant, ut liquet ex fragmentis, quæ à viris doctis collecta in manibus studiorum versantur: non tamen omnia. Nam quod placet rem venditam non aliter emptoris 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 duodecim tabb. cautum. Non rectè igitur sic collegeris. Id cautum est lege civili: ergo est juris merè positivi; aut ergo id non efficitur jure gentium sive naturali.

*Fidem emptoris secutus fuerit*] Id est, fidem emptori de pretio habuerit sine ulla satisfactione, d. l. 19. de cond. empt. *ἰκετὴν ἐκείνου ἐπιείκουσιν ἡ τῆ ψιλῆ ὁμολογία αὐτοῦ*, quod ex circumstantiis æstimandum; veluti si dies solutioni dicta sit, l. 3. C. de pact. ins. empt. & vend. aut si, cum emptor 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, censerit non debet fidem emptori habuisse, ut hic locus & d. l. 19. apertissimè ostendunt. Adeoque regula illa, quam hic ex communi opinione Schneid. tradit; *In dubio qui rem venditam simpliciter emptori tradit, sequi videtur fidem emptoris; nisi contrarium appareat*: convertenda est, & sic concipienda; *In dubio qui rem emptori tradit, non videtur sequi fidem emptoris, nisi emptor contrarium doceat*. Atque ita communiter DD. suo tempore tenuisse refert Jo. Fab. & probant Wesemb. & Bachov. Jure civili Batavorum ad translationem sive alienationem prædiorum, censuum, decimarum, aliarumque rerum immobilium non sufficit ea privatim tradita esse, licet à domino qui plenam rem suarum administrationem habet: sed necesse est, ut

earum rerum traditio fiat publicè & coram iudice ejus loci, in quo sitæ sunt: privatim aut apud alium iudicem facta nullius momenti habetur; exceptis bonis feudali- bus, quorum traditio facienda coram domino feudi ejus- ve vicario & paribus curiæ. Hoc enim cum antea quibus- dam duntaxat in locis ex consuetudine observaretur, ge- nerali lege sancitum est à Carolo Quinto anno 1529. Ab Ordinibus additum, ut hujusmodi traditiones actis in- finuarentur, hoc est, referrentur in literas publicas, & si ex causa venditionis aut permutationis fierent, quadra- gesima pretii aut justæ rei æstimationis in usum publicum fisco penderetur, *fac. art. 37. Ord. pol. D. Gros. lib. 2. man. cap. 5. & ibi Gribi.*

## TEXTUS.

## 3. Ampliatio.

42. *Nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem suam, an voluntate ejus alius, cui ejus rei possessio permessa sit. Qua ratione si cui libera universorum negotiorum administratio permessa fuerit à domino, isque ex his negotiis rem vendiderit, & tradiderit, faciet eam accipientis.*

## COMMENTARIUS.

1. *Distinctio, qua vulgo fit inter procuratorem, cui simpliciter rerum omnium administratio commissa est, & procuratorem cum libera, ut loquuntur, latè impro- batur.*

**C**um ad dominium traditione transferendum necesse sit, ut dictum est, ut res tradatur à domino, hoc nunc ex Cajo l. 9. §. nihil autem. hoc sit. 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 ipsum eum facere videri, l. 5. §. 3. de adm. tut. l. 1. §. de jectis. de vi & de vi arm.

*Cui ejus rei possessio permessa est*] Hoc om. restituit, cui ejus rei potestas permessa est, quod quidem sensum habet commodiorem: sed tota hæc adjectio abest à Cajo, & paraphraste Græco. Unde suspicor, glossema esse, quod in textum reptavit: ob eamque causam etiam à Cujacio hoc 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. solutum. 11. §. ult. de pign. act. l. restituta. 37. in fin. pr. ad Sen. Treb. l. fundi. 33. de acq. poss. nec ulla hic exceptio est: quoniam in speciali mandato non potest dubitari de voluntate domini. An autem & mandati generalis hæc vis sit, ut procura- tor, cui universorum bonorum administratio permessa est, possit rem ad administrationem suam pertinentem sine exceptione alienare, aut in alium transferre, quæri solet. DD. comm. duo genera ejusmodi procuratorum faciunt; unum eorum, quibus simpliciter rerum omnium administratio commissa est: alterum, quibus commissa est libera, nominatim sc. hoc adjecto & procuratorem cum libera (sic loquuntur) etiam jus rem alienandi ha-

bere contendunt, modo ne id fiat animo donandi: cum autem, cui simpliciter administratio mandata est, nihil alienare posse, præter fructus aut res alias, quæ facillè corrupti possunt. Verum hæc distinctio, ut commen- titia & veteribus incognita, à *Duar. ad l. 1. §. per procura- torem. 20. de acq. poss. Donell. 4. comm. 15. Vaud. 1. quest. 47.* & aliis nonnullis doctis viris rejicitur. Et vero si ex mandato æstimandum, quid cuique liceat in re aliena, dicendum omnino videtur, curiam esse debere ho- rum procuratorum potestatem; nec quod alteri non li- cet, 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 hæres simpliciter institutus, & institutus ex assè. Administratio quatumvis simpliciter tradita, nihilominus liberè tradita intelligitur: quippe quam liberè exercere liceat in rebus omnibus, nec minus liberè, quam si specialiter de singulis mandatum esset, excepto si quid generali cujusmodicunque mandato non continetur: qualia sunt, donatio, l. 7. de donat. manu- missio, l. servus. 13. de manumiss. rei dominicæ pro alio obligatio, l. 1. §. 1. quæres pign. dar. liberatio pignoris aut hypothecæ, l. 7. §. 1. quib. mod. pign. solv. item quævis alia juris dominici remissio, l. mandato. 60. de procur. l. præses. C. de transact. alienatio quoque rerum domini, quam non exigit ratio adm. nistratonis, l. procura- tor tutorum. 63. de procur. junct. l. 12. & ult. de cur. fur. l. procuratorem. 16. C. de procur. l. 1. §. 1. de off. procur. Caf. Hinc cui simpliciter rerum gerendarum provin- cia demandata est, rem domini in judicium deducit, l. 12. de pact.: quod illis tantum licet; qui domini loco habentur, l. tutor. 22. & l. 27. de adm. tut. potest exi- gere & accipere, l. 11. de pact. l. qui hominem. 34. §. 3. de solut. creditoribus solvere, l. quodlibet. 87. eod. tit. no- vare, l. 20. §. 1. de novat. potest transigere, pacisci, jus- jurandum deferre, d. l. præses. C. de transact. d. l. 12. de pact. l. iurjurandum. 17. §. ult. de jurejur. modo ea faci- ent in re dubia & probationibus deficientibus, arg. l. tu- tor. 35. d. tit. de jurejur. Potest rem domini pignori da- re, si mandatum accepit ab eo, qui sub pignoribus sole- bat mutuas pecunias accipere, l. 12. de pign. act. potest vendere ea, quæ servando servari non possunt, l. procura- tor. 63. de procur. & quatenus negotiorum exigit adm- nistratio, etiam alia quædam ob magnam utilitatem alle- nare, arg. l. 12. & l. ult. de cur. fur. Non debet plus li- cere ei, cui libera administratio permessa est: ut enim maximè libera sit, administratio tamen est, nihil am- plius. Quod igitur de hujusmodi procuratore traditur, posse eum aliud pro alio permutare, l. procurator. 58. de proc. hoc & in superiore verum est: in utroque autem sic accipiendum, si conditio & ratio administrationis id fla- gitet: eodemque modo etiam accipi debet, quod hoc loco & apud Cajum d. l. 9. §. 4. eod. relatum est, procura- torem cum libera rem ex negotiis sibi commissis vendendo & tradendo facere accipientis. Planè potest mandatum ita concipi, ut post generalem clausulam quædam etiam specialiter exprimentur, quæ, alioqui aut non concessa, aut non tam plenè concessa intelliguntur, ut in specie l. creditor 60. §. Lucius. mand. Argumentum quod ab administratione peculii sumptum ad distinctionem suam probandam DD. afferunt, nullum est, & distinctio ad- ministrationis peculii in simplicem & liberam ex l. 70. C. quod

C. quod cum eo qui in al. pos. ipsa quoque suspecta, confer l. si convenieris. 18. §. ult. de pign. act. l. si quis. 41. §. ult. de rei vind. l. pen. §. 3. de div. & temp. prasc. l. 13. in fin. de cond. ind. l. libera. 48. pr. & §. 1. de pecul. l. ult. de novat. l. contra. 28. §. 3. de pact. l. 8. §. an pacisci. 5. quib. mod. pign. Atque hoc etiam Vaudus animadvertit d. loc. qui etiam contendit, non 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 filii vel familias, à substantia & rationibus domini patrisve separatam atque abstractam, l. 5. l. peculium. 39. de pecul. quod longè diversum sit in procuratore. Ad hæc unam eandemque servi & domini, unam patris & filii personam videri, l. 10. de ops. leg. l. ult. in fin. C. de impub. subst. §. 4. & §. post mortem. 12. infir. de iust. stip. Utcumque sit, certe alienationem, ut donent, aut jus aliquod gratuito remittant, vi generalis mandati non habent. l. 3. §. si servum. 8. de don. int. vir. & uxor. l. 1. §. 1. quæ res pign. dat. l. 7. de donat. l. 3. §. 2. vers. si filiusfam. de Sen. Mac. l. contra juris. 28. §. 2. de pact.

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 venderit tibi, aut donaverit, aut dotis nomine dederit. Quamvis enim ex ea causa tibi eam non tradiderit, eo tamen ipso, quod patitur tuam esse, statim tibi acquiritur proprietas, perinde ac si eo nomine tibi tradita fuisset.*

NOTÆ.

43. *Perinde ac si eo nomine* ] Fictioe scilicet brevis manus, ut una actio hic occultetur, l. 3. §. pen. D. de don. int. vir. & ux. Fingitur res ex priore causa restituta, & ex posteriore denuo tradita.

COMMENTARIUS.

Dictum est in explicatione §. per traditionem. sup. eod. dominia rerum transferri non nudis pactis, sed traditione. Nihil autem interesse, verè traditio fiat & naturaliter, an fictè & per repræsentationem. Fictæ traditionis usus in rebus incorporalibus necessarius est; utpote quæ natura traditionem non recipiunt, l. servus. 43. §. 1. hoc tit. pro traditione autem in his, est utendi concessio, l. ult. de serv. l. 3. de usufr. In aliis rebus propter commoditatem recepta, quo expeditior esset ratio commerciorum: & in his rebus fingitur traditio intervenire, si ea vel nota sive symbolo aut alia re quapiam repræsentetur, vel res geratur brevi manu. De ea, quæ symbolo fit, dicetur §. proximo. Fictioe 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 Cajo l. 9. §. interdum. eod. vel cum

eum, qui mihi dare volebat, aut debebat, juffero tibi dare. l. 3. §. pen. & ult. de don. int. vir. & ux.

*Nuda voluntas* ] Non quæ planè & per se nuda sit, aut præter consentium 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. de pact. l. 10. C. eod. Nam cum ne actio quidem ex hoc genere pacti competat ad dominium adipiscendum, pliusquam 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. traditionibus. C. de pact. & pignus nuda conventionem 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 fictæ & symbolica traditione, sola voluntas dominium transferre non potest. Eodem sensu quarundam rerum possessio animo apprehendi dicitur, l. antepen. de acq. poss. nimirum oppositivè ad actualem & naturalem apprehensionem.

*Commodaverit, locaverit, aut apud te deposuerit* ] Vel etiam pignori tibi dederit, l. 9. §. 1. de publ. in rem. act. Nec videberis causam possessionis tibi mutare, qui ne possidebas quidem, l. 3. §. sed si. 20. de acq. poss. Sed & si rem meam possideas, & eam tibi vendam aut tibi habere jubeam, fiet tua, quamvis possessio apud me non fuerit, l. si servus. 21. §. 1. hoc tit. l. 10. de donat. l. si rem. 62. de vi&it. Ad hoc genus fictæ traditionis etiam pertinet species l. 3. §. pen. & ult. de don. int. vir. & ux. si id quod alius mihi dare volebat, jufferim 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. si rem. de evict. & hoc §. dominium transferri nuda voluntate. Fictio sive cogitatio talis est: creditor restibi 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 Consulitis 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 jufferim tibi dare, fingitur brevi manu acceptum à me, & tibi datum; ut una actio hic occultetur, d. l. 3. §. pen. & ult. l. licet. 43. §. 1. de jur. dot. Eadem fictio intervenit & in iis, quæ singulariter circa pecuniam creditam recepta esse scribit Ulpian. l. singularia. 15. de reb. cred. sive res geratur, inter tres personas, veluti si Titium pecuniam, quam mihi debebat, jufferim 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: quanquam Africanus stricti juris retinentior fictionem istam non videtur admittere in specie posteriore, vid. l. qui negotia. 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. falsus. 43. §. 2. de furs. & ideo Ulpiani sententiam admittendam censent, si debitor præfens sit & paratus pecuniam numerare: Africani, in debitore absente, aut qui pecuniam ad manum non habeat: quippe disertè Africanum loqui de eo, qui epistolam militi ad creditorem, ac proinde de eo, qui absit. D. Don. in d. l. singularia. de reb. cred. n. 22. & seqq. ut ut sit, hoc jure nunc utimur, ut absentia hujusmodi fictiones non impediat. Plura diximus lib. 1. select. quæst. c. 40.

## TEXTUS.

## De traditione clavium.

44. *Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem.*

## NOTÆ.

44. Tradiderit emptori] Apud horreum, d. l. 74. in præsentem, l. 1. §. pen. D. de acq. poss.

## COMMENTARIUS.

**H**oc §. agitur de eo genere fictæ traditionis, quæ nota aliqua aut symbolo veram representat; cujus una species proponitur, si mercibus certo loco conclusis, quas dominus mihi traditas velit, claves ejus loci mihi tradantur, ex d. l. qua ratione. §. item si. hoc sit. 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 donat. Trabium & tignorum obfignatio pro eorum traditione valet, l. quod si. 14. §. 1. de per. & comm. rei vend. Item custodis appositio, si res non facile loco moveri possint propter magnitudinem ponderis. l. antepen. de acq. poss. Potest & sine nota actus aliquis traditionem representare: nam si in re præsentem & 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. quod meo. 18. §. 2. de acq. poss.

*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 acquiritur, haud secus ac si res ipsæ conditæ nobis traditæ essent, d. l. qua ratione. §. item si. d. l. 1. §. pen. l. clavibus. 74. de consr. empt. Cæterum hoc ita, si claves traditæ sint apud ipsum locum, in quo res conditæ sunt, d. l. clavibus. Nam & symbolica traditio talis esse debet, ut per eam res potestati nostræ statim subjiciatur: quod non fit, si alibi claves tradantur: & ideo rectè hoc expressit Theoph. in παρρησιῶς τῆς ἀρχῆς.

## TEXTUS.

## De Missilibus.

45. *Hoc amplius, interdum & in incertam personam collata voluntas domini transfert rei pro-*

*rietatem: ut ecce, prætores & consules cum missilia jactant in vulgus, ignorant quid eorum quisque sit excepturus: Et tamen quia volunt, quod quisque acceperit, ejus esse, statim eum dominum efficiunt.*

## COMMENTARIUS.

**E**t si regulariter in translatione domini non minus persona accipientis, quam tradentis certa esse debet, ut affectus ab utraque parte contrahentium currat, ut in omnibus. 55. de obl. & act. eventum tamen interdum, ut dominium per traditionem transeat in personam accipientis incertam, veluti cum missilia jactantur aut sparguntur in vulgus, quod exemplum hoc loco proponitur, & l. 9. §. pen. eod. Etenim qui pecunias suas ita spargit aut projicit, in nullius certæ personæ destinationem fertur, & planè ignorat, quis quid earum rerum sit accepturus. Utique tamen quia palam est, velle eum, quod quisque ex sparsis apprehenderit, id sibi habere, æquissimum est & naturali rationi consentaneum, ratam haberi domini voluntatem, arg. §. per traditionem. sup. eod. Poterat videri, quod ita sparium est, pro derelicto habitum, & ideo apprehendenti 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 apprehendendus; quo animo non est is, qui rem pro derelicto habet.

*Prætores & consules]* Desunt hæc apud Cajum: & vix est ut reperias, magistratus populi Romani consules aut prætores missilia sparsisse. Principes id fecisse legitur apud Sueton. in August. c. 98. in Calig. c. 18. in Neron. c. 11. Ut consules sparserint, è Græcorum consuetudine fluxisse videtur: quam Marcius non sine causa sustulit, l. 2. C. de consul. & non sparg. pec. lib. 12. revocavit ad certum modum Justinian. Nov. 105. c. 2. §. 1. qua constitutione permittitur volentibus consulibus missilia spargere & muneribus honorare populum, dum ne id sæpius faciant, 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 a domino habitam occupaverit quis, statim eum dominum effici. Pro derelicto autem habitur, quod dominus ea mente abjecerit, ut id in numero rerum suarum esse nobis: ideoque statim dominus ejus esse desinit.*

## COMMENTARIUS.

1. *Qua requirantur, ut res pro derelicto habitam censeatur.*
2. *Pro derelicto habitam statim nostra esse acquirere, alterius autem non fieri, nisi possessio eorum apprehensa fuerit.*

**R**es pro derelicto habitam statim nostra esse desinit & nullius fit, ideoque secundum jus de rebus nullius



occupanti conceditur. Pertinet igitur hic modus acquirendi ad inventionem, ut supra quoque monuimus §. *item lapilli. eod.* 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. Spario species donationis est, & liberalitas, qua, qui spargit, populum demereri studet: abiectione 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 è converso, nolle amplius suam esse, nisi eam abjiciat, aut si immobilis est, ab ea discedat hoc animo, ut eam amplius habere nolit: dominus esse non definit: in quo dominium differt à possessione, quæ solo animo amittitur, l. *si quis. 17. §. 1. de acq. poss.*

*Ideoque statim dominus esse desinit*] Res pro derelicto habita statim ut abjecta aut deserta est, nostra esse desinit: quia iisdem modis res desinit 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.* sicut enim fieret, ut si quis eam rem furandi animo abstulisset, furtum commississe intelligeretur: quod est absurdum, l. *falsus. 43. §. 5. de furs.* Quod si dominus non sit, à quo res derelicta est, non sit statim occupantis; sed poterit, qui occupavit, eam usucapere, l. 4. *pro derel.* Illud constat, pro derelicto habita, ut cætera, quæ nullius sunt, non acquiri ei, qui primus ea videre cœpit & notare oculis, sed qui primus possessionem eorum nactus sit. Sic Acanthos insula deserta adjudicata fuit Chalcidensibus, qui priores intraverant; non Andriis, qui priores jaculum immiserant, *Plutarch. qu. Græc. 29.* quoniam possessionis initium, est corporis ad corpus adjunctio: qualis circa res mobiles maximè fit manibus; circa res soli, pedibus. *D. Groenew. mar. lib. c. 2.* Sunt qui pro derelicto habita fisco nunc adscribenda tradunt, *D. Cyprian. Regn. cons. Belg. hic post Zypa. notit. jur. Belg. tit. de jur. fisc.* quibus non assentior, per ea, quæ nos ad §. 39. *sup. eod. & Groenew. de ll. abrog. ibid.*

T E X T U S.

De jactis in mare levandæ navis causa. Item, de his quæ de rheda currente cadunt.

47. *Alia sanè 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 pericu-*

*lum effugiat. Quæ de causa si quis eas fluctibus expulsum, vel etiam in ipso mari nactus, lucrandi animo abstulerit, furtum committit. Nec longè videntur discedere ab his, quæ de rheda currente, non intelligentibus dominis cadunt*

N O T A.

47. *Furtum committit*] Hujus loci interpretem habes Ulpian. d. l. 43. §. *pen. & §. 4. cum aliquos seqq. D. de furs.*

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

1. *Quæ levanda navis gratia ejiciuntur, non eo animo abjici videri, quod quis eas habere nolit.*
2. *Eum, qui alienum quid in via jacens lucri faciendæ causa tollit, furti obstringi, licet ignoret cujus sit.*
3. *Quid, si nemo rem inventam post proclamationem repetat.*
4. *An præmium indicii honestè peti possit.*
5. *Quid circa res ejectas aut naufragio perditas hodiernis moribus obtineat.*

EX iis, quæ præcedenti §. dicta sunt, intelligi potuit, pro derelicto habendum non esse, quod dominus non ideo abjecit, quia amplius suam 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.

*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, abluros; & si suspicati fuerint, in quem locum ejectæ sunt, requisituros: sed ut levata nave maris periculum effugiant. Perinde igitur hoc est ac si quis onere pressus in viam rem abjiceret; mox cum aliis reverfurus, ut eam auferat, l. 8. *ad leg. Rhod.* quam ob causam res ita jactas dominorum permanere rectè hic concludit Justinianus cum Cajo in l. 9. §. *ult. hoc tit.* & Paulo l. 2. *in fin. ad leg. Rhod. fac. l. si quis merces. pro derel. l. interdum. 21. §. 1. de acq. poss. l. quacunque. 58. hoc tit.* Cum his tamen Ulpianum committit Hotomannus, existimans, eum à cæteris omnibus dissensisse, ac putasse, jactum fieri animo derelinquendi, aut saltem credendum esse, plerumque eo animo fieri, & quasi periturum sit, quod jactatur: sic enim scribit in l. *falsus creditor. 43. §. pen. de furs.* Respondet Wesembecius, Ulpianum eo loco de jactu spontaneo loqui, de eo videlicet, qui simpliciter nec urgente ulla necessitate res aliquas in mare projicit: hunc in hac actione merè voluntaria credibile esse pro derelicto velle habere id, quod videtur ut periturum jactare. Quam responzionem, licet eam ut ineptam explodat Bachovius, locus ipse non parum juvat, nam ex sine d. §. *pen.* manifestum est, Ulpianum distinxisse inter id, quod simpliciter & non simpliciter jactatum sit.

*Cum ipsa navi maris periculum effugias*] Mercator nunquam mercium suarum jacturam faceret, nisi speraret majus se malum hoc pacto declinaturum, mortem nimirum. Facit igitur hoc *ἐκ τῆς ἀνάγκης καὶ τοῦ κινδύνου*, ut hæc actio mixta sit ex spontaneo & invito. Invita est, si causam spectes, quæ extrinsecus impellit, ut jactura fiat: spontanea, si causam proximam & principium inter-

num, 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 prove derelicto habitam, *d. l. falsus creditor. §. pen. & §. sed si. 6. 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 *Qua de rhoda corrente 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 essent: nihil enim ad furtum minuendum facit, quod, cujus sit, ignoret, *d. l. falsus. §. qui alienum.* 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, rectè probeque faciet, si libellum proponat, continentem, invenisse se, & redditurum ei, qui suum id esse demonstraverit: hoc enim factò palam ostendat, sed non tulisse eam rem animo furandi, *d. l. falsus. §. sed si. 7. & seq.* 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; si dives est, bene & piè fecerit, si in usus & alimoniam pauperum eam convertat, ita *Bart. ad d. l. falsus. §. qui alienum. Fab. Cantuinc. Schneid. hic.*

3 *Qui hoc obiter etiam tractant*, an is, qui rem alienam invenit & indicavit, si nihil impensæ ejus gratia fecit, præmium indicii honestè petere possit: & ajunt, non posse, quamvis ultro oblatum honestè accipiatur: quod etiam satis apertè significat *Ulp. d. l. falsus. §. quid ergo. 9.* ubi pro eo, quod in vulgaris editionibus omnibus atque in ipso etiam Pisano codice legitur, *Quid ergo, si Ægyptos, qua dicunt, petat, &c.* Budæus ex vectigiis exilibus antiqui exemplaris, ut ipse ait, restituit, *Quid ergo, si ea, qua dicunt Græci μίντεγ, petat, sed nulla necessitate: nam Æπτεγ non minus Græcum est, quam μίντεγ, atque ut hoc præmium indicinæ, ita illud præmium inventionis significat. Illud non ambigitur, posse, si res nondum reperta est, ejus perquirendæ nomine & peti honestè indicium & accipi, *fac. l. 4. §. si tibi. de cond. ob surp. ca.* 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 desumpta est ex constitutionibus Frederici Secundi *de statutis & consuetudinibus contra ecclesiam libertatem editis tollendis coll. 10.**

5 De rebus in tempestate ejectis aut naufragio perditis, inque littore inventis aut extractis è mari, idem in hac regione antiquitus jus fuit, quod nunc Principum ferè omnium maris accolarum commune est, fisco statim ut

vindicarentur: adeoque ipsa etiam fragmenta & tabulas quassatarum scopulisque illis arum navium. Cæterum aucta navigatione inque dies magis atque crescentes, visum est placitumque Ordinibus hujus provincie, ut suas cuique res ruptas deperditasque repetere liceat; modo id faciat intra annum & sex septimanas, impensæque refundantur, quæ fortè factæ sunt ab harum rerum susceptoribus. Hoc tempore elapso publicantur; & fisco acquisitæ esse intelliguntur, *Placit. Dan de Sedristen/ Phil. 2.* qui tamen facilè patitur eas redimi, *Grot. 2. manu dicit. 4.* Graviter in præcipitem illam publicationem rerum ad littus ejectarum *lib. 1. de Republ. c. 10.* invehitur Bodinus: *Barbarum id quidem*, inquit, *& antiquis iniustum, ut, cujus opes ac fortuna naufragio misè perierint, & quem nostris opibus sublevare debeamus, ejus reliquias, quas ad littus ejectas bonæ fide restitui oportebat, turpe diripi patiamur. Sic tamen*, inquit, *vivitur, ut, qui portus habent, eam crudelitatem sum in civem sum in peregrinos exequantur. Jus queris! Error jus facit: at si non peccatur errore, sed scientia, scelus est, quod erroris specie præsensur.* Mera sanè injuria est, nulla probabili cæusa præcedente suum alicui auferre: atque ob id antiquis semper religiosum fuit bona naufragorum fisco addicere. Extat constitutio Constantini in *C. Justin. tit. de naufrag. lib. 11.* in hæc verba: *Si quando naufragio navis expulsa fuerit ad littus, vel si quando aliquam terram attigerit, ad dominos pertineat; fisco meus sese non interponat. Quod enim jus habet fisco in aliena calamitate, ut de re tam lucrosa compendium sectetur?* Bene Euripides in *Helena*;

*Ναυαγος ἦν κω ξίφος, ἀσύλητον γίνετο.*

Dion Præcænsis orat. 7. de naufragio locutus: *Μὴ γὰρ ἐν ποτὶ, ἢ Ζεῦ, λαβὴν μηδὲ κερδίσαι κέρδιον πλοῦτον δὲν ἀνθρώπων δυσχερῆς.* Potest etiam huc accommodari locus Castiodori, *lib. 4. var. 7.* ubi sic scribit: *Crudelitatatis genus est, ultra naufragium velle desavire, & illos ad dispendia cogere, quibus inopem vitam probantur immania elementa dedisse, add. auth. navigia, C. de furt. Gail. 1. observ. 18. Gudelin. lib. 5. de jur. nov. cap. 10. Christin. vol. 5. decif. 64. Grot. de jure belli & pac. lib. 2. c. 7. in pr. Groenew. 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 Petr. Peck. de leg. Rhod. Doctiff. Salmasius cap. 5. de mod. usur. putat, non Constantinum, sed Antoninum auctorem esse memoratæ constitutionis sub tit. *C. Just. de naufrag.* id stylum ostendere, & veteres libros testari, nec relatam esse sub eod. tit. in Cod. Theodosianum, quod & D. Contius antea observavit. Ea autem constitutione Antoninum abrogasse legem Rhodiam, qua parte naufragia fisci esse, & ad publicanos pertinere sanxerat, *πὶ ναυαγία τῶν πελοπονῆσιον,* atque esse hanc constitutionem posteriore rescripto ejusdem Antonini, quod extat in *l. ἀξίωσις, de leg. Rhod.* quò naufragos ad legem Rhodiam remisit. Ostendit etiam, rescriptum istud multis modis corruptum esse; & in d. constitutione pro, *vel si quando reliquam terram attigerint*, ut omnes libri scripti habent, legendum, *vel si quando reliqua terram attigerint.* Nec dubium, quin in *d. l. ἀξίωσις. 9. de leg. Rhod. pro τῶν ἑ δημοσίον,* ex ejusdem Salmasii sententia, quam & Grotius probat, reponendum sit, *τῶν ἑ δημοσίον,* id est, *πελοπονῆσιον,* à publicanis.*

## TITULUS II.

## DE REBUS CORPORALIBUS ET INCORPORALIBUS.

Continuatio.



Ux de acquirendo jure gentium dominio dicta sunt titulo præcedenti, ea pertinent duntaxat ad acquisitionem rerum corporalium. Sunt autem & res quædam incorporales, quæ & ipsæ in patrimonio sunt, & suis quoque modis, prout earum fert natura, tum jure gentium tum civili singulis acquiruntur. Non est igitur principalis divisio, quæ hoc titulo proponitur; sed divisio quædam rerum privatarum, sive earum, quæ in bonis aut patrimonio sunt. Cajus hanc principali continenter subjecit, l. 1. §. 1. de rer. div. unde hunc transtulit Justinianus.

## TEXTUS.

## Secunda rerum divisio.

*Quadam præterea res corporales sunt, quadam incorporales. Corporales hæc sunt, quæ sui naturæ tangi possunt; veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum, & denique alia res innumerabiles. Incorporales autem sunt, quæ tangi non possunt: qualia sunt ea quæ in jure consistunt, sicut hæreditas, ususfructus, usus, & obligationes quoquo modo contractæ. Nec ad rem pertinet, quod in hæreditate res corporales continentur: nam & fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt: & id quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum jus hæreditatis & ipsum jus utendi fruendi, & ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt & jura prædiorum urbanorum & rusticorum, quæ etiam servitutes vocantur.*

## NOTÆ.

*Quadam præterea*] Totus hic titulus descriptus est ex Cajo l. 1. §. 1. D. de rer. div.

*Pecunia*] Hic apertè pecunia inter res corporales numeratur, ut & apud Cajum d. l. 1. & nihil notius est, quam nummos æquè ac cætera corpora vindicari posse, l. 14. de reb. cred. §. ult. inf. quib. al. lic. opponuntur interdum corpori, l. 46. D. de cond. ind. l. 5. pr. de imp. in rem dot. l. ult. de adim. leg. at tunc non omne corpus simpliciter, sed certum intelligi debet. l. 68. D. ad sen. Treb. l. 10. C. de accept. & in quo præter corpus nihil consideratur.

*Ipsam jus hæreditatis*] Cajus ipsam jus successioneis à quo & hæreditas definitur successio in universum jus, quod defunctus habuit, l. 24. de verb. sign. sed hæc improprie: nam succedere non hæreditatis est, sed hæredis. Hæreditas autem est res acquisitioni subjecta, & quæ hæredi per successionem acquiritur. Jus vero di-

citur, quia universitatem denotat, patrimonium defuncti cum oneribus; non res singulas seorsim, l. 119. l. 208. d. t. Hæc plana præ iis, quæ alii.

## COMMENTARIUS.

1. Inter res corporales etiam nummos rectè numerari.
2. Ea, quæ in jure consistere dicuntur, non esse mera entia rationis.
3. Quo sensu hæreditas, ususfructus, obligatio, jura dicantur: & rebus ipsis opponantur.
4. Hæreditatem proprie neque successionem esse, neque jus succedendi, neque rem, quæ succedit, sed jus, quod per successionem acquiritur.
5. Jura prædiorum quo aspectu servitutes dicantur.

*Usi natura tangi possunt*] Hoc est, quæ sub tactum cadunt, quas si præsentem sint, corpore & manu apprehendere, cæterisque sensibus percipere possumus. Ait autem, hujusmodi res esse fundum, hominem, &c. fundum, puta Tusculanum; hominem, Stichum; res, nimirum singulares & substantias primas. Nam secundæ sive universalialia à sensibus remota sunt, Aristot. 1. analyt. c. 31. Utrum autem universalialia sint merum opus intellectus & figmenta phantasie, an quid realem essentiam habens & revera subsistens in rebus singulis, philosophorum disputatio est.

*Aurum, argentum*] Non tantum rude, sed etiam signatum, nummi aurei aut argentei, licet contra disputet D. Hotomannus illustr. quæst. 15. Nam oppositum est in appposito, sive contradictio in adjecto, si quis dicat argentum signatum corpus non esse. Spectatur quidem in pecunia maximè valor publicus, l. 1. de contr. empr. & respectu hujus valoris nummus nonnunquam opponitur iis rebus, in quibus præter corpus nihil consideratur, ut in l. qui hæredis. 46. de condit. ind. Cæterum qui nummos & pecuniam negant aliud esse aut significare, quam valorem & quantitatem, næ illi vehementer falluntur: utique enim & materialiter pecunia considerari potest, cum materia pecuniæ, argentum, aurum, fundamentum sit valoris: de quo belle & doctè Salmasius lib. de usur. pag. 455. Et corpora etiam in pecunia cogitari posse, non quantitatem duntaxat, testis est Papinian. l. si u. 94. §. 1. de solut. Quin Justinianus hoc ipso tit. & Cajus l. 1. §. 1. de rer. div. expressè pecuniam inter res corporales numerant. Denique quid notius est, quam nummos æquè ac cætera corpora vindicari posse? Nihil me movet, quod apud Pomponium l. si pœna. 19. §. 2. de cond. ind. legitur; Si falso existimans me debere nummos solvere, 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 confusum 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, deminutionem dotis per impensas necessarias fieri ipso jure, ubi non sunt corpora, sed pecunia: neque enim corpora pecuniae opponit, ut non corpori: sed eadem 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 tantundem, l. res in dotem. 42. de jur. dot. Idem respondentum ad l. ult. de adim. leg. Alibi cautius summa aut numerata pecunia non simpliciter corpori, sed certo corpori opponitur, l. si hæres. 68. pr. ad sen. Treb. l. 10. de accepti.

[Qualia sunt, qua 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 incorporæ. 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 acquiri possunt, & patrimonium nostrum augent. Usucapio autem non est res, quæ acquiritur, sed causa & modus acquirendi; uti & gens & agnatio: gente enim & agnatione hæreditas obvenit. Tutela onus est & minus publicum. Quid est ergo, quod ait, qua in jure consistunt? Fuscus est, inquit Weseemb. intellectus seu recta ratio. Qua igitur in jure consistunt, ut alia omnia, qua sunt rationis, ea tantum intelliguntur, inquit, non sunt. Ita loquitur Weseembec. quasi existimet ea, quæ in jure consistere dicuntur, esse mera entia rationis & intentionalia duntaxat: quomodo & D. Tuningius; quia e dicit esse notiones & intelligentias; quas Platonicæ Ideas vocant: neque aliud iudicium Donelli fuit lib. 5. com. 1. Sed quæso quid tam absurdum est, quam dicere, hæreditatem, bonorum possessionem, usumfructum, servitutes prædiorum, pignus, obligationes, actiones, fignenta esse intellectus, natura nihil esse? Amabo te, si tibi luculenta hæreditas relicta sit, aut opulenti patrimonii usumfructus somniumne esse putabis phantasiæ aut ideam Platonicam? quamquam sunt ἀφράδεια καὶ ἀνεχέεστα. Sicut autem habendum est, res hujusmodi in jure consistere dici & his corpora opponi, non quia revera & natura non sint, aut extra considerationem juris non subsistant, sed quia à jure quodammodo existentiam suam, hoc est, certam ac definitam formam acceperunt: quippe jus civile harum rerum naturam quasi pro arbitrio formare potest; cujusmodi potestatem in rebus corporalibus non habet. Atque hoc sensu accipiendum, quod Fab. & Ang. tradunt, ea dici in jure consistere, quæ à jure substantiantur, creantur & nominantur. Habent enim utique & veram suam essentiam, suntque omnino entia realia, sicut & quævis alia accidentia, ita propemodum & D. Bachovius.

[Sicut hæreditas, ususfructus, usus, & obligationes] Hæc omnia hæctenus quidem rectè conjunguntur, quatenus jura sunt sive res incorporales. Cæterum dissimilium harum rerum ratio est, quatenus rebus ipsis opponuntur, ut mox ostendemus. Hæreditas universitatem bonorum significat, in quæ hæres succedit: & quia appellatione sua universim bona omnia & jura defuncti, etiam quibus ille aliis tenebatur, comprehendit, hæc consideratione non ineptè jus dicitur, l. hæreditas. 119. l. pecunia. 178. §. 1. l. bonorum. 208. de verb. sign. Unde Papinian. l. hæreditas. 50. de her. per. hæreditas, inquit, etiam sine ullo corpore juris intellectum habet. add. l. 3. de bon. poss. Obligatio quatenus à parte debitoris consideratur, jus non est, sed vinculum juris, quo ille adstringitur ad dandum aliquid aut faciendum, inf. de oblig. in pr. A parte autem creditoris, qui debitorum ita adstrictum habet, non malè jus dicitur, quod ex contractu acquiratur & numeretur in bonis. Etenim jus illud non est jus in re, sed tantum ad rem, tribuens creditori actionem in personam duntaxat, non rei vindicationem, & ideo tractatio de obligationibus earumque acquirendarum modis non est hujus loci, in quo Justiniano propositum est docere, quibus modis acquirantur jura in rem dominio non abfimilia, sicut ipse aperte significat in §. ult. de us. & hab. & de obligationibus demum tractare incipit tit. 14. l. 3. In usu & usufructu, quatenus uterque ut jam constitutus & acquisitus consideratur, plus est: sunt enim hæc jura in re, quæ usuario & fructuario pariunt actionem confessionariam, quæ in rem est, §. 2. inf. de act. De horum constitutione & acquisitione agitur tit. 4. & 5. hujus libri.

[Nam ipsum jus hæreditatis, &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 putat, rem, quæ veniit, obligationem esse? At quo pacto hæreditas à rebus singulis hæreditariis secernatur, non usque adeo obvium. Quod Justinianus ait, ipsum jus hæreditatis incorporale esse, Cajus l. 2. §. 1. de rer. div. dixit, ipsum jus successionis tale esse: & Africanus, l. bonorum. 208. de verb. sign. hæreditatis appellatione jus successionis, non singulares res demonstrari. Quid ergo? estne hæreditas jus successionis? Si figuratè id accipias pro eo jure, quod per successionem acquiritur ut acquiri potest, concedo esse. Si propriè, nego. Quid enim aliud est jus successionis, quam jus succedendi? At jus succedendi ex testamento aut lege est, idque hæres habet priusquam hæreditatem adeat: hæreditatem autem non ante habet, quam eam adierit, l. delat. 151. de verb. sign. §. ult. de her. qual. tot. tit. de acq. her. Jus succedendi decedens intra annum transmittit ad hæres suos; hæreditatem vero non transmittit, l. cum in antiquioribus. 19. C. de jur. del. Aliud igitur est jus successionis, aliud hæreditas, Sed estne hæreditas ipsa successio? Sanè à nostris definitur successio in universum jus, quod defunctus habuit, l. nihil. 24. de verb. sign. l. hæreditas. 62. de reg. jur. Verum & hoc improprie dici de hereditate fatendum est: non enim ipsa hæreditas, sed susceptio hæreditatis, successio est; quippe succedere non hæreditatis, sed hæredis est: unde hæres passim universi juris successor appell.

appellatur. Ad eundem 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 cum per se liquidum est, tum confirmatur ex eo, quod de bonorum possessione, quæ effectu nihil aliud est, quam hæreditas, Ulpian. d. l. 3. in pr. scribit, bona accipienda, esse universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui, iudicaturque ejus rei commodum & incommodum. In jus demortui succedit, & commodum atque incommodum suscipit non hæreditas aut bonorum possessio, sed hæres aut bonorum possessor. Atque, ut verbo dicam, hæreditas, ut res cæteræ, objectum est acquisitionis, & res, de qua acquirenda agitur; successio, modus per quem illa acquiritur: jus succedendi, jus, quo delata acquiriri & obtineri potest. Quamobrem nec Theophilus rectè hæreditatem definit esse jus, quod alieni patrimonii me universalem dominum efficit: non enim hæreditas id efficit, sed successio sive hæreditatis agnitio. Imo alienum istud patrimonium nihil aliud est simul sumptum, quam ipsa hæreditas. Nec Hotomannus jure carpit M. Tullium Ciceronem, quasi non satis intelligenter, nec ad subtilitatem juris civilis accommodatè hæreditatem definiert pecuniam, qua morte alicujus ad aliquem pervenit jure; nec ea aut legata testamento, aut possessione retenta sit; cum hæreditas, ut ait Hotomannus, non pecunia sit, sed jus acquirenda pecunia, sive jus succedendi. Quanto enim intelligentius & subtilius Cicero posuit, quenquam offenderet debet, cum etiam nostri testentur, pecuniæ appellatione res omnes & tam jura, quam corpora contineri, l. pecunia. 22. de verb. sign. August. de disp. Christi c. 6. Totum quicquid ho-

mines possident, in terra pecunia vocatur, servus sit vel ager, arbor, pecus, quicquid horum est pecunia dicitur, ut apud Græcos χρηματὰ Olympiodor. in Phædon. Plat. ἀμοιβῶν, ὅτι χρηματὰ καλεῖ ὁ Πλάτων πάντα κτήματα. Diiplicet etiam nunc mihi D. Donelli opinio, quam aliquando secutus sum, qui lib. 6. com. 2. hæreditatem esse contendit rem ipsam, quæ succedit in universum jus defuncti, propterea quod hæreditas jacens in quibusdam fingitur vicem personæ defuncti & domini sustinere, l. hæreditas. 34. & l. hæreditas. 61. de acq. rer. dom. Nam illa consideratione hæreditas non magis res dici potest, quæ quidem subiecta sit acquisitioni, quam defunctus ipse, cujus personam repræsentare fingitur. Res ipsa loquitur, hæreditatem nihil aliud esse, quam patrimonium cujusque defuncti cum oneribus, cens. Oberlebens boedel / ut tribus verbis definit D. Grot. 2. manud. 11. ita tamen, ut appellatione sua universitatem demonstret, omniaque defuncti bona, jura, onera simul comprehendat, non res singulas seorsum, l. bonorum. 208. de verb. sign. Atque hoc sensu jus dici, corporibusque quæ in hæreditate sunt, opponi arbitror.

Eodem numero sunt & jura prædiorum] Servitutes prædiorum, etiam si 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. quid aliud. 86. de verb. sign. Quod autem ait, jura prædiorum etiam servitutes vocari, non sic intelligi oportet, quasi eadem prorsus sint jura & servitutes: nam servitus propriè non jus, sed juris privatio & imminutio est: l. 5. §. & belle. 9. de op. nov. nunt. verum, 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 activè, in hoc passivè.

TITULUS III.  
DE SERVITUTIBUS RUSTICORUM ET URBANORUM  
PRÆDIORUM.

Dig. Lib. 8. Tit. 1. & 2. C. Lib. 3. Tit. 34.

1. Servitutis, qualem hic intelligimus, definitio, ejusque explicatio.
2. Species servitutis. Quid sit servitus prædii; quid ea requiratur: de quo tamen latius num. 4.
3. Omnes servitutes prædiorum perpetuam causam habere debere: & quid veteres per causam perpetuam intelligant.

**S**ervitutis & libertatis nomina etiam rebus inanimatis & brutis tribuuntur, sed per translationem & longè alio significato, quam cum personæ servire dicuntur in disputatione de statu hominum. Illic suo quæque domino personæ 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 fac. l. qui uti. 90. de

verb. sign. Etenim quod ex re sua percipit dominus, id ei res ipsa ultro præstare videtur, libereque id facere, & cum quadam velut propensione voluntatis, quasi natura 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 planè est divisio, quæ servitute distribuitur in tres species; in merè personalem, merè realem, & mixtam: nam merè personalis, quæ hominum est, & sola propriè servitus, una cum reliquis, quæ tantum ἀναλόγως id sunt, quod dicuntur, eidem generi ut species ejusdem subijci non potest. Igitur servitus, qualem hic intelligimus, est jus in re aliena alteri constitutum, quo dominus, quod huic alteri commodum sit, aliquid aut pati in suo, aut in suo non facere cogitur. Dicimus, servitutem esse jus, habita scilicet relatione ad eum, cui constituta est: & video in omnibus suis speciebus ita eam à nostris definiri; in itinere, actu, via, aquæ ductu; hoc tit. in pr. & l. 1. de serv. præd. rust. in servi-

servitutibus prædiorum urbanorum; §. seq. & l. 2. de serv. præd. urb. in usufructu, pr. sis. 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. & belle. 9. de op. nov. numt. Ajo, esse jus, quo dominus aliquid pati in suo, aut in suo non facere cogitur, ex natura omnium servitutum, l. quotiens. 15. §. 1. de serv. Pati in suo, puta re sua utentem fruuentem, 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. Planè 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 amceniorum nobis prospectum præstet, d. l. 15. §. 1. obligatio hæc erit, non servitus constituta: & ideo prædio alienato non sequetur actio novum possessorem, ut sit ubi servitus constituta est, l. cum fundo. 36. de serv. præd. rust. l. neque. 19. quis. mod. us. am. sed in eum, qui id facere promissit, hæredemque ejus actio in personam dabitur, l. actio. num. 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 rejud. l. stipulationes. 72. de verb. obl. §. ult. inf. eod. Una servitus oneris ferendi à natura reliquarum nonnihil degenerat, de qua dicemus §. 1. inf. hoc tit. Quod adjecti de commodo, id finem servitutis respicit; neque enim ulla est servitus, quæ non commodi nostri causa constituatur, aut certè alicujus amcenitatis, d. l. 15. in pr. de serv. l. 3. de aq. cott. & est. Non autem præcisè requiritur, ut præfens sit utilitas, sed sufficit, natura tale jus esse, ut aliquando usui esse possit: quomodo cum D. Duareno accipienda l. pen. de serv. Porro species harum servitutum duæ sunt: quædam enim sunt rerum sive prædiorum, quibus in usu juris generis ferè 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 ser. l. si mihi. 20. §. ult. de serv. præd. rust. l. si quis. 32. de usufr. De servitutibus prædiorum agitur hoc tit. de personalibus tit. proximo & seq. Servitus prædii est, quæ prædio alieno imponitur ad vicini prædii utilitatem. Duo igitur hic prædia sunt necesse est, quorum unius causa servitus constituatur, alteri imponatur: unum dominetur, alterum serviat, l. 1. §. 1. com. præd. §. 3. inf. hoc tit. Requiritur in his prædiis vicinitatem: neque in rusticis tantum, quod D. Vultejus facit & Joan. Superior. ad. l. 3. de serv. verum etiam in urbanis, l. 5. §. 1. de serv. præd. rust. l. si ades. 38. & l. seq. de serv. præd. urb. Etenim vicinitatem non ex prædiorum conjunctione aut confinio, sed ex commoditate utendi metimur, ut intermedium prædium aut locus non officiat, si non impediatur liberum usum servitutis, l. 7. §. ult. l. ult. de serv. rust. præd. l. 7. §. 1. com. præd. l. 1. de serv. præd. urb. l. 4. §. ult. si serv. vind. l. servitutes. 14. §. ult. de serv. l. si prius. 17. §. 3. de aq. pluv. arc. Duar. & ad d. l. 14. §. ult. Don. 11. comm. 2. Capoll. 18. de serv. urb. præd. n. 2. Omnes vero servitutes prædiorum, ut veteres definiunt, perpetuam causam habere debent, l. foramen. 28. de serv. præd. urb. Perpetuum illis est, quodcumque ex naturali causa oritur, & si non sit assiduum: ut ecce, aqua

pluvia ex naturali causa oritur, et si non assidue pluit, d. l. 28. quod enim naturaliter sit, 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. §. Arist. si serv. vind. Causam servitutis vocant id, cujus aut arcendi a nostro, aut in nostro habendi gratia servitus constituta est; verbi gratia, in stillicidio & aquæ ductu, causa, ob quam hæc 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 fons. Interpretes vulgo, dum distinguunt inter servitutes continuas & discontinuas, causam confundunt cum possessione. 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. Mela. 14. §. ult. de alim. leg. aut etiam ei, qui habet vicinum, si non sit constituta illius prædii causa, & revera prædio utilis, l. si ades. 38. de serv. præd. urb. l. 6. in pr. & §. 1. de serv. præd. rust. coque pertinet quod scribit Paul. l. 8. de servis. ut pomum decerpere liceat, ut spatari & 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 tolli ea præstetur, licet ad utilitatem quoque prædii constituta sit, l. 4. de serv. præd. rust. Ita nonnunquam ex accidenti fit, ut natura servitutis alteretur, add. Coraf. ad d. l. 8. Don. 9. comm. 21. Wes. parat. de serv. præd. rust. num. 3. Porro autem ut prædia vel rustica sunt, vel urbana, ita quoque & servitutes, quæ iis inherent, vel rusticæ sunt vel urbanæ. Prædia rustica sunt loca ædificiis vacua, in urbe area, ruri ager, l. fundi. 211. de verb. sign. non enim loco, sed materia & genere distinguuntur, ut postea plenius intelligetur.

## T E X T U S.

## De servitutibus rusticis.

*Rusticorum prædiorum jura sunt hæc: iter, actus, via, aquaductus. 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. Aquaductus est jus aqua ducenda per fundum alienum.*

## • N O T A.

*Ambulandi*] Ire est transire, sive per alienum prædium in suum recta pergere: ambulare, animi gratia spatari in secessibus, eandemque viam ire & redire, quod tamen hic non ut jus aliquod principale consideratur, sed ut illius juris accessio, & ita non obit. l. 8. D. de serv.

Non

*Non etiam jumentum*] Jumentò vehi potest, jumentum, ἀρτοποιῶν κτήνη, agere non potest.

*Etiã sine jumento*] Ex tacita voluntate & sententia constituentis, arg. l. 21. de reg. jur. secus, si contra expressè convenerit, l. 4. §. 1. si serv. vind.

*Via in se consistit*] simudis, ut totum partes, arg. l. 13. §. 1. D. de accept. Itaque via per se intelligi non potest sine jure eundi, &c. l. 13. D. de servit. nihilque mutandum in definitione viz, qua una præcedens utraque rectè comprehensa est. De differentiis actus & viz v. Cujac. 22. obs. 35. l. 7. l. 8. l. 12. §. 1. de S. P. R.

COMMENTARIUS.

1. Eum, qui iter habet, rheda vehi non posse, contra Capollam.
2. An spatari 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 actus infet & iter sine jumento.
6. In definitione via nihil mutandum, & quid inter viam & actum intersit.
7. De aquaductu quadam observatu digna.

**S**ervitutes rusticorum prædiorum sunt, quæ prædiis rusticis inhærent. Sunt autem longè plures, quam hic enumerantur. D. Donellus 11. comm. 6. doctrinæ causa ad tria genera eas revocat; nam, ut elegantè & eruditè ostendit, aut eo pertinent, ut per alienum fundum ad nostrum perveniatur, eove quid accedat; aut ut quid ex vicino sumere liceat, quod ad usum prædii nostri aut pecorum, quæ prædii causa habentur, transferatur; aut ut prædium nostrum onere, quo intus premittitur, 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. inf. & d. l. 1. §. 1. eod. tertii, l. 3. §. 1. & 2. eod. item exemplum, quod proponitur l. is qui. 29. eod. ut aquam aperto sulco educere in fundum vicini liceat. Singula fufius explicat Don. d. c. 6. & 2. seqq.

*Iter est jus eundi, ambulandi*] Jure eundi continetur & qui lectica aut sella, item qui equo vehitur. l. 7. l. 12. eod. parum enim referre visum est, suis pedibus quis utatur in eundo, an alienis. Quod autem Cæpolla de serv. rust. præd. c. 1. n. 4. & 5. putat, eum, qui iter habet, etiam rheda aut curru per duos equos vehi posse, 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. Moribus nostris tres diversæ servitutes sunt, boet-padt / rp-padt / dycef / id est, actus.

*Ambulandi*] Id est, commeandi ultro citroque eundi ad fundum nostrum & inde redeundi, quoties lubet. 2 An igitur & spatari voluptatis aut valetudinis causa? Ita quidem D. Cujac. 22. obs. 35. Baro hic. Don. 11. comm. 6. Atqui ut spatari liceat in alieno animi causa, prædii servitus imponi non potest: hoc enim personæ voluntatem respicit, non utilitatem prædii, l. 8. de serv.

unde D. Hotoman. verbo ambulandi nihil aliud hic significari existimat, quam commutationem ob res prædio, iive, quibus illic morari necesse est, utiles aut necessarias. Puto tamen dici posse, ambulationem istam hic non considerari, ut jus aliquod principale & per se, sed ut illius juris accessionem. Glossa verbum ire refert ad eum, qui vadit solus, ambulare ad eum, qui it cum socio: quod & Cæpolla facit d. c. 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: quanquam sanè is, qui iter habet, cum alio ire prohibendus non est, si comitatus alterius spectet ad utilitatem folius prædii, cui iter debetur, ut bene D. Busius ad l. 1. de serv. præd. rust.

*Hominis*] Atqui diximus, eum, qui iter habet, etiam jumento ire posse. Nimirum etiam in eo spectamus hominem, qui ministerio jumentis in eundo utitur, ut causam principalem, non ipsum jumentum per se. Quod si quæras, cur hominis hic mentio fiat, cum iter prædii servitus sit, non personæ; respondebimus, ut hinc removeantur pecora, quæ & ipsa cum aguntur, ire dicuntur: deinde non designari hic quamlibet personam, sed qui prædium habeat, cujus nomine eat. Nam hæc servitutes non ideo prædiorum dicuntur, quia personæ non competunt, sed comparatione facta ad jura merè personalia, quia non alii competunt, quam qui prædium habet.

*Non etiam jumentum agendi*] Ita & Ulp. l. 1. hoc tit. & Paul. l. 7. eod. Hoc autem haut dubiè accipiendum est de jumentis, quæ sarcinias portantes aguntur aut ducuntur. Nam si quis pedes ire malens in itinere descendat de equo, eumque manu ducat, cur id ei non liceat? aut cur per famulum non possit equus deduci ad dominum, ut rediturus eum concendat, & eques remeet? arg. l. 12. eod.

*Actus est jus agendi jumentum vel vehiculum*] d. l. 1. eod. Jumentis appellacione non contineri boves, identidem relatum & responsum est, l. adilos. 38. §. jumentorum. & 2. seqq. de adil. edit. l. legati. 65. §. antepen. de legat. 3. l. boves. 89. de verb. sign. Paul. 3. sent. 6. Columella quoque boves à jumentis, equis, asinis, mulis, passim segregat, ut lib. 1. c. 6. lib. 6. c. 19. An igitur 3 ei, qui actum habet, non licebit boves agere, & generaliter armenta? Sanè vero. Disertè enim à Modestino scriptum est, actum esse, ubi armenta trahere liceat, l. 12. de serv. præd. rust. Armentorum autem appellacione vel maximè boves continentur, d. l. boves. de verb. sign. l. servus legati. 81. §. armento. de leg. 3. Nec tamen ideo necesse est, ut cum Hotomanno pro jumentum reponamus armentum, contra fidem omnium exemplarium. Nam vel ἐπιτάξιν jumentis vox hic accipi potest, ut & boves complectatur, cum & Isidorus boves inter jumenta referat, lib. 12. c. 1. & ipsè Columella etiam his ex ratione originis nomen jumentis tribuere videatur: sic enim scribit lib. 6. c. 3. Jumenta nomen à re traxerunt, quod nostrum laborem vel onera subvertendo vel arando juvarent. Jumentum igitur, ἀρτοποιῶν κτήνη, ἀρτοποιῶν. Quid si dicamus, exempli duntaxat causa jumentis mentionem factam? Ut eniã reponas armentum, aut retineas jumentum, non continebitur verbis definitionis actus ovium, caprarum, & reliquorum minorum pecorum, quibus propriè gregis, non armenti aut ju-



menti appellatio convenit, d. l. 81. §. armento. de legat. 3. d. l. 38. §. 4. de ad. edict. l. 1. §. ult. de rei vind.

4 Vel vehiculum] Hic iterum Hotomannus contendit legendum esse, non etiam vehiculum. Sed profecto nimis confidenter: Nam si non actus, sed tantum loco, verum etiam infinitis aliis jus agendi vehiculum actu contineri, à veteribus traditum est, d. l. 1. l. 7. l. 12. eod. l. 11. quemad. serv. am. idemque manifestè 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 explicacione definitionis viæ. Nihil Hotomannum javat, quod scribit Pompon. l. 13. de serv. si via concessa sit tam angusti loci demonstratione facta, ut jumentum duntaxat ea duci possit, non etiam vehiculum, actum magis, quam viam, acquisitum videri. Non enim, ut via semper & natura sua utrumque jus continet; & jumentum agendi & ducendi vehiculum, ita & actus; sed aliquando illud duntaxat, non hoc, puta si vel expressè convenierit, ut actus esset sine jure agendi vehiculum, vel tacitè idem actum est, ut in specie d. l. 13. de serv. Atque hoc satis ostendunt verba ipsa hujus definitionis, quibus actum non utrumque conjunctim, sed hoc vel illud disjunctim tribuitur. Itaque & Græci minus plene actum vertunt ἀμφοτέρω ὁδῶν.

5 Uti potest etiam sine jumento] Traditur hoc idem & in d. l. 1. eod. l. 2. quemad. serv. am. & verissimum esse docet l. qui usumfructum. 58. de verborum oblig. Ubi Julianus refert, eum, qui actum stipulatus postea iter stipulatur, posteriore stipulatione nihil agere, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur. Quod & apud Ulpian. relatum est l. 9. §. ult. de novat. falso, si actus tacitè non contineret etiam jus eundi sine jumento sive iter separatim. Neque tamen hoc ita accipimus, quasi iter separatim sit de essentia ipsius actus, sine eo actus consistere aut constitui non possit: sed hoc dicimus, actu constituto regulariter & ex tacita voluntate & sententia constituentis, etiam iter sine jumento concessum intelligi, arg. l. non debet. 21. l. in eo. 110. de reg. jur. c. cui licet. eod. in 6. Atque ideo jus agendi duntaxat non etiam eundi, ambulandi, in definitione actus exprimitur. Ad hæc 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. leg. nam ratio subjecta non obscure arguit, loqui Jurisconsultum de itinere, quo necessario utimur in ipso actu, cum jumentum aut vehiculum agimus. Ait enim, ideo iter frustra adimi, quia nunquam actus sine itinere esse potest. Sed nec id iter videri poterit ea ademptione detractum, quod sine jumento est, quia per se non est legatum: atque ita actus potius in natura sua, & qualis regulariter est, relictus. Planè si testator nominatim hoc iter ademerit, hoc est, expressè vetuerit ire sine jumento, nullus dubito, quin utilis sit ademptio, arg. d. l. 4. §. 1. si serv. vind. Et est in proposito eadem ferè ratio itineris & actus, quæ usus & usufructus: nam et si fructui usus inest, & ideo lega-

to usufructu, usus ademptio nulla: l. 14. §. 1. de us. & hab. nihil tamen vetat usum à fructu expressè separari; l. 5. §. 1. usufr. quem cav. Hinc jam liquet, quid de judicio & ausu Ant. Fabri sentiendum, qui l. 1. conj. c. ultim. verba hæc, eoque uti potest etiam sine jumento, tot locis expressa, damnare non veretur, ut emblemata imperiti interpretis, consul. Don. 11. comm. 6. Duur. 1. disp. 31. Bærov. hic & in Treutl. vol. 1. disput. 17. chef. 4.

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 accept. l. 9. si serv. vind. ac proinde quicquid est in definitionibus itineris & actus, id una definitione viæ debuit comprehendi; quod & curiosè ab Ulp. l. 1. de serv. præd. russ. & Justinian. hic observatum est. Mirorque adeo viros doctissimos, Connan. 4. com. 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 definitionum: 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 eundi contineat, ita ut sine jure eundi per se via intelligi aut constitui non possit; in quo specificè differt ab actu, qui potest esse sine itinere separato. Deinde etiam hoc, quod via nunquam esse potest sine jure ducendi vehiculum, actus potest, l. 13. de serv. Item quod qui viam habet, vel iter & actum 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. Cajac. 22. obs. 35. fac. l. 11. §. 6. de exc. rei jud. Sunt & aliæ quædam differentie, 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. russ. & 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. Busf. ad l. 1. eod. Tulden. comm. hic. c. 11.

Aqua ductus, est jus aqua ducenda per fundum alienum] d. l. 1. eod. Id fieri solet vel canalibus sive tubis aut ducto rivo per longitudinem depresso, quo aqua decurrat, l. 1. §. 2. de riv. Ducitur autem aqua aut publicæ 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 aq. pluvi. arc. aut si periculum sit, ne exarescat, quamvis navigabile non sit; d. l. 1. §. non autem. 12. de flum. Sed neque ex castello, vel ex rivo, vel ex quo alio loco, qui aquam publicam suscipit, ducere fas est sine permisso Principis, l. 1. §. permittitur. 41. & 2. seqq. de aq. cottid. 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. de aq. pluvi. arc.



anc. junat. l. ult. C. de aut. pref. Illud hic generaliter tenendum, neminem posse aquam aut publicam aut privatam per fundum alienum in suum ducere, cui non sit hæc servitus constituta à domino illius fundi: l. quemadmodum. 29. §. 1. ad leg. Aquil. l. 2. C. de serv. neminem quoque posse ex suo aquæductu alteri commodare, nisi id nominatim convenierit: l. ex mo. 24. l. cum essent. 33. §. 1. de serv. prad. rust. Item jus hoc ad certum ulum prædii concedi oportere: nam si concessum sit ita, ut aqua quocunque duci possit, non fundi, sed personæ juserit: l. per. eod. l. 1. §. pratorum. 12. de aq. cott. Denique concedi posse ductum aquæ non tantum præsentis & fluentis, sed etiam quærendæ & nondum inventæ, l. Labeo. 10. eod. hoc sit. l. ult. si serv. vind. add. Wes. par. hoc sit. n. 2. Pet. Greg. 4. symag. 15. Talden. comm. sup. de rer. div. c. 11. Jusd. Capoll. de serv. rust. c. 4. Christin. vol. 5. docif. 83.

TEXTUS.

De servitutibus urbanis.

I. Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæc, quæ adificiis inhaerent, ideo urbanorum prædiorum dictæ, quoniam adificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa adificata sunt. Item urbanorum prædiorum servitutes sunt hæc, ut vicinus onera vicini sustineat: ut in parietem ejus liceat vicino tignum immittere: ut stillicidium, vel flumen recipiat quis in ades suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat: & ne altius quis tollat ades suas, ne luminibus vicini officiat.

NOTÆ.

1. Item urbanorum] Ex Cajo l. 3. P. V. ubi & alia, add. l. 1. l. 3. 4. 15. 16. eod.
- Opera vicini] Veluti si columna ædium tuarum onus ædium mearum ferat: & hic tu, cujus ædes serviunt, columnam reficere debes, l. 33. d. t. l. 6. §. 2. si serv. vind. qua parte servitus hæc spuria, l. 15. §. 1. de serv.
- Vel non recipias] Aut meo jure stillicidium non recipio, aut jure servitutis: meo jure si non lege civitatis cuique permillum obversa in alienum stillicidia habere: jure servitutis, si jure publico cuique permillum stillicidia sua in alienum avertere. Ita melius, quam Cujac. & Pac. Quid differant stillicidium & flumen, discet ex l. 20. §. 3. & seqq. de serv. urb. Vart. 4. de lingua.

COMMENTARIUS.

1. Verum non esse, quod quidam tradunt, sola adificia habitandi causa parata urbanorum prædiorum numero censeri.
2. Prædia eorumque jura, si non simpliciter, sed cum effectu juris considerentur, nunquam loco distingui; sed genere, usu, sine.
3. Quid intersit inter servitutem tigni immittendi & oneri ferendi: item inter jus projiciendi & protegend.
4. Quid sit stillicidium, quid flumen.
5. De servitutibus stillicidiorum & fluminum, tum averendorum, tum non averendorum.

6. An jus altius tollendi sit aliquando servitus per se.
7. Confutatur loci sententia Bachovii, consentiens, jus altius tollendi & non tollendi esse unam eandemque servitutem.
8. Plus esse in servitute ne luminibus officiantur, quam vel in altius non tollendi, vel luminum.
9. Cujacii & Duareni opinio de servitute luminum rejellitur.

Hoc §. agitur de servitutum prædialium specie altera, prædiorum scilicet urbanorum: & ait Imp. cas esse, quæ ædificiis inhaerent, atque inde sic dictas, quia omnia ædificia urbana prædia appellamus, etsi in villa adificata sunt: quod & alibi sæpe traditum, l. 1. com. prad. l. urbana familia. 166. l. urbana prædia. 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 sine sumptam putant, & ea sola ædificia prædiorum urbanorum numero esse, quæ parata sunt habitandi causa: horrea autem, quæ ruri adificantur ad fructus reponendos & custodiendos, magis esse ut prædia rustica censeantur, Capoll. de serv. urb. cap. 11. n. 2. Mynf. Wes. Vult. hic. Branch. 1. aff. 95. Sed hoc rectè, meo judicio, quod ad propositam tractationem attinet, improbat Bachovius. Fac enim, alterum ex dominis, qui vicina aut contigua horrea habeant, alteri, cui fortè ad grana à paleis repurganda flatu venti opus sit, ut fieri potest, l. ult. §. 1. C. de serv. cessisse servitutem altius non tollendi, aut jus alteri constituisse tigni immittendi in parietem horrei sui. Hæc servitutes utique, urbanæ dicendæ sunt, non rusticæ. Quid enim interest, horreum, an aliud ædificium altius non extollatur? In constituendo, in amitendo omnia eadem: idem juris effectus in oppignerando, novò opere nunciando. Ratio autem non patitur, ut eadem specie servitus nunc urbana, nunc rustica dicatur. Non est contrarium, quod scribit Neratius l. 2. de serv. prad. rust. rustici prædii servitutem esse, licere altius tollere & officere pratorii vicini. Nam prætorium significat id ædificium, in quo dominus, si quando ruri est, habitat, separatim ab habitatione villici, ut constat ex Columella & Palladio. 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. Goed. eo quod Ulp. d. l. 198. de verb. sign. distinctionis causa, cum prætoria urbanis prædiis adnumeret, videtur addidisse, voluptati tantum deservientia: tamen nemo tam ineptus est, ut putet, Neratium d. l. 2. de serv. prad. rust. prætorii appellatione intellexisse villam fructuariam aut horreum, quod utique non est subjectum servitutis protegend, cujus ille ibidem etiam mentionem facit. Cur igitur, inquis, Neratius servitutem prætorio impostam rusticam appellat? nimirum quia ille arbitrio suo loquitur, non considerato juris effectu. 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 nunquam distinguuntur. Cum quaeritur de jure taciti pignoris, quod domino tribuitur in invectis & illatis ab inquilino in prædium urbanum, non

item in vectis à colono in prædium rusticum, l. 4. l. 7. §. 1. in quib. ca. pign. sac. 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 causâ prædia rustica habentur, arg. d. l. 198. de verb. sign. Item cum quæritur de alienatione prædiorum pupillarum 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. 2. C. de adm. tut.) prædia à sine & usu distinguimus, & rustica quoque intelligimus, hortos olitorios & vinearios, qui in urbe sunt, & villas fundi causâ & propter opus rusticum ædificatas: reliqua ædificia, stabula, meritoria, etsi ruri sunt, pro urbanis habentur; ut & horti ædificiorum, unde nihil ut parum reditus; & multo magis arca, d. l. 198. de verb. sign. quo loco orationem illam Severi Ulpianus interpretatus est, Cujas. 7. obs. 24. Simili modo de servitutibus, cum simpliciter quæritur, quorum prædiorum sint, loco itidem ut prædia distinguuntur: at cum quæritur de vi & effectu juris in iis constituendis, acquirendis, amittendis, pignerandis, novo opere eorum nomine nunciando, (vide obiter l. 1. l. 6. de serv. præd. urb. l. 6. l. 7. §. 1. comm. præd. l. 11. §. ult. & l. seq. de pign. l. 5. §. & belle. 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: contra loca omnia ædificiis vacua, etiam area in urbe, & horti ad voluptatem comparati, prædia rustica, distinctione subjecti ad naturam servitutum accommodata. Hæc nescio an quisquam tam distinctè & lucidè.

Prædiorum urbanorum servitutes sunt hæc] Et longè etiam plures: sed harum commemoratio sufficit ad declarandum id, quod dixerat, prædiorum urbanorum servitutes esse, quæ ædificiis inhærent. Donellus 11. comm. 4. etiam quæ hujus sunt generis, in tres classes partitus est, ex triplici earum sine: quædam enim comparatæ sunt ad ædes vicinas dilatandas, ut tigni immitendi, oneris ferendi, projiciendi, protegendi: quædam ad ædium interiorum commoditatem, veluti altius non tollendi, ne luminibus, ne prospectui officiat: quædam denique ad ædes exonerandas, cuiusmodi 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] Proponuntur hæc servitutes, ut species diversæ: & sanè differunt gradu. In imponenda servitute tigni immittendi hoc agitur, ut ex nostro pariete liceat tignum, ἔξωθεν ἢ δι' οὐροῦ, trabem immittere in parietem vicini, ita ut ibi requiescat, & vicini paries sustineat onus immissi, nihil amplius. l. malum. 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. cum. 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. Hujus ejusdem generis est jus projiciendi, l. 1. & l. 2. de serv. præd. urb. videlicet ut liceat ex nostro tignum projicere in aream alienam, hoc est, ita provehere supra solum vicini, ut nusquam requiescat, præterquam in pariete nostro; sive id fiat ædificii supra ad projectum ponendi causâ, sive tegendi parietis, ut plurimum autem aliquid substruendi causâ, puta mœniani aut suggrundæ, d. l. malum. 242 §. 1. de verb. sign. nam quod tegendi parietis causâ ad umbram faciendam emittitur aut arcendos imbres à pariete, protectum in specie appellatur, d. l. 1. & 2. hoc tit. ita protectum à suggrunda distinguitur in edicto de his qui de j. vel effud. l. 5. §. prætor ait. 6. Crassus error est eorum, qui servitutum projiciendi interpretantur jus abijciendi vel effundendi quid in aream alienam, aquam puta, vel quisquilias. Capoll. c. 32. de serv. urb. nulla enim talis servitus constitui potest, quæ quidem prædii sit, l. foramen. 28. hoc tit. Atque hunc errorem quoque notat Coras. 3. misc. ult. num. 8. & 9. Cæterum alium ille enarrat n. ult. ubi ne subordinatam quidem differentiam inter projectum & protectum agnoscit.

Ut stillicidium vel flumen quis recipiat, vel non recipiat] Hæc eadem 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, ἄροψ; flumen, cum fluxu & per imam ædium partem more fluminis effunditur, waterloop. Varro 4. de ling. Paul. l. servitutes. 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 casiret: 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. servitutes. 20. §. stillicidium. 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 venti diraptum non perveniat ad locum servientem. Duplex autem est stillicidii aut fluminis servitus, ut ostendit hic locus, & l. 2. eod. una avertendi, altera non avertendi stillicidii aut fluminis: quarum illa comparata est ad ædes exonerandas, hæc ad interiorum ædium commoditatem pertinet. Avertendi stillicidii est jus stillicidia nostra derivandi in ædes aut vicini, ut vicinus stillicidium nostrum recipere cogatur in ædes suas, vel in aream aut in cloacam, d. l. 2. & hoc text. Stillicidia non aver-

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. Cæterum scibi constituto ædificiorum talis est, ut lege aut consuetudine civitatis unicuique permisum sit stillicidia sua obversa habere 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 & quàm recte dicatur, mox certius intelligetur, cum de servitutibus altius tollendi & non tollendi disputabimus. Similiter servitus fluminis avertendi est jus fluminis immittendi in alienum: non avertendi, servitus, qua vicinus flumen, quod alioqui lege vel consuetudine civitatis liceret, avertere in alienum prohibetur. Ita recte *Don. 11. c. 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 servitium, jus ei non esse stillicidia avertere, atque ut regulas, canalesque aut tubulos; per quos aqua labitur, suis expensis reficiat. *Capoll. cap. 28. & seq. de serv. urb. Pet. Greg. 4. symagm. 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 no alius quis tollat ades suas*] Hæc servitus ob eum maxime finem constituitur, ne luminibus vicini altius ædificando officiat. Nam cum unicuique jure naturæ in suo quidvis facere liceat, dum in alienum nihil immittat, *l. 8. §. Aristot. 5. si serv. vind.* eique consequens sit posse unumquemque in area sua ædificare in infinitum, ædificæ antea positas altius tollere, etiamsi vicino incommodet, lumina ejus obscurando, quod & traditum est *l. 9. l. 14. l. cujus. 24. 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 agam, jus ei non esse ædes suas altius tollere, quæ intentio est actionis confessoria, 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 *l. 2. l. 12. de serv. præd. urb. d. l. 4. §. ult. l. 7. §. 1. com. præd.* 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 sit, quod inter servitutes prædiorum numeretur etiam jus altius tollendi? Hoc enim nullam videtur habere rationem: contraria quippe sunt libertas & servitus. Et, si, non licere altius tollere, servitutis est, licere altius tollere, libertatis erit. Et tamen negari non potest, quin veteres non minus jus altius tollendi, quam non tollendi inter servitutes retulerint. Factum id compluribus locis, à Paulo *l. 1. de serv. præd. urb. l. 7. §. 1. com. præd.* à Cajo *l. 2.*

*de serv. præd. urb. Neratio l. 2. de serv. præd. rust.* Justiniano §. 2. *inf. de act.* Tota vero difficultas in eo est, ut exempla præterantur, quibus ostendatur, jus altius tollendi quandoque inter servitutes recte numerari. Etenim huic rei demonstrandæ minime idonea sunt, quæ afferuntur à Glossa, *Bart. & DD. in l. 2. de serv. præd. urb.* quæ ipsis prima est: nec item quæ à Gloss. *Dyn. Jas. & aliis ad §. 2. inf. de act.* ut videre est in nostra illius loci interpretatione. Neque verum esse puto, quod *Cujac. Wes. in d. §. 2. & Vult. 1. disc. 5.* contendunt, jure servitutis constitutæ ædes altius tolli, cum antea concessio 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. *Joan. Faber in d. §. 2. rem vidit & digito monstravit,* præeunte tamen Glossa *in l. qui luminibus. 11. de serv. urb. præd.* ut observavit *Cæpolla & explicuit c. 26. n. 2. de serv. urb.* sed ille longius excurrit, & multa aliena miscet. Rectius & apertius recentiores, *Zaf. Baro, Mynf. Donel. 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 obicuret vicinas. Si vero alicubi lege civitatis certa ædificiorum forma atque altitudo præscripta est, quam excedere ædificando invito vicino non liceat, hic jus ædificandi hæcenus quidem adhuc liberum esse & juris publici, ut si intra definitum altitudinis modum consistatur, adhuc liceat ædificare cum incommodo vicini, *d. l. qui luminibus.* Cæterum si supra eam altitudinem ædes extollere, v. c. ad 5. vel 6. pedes, velimus, quod jam jure publico invito vicino facere non licet, ut id nobis liceat, à vicino impetrandum esse. *l. pen. §. 1. C. de adif. priv.* eoque concessio, jus altius tollendi vicino servitutem esse, utpote qui jam incipiat pati in suo, quod antea pati jure publico non cogebatur; nobis jus, sed impositum & constitutum à vicino, quod vindicetur hac formula confessoria, *Ajo, mihi jus esse ades meas altius tollendi invito re. d. §. 2. inf. de act.* ubi plenius hoc exposui, atque ex Tacito aliiisque 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, Juriconsultos, ad statum illum respicientes, 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, precario possederit, *l. 1. C. de serv.* Poterat hic consisti, nisi nobis negotium faceretur *Bachovius, qui in not. ad Treutl. vol. 1. disput. 17. thes. 2. & in comm. ad hunc §. & §. 2. inf. de act.* hæc etiam Neotericorum sententiam penitus explodit, contendens, jus altius tollendi & altius non tollendi non duas, sed unam eandemque servitutem esse, quæ aut diverfa consideratione diverfis nominibus appelleretur, atque ex parte servitutem sibi afferentis dicitur jus altius non tollendi, ex parte negantis altius tollendi; aut potius jus altius tollendi improprie servitutum numero adscribi, atque

atque ita appellari tantum respectu vicini, qui me altius ædificante ipse contra ædificare & luminibus meis officere, jure constituta servitute, non potest. In summa, jus altius tollendi ex catalogo servitutum expungendum esse, & quoties ejus mentio fit, jus contrarium significari, videlicet altius non tollendi. Satis hercule confiderent: videamus, quam verum, Cajus l. 2. de serv. præd. urb. ex professo species urbanarum servitutum enumerans sic orditur: *Jura prædiorum urbanorum sunt, altius tollendi & officendi luminibus vicini*: deinde subjungit, *aut non extollendi*. Hic si Bachovio credimus, Jureconsultus non duo inter se distincta jura significat, sed unum duntaxat, altius non extollendi, quod solum sit servitus. Pauli l. 7. §. 1. comm. præd. hæc verba sunt; *Servitus alienis adibus 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 inscitie insimulamus Jureconsultos, qui ex uno jure duo faciunt, atque inter se ut servitutes diversæ speciei, tam aperte opponunt. Itaque ut evidentius demonstrerem errores Bachovii, putat ille, jus altius tollendi per se servitutum nunquam 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 contra ædificantem 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. inf. de act. l. 1. C. de serv. & aqua. Quibus omnibus locis palam est, jus altius tollendi non ea ratione servitutum dici, aut ex eo æstimari, quod alter facere non potest in suo; sed ex eo simpliciter, quod alterum facientem jure impositio 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 ados 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 quaesitum 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 ædificatus habuerit*. Quippe longi temporis consuetudinem vicem obtinere servitutus. Quod si igitur jus altius ædificandi contra formam ædificiorum præscriptione quaesitum 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 impositio aut servitute censer non posse; primum quia servitutum non ea natura est, ut aliquis faciat quid in suo, sed ut aut non faciat, aut alium facientem patiat. Secundo quia omnis servitus efficit, ut prædium

serviat: at ædes, quæ ex pactione contra usitatum modum tollere licet, nullo modo dici posse servire. Postremo quia servitus omnis onus prædii est, jus dominantis augens, servientis minuens. At concessione juris altius tollendi etiam servienti prædii reititui libertatem. Manifestus enim in his omnibus error est *ἄξιόν τῶν ἀγροῦν ἔϊλεγχῦ*. 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 servitutum 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 officii, quod antea pati jure publico non cogebatur: an non ille eo pacto suum prædium servire faciat, jus sui prædii minuat, alterius augeat. Hoc verum est, quod nos asserimus & abunde probasse existimamus. Stet igitur hæc sententia, jus altius tollendi nonnunquam esse jus libertatis nostræ, nonnunquam impositivum seu servitutum, activè aspectu ejus, cui debetur, passivè 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 officiat, qui ob id etiam plerumque simul exprimi solet, l. 2. de serv. urb. l. 2. de serv. rust. quanquam & alius dari potest, ne scilicet in ædes aut aream nostram prospectus pateat. Porro quod ait, ne luminibus officiat, sic accipiendum est, ne officiat altius ædificando; non etiam ne alio modo, veluti arbore posita, ut quam minimum recedat à libertate naturali. Quamobrem hoc plus erit in servitute, ne luminibus officiat, quam in illa, ne ædes altius tollantur, l. 12. l. inter. 15. & 2. seqq. de serv. præd. urb. A servitute ne luminibus officiat, parum differre videtur servitus quæ luminum dicitur; atque ut hæc magis respicit novam luminum constitutionem, ita illa conservationem eorum quæ jam sunt, l. 4. ood. 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 servitutum debet ne luminibus officiat, nihil omnino facere possit, quo lumen minuat, etiam si vicini ædes luminibus abundent: quæ sententia est Pauli Castr. in d. l. 4. probata à Cæpoll. c. 35. de serv. urb. arg. d. l. inter. 15. & eodem teste communiter recepta. Aliter Cujac. 1. obs. 13. & Duar. 1. disp. 33. servitutum 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 servitutis constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostræ 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. §. Aristos. si serv. vind. l. 9. de serv. præd. urb. l. 8. C. de serv. & aq. Neque enim in alienum quicquam immittit, qui suum parietem aperit & in

in eo fenestram ponit: ac proinde suo quisque jure id facere potest, licet id vicino molestum sit, nec ad eam rem indiget constitutione servitutis. Verborum autem Pauli, ut vicinus lumina nostra excipiat, non hic sensus est, qui à Cujacio & Duareno his affingitur: sed hic, ut ita excipiat, ne quid contra erigat in suo, quo lumina præcludantur; quod alioqui servitute non constituta suo jure facere posset, l. 9. de serv. præd. urb. Imo vero, inquit, qui fenestram in suo ponit, aliquid immittit in alienum, quod non licet citra constitutionem servitutis: immittit enim oculos. At testimonio Xenocratis, μηδὲν ἀγφίρειν ἢ τὰς πόδας ἢ τὰς ὀφθαλμούς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν πρὶναι. auctor Plutarch. lib. αἰεὶ πολυπραγμ. 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 disciplinae juris civilis. Nihil autem in contrarium facit l. pen. eod. quia aperte loquitur de pariete communi, in quo constat nihil licere facere invito socio, l. 8. l. quidam. 13. l. in re. 26. eod. l. Sabinus. 28. com. div. Illud constat, diversam esse à superioribus servitute prospectus seu ne prospectui officiat: nam servitute prospectus hoc continetur, ne quid nobis officiat ad gratiorem prospectum ac liberum: & cum lumen tantum sit ex loco superiore, prospectus etiam ex locis inferioribus esse potest, l. 3. l. 12. l. 15. & seq. de serv. præd. urb. Sunt qui putant, etiam servitute prospectus ut diversam gradu à servitute ne prospectui officiat distinguendam esse, eadem scilicet ratione & proportione; qua præcedentes, luminum, & ne luminibus officiat. Moribus fere harum regionum aut legibus municipalibus vetatur fenestram facere, unde directo proxime & de plano prospiciatur in aream vicini, præscripto certo spacio, quo distare hujusmodi fenestræ à pavimento vel tabulato debeant.

T E X T U S.

De reliquis servitutibus rusticis.

2. Inter rusticorum prædiorum servitutes quidam computari recte putant aqua haustum, pecoris ad aquam appulsum, jus pascendi, calcis coquenda, arena fodienda.

N O T E.

2. Pecoris ad aquam appulsum] Jus adaquandi & appellendi pecora, quæ fundi causa habentur, ad aquam alienam.

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

1. Explicatur & emendatur locus Ulpiani in l. Mala. §. ult. de alim. legat.

**D**ocendi 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 protervix processisse etiam viros cætera incomparabiles. Verum age. Ast 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. Cæterum ex flumine publico cum sine servitute cuius haurire liceat, haustus frustra conceditur, iter cedi debet, l. 3. §. ult. de serv. præd. rust. Capoll. c. 7. Pecoris ad aquam appulsum 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. Cæterum obijci solet responsum Ulpiani l. Mala. 14. §. ult. de alim. legat. quo loco aquæ haustus & pecorum ad aquam appulsum dicuntur esse servitutes personarum: sic enim in omnibus codicibus locus iste legitur; Nam & haustus aqua & pecoris ad aquam appulsum est servitus persona, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur. Verum hic locus, si ullus in libris nostris manifestè corruptus est, idque cuius, qui modo propius 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 aqua & pecoris ad aquam appulsum est servitus, persona tamen ejus, qui vicinus non est, non inutiliter relinquitur, vel detracta privativa, utiliter. Nisi etiam ita legamus, μηδὲν ὕβρις. Nec sententia loci, nec ratio juris de his servitutibus constabit, nec quicquam in eo loco erit, quod cohæreat. Consultebatur Jureconsultus de fideicommissis, quo aqua relicta erat ei, qui vicinum prædium non habebat; respondet, utile esse fideicommissum, nec obstare quod aqua hæc relicta proponeretur 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 cum natura sua servitutes prædiorum sint, tamen ei, qui vicinus non sit, utiliter constituentur: 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.

Pecoris pascendi] d. l. 1. §. 1. l. 3. pr. l. 4. eod. servitus pascui dicitur l. 6. in fin. eod. Est autem jus pascendi pecora in fundo alieno. Si plurimum 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. Si compascuus est ager, licet compascere. Cæterum ita pecoris pascendi jus servitus prædii videtur, si fructuum fundi 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, servitute prædii non posse constitui ultra quam ad prædium ipsum opus est, l. 5. eod. Idem tamen dicendum erit, si oves sint aut vacæ ad lac præbendum, butyrum, caseum conficiendum, quibus ad victum familiæ rusticæ utamur. Qui servitute pascui habet aut pecoris appellendi, ei etiam talis constitui potest, ut tugurium ibi habere liceat. ut si hiems

hiems ingruerit, habeat quo se recipiat, *d. l. 6. in fin. eod.* De jure pascendi late *Capoll. c. 9. de serv. prad. rust. Schneid. hic. n. 28. & seqq.*

*Calcis coquenda, arena fodienda* ] *d. l. 1. §. 1. item lapidis cædendi, cretæ eximendæ, pedamenta ad vineam ex vicini prædio sumendi. d. l. 3. §. 1. & 2. l. 5. l. 6. eod.* Omnes autem, quæ hujus generis sunt servitutes, 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. l. 4. l. 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 olivæ olivæ exprimere in tuo; jus arca tua utendi ad exprimenda frumenta aut legumina; item ut fructus in vicini villa cogantur, coactique habeantur, *l. 14. §. ult. de alim. leg. l. 3. §. 1. de serv. prad. rust.*

## TEXTUS.

Qui servitutem debere vel acquirere possunt.

3. Ideo autem hæ servitutes prædiorum appellantur, quoniam sine prædiis consistere non possunt. Nemo enim potest servitutem acquirere urbani vel rustici prædii, nisi qui habet prædium: nec quisquam debere, nisi qui prædium habet.

## NOTÆ.

3. Ideo hæ servitutes.] Ex Ulp. *l. 1. §. 1. l. 6. comm. prad.*

*Nisi qui prædium habet* ] Nam & à prædiis debentur hæ servitutes, & debentur prædiis. Sed & vicina esse prædia oportet. *l. 5. §. 1. P. R. l. 25. & seq. P. V.* ut tamen inter medium prædium non officiat, si non impediat usum servitutis, *l. 7. §. ult. l. ult. P. R. l. 1. P. V. l. 7. §. 1. comm. prad.*

## COMMENTARIUS.

**A**gitur hic de subjecto sive materia servitutum prædialium, id est, de rebus, in quibus consistunt, & à quibus ob eam causam nomen quoque acceperunt. Sunt autem hæ res non omnes, sed immobiles 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 acquiratur: unum ut serviat, alterum ut dominetur. Quamobrem nemo potest prædio servitutem vel imponere, vel acquirere, nisi qui habeat prædium, hoc est, qui prædii dominus sit, *l. 1. §. 1. l. 6. comm. prad. & hoc text.* Domini autem appellatione etiam emphyteutam & superficiarium comprehendimus, tam in persona constituentis, quam acquirentis, *l. 1. §. ult. de superfic. l. 1. §. 1. si ag. vel. Caterum his ob stare videtur, quod traditur, l. 10. de serv. prad. rust. l. si servitus. 23. §. 1. de serv. prad. urb.*

futuro quoque ædificio seu nondum ædificato servitutem vel imponi vel acquiri posse, siquidem ejus ædificii, quod nondum est, nemo potest dici dominus. Sed facilis responsio est, nimirum hic quoque constitutionem servitutis referri ad prædium, sed servitutis jus esse in suspensio, donec ædificium extruatur, in quo consistat, quasi sub tacita conditione constitutum. Eadem ratione & fidejussor dicitur futuræ obligationi accedere posse, *l. 6. §. ult. de fidejuss. §. 3. 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. fidejussor. 57. eod. tit.* De vicinitate prædiorum & utilitate dominantis actum est sub rubric.

## 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 ades suas, ne luminibus vicini officiat; vel ut patiatur enim tignum in parietem suam immittere, stillicidiumve adversus eum habere: vel ut patiatur eum per fundum ire, agere, aquamve ex eo ducere.

## NOTÆ.

4. Pactionibus ] Idoneis ad dominium transferendum. Non solis autem pactionibus servitutes nostræ fiunt, *l. 3. D. de obl. & act.* sed tunc cum secuta est traditio naturæ harum rerum conveniens, *l. ult. D. de serv. l. 1. in fin. P. R. l. 11. §. 1. de publ. in rem. act.* Pactiones tituli sunt & causæ acquirendi remotiores, modus acquirendi & causa proxima traditio, *§. 40. sup. de rer. divis. l. 20. C. de pact.*

## COMMENTARIUS.

1. Communi prædio ab uno ex dominis neque constitui neque acquiri servitutem posse.
2. Non nudis pactionibus, quantumvis ad transferendum comparatis, servitutem acquiri, sed facto aliquo, quod traditionem representet.
3. Suprema voluntate servitutem constitui ipso jure.
4. Quæ admodum usu & possessione nostra servitus capiatur.
5. Explicatur latius, quod de constitutione & acquisitione servitutis dictum est n. 2. & refutatur singularis Bachovii opinio.
6. Quibus modis servitutes amittantur.

**F**also Mynf. & Pac. existimant, hoc loci materiam tradi, ex qua servitutes prædiorum constituantur: conventio enim & ultima voluntas non materię, 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 eriscundæ & communi dividundo, in pluribus prædiis dividendis unum uni, alterum alteri adjudicante, & unum alteri

alteri servum faciente. *l. item Labeo. 22. §. 3. fam. arc. l. us fundus. 18. com. div.* Extra hunc casum à solo prædii domino constituitur. Cæterum & longa quasi possessione nostra acquiritur. De domino jam aliquid dictum §. præc. addo nunc, hoc etiam exigi in constituyente, ut sit dominus prædii totius, non pro parte indivisa; communi prædio uauum ex dominis ne pro parte quidem sua servitutum imponere posse, *l. 2. de serv. l. unus. de serv. præd. rust.* nisi forte pariter omnes cedant: tunc enim omnes non alienæ, sed suæ parti servitutum 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 ante cessit, vetare me uti jure cessio non possit, *d. l. 11.* Quæ omnia etiam in persona acquirentis servantur: nam nec acquirere quisquam prædio servitutum potest, nisi qui ejus prædii solus sit dominus, *l. 1. §. 1. l. 5. l. 6. in fin. l. 8. comm. præd. & in pluribus acquirentibus eadem distinctio est, quæ in pluribus constituentibus, d. l. 6. §. 1. l. ult. eod.* Constituitur à domino servitus duobus modis, conventionione, & ultima voluntate, *l. 5. de serv. l. potest. 16. comm. præd.*

2. *& hoc text.* In conventionali constitutione duo ad acquirendam servitutum requiruntur: pactio ad transferendum comparata, cujusmodi est stipulatio, emptio, donatio, permutatio: per *l. nunquam. 31. de acq. rer. dom. & traditio*, seu id, quod traditionis vicem in re incorporali obtinet, puta inductio in prædium servum, aut usus acquirentis, & domini constituentis patientia, *l. ult. de serv. l. 1. in fin. de serv. præd. rust. l. 11. §. 1. de publ. in rem act. per l. 3. in pr. de usufr.* Nam quemadmodum pactio nudæ non ea vis est, ut rem corporalem nostram faciat; *l. traditionibus. 20. C. de pact.* ita nec per se sufficit ad acquirendam servitutum, *l. 3. de obl. & act. d. l. 11. de publ. in rem act.* Olim hic frequenter cessio, *l. nemo. 39. de serv. præd. urb. l. 3. §. 2. & 3. l. 11. l. per quem. 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 jurâ quomodo per usum & patientiam constitui possint, non video: aut sane inductio in prædium hic

3. etiam pro traditione fuit. Suprema voluntate servitus constituitur, cum ea alicui testamento legatur, *tit. de serv. leg.* in qua constitutione nihil præter voluntatem defuncti desideratur ad acquirendam servitutum, sed statim ei, cui legata est, absque ulla cessione aut traditione hæredis acquiritur, *l. ult. d. tit. l. si partem. 19. §. 1. quem. serv. am.* neque distinguimus amplius inter servitutum legatam per vindicationem, & legatam per damnationem, *vid. notata §. 1. tit. seq.* Modus per usum ac possessionem nostram servitutum capiendi duplex. Unus communis cum ufucapione 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, cæterum nec vi nec clam, nec precario, id est domino prædii serviens sciente & patiente, per continuum definiti temporis spatium servitute usi sumus, *l. 10. si serv. vind. l. 1. in fin. de acq. plu. arc. l. 1. & l. 2. C. hoc tit.* ut hic scientia & patientia domini loco tituli aut boni initii & traditionis

sint possidenti, & longi temporis consuetudo vicem servitutus obtineat. In priore specie titulus necessarius est, uti semper cum initium possessionis est à non domino, *inf. de usuc. in pr.* sed tunc dominum nihil juvat ignorantia, *d. l. ult. C. de præscr. long. temp.* In posteriore scientiam exigimus, titulum non item, alioqui tradita statim sine ufucapione acquireretur, sententia communis: à qua frustra recedit *D. Duar. 1. dis. 34. ad. D. Christin. vol. 3. decis. 177. n. 4. & 5. & nostra lib. 1. select. quest. cap. 31.*

*Pactioibus & 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 pactioibus & stipulationibus constitui, §. 1. *tit. seq.* nimirum non ut significetur id, quod in constituendo extremum est, & excludatur traditio: sed ut monstrantur media & viæ, per quas hæc jura inducuntur. Extremum est, quo constituta servitus acquiritur. Id vero non est pactio aut stipulatio: sed traditio servitutus ex pactioe præcedente. Pactioes tituli sunt, non modi acquirendi, §. *per traditionem. 40. sup. de rer. div.* Cæterum quia traditio nihil transfert, nisi præcedat idonea conventio, sive causa, propter quam traditio secuta sit, *l. nunquam. 31. de acq. rer. dom.* ideo pactioibus & stipulationibus meminit, ut causarum acquirendi, & in constitutione servitutus traditionem necessario præcedentem, non ut traditionem removeat. Quemadmodum ex contrario cum dominia rerum traditionibus acquiri dicuntur, *l. traditionibus. 20. l. de pact.* non propterea removeatur tituli sive causæ acquirendi remotiores, sed extremum in acquirendo significatur, id est, modus acquirendi & 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 usufr.* Hoc ideo diligentius monendum fuit, quia video, D. Bachovium in ea esse hæresi, ut existimet, nudis pactioibus & promissionibus solis servitutes prædiales plene perfecteque constitui, atque acquiri 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 acquirendarum obligationum distinguuntur à modis acquirendi 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 conventionem non acquiritur mihi jus eundi aut agendi, quod actione in rem confessoria vindicare possim, sed obligatio duntaxat & actio personalis ex stipulatu, qua intendam, *te mihi viam aut iter dare oportere, l. 2. §. 1. & 2. de verb. obl. l. si unus. 19. de serv. præd. rust.* Tunc demum dominium servitutus 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 acquisitionem pertinet, l. 3. de obl. & act. quo loco diserte de servitute idem quod de corpore Jurisconsultus definit, eam quæ sita 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. sit. seq. ad cujus tamen constitutionem fatetur Bachovius traditionem aut patientiam esse necessariam. Deinde quia Papinianus, l. 4. de serv. scribit, servitutes ipso jure neque ex tempore neque sub conditione constitui posse: cæterum si hæc adjiciantur, vindicantem contra placita servitutum pacti vel doli exceptione repelli. Quasi ex eo necessario sequeretur servitutum per solam promissionem constitui, & perinde sit, ac si Jurisconsultus dixisset, servitutum neque ex tempore neque sub conditione promitti posse. Vitiosa plane collectio, & falsa quæ sequitur propositio. Aliud enim est promittere, aliud constituere servitutum. 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 cæteræ, ex die aut sub conditione recte promittantur, ut neque ante diem peti possint, neque antequam conditio extiterit, debeantur. Quæ vis est harum adjectionum, §. 2. inf. de verbor. obligat. l. cedere diem. 213. de verb. signif. l. existimo. 98. de verbor. obligat. At constituere servitutum est actu eam imponere, & efficere, ut jam sit quæ sita prædio, §. prac. l. 1. §. 1. comm. præd. Quid vero Papinianus? Non ait, servitutum ex die aut sub conditione promitti non posse, sed non posse ipso jure constitui ex die aut sub conditione; id est, ut vult Joann. apud Accurs. sic constitui, ut statim sit constituta & prædio acquisita; sed adjecta die aut conditione, in quæ usus servitutis & vindicatio differatur. Quod certa ratione juris efficitur; nam cum servitus semel prædio acquisita est, fieri non potest, quin à domino prædii jure vindicetur, l. 1. si serv. vind. Cæterum ex æquitate juris prætorii est, quod placitum ope exceptionis servetur. Fefellit Bachovium, quod putavit, si quid præter pactionem aut promissionem ad constituendam servitutum 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 servitutum constitui, & usum servitutis differri. Sed nos jam ante ostendimus, etiam aliis modis ad conventionem accedentibus servitutum posse constitui & prædio acquiri, per inductionem scilicet in fundum servum, & cessionem; qua cum veteres fere semper usi sint in constituendis servitutibus, hoc ipsum satis arguente est, sola conventionem constitui & imponi non potuisse. add. Connan. 4. com. 8. Don. 11. com. 10. Paul. Buf. ad d. l. 4.

*Hæredem suum damnare, ne alius tollat, &c. vel ut patiantur, &c.* Hæc descripta sunt ex Cajo l. possess. 16. com. præd. Legati damnationis meminit, non quod servitus per vindicationem legari nequeat, contrarium enim docet sit. de serv. leg. sed ut exempli causa, aut quia servitutes omnes per damnationem legari possunt, per vindicationem non item: neque enim quæ in non faciendi positæ sunt, per vindicationem legari posse vi-

dentur, veluti ne hæres altius ædes tollat, ne luminibus vicini officiat. His autem verbis, *ne tollas, ut patiantur*, 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. quotiens. 15. §. 1. de serv. de quo dictum sub rubr. Recte fecisset Tribonianus, si hic aliquid subjecisset de amissionem servitutum, juxta præscriptum l. ult. de legib. quod observavit in usufructu sit. 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. quemad. serv. am. l. si fundus. 105. de cond. & dem. Item si prædio emphyteutico aut beneficiario imposita sit ab emphyteuta aut vasallo, & quo casu hæc prædia ad dominum redeant, c. 1. §. quid ergo. de invest. de re al. fact. in usib. Feud. quippe resoluta jure dantis resolvitur jus accipientis, ut notatur in l. lege. 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. quem. serv. am. Tertio amittitur confusione, cum prædia confusa sunt, five cum idem utriusque prædii dominus esse cœperit, l. 1. si quis. 30. de serv. præd. urb. Quod si partem tantum prædii nactus sim, quod mihi aut cui ego serviam, placet servitutum non confundi, l. unum. 18. l. 1. via. 23. §. ult. de serv. præd. rust. Wes. par. de serv. n. 9. Camsianc. hic. Sed & si cum mihi per plurium fundos servitus deberetur, unum tantum atque alterum, non omnes acquisiero, servitus per cæteros retinetur, l. si cum. 15. quem. serv. am. Postremo finitur etiam non utendo; si videlicet nemo servitute usus sit, neque is, cui debetur, neque possessor prædii dominantis, amicusve aut hospes, &c. l. usu. 20. eod. aut si quis loco quidem usus sit, sed non jure servitutis; aut jure quidem servitutis, sed non servitute constituta, l. 10. & seq. l. si quis. 18. l. ult. eod. cæterum ita, si nemo usus sit per constitutum continuum tempus, l. 7. eod. l. 6. de serv. præd. urb. quod tempus est decem vel viginti annorum, l. 13. C. de serv. Enimvero si servitutis usus continuum aut quotidianum tempus non habeat, fortè quia alternis annis aut mensibus constituta est, duplicato constituto tempore non utendo amittitur, d. l. 7. id est, adversus præsentem 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 servitutum, d. l. usu. 20. & 4. seqq. quem. serv. am. Ad urbanarum servitutum amissionem etiam aliud præterea requiritur: has enim placet non aliter perire non utendo, quam si vicinus simul libertatem ædium suarum usu cepit: veluti in servitute altius non tollendi, si per statum tempus altius sublatum habuerit ædificium, & insuper ipse per idem tempus ædes possederit, d. l. 6. de serv. præd. urb. Hoc ita tam variè, quia cum rusticarum usus positus sit in solo exercitio & facto ejus, cui debentur, solum quoque ejus non usum placet sufficere ad amittendam tempore servitutum. Contra 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



causa habebatur, nisi si malis, qui servit, hac occasione utens ad libertatem rei suae usurpandam aliquid con-

tra servitutem molitur in suo, ut eleganter D. Cassius. 4. comm. 12.

## TITULUS IV. DE USUFRUCTU.

D. Lib. 7. Tit. 1. C. Lib. 3. Tit. 33.

Continuatio. Varia servitutum personalium species: summa eorum, qua hoc tit. tractantur.

**H** Athenus de servitutibus rerum five praediorum: sequuntur servitutes personarum, sic dicitur quia sunt jura personae in aliena re constituta: si quidem ex re, cui servitus debetur, distinctio ista servitutum petita est, ut ostendimus initio tit. praec. Species servitutum personalium multae sunt & variae. Etenim sciendum est, etiam jura, quae natura sua realia sunt, ita constitui posse, ut ex ea constitutione personae tantum acquisita esse intelligantur; veluti si in constituendo persona demonstrata sit cui soli ea praestentur; l. 4. de serv. prad. russ. l. Mala. 14. §. ult. de alim. leg. vel si constituta sint ei, qui praedium non habet, aut non habet vicinum. Sed & servitus personae constitui potest, ut pomum decerpere, ut spatium, ut coenare in alieno liceat; quanquam praedii non potest, per l. quoties. 15. in fin. de servis. l. 5. §. & bella. de op. nov. nunc. l. 1. §. praeterea. 12. & l. 3. pr. de aqua cotid. d. l. Mala. in fin. de alim. leg. Coras. Duar. Costal. ad l. 8. de serv. Hoc om. 8. obs. 20. Cyn. ad rubr. C. de usufr. post Pot. & Hugolin. Glossatores, ut ut D. Cujac. 24. obs. 22. id neget, & ejusmodi pactionibus non servitutem aliquam constitui & acquiri, accedente licet patientia constituentis, sed nudam ac simplicem obligationem, ut patiaris me in tuo ea facere, afferat, sicutus Gloss. Barr. Castr. in d. l. 8. de serv. Caeterum haec & similes servitutes personales in nominate sunt & irregulares: nisi eas ad usum referas ad certum modum constitutum, cum D. Donell. 11. comm. 1. Nominatarum autem & vulgarium tres duntaxat species sunt; usufructus, usus, & habitatio. Operae enim servorum vix est, ut servitutibus personalibus adnumerari possint: tum quia non ex persona ejus, cui debentur, sed ex persona operarii aestimantur; hoc est, ex persona ejus, qui eas praestat, 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 totae in actu & ministerio hominis consistunt, l. 1. d. tit. de op. serv. Hoc om. illust. quast. 47. Cujac. 7. ad African. ad l. quasitum. 37. hoc tit. de usufr. Caeterum in plerisque usum vel usufructum imitantur: l. 3. 4. 5. de op. serv. l. 2. de usufr. leg. l. 5. §. ult. usufr. quom. eav. Ex tribus autem istis, quas dixi, princeps species est usufructus: de quo eo solo hoc titulo agitur; de usu & habitatione tit. seq. Quatuor autem hic ordine exequitur Imp. Primum docet, quid sit usufructus; deinde quibus modis constituatur; tum quibus in rebus consistat; postremo quibus modis finiatur.

### TEXTUS.

#### Definitio usufructus.

*Usufructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. Est autem jus in corpore, quo sublato & ipsum tolli necesse est.*

### NOTA.

*Alienis rebus]* Hoc commune est omnium servitutum, nemini enim res sua servit, l. 5. pr. si us. par. l. 26. P. V. Habet quidem & dominus jus utendi re sua, sed non separatum à jure dominico.

*Quo sublato]* Vel ita mutato, ut in alienam speciem & nomen transferit, l. 5. §. 2. 3. & ll. seqq. quib. mod. us. am. Sumpta haec ex l. 1. & 2. eod.

### COMMENTARIUS.

1. Quid in definitione proposita verbo juris significatur.
2. Quid fructuario tribuat tum jus utendi, tum jus fruendi.
3. Quid juris sit, si fructuarius nondum percipit fructibus, aut mercede locationis nondum soluta decesserit, remissive.
4. Colonum, creditorem annuorum, legatarium proventus annui, jus ad rem tantum, non in re habere.
5. Usufructum formalem semper esse in re aliena: & quo sensu dicatur in multis pars esse domini.
6. Neque maritum, neque heredem fidei commissarium, neque emphyteutam definitione contineri.
7. Quid hic 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 heredem posse, & quid si fructuarius propter inopiam fidei jussorem invenire non possit.
10. Quid sibi velit, quod dicitur, sublato corpore usufructum tolli.

**J**Us 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 dixerit usufructum 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 & definiiri solere, respectu ejus cui constitutae sunt, tanquam personae primariae in hoc jure; atque eodem res-

Etiam usumfructum definiri, habita scilicet relatione ad fructuarium: verbum quoque juris adungi verbo faciendi, quod cum sit, in usu perpetuo juris, & omnium Latinè loquentium, facultatem & potestatem eo vocabulo significari. Nec metuendum est, ne hac significatione admittenda 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 coherere.

*Utendi fruendi*] Forma & finis. Duo autem hæc ferè conjungi solent, *usi frui*, licet fructui usus insit, nec interfit, fructus, an usufructus legatur, *l. per servum. 14. §. 1. de usu & hab. l. antepen. de usufr. leg. nisi corpus, non jus demonstrare volumus, l. vacca. 43. de ovib.* His autem verbis à fructuario removetur jus omne in rem, præter usum & fruitionem, rei fructuariæ alienatio, mancipiorum manumissio, proprietatis oppignatio, *l. 6. l. 9. 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 natura aut patrisfam. inlituto parata est. Etenim ædibus ut ædibus utendum ad inhabitandum, fundo ad fructum capiendum, servis ad operas, vestimentis ad induendum, cæteris rebus secundum suam naturam, extra quam qui utitur, abutitur: quod latius explicatur *l. 13. §. ult. l. 15. §. 1. C. seqq. eod.* Jus fruendi ei hoc tribuit, ut fructus omnes percipere possit, & percipiendo sibi acquirat, 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 redditus, omnis obventio, omnis utilitas, commodum omne, quod vel ex ipso corpore sive re fructuaria, vel occasione ejus percipitur, fructuarium sequitur, *l. 7. l. 9. l. arbores. 59. §. 1. hoc tit. l. 13. quib. mod. us. am. l. qui scit. 25. l. in pecudum. 28. de usur.* Atque hinc rectè colligitur DD. usufructu castri sive jurisdictionis concessio, posse usufructuarium antiquas investituras renovare: *Menoch. lib. 1. conf. 66.* ad eum pertinere multas & pœnas pecuniarias, emolumenta sigilli & officialium: *Schneid. ad §. 1. hoc tit. Molin. ad consuet. Paris. §. 1. gloss. 1. n. 51. Joann. del Castill. tract. de usufr. c. 36. n. 29. post Bart. Ias. & alios antiquos,* legato usufructu universitatis bonorum, cui jus patronatus annexum sit, jus præsentandi fructuario competere: *Menoch. d. conf. n. 6. Molin. d. loc. n. 3. 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. §. emphyteutis. quest. 23. n. 5. Chass. ad consuet. Burg. rubr. 4. §. 6. n. 8. Castill. d. cap. n. 45.* Et secundum hos, ipse aliquando ex facto consultus respondi, miratus Bachovium, qui hoc axioma damnat, ut impossibile, ut dictu & auditu absurdum, *not. ad Treult. vol. 1. disp. 16. thes. 11.* Sed & apud nos à supremo Senatu judicatum est, bonorum omnium usufructu legato, etiam redditus vitalitios, tanquam fructus, lucro fructuarii cedere debere, *teste*

3 *D. Jacobo Coreno observ. rer. à sup. Sen. jud. 7. Cæte-*

rum quod alibi dictum, hoc loco repetendum est, fructuarii non aliter fructus fieri, quam si ipse eos perciperit, aut alius ejus nomine: & ideo si maturis fructibus, nondum tamen perceptis, decesserit, hæredem ejus in iis, qui terra tenentur, nihil juris habere, *§. in vero. 36. sup. de rer. div. l. 13. quib. mod. us. am. l. 8. de ann. leg.* An vero idem & in civilibus fructibus, puta usibus, mercedibus locationis, obtinere debeat, ut scilicet fructuario ante diem, quo solvi debeant, mortuo, nihil ad hæredem ejus pertineat; an pro rata temporis, quo usufructus stetit inter hæredem ejus & proprietarium dividi debeant, dixi sub *d. §. in vero.* De commodis, quæ fructuarium sequuntur, qui plura nosse desiderat adeat *Don. 10. comm. 7. & 8. Castill. cap. 36. & 37. tract. de usufr.* Habet & colonus, & creditor *Ann. 29. 4. orbis,* facultatem utendi fruendi re aliena: cæterum illi justantum habent ad rem, & in personam locatoris aut debitoris, hoc est, locatorem & debitorem ex contractu tantum sibi obligatos, habent ad hoc, ut præsent uti frui licere: unde & iis actio eo nomine in personam duntaxat competit; colono, ex conducto, *l. 15. locat. creditori, in factum. l. 11. §. 1. de pign.* Jus autem in rem, & quod proprium eorum dici possit, de quo hic quæri constat, nullum habent: quippe quod non acquiritur, nisi traditum ex justa causa, ex qua & dominium transferretur, cujusque tuendi & obtinendi causa ad exemplum domini vindicatio seu confessoria in rem actio prodita est, *§. 2. inf. de act.* Eadem & de legatario proventus annui dici possunt. Sed & hic ipse non fruitur, sed per manus hæredis redditum accipit, *l. fundi. 38. de usufr. leg. l. liberti. pr. de ann. leg. Horom. 1. illust. 24. Castill. d. tr. cap. 4. & 5.*

*Rebus alienis*] Materia. Estque hoc commune omnium servitutium, ut sint in alieno: neque enim res sua ulli servit, *l. in ro. 26. de serv. prad. urb. l. 5. si usufr. pot.* Rectè, inquis: at non ideo recta definitio, cum non omnis usufructus servitus sit, & in re aliena. Duo enim, inquires, sunt genera usufructus. 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. si cum argentum. 21. §. 3. de exc. rei jud. l. 5. si usufr. pot. l. qui usufr. 58. l. si ita. 126. §. 1. de verb. obl.* Illi 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 duntaxat, usumfructum formalem. Hæc objectio ne quem moveat, observandum est, verbo usufructus simpliciter aut absolute enunciato in toto ferè jure, & maxime in questione & 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, viz, aqueductus, 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

Etio

Actio ususfructus in formalem & causalem; vera est & genuina generis in species divisio, neque pro ea à DD. venditur; sed potius distinctio nominis *παρονομα* in sua significata. *vid. Wsf. par. hoc tit. n. 4. Castill. de tract. c. 1. n. 16. Pinol. in l. 1. C. de bon. mat. part. 1. n. 10. Gomez. 2. ref. 15. num. 2. & 3.* Quod si porro quis urgeat, & ususfructum etiam separatim in re fructuarii esse contendat, quia pars domini dicitur, *l. 4. hoc tit. in promptu responsio est, partem dici; non quod revera pars sit, cum sit servitus, l. rest. 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. Mavivus. 66. §. fundo. 6. de legat. 2. & nimirum dictum hoc accipiemus per comparationem cæterarum servitutum, quæ cum dominio tantam affinitatem non habent. Eo pertinet, quod in venditione bonorum etiam ususfructum venire Ulp. scribit, quia appellatione domini fructuarius quoque continetur, sententia scilicet edicti; *l. 8. pr. de rob. aut. jud. poss. quod fructuario de damno infecto caveatur, l. 13. §. superficiesarum. 8. de damn. inf. quod ad eum pertineat interdictum unde vi; l. 3. §. unde vi interdictum. 13. de vi & vi arm. quod ususfructus pro parte divisa vel indivisa constitui potest, l. 5. b. tit. Sentit hoc Gloss. in d. l. 4. Latius explicuit D. Connan. 4. comm. 6. Postremo ut demus, usufructuarium respectu juris, quod habet, vere dominum dici posse, 6 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, *inf. quib. alien. lic. in pr. l. si pradium. 13. §. 2. de fund. dor. l. 7. §. si res. de jur. dor. l. si pradium. 23. C. eod. Hinc & rei dotalis vindicatio marito tributa, l. doce. C. de rei vind. & mobilium quoque alienatio, l. 3. §. 2. de suis & legis. l. 3. C. de jur. dor. auth. sive à mo. §. 1. C. ad sen. Vall. Hæres quoque, qui rogatus est aliquid ex die aut post mortem suam restituere, interim ejus rei dominus est, non fructuarius, *l. species. 15. de aur. arg. leg. tantumquæ cedente die fideicommissi restituenda est. ideo de ea tanquam aliena nonnunquam juris conditores loquuntur, ut Justinian. l. ult. §. sed quia. C. comm. de legat. sicut & de re dotali, quia & maritus temporale dominium habet, soluto matrimonio ad mulierem reversurum, l. 7. §. si fundum. 12. in fin. sol. matr. l. in robus. 30. C. de jur. dor. De emphyteuta major potest esse dubitatio propter dominium directum, quod alius habet: sed hoc non obstat; quo minus & proprietatis quædam in re emphyteutica, ratione emphyteutæ considerari possit; ut & potest in re feudali respectu vasalli, 2. feud. tit. 43. & argumentum est, quod emphyteuta potest uni seorsum ususfructum rei emphyteuticæ legare, alteri deducto eo proprietatem, *l. 1. pr. quib. mod. us. am. Joan. del Castill. tract. de usufr. c. 39. n. 10. & 11.* Quid quod emphyteuta etiam ipsum fundum emphyteuticum alteri vendere, donare & obligare potest; servitutes ei imponere, & quidvis in eo extruere; contra ipsum quoque directum dominum in rem agere, non dico de jure separato, ut fructuarius in rem confessoria; sed de re ipsa,****

*l. 1. & 2. si ag. vult. ut plus etiam juris emphyteutæ, quam domini in ipsa re habeant: quam ob causam etiam domini prædiorum emphyteutorum appellantur, l. possessores. 12. C. de fund. patrimon. lib. 11. emphyteutæ simillimus est superficiarius, l. 1. de superfic. d. l. 1. quib. mod. us. am.*

[*Salva rerum substantia*] Id est, si Theophilo & Giphano 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 hac clausula fructuarium prohiberi tum rem consumere, causamve proprietatis deteriore facere, tum in aliam formam rem transmutare. Finge igitur, ovium ususfructum relictum esse; non debet fructuarius eas occidere, ut carne vescatur: hoc enim pugnat cum natura ususfructus. Cui fundi ususfructus legatus est, non debet arbores frugiferas excidere, neque villam diruere, nec quicquam facere in perniciem proprietatis, *l. 13. §. fructuarius. 4. hoc tit. Sed & si agrum non proscindat, vites non subleat, aquæ ductus corrumpi patiar, non intelligitur salva substantia re uti, d. l. 13. §. 2. Adium ususfructu legato non mutabit dietas vel atria, non diruet & ædificabit nova, d. l. 13. §. sed si adium. 7. nec si meliorem domini causam faciat, l. 7. in fin. l. 8. l. usufructuarius. 44. eod. 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. §. sed si adium. D. Diod. Tuld. c. 4. hic. 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. sed si quid. 15. §. 1. hoc tit. Hoc autem eo pertinet, ut intelligamus, eum, qui sic utitur, ne rectè 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. vetus. 68. eod. §. in pecudum. sup. de rer. div. l. in pecudum. 28. de usur. non enim ancillæ ad hoc habentur, ut pariant, sed ut serviant, l. ancillarum. 27. de her. per. 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 umbram præstantum. Hinc denique est, quod sylvam non cædum, aut quæ ut cædua à domino habita non est; fructuarius cædere non potest, *l. 9. §. ult. eod. quamvis materiam ex ea succidere ad villæ refectionem, & pedamenta in vineam sumere non prohibeatur, l. 10. l. 12. in pr. eod. ubi latè D. Paul. Bus. Ut igitur dominus securus esse possit de proprietate, desiderante eo fructuarius cavere cogitur, & usum se boni viri arbitrat, & cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restitutum, quod inde exitit, d. l. 13. in pr. l. 1. & eos. tit. usuf. quem. cav. quæ cautio satisfatio est, d. l. 13. l. 4. C. eod. l. 7. & ult. usuf. quem. caveat. l. 8. §. tutor. qui satisf. cog. & ad omnem usum fructum omnemque fructuarium (excepto patre fructuario adventitiorum, *l. 6. §. non a. l. ult. §. fin. a. 4. C. de bon. qualib. item fisco: per l. 1. §. si ad fiscum. 18. ut leg. nom. cav. & casu. l. 9. §. 2. usuf. quem. cav. & donatore omnium aut partis bonorum retento usuf.******

per l. 19. §. 1. de rejud. cum similibus pertinet, d. l. 13. hoc tit. d. l. 1. §. 1. & 2. l. 9. §. 1. usufr. quom. caveat.

9 In tantum, ut nec à testatore remitti possit, l. 7. C. ut in poss. leg. decif. Cur. Holl. 20. Christin. vol. 2. decif. 175, n. 7. & seqq. ne scilicet amoto cautionis metu fructuarius invitetur ad delinquendum & pro libidine sua in re fructuaria grassandum: sententia ac ratio communis. Vid. Clar. §. testam. quest. 64. Gail. 2. obs. 145. Joan. del Castill. tract. de usufr. cap. 15. Qui etiam aliam rationem affert, quod remissio illa quodammodo cum natura ac sine usufructus legati pugnare videatur. Illud eodem loco idem rectè notat remissione cautionis facta à testatore non vitari ipsum legatum usufructus, sed eam pro non scripta habendam esse, per l. 6. ut in poss. leg. Quod si cautio à testatore remitti non potest, nec poterit confessio inventarii, quæ est necessarium cautionis antecedens, Castill. d. loc. post DD. com. Planè ut cautio ab hærede remitti possit, rationis est. Accurs. Cyn. Barr. Salic. Scharf. ad l. 1. C. hoc tit. Pin. in l. 1. C. de bon. matern. p. 2. num. 76. Gail. d. obs. 145. Castill. d. loc. num. 16. Christin. d. decif. 175. Putarem tamen, remissionem non obitare hæredi, quominus cautionem postea ex causa exigat, ut hæc remissio tacitam in se habeat conditionem, si rectè utatur fructuarius; coque 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 contra fructuario rectè caveat, ne pereat ultima voluntas defuncti? Placet in magna varietate eorum sententia, qui totam hanc rem boni judicis arbitrio permittendam censent, qui ex personis & re, de qua agitur, tum ex facultatibus 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 asurpare illud Ulpiani in l. 2. §. item Varus. 5. in fin. de aq. plu. arc. Hoc aequum suggerit. & si jure deficiamus, add. Castill. de tr. c. 18. num. ult. Gail. 2. obs. 47. Myns. 6. obs. 48. Fach. 8. contr. 40. Wesemb. par. usufr. qu. ca. n. ult. Mevend. 5. contr. 47. Christin. d. decif. n. 13. & seqq. Sunt & alia onera, quæ fructuario incumbunt, puta si quid reficiendum sit, ut facta tecta præstet, cum distinctione tamen, quæ est in l. 7. §. 2. hoc tit. ut animalia ægrota curet, gregem ex agnatis capitibus suppleat, in locum arborum demortuarum alias substituat: rectè enim colere & quasi bonus paterfam. debet: quod & ipsum cautione fructuaria continetur, vid. §. sed si gregis. 38. sup. de rer. div. Hoc amplius etiam onera prædiorum agnoscere cogitur, ut tributa, vectigalia, pensationes, quæ prædiis imponuntur, l. 7. §. 2. l. si pendentes. 27. §. 3. hoc tit. vid. Castill. d. tract. cap. 56. & seq. Christin. vol. 2. decif. 176. num. 1. & 2.

10 Est autem jus in corpore, quo sublato] Sublatum hic accipimus, non omnino quod penitus & totum perierit, sed quod esse desiit id, quod ante fuit; cujus pristina fa-

cies mutata, quod ita vel ampliatum vel minutum est, ut in aliam speciem & nomen tranferit, l. 5. §. pen. & deinceps, usque ad l. 13. quib. mod. us. nov. Quod si totum corpus tollatur, ne dominium quidem proprietatis remanet. De mutatione rei fructuarie plenius disputamus ad §. 3. hoc tit. in calce.

## T E X T U S.

## Quibus modis constituitur.

I. Usufructus à proprietate separationem recipit, idque pluribus modis accidit: ut ecce, si quis usufructum alicui legaverit: nam hæres nudam habet proprietatem, legatarius vero usufructum. Et contra, si fundum legaverit deducto usufructu, legatarius nudam habet proprietatem, hæres vero usufructum. Item alii usufructum, alii deducto eo fundum legare potest. Sine testamento vero si quis velis usufructum alii constituere, pactionibus & stipulationibus id efficere debet. Ne tamen in unumversum inutiles essent proprietates, semper abscedente usufructu, placuit certis modis extinguere usufructum, & ad proprietatem reverti.

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

1. Quot & quibus modis usufructus constituitur, & à proprietate separatur.
2. Ad constitutionem & acquisitionem usufructus solam pactionem non sufficere, sed requiri etiam traditionem seu factum aliquod traditionem representans: testamento autem constituitur ipso jure.

**P**luribus modis] Usufructus non uno modo à proprietate separatur, & alteri acquiritur. Nam & à lege quibusdam personis constituitur, ut patri in bonis filii adventitiis, l. 6. l. ult. C. de bon. qua lib. §. 1. inf. per quas pers. item patri emancipatori in parte dimidia bonorum adventitiarum filii emancipati, d. l. 6. §. 3. C. & §. 2. infr. d. tit. & à iudice in judiciis familie eriscundæ & communi dividundo, per adjudicationes scilicet & condemnationes, si res divisionem commode non recipiant, l. 6. §. officio. 10. comm. div. l. C. puto. 16. §. 1. fam. erc. l. 6. §. 1. hoc tit. junct. §. 4. & §. inf. de off. jud. usu quoque nostro & longa quasi possessione, sicut reliquæ servitutes, & usufructus nobis acquiritur; veluti si quis non dominus usufructum nobis vendiderit, nos eum per legitimum tempus possederimus, l. ult. in fin. C. de prescrip. long. temp. Hic duos tantum modos recenset Imp. eosque ipsos, quibus servitutes prædiorum constitui dixit in calce præced. tit. ultimam voluntatem, & stipulationes pactionesve.

Ut ecce] Formas legendi, quibus usufructus constituitur, & à 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. per. Nam si unus usufructus, alteri fundus simpliciter legetur, nominatim, non expresso (deducto usufructu,) ambo in usufructum concurrent,

rent, l. si alii. 19. de usufr. leg. l. 6. de usufr. ear. rer. Neque obstat, quod traditur d. l. 1. §. 1. fam. orc. si iudex alii fundum, alii usufructum adjudicaverit, non communicari usufructum: nam in iudiciis divisorii hoc agitur, ut à communione discedatur, l. 1. cod. tit. Sed etsi uni usufructus, alteri nuda proprietas legata sit, nemo, opinor, dixerit, usufructum communicari. Ac ne illud quidem morum nostrorum simplicitati convenit, quod in d. l. 19. de usufr. leg. traditur, si testator alii fundum, alii usufructum ejusdem fundi legaverit, usufructum contra mentem testatoris communicari, Groenw. ad d. l. 19. traç. de U. abrog. Antum. conf. jur. ad. d. l. 19. Cyprian. conf. Belg. hic.

**Pactionibus & stipulationibus** ] l. 3. pr. cod. Vid. sup. §. ult. tit. prac. Pactionibus autem non nudis, sed vestitiis, ut magistri loquuntur, iisque, quæ idoneæ sunt ad dominium ipsum transferendum; cujusmodi sunt emptio, permutatio, donatio. Potest ergo quisque dominus usufructum rei suæ alteri vendere aut donare cedere nuda proprietate retenta, aut rei nudam proprietatem retento usufructu, l. quod nostrum. 63. cod. l. quisquis. 28. C. de donat. potest & uni vendere vel donare usufructum, deinde alteri proprietatem, quam retinuit. Cæterum etiam nuda pactione usufructus rectè constituitur, si ea contractus vel conventioni legitime, aut traditioni divisionive in continenti adjiciatur, d. l. 28. C. de don. l. Seia. 42. de mort. caus. don. cod. arg. l. cum essent. 33. de serv. prad. rust. l. venditor. 13. com. prad. l. in traditionib. 48. de pac. Quod autem de servitutibus prædialibus diximus, eas non acquiri pactionibus solis sine facto aliquo, quod traditionem repræsentet, hoc non minus ad acquisitionem usufructus pertinet, l. 5. de serv. l. 3. hoc tit. l. 3. de obl. & act. arg. l. traditionibus. 20. C. de pac. Nam in universum tenendum est, quibus in causis ad rem corporalem acquirendam requiritur traditio, in iisdem & ad res incorporales acquirendas requiri, quatenus fert earum rerum natura: ut in proposito traditus usufructus intelligitur, si dominus, à quo est, usufructuarium inducat in fundum, cumve patiat uti frui, d. l. 3. hoc tit. Testamento autem constituitur usufructus ipso jure, ut hic ad acquirendum jus in re, & vindicationem, non desideretur traditio hæredis, sed nuda voluntas sufficiat testatoris. Quod jure quidem veteri obtinebat duntaxat, cum usufructus legatus erat per vindicationem: nam per damnationem legatus factus hæredis præstabatur, teste Paulo 3. sent. 6. at hodie idem utriusque legati effectus post exæquationem juris omnium legatorum, §. 2. inf. de legat. l. 1. C. comm. de leg. Ex quo apparet, Tribonianum incuria quadam actionem personalem cum confessoria confundisse, l. pen. C. hoc tit. quod & locus ipse palam arguit. De legato per damnationem usufructu, accipe l. 3. hoc tit. l. 2. si usufr. per. de legato per vindicationem, l. 34. §. pen. de legat. l. 1. l. 10. l. si quis. 29. de us. leg. l. sed & qui. 25. §. ult. hoc tit. l. un. §. 2. qu. di. us. leg. add. Pinel. part. 2. l. 1. C. de bon. mat. n. 62. Castill. traç. de usufr. c. 9.

**Placuit certis modis extinguï** ] Negligitur hic iterum à Triboniano lex methodi; nisi ~~etiam~~ est, eo quod separato ita usufructu inutilis & ridicula videri poterat proprietas, cum paria fiat, non habere dominium, &

habere inutile. Transcriptus autem hic locus est ex Cajo l. 3. §. 2. hoc tit.

T E X T U S .

Quibus in rebus constituitur.

2. *Constituitur autem usufructus non tantum in fundo & adibus, verum etiam in servis, & jumentis, & cæteris rebus: exceptis iis, quæ ipso usu consumuntur. Nam hæres neque naturali ratione, neque civili recipiunt usufructum: quo in numero sunt vinum, oleum, frumentum, vestimenta: quibus proxima est pecunia numerata: namque ipso usu assidua permutatione quodammodo extinguitur. Sed utilitatis causa Senatus censuit, posse etiam earum rerum usufructum constitui, ut tamen eo nomine hæredi utiliter caveatur. Itaque si pecunia usufructus legatus sit, ita datur legatario; ut ejus fiat, & legatarius satisfacet hæredi de tanta pecunia restituenda, si morietur aut capite minuetur. Cætera quoque res ita traduntur legatario, ut ejus fiant: sed æstimatis his satisfatur, ut, si moriatur aut capite minuetur, tanta pecunia restimatur, quanti hæ fuerint æstimata. Ergo Senatus non fecit quidem earum rerum usufructum, (nec enim poterat) sed per cautionem quasi usufructum constituit.*

N O T A .

2. *Vinum, oleum* ] Harum rerum non usus, sed abusus est. Boët. in sep. lib. 2. *Utimur his, quæ nobis utentibus permanent: his vero abutimur, quæ nobis utentibus pereunt.*

*Quodammodo* ] Expendendo & alienando: ita pecunia perire dicitur apud Corn. Nep. in Themist.

*De tanta pecunia restituenda* ] Clausula cautionis fructuarie de utendo boni viri arbitratu, l. 1. us. quem. cav. ad quasi usumfr. non pertinet: & absurdum esset, rei dominum talem cautionem præstare.

*Si morietur aut capite min.* ] Non aliis modis quasi usumfr. extingui potest, l. 7. l. 10. d. t.

*Sed æstimatis* ] Aut cavebitur de rebus ejusdem qualitatis restituendis: quanquam illud certius & tutius, l. 7. de us. ear. rer.

*Nec enim poterat* ] Naturalis enim ratio auctoritate Senatus mutari non potuit, l. 2. §. 1. cod.

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

1. *Cur rerum fungibilium usufructus constitui non possit.*
2. *In hoc numero rerum non esse vestimenta, contra plerosque, & ipsum adeo Tribonianum, firmis rationibus, ostenditur.*
3. *Qua consideratione pecunia & quadam alia in hoc genere numerentur.*
4. *An cautio quasi fructuaria sit de substantia quasi usufructus.*

5. Par-

5. Partes cautionis quasi fructuaria exposita, & ad-  
tus insignis error Mysingeri.

**H**oc §. agitur de rebus, in quibus usufructus con-  
stitui potest. Et sciendum est, in rebus omnibus,  
unde aliqua utilitas aut commoditas qualiscumque perci-  
pi potest, usumfructum constitui posse, sive immobi-  
les sint, ut domus, fundus; sive mobiles, ut mancipia,  
jumenta, supellex, &c. in quo differt usufructus à ser-  
vitudibus realibus, quæ tantum in prædiis consistunt.  
Sed & rerum incorporalium usufructus constitui potest,  
veluti nominum, l. 3. de usufr. ear. rer. ut fructuaria  
rem consecutus ea utatur. Potest & jurisdictionis, quam  
patrimonialem vocant, ut fructuarius multas & pœnas  
pecuniarias, tanquam fructus jurisdictionis, percipiat.  
Schneid. hic post alios, quos supra citavi. Neque hic  
quasi usufructus est, ut putat D. Bachovius: certè non  
eo sensu sic appellari potest, quo earum rerum, quæ usu  
consumuntur, quasi usumfructum esse dicimus: nam  
jurisdictio non datur fructuario, ut ejus fiat propria;  
ideoque & eam ipsam finito usufructu restituere debet,  
eodemque modo cavere, quo fructuarius rei corporalis,  
quæ fructum recipit, fac. l. 1. de usufr. leg. Solæ exci-  
piuntur res, quas utendo consumi necesse est; cujusmo-  
di sunt, vinum, oleum, frumentum, cæteræque res,  
quæ pondere, numero, mensura constare, & in genere  
suo functionem recipere dicuntur, inf. quib. mod. re  
cont. obl. l. 2. de reb. cred. Has res ait Imperator neque  
naturali ratione neque civili usumfructum recipere: sci-  
licet hæc est natura usufructus, jusque de eo constitu-  
tum, ut sit in re aliena sive penes eum, qui dominus rei  
fructuarius non sit, isque jus habeat ea re utendi fructus-  
que ab ea separandi, aut commoda ob causam rei obve-  
nientia percipiendi, ita ut interim res ipsa, cujus pro-  
prietas apud alium est, salva & integra maneat, caveat-  
que fructuarius se eam finito usufructu restitutum:  
quorum nihil in res consumptibiles, hoc est, eas, quæ  
usu ipso consumuntur & pereunt, cadere posse manife-  
stum 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 Tribonia-  
nus inter res, quæ usu consumuntur, refert vestimenta:  
non enim quæ longiore usu atteruntur & detritu deterio-  
ra 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. hoc tit. de usufr. ear. rer. qua 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 usufructus  
aliquot modiorum frumenti legatus sit. Illud utique cer-  
tum 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 usufructus, quam mutuum. Denique  
vestimenta in rebus, quæ usu delentur, numeranda non  
esse: verumque eorum usum arguit, quod alteri com-

modari & locari possunt; quod secus est in iis, quæ ipso  
usu tolluntur, §. pen. inf. de locat. junct. l. 3. commod. in  
fin. Dicendum igitur omnino est, ut mancipiorum, ju-  
mentorum, suppellectilis, aliarumque rerum mobi-  
lium, licet usu atterantur, verus est & naturalis usus-  
fructus, ita & vestimentorum esse. Eapropter usufructu  
vestimentorum legato, non dabuntur ea legatario, ut  
ejus fiant, ut prohibito ea consumere, iisve abuti possit,  
uti fit legato usufructu rerum fungibilium: sed ut iis  
utatur, quomodo vir bonus uteretur, l. 15. §. & si. 4.  
hoc tit. quod veri usufructus proprium esse ostendit pri-  
ma clausula cautionis, quæ in vero usufructu desidera-  
tur, l. 1. usufr. quem. cau. neque satisfabit legatarius, se  
ejusdem generis vestes finito usufructu restitutum aut  
earum æstimationem, ut sit in usufructu earum rerum,  
quæ usu consumuntur: l. 7. hoc tit. sed rem ipsam &  
speciem, quam accepit, l. 9. §. pen. usufr. qu. cau. jux-  
ta alteram clausulam cautionis in vero usufructu rece-  
pta. Neque enim hac parte cautionis continetur, ut pro-  
missor rem restituat non deteriolem, quam erat tempo-  
re constituti usufructus: satis enim est, si dolo aut cul-  
pa 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 deterio reddita sine  
culpa commodatarii: l. 10. in pr. commod. ideoque liber-  
atur restituendo corpus, quod superest, aut post usum  
extat, unde & in proposito formula cautionis non de re  
ipsa restituenda, sed de eo, quod inde extabit, ferè re-  
cipi solet, l. 1. in pr. & §. ult. usufr. quem. cau. Sed et si  
cautum sit de re ipsa restituenda, idem tamen juris est;  
ut in hac ipsa specie, quam tractamus, Ulpianus ex Pom-  
ponio refert, d. l. 9. §. pen. usufr. quem. cau. quod cum  
animadverteret Cantiancula, putavit, id nescio qua spe-  
ciali ratione receptum esse in quasi usufructu vestimen-  
torum. Accursius errorem Triboniani duplici commen-  
to tegere conatur, uno in d. l. 15. §. 4. hoc tit. altero ad  
hunc §. Illic ut ex verbis ejus colligitur, interesse existi-  
mat, utrum vestimentorum usufructus legatus sit tan-  
quam quantitatis, hoc est, æstimatorum; an vero sim-  
pliciter, 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. quem. cau. illo autem casu quasi usum-  
fructum vestium legatum videri, finitoque usufructu  
reddendam esse æstimationem: quod & Aretin. & Fab.  
sequuntur, eoque referunt hunc §. At hoc posito, jam  
non tam vestium, quam ipsius pretii quasi usufructus  
erit, quod idcirco & solum restituendum, non vestes  
ejusdem generis: potestque hoc usu venire & in aliis re-  
bus æstimato utendis fruendis datis, haud ab simili ratio-  
ne, qua species æstimari & in causam mutui converti  
possunt, l. 11. si cert. pot. l. 8. C. eod. l. pro auro. 25. C.  
de usur. Hoc igitur parum pro Triboniano facit. Locus  
ipse, unde distinctionem istam collegit Accursius, men-  
dofus videtur, nempe d. l. 15. §. 4. hoc tit. neque enim  
dubito, quin verba illa, non sicut quantitatis usufructus  
legatur, irreptitia sint, & ab imperito aliquo glossatore  
profecta, volente gratificari Triboniano: nam & constru-  
ctionem turbant; & perplexum efficiunt sensum. Quod  
miror ante Bachovium neminem observasse. Alterum,  
quod Accursius ad defensionem Triboniani comminisci-  
tur, est in explicatione hujus §. ubi duo genera vestium  
facit.

facit, unum temporalium; alterum perpetuarum: atque inter hæc genera hoc discrimen ponit, quod in temporalibus fictus, in perpetuis verus usufructus consistat. Temporalium (de quibus solis hic Tribonianus loquitur) 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 *Tesaur. 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 quæsitio colore afferri potest, illud unum est, quod *Don. 10. comm. 4.* existimat, eum materiatum posuisse pro materia *μετανομιών*; vestimenta pro lana, unde vestimenta conficiuntur, *vid. l. pen. de usufr. ear. rer.*

*Quibus proxima est pecunia numerata*] Generali pecuniæ appellatione continentur omnia, quæ in patrimonio sunt, *l. 5. l. pecunia. 222. de verb. sign.* & ideo ait, pecunia numerata. Qua voce tantum designantur nummi, hoc est, æs, aurum aut argentum signatum sive publica forma percussum, ut jam non tam usum dominiumque ex substantia præbeat, quam ex quantitate seu valore impositio, *l. 1. de contr. empt.* Auri autem vel argenti non signati, quin usus esse sine abusu possit, veluti vasorum aureorum vel argenteorum, non est dubitandum, *l. ult. usufr. quem. cav.* Quin & numismatum veterum aureorum vel argenteorum, quibus pro gemmis ad ornatum uti solent, usufructus recte legatur, *l. nomismatum. 28 hoc tit.*

*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 pecunia utitur alienando & expendendo, vi ipsa illi eo usu consumitur & perit. Tam enim eo casu dominus ac possessor esse desinit, quam si consumpsisset. Inter res, quæ usu consumuntur, numerandæ etiam, quibus utimur ad medicamenta, ut pharmaca, & odores, *l. pen. de us. ear. rer.* item quarum ita usus est ad res alias conficiendas, ut, nisi mutatz ad eas res conferantur, ipsæ per se prope sint inutiles: qualis est lana, qua ad vestimenta & stragula conficienda utimur, *d. l. pen. ad quas res si confertur*, ipso usu eam perire necesse est: quippe quæ prius nenda & in filum transformanda, deinde ex filo texendum id corpus, quod inde extare volumus, *l. sed si meis. 26. de acq. rer. dom.*

*Utilitatis causa Senatus consultis*] *l. 1. & 2. de us. ear. rer.* Quod latior esset morientium voluntas, effectum est Senatusconsulto, ut earum quoque rerum, quæ usu consumuntur, quasi quidam usufructus constitui possit, urque 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 tantum legati harum rerum usufructus fit mentio, tum hoc loco, tum *tot. tit. eod. l. usufructu. 69. ad leg. Falc.*

item apud Ulp. *tit. de legat. §. Senatus. 25.* nusquam aliter constitui, non sine causa Hotom. & Wes. cum Conan. *4. com. 3.* existimant, conventionem inter vivos non idem effici posse. Quamquam semel admissa & recepta in legatis harum rerum usufructu, nihil admodum video, quod obstat, quominus id jus produci possit ad conventiones. Plane publica auctoritate opus fuit, ut ab initio introduceretur.

*Heredi utiliter caveatur*] Datis scilicet sivejussoribus: nam & hæc cautio satisfactio est, ut in vero usufructu, *l. 8. l. 9. & 10. eod. l. 7. §. 1. usufr. quem. caveat.* & bis hoc eodem in loco fit mentio satisfactio. Remedio igitur cautionis introducto cæpit hic quasi usufructus haberi, *l. 3. §. 1. hoc tit.* sive ut ait Justinian. in calce hujus §. Senatus per cautionem quasi usufructum constituit, imaginem scilicet veri, ut hic quoque apud alium proprietas esse, apud alium usufructus quodammodo videri possit. Nam licet hæc res ita dentur legatario, ut ejus fiant consumendi causa: tamen propter cautionem, quæ in locum proprietatis rerum apud hæredem succedit, videntur adhuc alienæ, & legatarius usufructum duntaxat earum habere, propterea quod finito usu eandem 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. ut in poss. leg.* Illud quæsitum, an cautio hæc sit de substantia hujus usufructus. Et siquidem hoc quærat, an necessario præstanda sit, antequam res utendæ dentur, aut rebus traditis nihilominus exigi possit, res expedita est. Nam & in vero usufructu non ante res ipsa aut fructus transferuntur, quam præstita cautione illius usufructus propria, *l. 13. de usufr. l. 4. Cod. eod.* alioqui & res tradita vindicari, & omnia stipulatio condici potest, *l. 7. usufr. quem. cav.* Sin vero hoc, an forma quasi usufructus in cautione consistat, absurda est & inepta quæstio; cum non magis cautio, quæ in hoc quasi usufructu loco proprietatis est, forma hujus usufructus dici possit, quam proprietas veri & naturalis. Sed illud fortasse quæritur, an non quemadmodum verus usufructus nullus est sine proprietate, quæ ei ex adverso opponatur, ita nec quasi usufructus intelligi possit sine cautione, quæ vicem proprietatis subeat. Et certum est, nec quasi usufructum intelligi posse, nisi sit aliquid, quod representet proprietatem: quod etiam facit cautio, ubi ea præstita est: cæterum ea ab herede omissa, nihilominus usufructus intelligitur, atque interim jus exigendi cautionem & finito usufructu condicendi quantitatem loco proprietatis potestate Senatusconsulti habebitur, *l. 5. §. 1. hoc tit.* ut ne eo quidem sensu cautio omnimodo necessaria sit, aut de substantia quasi usufructus. Hoc posito nemo dubitabit, quin cautio hæc ab 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. pars. 2. num. 77. & seqq. Castill. tract. de usufruct. cap. 15. & 16.* Plane eatenus de substantia quasi usufructus 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, usufructus legari possit, *l. 1. l. 3 hoc tit. l. 1.*



*l. 1. de usufr. leg. l. usufructu. 69. ad leg. Falc. atque ex eo tempore usufructu bonorum omnium legato, etiam earum rerum, quæ usu consumuntur, usufructum legato contineri intelligi cepisse, argum. l. uxori mea. 37. de usufr. leg. l. 1. Cod. de usufr. cum ante id Senatufconsultum alio jure Romani uterentur, ut constat ex loco M. Ciceronis in Top. ubi scribit; Non debet ea mulier, sui viri bonorum suorum usufructum legaverit, cellis vinariis & oleariis plenis relictis, putare, id ad se pertinere. Usus enim, inquit, non abusus, relictus est, add. Alciat. lib. 7. parerg. cap. 2. Mant. de conj. ult. volunt. lib. 9. tit. 6. in pr. Castill. di. tract. cap. 38. num. 10. & 11. Menoch. lib. 4. de præsumpt. 142. num. 14. Planè si rerum mobilium duntaxat usufructus relictus sit, res fungibiles legato non contineri verius est, Castill. di. 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 arbitrato, ad quasi usufructum non pertinet, ut rectè Castill. d. tr. de usufr. cap. 15. num. 13. & 31. contra communem. Ad restitutionem quod attinet, promittit fructuarius, se restitutum non eadem corpora, quæ accepit, quod consumptis iis fieri non potest: sed tantumdem, siue pecuniæ usufructus relictus sit, siue vini, olei, frumenti, aut similibus rerum. Cæterum ut obviam eatur contentioni, quæ de rei qualitate incidere possit, commodius est in vino & rebus similibus, eas res dari fructuario æstimatas, eumque certæ pecuniæ nomine cavere, l. 7. hoc tit. atque ita moderandum quod ait Justinianus, His rebus æstimatis satisfieri. Pars hæc cautionis vel maxime facit, ut in his rebus velut quidam usufructus haberi incipiat. Nam quod res restitui debet, videtur aliena; & quod tantundem, videtur restitui res ipsa. Sunt enim hæc res ejus naturæ, ut in genere suo functionem recipiant, hoc est, idem inter se mutuo præsentent, dum idem genus redditur, l. 2. §. 1. de reb. cred. Apparet autem ex hac parte cautionis & obligatione fructuarii, errare Mynf. qui putat, casus fortuitos, & rei periculum, tam in quasi usufructu, quam in vero, ad proprietarium pertinere: in quo errore & Bald. fuit. Quomodo enim liberabitur fructuarius peremptis rebus, quas non debuit? Promisit alias ejusdem generis, aut æstimatorem: promisit incertas, res incertæ perire non possunt. Sed & ipsa rerum proprietates in quasi usufructu revera transfertur in fructuarium. Ut omnino non videam, cur non idem hic obtinere debeat, quod in rebus mutuo datis, quarum periculum præstat qui accepit, §. 2. infr. quib. mod. re cons. obligat. Pars altera hujus cautionis est conditio restitutionis, quæ hunc usufructum etiam à mutuo separat. Ea hæc est, Si usufructuarius morietur aut capite minuetur. Soli enim hi duo casus interponuntur, mortis & capitis deminutionis: quoniam rerum, quæ usu consumuntur, usus aliter amitti non potest, l. 9. hoc tit. l. 7. §. 1. usufr. quem. cau. Nam cum harum rerum proprietates in fructuarium transeat, & hoc agatur, ut pro arbitrato suo iis utatur, & non easdem, quas accepit, sed alias ejusdem qualitatis restituat, non potest hic non utendo, interitu, aut mutatione rerum usufructus extinguere. Capitis autem deminutionem accipimus maximam & mediam duntaxat: nam jus vetus, quo usufructus omnisetiam minima capitis deminutione peribat, in hac quoque specie mutatum esse à Justiniano, non est ambigendum, l. pen. §. ult. C. hoc tit. 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 acquisierit: quæ res consolidatio appellatur. Eo amplius constat, si ades incendio consumpta fuerint, vel etiam terremoto, vel vitio suo corruerint: extinguere usufructum, & ne area quidem usufructum deberi.*

## NOTÆ.

*3. Cedendo extraneo nihil agitur] Scil. in persona extranei, & respectu intentionis cedentis. Cæterum nihilominus usufructus ad proprietatem recurrit, l. 66. D. de jur. dor. quod plenius probamus in Commentis.*

*Consolidatio] l. 3. §. ult. l. 6. de usufr. acc. à solido jure, solida proprietate l. 9. §. ult. de aq. pl. arc. l. 26. sub fin. de us. leg. dicitur etiam confusio l. 4. us. quem. cau.*

*Ne area quidem] l. 5. §. 2. quibus modis us. am. quia ædes amplius non sunt, aut nominantur: & ex contrario si areæ fructuariæ domus imposita sit, usufructus interit, d. l. 5. §. 3. Similia habes l. 10. §. ult. l. ult. eod. Aliud juris est, in legato ipsius rei: quippe legata proprietate nihil est in re legata aut ex ea, quod legato non contineatur, l. 22. de leg. 1. §. 18. inf. de leg. eademque ratio rei nexæ pignori, l. 21. D. de pign. act.*

## COMMENTARIUS.

- 1. An quemadmodum adrogatione, ita & adoptione & emancipatione jure veteri usufructus perierit.*
- 2. Amitti posse usufructum non utendo per modum utentis constitutum, & quis non uti intelligatur.*
- 3. Quanto tempore non utendo usufructus amittatur.*
- 4. Usufructum extraneo cessum ad proprietatem statim reverti, contra Wes. Pinel. & alios.*
- 5. Quando mutatione rei fructuaria interior species mutata aut non mutata intelligatur.*
- 6. Cur placeat, usufructum aliquando mutatione rei extinguere, etiam in partibus, quæ mutato toto supersunt: in cætero autem jure, qualiscunque mutatio incidit, si quid adhuc restet, in eo idem jus, quod in toto fuerat, remanere.*

**Q**uid sit usufructus, quibus modis constituitur, quæ res usufructum recipiant, intellectum est: restat ultimum, ut videamus, quibus modis finitur. De vero usufructu hoc nunc quæritur. Et in universum finitur tribus ex causis. Aut soluto jure auctoris, veluti si in usufructum sub conditione legatum heres interim alteri

teri constituerit, & conditio extiterit, *l. si sub conditione. 16. quib. mod. us. am.* quod & in reliquo jure à domino constituto similiter accidit, *l. lex veltigali. 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. quand. dies us. leg. ced. l. 5. l. 12. Cod. de usufr.* Aut natura sua, idque vel ex persona fructuarii, vel ex conjunctione usufructus cum proprietate, vel ex re ipsa, ut ex subiectis apparebit.

*Morse fructuarii]* Ex persona fructuarii triplici modo usufructus finitur. Primum morte ejus, sicut jura omnia, quæ personæ cohzrent, cum persona extinguuntur, *l. 3. in fin. hoc tit. l. 3. C. de usufruct. l. 8. §. 3. de lib. leg. l. quia tale. 13. sol. matr.* In servo mors domini; in filio superstitite post obitum patris, ipsius filii; ante mortuo, ipsius patris spectatur, quasi duplici usufructu constituto, *l. ult. C. de usufr.* Civitati aut municipibus usumfructum relictum placet centum annos durare: quia is finis vitæ est hominis longævi, *l. an usufructus. 56. de usufr. l. 8. de usufr. leg.* Enimvero si interim civitas everta sit, aut aratrum passa, quasi morte usumfructum habere definit, *l. si usufruct. 21. hoc tit.* Adeo autem morte finitur usufructus, ut licet quælibet alia ratione amissus repeti possit, morte tamen non possit, nisi forte heredibus legetur, *l. 5. in pr. eod.* quo factò 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 ultiores continet, ut notant *insorpp. ad l. heredis. 65. de verb. sign.* Cæterum male Cantiunc. Mynf. Schneid. & Goed. ad *l. 65. n. 7.* putant, eandem hanc speciem tractari in *l. cum antiquitas. C. de usufr.* cum nulla ibi quæstio sit de herede legatarii, sed testatoris: legatario enim non usufructus, sed proprietas legata proponitur, sicut Glossa & D. Gothofr. casum formant: quamvis ratio decidendi eadem sit, & in utraque specie tam manifesta, ut Justinianus haud facile mihi persuaserit, veterum quemquam hic hæsitasse.

*Capitis deminutione maxima & media]* Hic alter modus est, quo finitur usufructus ex persona fructuarii, & finitimus præcedenti: siquidem & maxima mediaque capitis deminutione mors quædam contingit, nimirum civilis, dum illa libertatem, hæc civitatem adimit, *l. verum. 63. §. ult. pro soc. l. 1. §. pen. de bon. poss. cont. tab. l. antepen. de reg. jur. §. 1. & 3. sup. quib. mod. jus patr. pot. solv.* cui consequens est, non magis usumfructum his modis amissum repeti posse, quam amissum morte naturali. Olim etiam amittebatur usufructus capitis deminutione minima, adrogatione scilicet, vel adoptione, aut emancipatione, teste Paulo 3. *sent. 6. §. capitis.* & Justiniano *l. pen. §. ult. C. de usufr.* Atque ad hanc speciem tantum referri potest, quod de repetitione usufructus capitis deminutione amissi legimus cum alibi, tum præsertim *l. 3. hoc tit.* in quo fallitur D. Connan. 4. *comm. 6.* Cur autem veteribus placuerit etiam ea capitis minutione, quæ salva civitate contingit, usumfructum amitti, ratio non tam obscura est, ut plerisque videtur: utique in adrogatione obvia. Nam cum omnia, quæ sunt adrogati, facta adrogatione, ex ratione

juris veteris acquirantur adrogatori, *l. si paterfam. 15. de adopt. l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab.* necesse est, ut usufructus, 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. inf. de acq. per adrog.* De adoptione & emancipatione ideum 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 usufructus per eum patri quæsitus extingueretur, *l. ult. C. eod.* Verum enim vero 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 empta ex peculio castrensi conditionem illius peculii sequuntur, *l. 1. C. de cast. pec. lib. 12.* cujusmodi etiam speciem proponit Justinianus *d. l. pen.* & 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 usufructus 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 usufructus sic juris subtilitate extinctus, ex edicto de capite minutis restituendus fuerit, sicut pleræque obligationes eodem modo amissæ restituebantur, non desinio. Afirmat id quidem D. Bachovius: etenim neque jura omnia capitæ deminutione amissa restituebantur, veluti tutelæ hæreditates legitimæ: & obligationes ideo prætor restituebat, ne contra naturalem æquitatem alteri per alterum iniqua 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 cogentur, *l. 5. de adopt. l. pen. C. de emanc. lib. Paul. 2. sent. 25.* Quocumque modo res habet, constat, Justinianum jus vetus, quo usufructus capitis minutione amittebatur, abolevisse quantum atinet ad eam, quæ salva civitate contingit, *d. l. pen. §. ult.* & voluisset 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 usufructus, si jam constitutus erat: cæterum si ante aditam hæreditatem aut ante diem usufructus cedentem quis capite minutus fuerat, non amittebatur, *l. 1. §. 1. hoc tit.* Item si unus usufructus relictus erat, non si plures; veluti si usufructus 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 Jurisconsulti assuisse. *Ruffard. in not. ad d. l. 1. Cujac. hic. Castill. tract. de usufruct. cap. 66. num. 16.*

2 *Non utendo per modum*] Postremo finitur usufructus ex persona fructuarii non utendo: & siquidem omnino non usus est, nullum dubium est, quin pereat usufructus: sed queritur, an & non utendo per modum recte dicatur amitti, vel potius, an talis aliquis modus utenti in constituendo usufructu præstitui possit, ad quem si non utatur fructuarius, usumfructum amittat. Negat id Bachovius, erroris Tribonianum insimulans. At ego non video, cur non possit. Nam si, verbi causa, Titio legaverim usumfructum ædium eo modo præscripto ut ætate habitaret, isque habitaverit hieme; vel si silvæ usumfructum alicui legaverim, ut certo tempore & modo silvam cæderet, & ceciderit alio tempore & modo: per *l. 2. de aq. cott. l. 10. §. 1. C. seq. l. 18. quem serv. am.* non videbitur usus, quia ad suum modum, τὸ ἑῷ πρὸς ἑῷ ὄρω, 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. non utitur. 38. de usufruct.* Quid vero si nec isti utantur? & interest, donatarius non utatur, an emptor conductorve: nam illo casu usufructus perit, hoc retinetur propter fruitionem pretii aut mercedis. Nam qui pretio fruitur, non minus habere intelligitur, quam qui utitur fructu principali re, *d. l. non utitur. C. 2. seqq.* Potest vero usufructus & pro parte non utendo amitti, *l. 5. d. sit. l. excepta. 14. l. placet. 25. hoc sit. quib. mod. us. am.* & cum quoque, qui usumfructum habet, si usus tantum sit, non etiam fructus, placet usumfructum amittere. Cæterum hoc ita, si ignorabat se usumfructum habere, non si sciebat, *l. si qui. 20. eodem.*

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. corruptionem. pen. §. 1. C. hoc sit. de usufruct.* Igitur rei mobilis usufructus amittitur non utendo per triennium; rei immobilis per decem annos inter præsentem, per viginti inter absentes, *arg. l. un. C. de usuc. transform. C. infr. de usuc. in pr.* Atque hæc sane temporum distinctio optimè convenit tum rationi juris; tum sententiæ quoque ipsius Justiniani in *d. l. pen. §. 1.* Cæterum secum ipse pugnare videtur, dum in *l. pen. C. de servit.* constituit, ut eodem tempore & rei mobilis & immobilis usufructus 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 usufructus cum proprietate conjunctio

sive confusio consolidatio est. Nam & morte fructuarii & capitis deminutione & non utendo consolidatur usufructus cum proprietate, *l. 3. in fin. de usufr. accres. §. seq. eod.* Est autem hæc species amissionis & ipsa ex natura usufructus. Nam cum in una & eadem persona proprietatis & usufructus concurrunt, solidam unam proprietatem nanciscitur, neque amplius jus utendi fruendi separatum intelligi potest, hoc est, usufructus formalis, de quo hic queritur, perit.

*Cedendo extraneo nihil agitur*] Cedendo scilicet in jure: nam extra jus, etsi verbum cedere accipimus pro quovis modo concedere aut jus aliquod alteri constitutere, etiam fructuarius legitimus posse ita jus suum cedere extraneo, ut patiat eum uti frui: *l. usufructu. 57. sol. matrim.* & eum, cui habitatio legata est, posse eam alteri cedere, hoc est, locare, aut vendere, *l. cum antiquitas. 13. C. de usufr.* Diversi juris ratio mox indicabitur. Verba autem hæc, *nihil agitur, Wesemb. par. hoc sit. Pinel. l. 1. C. de bonis matero. p. 3. num. 39. Joan. del Castill. tract. de usufr. cap. 69. num. 20. C. seq. Bronch. 1. aff. 91.* sic accipiunt, quasi dixisset Imp. cedendo extraneo usufructus non finitur, non redit ad dominum proprietatis, nec ad extraneum transit, nulli ea cessio aut damnus affert aut lucrum: quibus accedit & Ant. Matthæus. Verum ego existimo, quod & frequentius placuit, id quod hic dicitur, nihil agi, referendum esse ad intentionem cedentis & diversum exitum cessionis, quia usufructus 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 finitur atque ad proprietatem redeat, cum à persona discedere sine interitu suo non possit, *l. vel si. 15. fam. ere.* Atque ita in terminis disertè responsum est à Pomponio, *l. si usufructus. 66. de jur. dot.* Queritur eo loco, qua ratione usufructus 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 usufructus mulieri locetur, vel vendatur uno nummo: ita fore, ut ipso jure penes maritum remanente facultatem fructuum percipiendorum mulier consequatur. Hoc responsum non satis peniculatè examinasse videntur auctores paulo ante memorati, dum negant ex eo effici, quod nos dicimus, usumfructum statim ut cessus est extraneo, ad proprietatem redire: sed hoc saltem, rediturum suo tempore, scilicet morte fructuarii aut alius modis finitum. Nam hoc etiam futurum est, remedio, quod Jureconsultus suggerit, adhibito. Sed & quod ait, eo demum adhibito jus ipsum penes maritum remanere, certum argumentum est eo omisso non remanere. Postremo si non statim post cessionem cum proprietate usufructus conjungitur, nullum mulieri præjudicium maritus cedendo faciet, consequeturque mulier id ipsum, quod quærebatur, & quo nihil amplius desiderare potest, perceptionem fructuum usque dum morte mariti usufructus finiatur. Quorsum igitur consilium Jureconsulti? Aut cur negat

in proposito quicquam transire? Non est contrarium, quod fructuarius jus suum cuivis extraneo vendere aut quod etiam concedere potest, §. 1. *inf. tit. prox. l. 12. §. 2. l. non usitur. 38. de usufr.* Nam qui vendit usufructum 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 inheret, facultas tantum fructuum percipiendorum ad alium pertineat, quamdiu jus illud in persona sua durabit. Quod & ipsum etiam tunc obtinet, cum usufructus venditus est domino proprietatis, *l. Pomponius. 29. §. 1. hoc tit. quib. mod. us. am. indeque est*, quod finiri dicitur usufructus, non si vendatur proprietario, sed si cedatur. Quod nescio an quis alius animadverterit. Cessio autem vetus est & proprium alienationis genus, quæ fiebat in jure ad prætorem, quaque id agebatur, ut à cedente jus omne quod habebat, 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 discedit 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 finit: relinquatur ergo alterum, ut usufructus ad proprietatem recurat, & consolidatione finiatur. Similia sunt, quæ de tutela & hæreditate cessa notat *Ulp. d. tit. 11. §. 6. & d. tit. 19. §. 13.* Non adeo magni momenti sunt, quæ porro huic sententiæ objiciuntur; veluti quod ea, quæ personæ coherent, factò ejus mutari non possunt, *l. ea quidem. C. si manc. ita fuerit alien.* Nihil enim minus hic verum est; alioqui ne ipsi quidem domino usufructus cedi possent. Item quod non præstent impedimentum, quæ de jure non sortiuntur effectum, *c. non præstat. de reg. jur. in 6.* siquidem novum non est, ut quæ de jure non sortiuntur effectum, quod aliis noceat, noceant tamen ei, qui fecit, *l. 3. qui & à quib. man. pr. sup. quib. ex ca. man. junct. l. 5. C. de serv. pign. dat. man. §. ult. inf. de donat. l. heres. 28. qui & à quib. man. junct. l. si quis inquilinos. 112. §. 1. de legat. 1. l. actione. 65. §. 3. pro soc.* sufficitque ad hoc, peccatum esse ignorantia juris, licet delictum propriè non versetur, *argum. l. regula. in pr. & §. si quis. 5. de jur. & fact. ign. l. cum quis. 10. C. de jur. & fact. ign. l. error. C. ad leg. Falc. & passim alias.* Quæ non valent, ut fiunt, puniuntur, quia non fiunt, uti oportet, *tit. de his que ut indign. auf. tit. de jur. fisc. & similib.* In summa, non est novum ut quod de jure non sortiuntur effectum ratione unius, ut ei profit, sortiatur tamen respectu alterius, ut ei noceat. Exempla in *l. plane. 34. pr. de legat. 1. l. licet. 20. l. legatum. 24. §. 1. de adim. leg.* sicut nec illud ut, qui male agit, nihil agere dicatur, *pr. Inf. quib. ex caus. man. junct. l. 5. C. de serv. pign. dat. man. l. 13. de donat. junct. l. 37. §. ult. de acq. rer. dom.*

*Ne area quidem usumfructuum 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 ma-

neant, quæ erant ejusdem corporis, in quo usufructus consistebat: nam & hic quia res definit 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 utique ad l. 13. item l. pen. & ult. hoc tit. l. qui usumfructum. 36. de usufr.* Ceterum et si magna mutatio in re facta sit, si tamen ea priorem rei speciem non prorsus tollat, placet usumfructum manere, *l. 8. & 2. seqq. hoc tit. l. si cui. 53. de usufruct.* Hoc igitur videndum, quando mutatione rei facta forma vel species prior mutata intelligi debeat. Et de eo statuendum ex mutatione nominis, tenendaque generalis hæc notio; Si talis mutatio incidit, ut res propterea in aliud nomen transeat, prius amittat, formam etiam rei mutatam censi, & usumfructum interire: si 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 *Cratyl.* Ad priorem mutationis speciem pertinet exemplum, quod hic & in *d. l. 5. §. pen.* assertur 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. domo. 21. de pign. act. l. qui res. 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. Et usumfructum interire, *d. l. 5. §. ult.* Similiter si quadrigæ usufructu legato vel unus ex equis decesserit, vel gregis usufructu legato numerus ovium ad eam paucitatem redactus sit, ut gregem non constituat, una cum nomine quadrigæ aut gregis usufructus extinguitur, *l. quid tamen. 10. §. ult. l. ult. eod.* Eandemque rationem habet, quod pecorum usufructu relicto, si quæ pecora moriantur, adeo pereat usufructus, ut nec carnis aut corii superfit, *l. pen. quibus mod. us. am.* Posterioris generis exemplum est, si fundi usufructus legatus sit, & villa diruta: nam hic cum nomine fundi, cujus villa tantum accessio est, usumfructum manere placet, *l. 8. l. 9. & d. l. 10. in pr. eod.* Item si pars ædium, in quibus usufructus constitutus erat, licet maxima, corruerit, pars tamen homogenea, quæ superest, ut nomen, ita & usumfructum retinet, etiam totius foli, *l. si cui. 53. hoc tit. de usufruct.* 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 cætero jure regulariter atque indistinctè receptum est, ut re mutata, qualiscunque 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. si grege. 22. de legat. 1.* domus pignori obligata est, sublata superficie area pignori obligata manet, *l. domo. 21. de pign. act. l. Paulus. 29. §. 2. de pignor.* Grex legatus est, & postea numerus ovium in tantum decrevit: ut grex non intelligatur, tamen capita, quæ superfunt,

vindicari possunt, *d. l. 22. de legat. 1.* Pecora legata mortua sunt: etiam *περὶ λειψάνων* ex legati causa debentur, *l. quid ergo. 53. §. sed si. 5. de legat. 1. junct. l. solum. 49. §. de rei vind. l. 14. §. 2. de cond. furt.* Cur omnia contra in legato usufructu rei? Probabile est, quod D. Bachovius respondet, (dicam autem. si *πῶς* sum, explicatus) ideo in proposito aliud in usufructu, aliud in proprietate legata placuisse, & usufructum 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 censebatur, 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 aræ; alium gregis sive universitatis, alium singulorum capitum; alium pecoris, alium corii, *l. quid ergo. 70. §. 3. de usufruct.* Cum vero res ipsa aut proprietas rei legatur, nihil est in re legata aut ex ea, quod dici potest legato non contineri. Proprietas uniusmodi est, eadem totius & singularum partium: unde & toto dissoluto aut mutato, partium, quæ supersunt, proprietas manet. Eademque ratio est rei nexæ seu pignori obligatæ. Plane si universorum bonorum usufructus legetur, quæcunque in toto aliquo mutatio contingit, semper partis, quæ post mutationem manet, usufructus debetur, & talem, qualem pati potest, præstabit; scilicet quia sub appellatione bonorum etiam separatim partis illius usufructus legatus est, *l. quociens. 34. §. ult. de usufr.*

## TEXTUS.

Si finitus sit.

4. Cum autem finitus fuerit totus usufructus, revertitur scilicet ad proprietatem, & ex eo tempore nuda proprietatis dominus incipit plenam in re habere potestatem.

## NOTÆ.

4. Finitus fuerit totus] Diserte totus. Quippe qui inter se jus habent accrescendi, *l. 1. & tot. tit. de usufr. accresc. Vide supersus in Comment.*

1. Propria juris accrescendi inter plures in eundem usum fructum conjunctos.

**T**otus usufructus] Cum usufructus in totum finitus est, ad proprietatem, unde discesserat, revertitur, atque ex eo tempore qui ante formalis erat, casualis incipit esse 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 eundem usufructum conjuncti sunt, aut conjuncti omnes eum amiserunt, *l. 1. pr. & §. 3. l. 3. de usufruct. accresc.* Conjuncti inter se jus accrescendi habent: de quo jure ex professo dicendum sub §. si eadem. *inf. de legat.* tantum quæ propria hujus juris sunt in usufructu, hic obiter notabimus. Sunt autem maxime duo: unum est in parte deficiente & accrescente; in quo hoc singulare, quod & quæ sita & deinde amissa jus accrescendi admittit, 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 amisit, *l. 10. eod.* quorum neutrum obtinet in proprietate pluribus legata, aut in pluribus hæredibus ad eandem hæreditatem vocatis. In his enim sic jus est, primum ut nunquam unius portio, quam semel agnovit, alteri collegatario vel coheredi accrescat: deinde ut ita demum deficientis seu legatarii seu hæredis portio accrescat alteri, si is portionem suam agnovit, & agnitam habet, *d. §. si eadem. l. qui ex duabus. 53. §. 1. de acq. her. l. 3. §. ult. & duab. ll. seqq. de bon. possess. l. si ex pluribus, de suis & leg. her. l. un. §. his ita. & seq. C. de cad. toll.* Diversi juris rationem ex Celso & Juliano indicat Ulpian. *d. l. 1. §. 3.* quia usufructus cotidie constituitur & legatur, non ut proprietas, eo solo tempore, quo vindicari potest, hoc est, quo nondum quæ sita 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; *Usufructus non portioni, sed homini accrescit, l. 14. §. 1. de exc. rei jud.* Item, *Portio fundi velut alluvio portioni persona fructus accrescit. Papin. l. si Titio. 33. in fin. hoc tit. de usufr.* Consul. *Donn. 10. comm. 23. Joan. Suv. 1. de jur. accresc. 4. & Clariss. IC. B. M. D. Corv. Swanenburg.* in libello suo posthumo *de jur. accr. cap. 4.*

TITULUS V.  
DE USU ET HABITATIONE.

D. Lib. 7. Tit. 8. C. Lib. 3. Tit. 33.

Continuatio: quid sit usus, quid uti; qua onera usufruario incumbant.



**L**X tribus servitutum personalium formis una & præcipua superiore titulo explicata est, usufructus: sequuntur duæ reliquæ, usus & habitatio; ac de utraque conjunctim nunc agitur hoc in titulo. Primum de usu, quibus modis constituatur & amittatur, digito ostendi-

tur; mox quid contineat, accurate docetur exemplis usus fundi, ædium, servorum, pecorum: postremo tractatur de habitatione. Quo peracto aperitur aditus ad modos acquirendi jure civili. Usus sic recte definiemus, jus alienis rebus utendi, salva rerum substantia. Usus est jus, sicut & usufructus & prædiorum quoque servitutes

jura

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 & consumptione terminatur, usufructus omne rei emolumentum continet. Est igitur usus jus utendi duntaxat; non etiam fruendi: sed de eo postea magis serio. Cætera definitionis etiam usufructui conveniunt: nam nec usus rei proprie separatus intelligitur; & usuarius ita etiam uti debet, ut ne rem consumat aut transformet, causamve proprietatis deteriore faciat, eoque nomine cavere, scilicet adempta fructus causa, usurum se boni viri arbitratu, & cum usus finitus erit, restitutum quod inde extabit, l. 5. §. 1. l. *pen. us. quam. cav. l. pen. §. 2. hoc tit.* quod mirum est negare D. Giphanium. In aliis oneribus hæc distinctio placuit, ut si omnis fructus ad usufrarium redit, etiam onera, puta tributa, & impensas refectionis culturæve, ferre debeat; si ad proprietarium, hunc onera sequantur; si vero ad utrumque, pro rata dividantur, l. *si domus. 18. eod.*

## TEXTUS.

## Communia de Usufructu &amp; Usu.

*Isdem illis modis, quibus ususfructus constituitur, etiam nudus usus constitui solet: isdem illis modis finitur, quibus & ususfructus desinit.*

## COMMENTARIUS.

1. *Quid inter usum & usufructum intersit, tum in constituendo, tum in amittendo.*

**A**It, iisdem modis nudum usum constitui solere, iisdemque modis amitti, quibus usufructus constituitur & desinit; idemque traditur l. 3. §. *ult. de usufr.* & de constitutione, l. 1. §. 1. *hoc tit.* Constituitur igitur & nudus usus pactionibus & stipulationibus; maximè vero testamento, sicut & usufructus. §. 1. *tit. prac. l. 3. l. 6. de usufr. tot. tit. de usu & usufr. leg.* & testamento quidem ipso jure, pactionibus autem accedente facto seu traditione constituentis, puta si usufrarium induxerit in fundum aut ædes, aut patiat eum uti, d. l. 3. *de usufr.* Sed & longa quasi possessione nostra usus acquiri potest, sicut cæteræ servitutes omnes, l. *ult. C. de præscr. long. temp.* Amittitur morte usufrarii, maximaque & media capitis deminutione, non utendo, consolidatione, interitu & mutatione rei usufrariæ, quibus scilicet modis usufructum extinguere constat, §. *pen. tit. prac.* Est tamen quod inter hæc duo & in constituendo & in amittendo intersit. In constituendo, quod usufructus etiam pro parte constitui potest, usus non æquè, l. 5. *de usufruct. l. usus. 19. hoc tit.* Etenim frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus; sed usus cuiusque 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 consumptione terminatur, nihil relinquens quod dividi possit: in quo similis est servituti-

bus prædiorum, quæ & ipsæ, quia in solo usu consistunt & facto terminantur, individua, l. *via. 17. de serv. l. 1. §. si usufruct. 9. ad leg. Falc.* Usufructus autem dividuus est: quia licet & ipse in facto ab initio consistat, facto tamen solo non terminatur, sed post se relinquit & fructuario adjicit fructus atque omnem rei utilitatem, cuius utique divisio esse potest, d. l. 1. §. 9. l. *sed usufr. 81. ad l. Falc. Cujac. Donn. & DD. vulg. ad l. stipulationes. 72. de verb. obl. Gomez. 2. ref. 10. num. 18. Castill. tr. de usufr. c. 31.* Adhæc usumfructum quoque constitui legimus in iudiciis familiaræ erciscundæ & communi dividundo, si iudex alteri fundum, alteri usumfructum adjudicaverit, l. 6. §. 1. *de usufr. l. 16. §. 1. fam. arc. 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, nunquam ad conjunctum, ut aliquando usufructus. Quinimo plures in eundem usum conjungi non possunt: nam qua ratione usus divisionem non recipit, eadem 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 iudicio locus est inter duos ejusdem rei usufrarios, l. 1. *com. 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 condemnatur in præstationem partis æstimationis, l. 10. §. 1. *comm. div.* aut ut utendi necessitas inter eos temporibus dividatur, *per l. arbor. 19. §. ult. d. tit.*

## TEXTUS.

Quid intersit inter usumfructum & usum fundi.

1. *Minus autem juris est in usu quam in usufructu: nam is, qui fundi nudum habet usum, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleis, pomis, floribus, feno, stramentis & lignis ad usum quotidianum utatur: inque eo fundo hæctenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque iis, per quos opera rustica sunt, impedimento: nec ulli alii jus, quod habet, aut locare, aut vendere, aut gratis concedere potest: quum is, qui usufructum habet, possit hæc omnia facere.*

## NOTÆ.

1. *Minus juris*] Id est, minus emolumentum. Nam usus quotidiana utentis sufficientia & consumptione terminatur, l. 12. §. 1. *b. s.* usufructus omnem rei utilitatem continet, l. 7. l. 9. *D. de usufr.* Denique fructuarius defruitur. Defruere est omnem rei fructum percipere. Fest.

*Hæctenus morari*] l. 11. *eod.* sed explica hæc ex l. 10. §. *ult. l. 12. pr. eod.*

*Hæc omnia facere*] l. 12. §. 2. l. 38. l. 67. *D. de usufr.* l. 8.

*l. 8. §. ult. D. de per. & com. rei vend. retento scil. jure, quod personæ ejus inhæret, l. 66. D. de jur. dot.*

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

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 foris ex conjecturis appareat, hoc quoque jus ei concessum.*
5. *Fructuarium posse jus, quod in re fructuaria habet, alteri locare, vendere, gratis concedere: retento sc. jure, quod ex constitutione personæ ejus inheret.*

**H**oc §. & 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 iatis intelligi potest. Initio tradit generalem regulam, quæ ad rerum omnium usum ex æquo pertinet. Ait, minus juris esse in usu, quam in usufructu; id est, minus emolumenti, ἡσσονος κέρδους: siquidem usus cujuscunque rei non plus commoditatis aut utilitatis tribuit, quam quantum usuario necessarium est, eique sufficit ad usum & consumptionem quotidianam, arg. *hujus §. & l. plenium. 12. §. 1. eod.* Ususfructus autem extra hanc sufficientiam & consumptionem progreditur, omnemque utilitatem, commodum omne, quod quavis ratione ex re percipi potest, sine exceptione continet, *vid. tit. prac. in pr.* Denique & usus fructui ineit: & ideo si usufructu legato, usus adimatur, placet nullam esse ademptionem; & si tibi usus, mihi usufructus legetur, concurrere nos in usu, *l. perservum. 14. §. 1. & 2. hoc tit.* In summa utimur ad indigentiam, fruimur etiam ad compendium: uno verbo, fructuarius destruitur. Destruui dicebant antiqui, teste Festo, ut deamare, deperire; significantes, omnem fructum percipere. Plane in pecunia & cæteris rebus, quæ usu consumuntur, nihil interest, usus legetur, an usufructus: quia usus in his rebus tantum continet, quantum usufructus, *l. 5. §. ult. l. 10. §. 1. de usufr. ear. rer. qua. us. conf.*

*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 *oleu*, cum D. Cujac. *in not. ad hunc loc. & 9. obs. 37. Don. 10. comm. 25.* ut oleæ & oleum conjungantur cum cæteris, quæ majus proprietarii onus continent: nam ineptum videtur atque iniquum, usum foliorum arborum denegare ei, cui pomis, fœno, olera, 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 Jurisconsultus

de foliis indefinitè enunciat, trahi potest ad folia barbarica aut Indica; aut cum Zaf. *par. hoc tit. n. 12.* (unde transtulit 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. c. 4. & lib. 16. c. 24.* Et cur non addiderunt scopas etiam è palma fieri solitas, quod ostendit *Martial. lib. 14.* his verbis;

*In pretio scopas testatur palma fuisse:*

*Sed pretium scopis nunc analecta dabunt.*

Et fortassis hic usus non minus Europæ, quam Asiaticæ & exoticæ fuit. Cæterum ita demum existimo, vinum, frumenta, & cæteras fruges in usum venire, si vindemiarum sementisque & arationis pro sua parte usuarius sumptus 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. se domus. 18. hoc tit.* Manifestè autem fallitur *Wesemb. par. hoc tit. n. 2.* dum simpliciter negat, usuarium uti posse frumento aut cæteris fructibus industrialibus, contra textum expressum in *d. l. 12. §. 1. eod.* & cur, cum impensas sementis præbet non utatur terræ matris largitione?

*Ad usum quotidianum]* Modus utendi hujus juris 2 proprius dum ex his omnibus sumat usuarius, quod ad victum sibi suisque sufficiat, non amplius, *d. l. 12. §. 1.* Quantum autem cuique sufficiat, id æstimandum ex dignitate & conditione utentis: neque enim ita usus restringendus est, ut non etiam pateat & honestati vitæ & dignitati. Quin etiam longius aliquando itur, & tam largè cum usuario pro dignitate ejus agitur, ut his rebus non tantum cum familia, sed etiam cum convivis & hospitibus uti ei permittatur: hætenus tamen, ut oleo, frumento, & cæteris frugibus cum convivis & hospitibus utatur in villa: cætera, quorum non admodum grave onus est, si abundant 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 faciliè evenire potest usu mediocris prædii relicto: nam usuarii prior semper ratio est, *l. §. alii. 42. de usufr.* & in usu domus & servi hoc accidit, ut nihil alii fructuum nomine superfit, *l. fundi. 15. hoc tit. D. Tuld. comm. hic cap. 2.* eademque causa est navis, vestimentorum, vehiculi, & similibus rerum, quarum fructus in usu est. Cæterum usuario intra annum mortuo, quod ex penu superest, ad hæredem ejus non pertinebit: desit enim posse uti, neque usuarius fructus, quos decerpit, aut collegit, suos facit, aut perceptione dominiorum eorum acquirit, quod tribuitur fructuario: sed tantum jus iis modicè utendi habet. Illud constat, non posse ei, qui usum habet, objici quod pecuniis abundet, unde sibi quæ opus sunt, aliunde quam ex re usuaria comparare possit.

*Hætenus 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 usum cellis vinariis



vinariis & oleariis, dominum invito eo non usurum: *d. l. 10. in fin. hoc tit.* De ambulandi 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 *Cajo l. 11. eod.* Justinianus hic tradit, hætenus usufruarii 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.* & hæc habet rationem, quod in usu spectatur persona ejus, cui relictus est & modus familie ejus, ut pro conditione & dignitate sua utatur: quod fieri non potest, si alii venderet: nam emptoris alia potest esse consideratio & multum diversa à conditione usufruarii. 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 relictæ. 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, Adrianus statuit fructum quoque legatum videri: quia nisi liceret cædere silvam & vendere, quemadmodum usufructuariis licet legatarius nihil habiturus esset ex eo legato, *l. pen. eod.* quod plerique sic 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 usufruario, *Comman. 4. comm. 5. & Wesemb. par. hoc tit. num. 3.* existimant, si velit, fructus, quos usus sui causa jam percepit & collegit, alteri vendere aut donare.

5. *Possit hac omnia facere*] Rem utendam fruendam alteri locare, vendere, gratis concedere, *l. 12. §. 2. de usufr.* etiam invito hærede, *l. 67. eod.* Græci τὸ ἀνεπιβλήσιον & διαπίπτου, ἢ τὸ ἐκ πληρογίας αὐτῆ. Interpretes hoc restringunt ad nudam fruendi commoditatem: cæterum veteres amplius quid intelligere videntur, qui sic loquuntur, ut dicant, usufructuarium, jus, quod habet, *l. 11. hoc tit.* usumfructum, *l. non utitur. 38. eod.* jus utendi fruendi, *l. 8. §. ult. de per. & com. rei vend.* posse alteri concedere, locare, vendere. Et illud tamen certum est, non posse fructuarium ullo modo alteri constitutere usumfructum, hoc est, novum in suum locum fructuarium substituere, nisi volente & sese accommodante domino proprietatis, *l. usufructu. 57. sol. matr.*

Dicendum videtur cum domino Bachovio, duplex quodammodo jus fructuarium habere. Quorum unum mere personale est, ita infixum personæ ejus, cui usufructus primo constitutus est, ut ab eo avelli nequeat: unde etiam cum de amittendo aut finiendo usufructu quæritur, ejus solius persona semper spectatur, *d. l. 8. §. ult. de per. & com. rei vend.* Alterum reale, consistens in usu & fructu rei fructuarie, 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 hæredis & creditoris: in quibus similiter jus geminum animadvertimus: unum, quod personale est, atque ossibus eorum, ut DD. loquantur, inhæret, hæredi ex additione hæreditatis, creditori ex obligatione quæsitum: alterum reale in re quæsitum aut debita. Illud in eo cernitur, quod qui semel hæres extitit semper hæres maneat, ac proinde vendita hæreditate nihilominus actiones hæreditarias 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 hæres jus omne, quod in re habuit, in emptorem hæreditatis transfert, *l. 2. in pr. & passim. de her. vel act. vend.* qui ob id vicem hæredis obtinere dicitur, *d. l. 2. §. antepen.* & utilibus etiam actionibus suo nomine experiri potest: ut & is, cui nomen venditum aut legatum est, *l. si cum. 16. de pact. l. 5. 7. 8. C. de her. vel act. vend. l. ex legato. 18. C. de legat.* Potest igitur fructuarium, ut eo 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 censeretur; sed ubi causa sive titulus non obstat, sub appellatione usufructus aut juris utendi fruendi nihil amplius transferre, quam jure suo potest; veluti si locavit usumfructum aut jus utendi fruendi, si vendidit, donavit, *d. l. non utitur. 38. de usufr. l. 11. hoc tit. d. l. 8. §. ult. de per. & com. rei vend.* De cessatione 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, hætenus 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 pertinet, cum marito ei habitare liceat.*

## NOTÆ.

2. *Item is*] Hic locus ex variis prudentum responsis confusus est, *l. 2. l. 3. & aliquot seqq. hoc tit.*

Dd

Uf

*Ut hospitem recipere*] Ex veteri more hospitii, quod inter privatos contrahebatur. V. Bud. ad pand. in l. 6. §. 3. de off. procons. Salmas. ad jus Attic. cap. 26.

*Nec non personis aliis*] Tandem eo decursum, ut & inquilinum recipere possit, dum ipse quoque inhabitet, d. l. 2. §. ult. & pensionem percipere, l. 4. eod.

## COMMENTARIUS.

1. *Usuarium non prohiberi, dum ipse inhabitat, partem adium, quam non occupat, alii locare.*

**H**oc §. ostenditur, quid contineatur usu ædium: latissimè 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 inhabitat, quædam quæsitæ sunt. Veluti si sedes 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 inhabitat, possit in partem habitationis alios admittere: de quo mox in explanatione 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 & usufructus in eo solum differant, quod hic locari, vendi, alteri concedi potest, ille non potest. Cæterum utentis nihil interest, usum ædium habeat, an usufructum: idque clarissimè patet ex locis supra citatis, & hoc §. junct. l. 15. eod. Quod autem diximus, eum, qui usum ædium habet, non posse habitationem locare aut alteri concedere, hoc ita est, si seorsum locet aut concedat sine se, d. l. 8. nam si ipse inhabitet, non prohibetur partem ædium, quam ipse non occupat, aut, quia nimis spatiosæ, occupare non potest, alteri locare, ut pensionem percipiat, l. 4. hoc tit. quod Labeo dicebat, posse eum, qui ipse habitat, inquilinum recipere, l. 2. in fin. eod. notatur à Proculo, quod *inquilinum* non belle appellavit eum, qui cum alio habitat, d. l. 4. nam *inquilinus* propriè dicitur, qui in conductis ædibus habitat solus, l. res pignori. 37. de acq. poss. l. 1. §. 1. l. 2. de migrand.

*Et vix receptum esse videtur*] Quod ait vix receptum esse, ut is, qui ædium usum habet, hospitem recipere possit, sic accipiendum est, ægrè quidem ab initio id receptum esse propter dubitationes veterum, tandem tamen obtinuisse, d. l. 2. §. 1. Ait, ut hospitem recipere liceat. Eum, qui ipse inhabitat, placuit etiam hospites recipere posse, d. l. 2. §. 1. sive gratuitum illis hospitium præstet, sive mercenarium, d. l. 2. §. 1. & d. l. 4. in pr. nec audiendus Bachovius, qui verbo hospitii eos solos significari existimat, quibus more veterum ex singulari amicitia jus mutuum *idovivias*, hoc est, privati hospitii erat: de quo Bud. ad l. 6. §. 3. de off. procons. Salmas. ad jus Attic. c. 26. Planè et si quemlibet extraneum convicteorem recipere potest: tabernam tamen

cauponariam ei exercere non licebit, quæ publicè viatoribus omnibus & peregrinis pateat, arg. l. 13. §. ult. de usufr.

*Cum uxore liberisque suis, item libertis*] Domus usui marito relicto, facile admissum fuit, ut maritus illic habitaret cum uxore liberisque suis, cum servis item & familiis, 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 & cientes, 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. & possim. susceptos posterior ætas vocavit. Consul. Hotom. in Lexic. Nec mirum, hoc admitti, cum etiam extraneus quilibet, ut jam dictum est, recipi possit, qui modo honestè cum eo, qui usum habet, habitaturus sit.

*Cum marito si habitare*] Ne mulieri matrimonio caendum sit, cum uti vult domo. d. l. 4. §. 1. Sed etsi usus ædium mulieri legatus sit ea conditione, si à viro divorasset, placuit tamen, cum viro habituram, remissa ei conditione legati, d. l. 8. §. 1. Hoc amplius, si virginis 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 focero etiam habituram: atque eo usque processum, ut eosdem, quos masculi, etiam mulieres recipere possint, d. l. 4. in fin. & l. 6. eod. Possunt ergo & hospitem, sed non aliter, quam si is sit, qui honestè cum iis sit habitaturus, l. 7. eod.

## TEXTUS.

## De servi vel jumenti usu.

3. *Item is, 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.*

## NOTA.

3. *Ipse tantum opera*] Non modo tamen ad ministerium suum, sed etiam liberorum suorum & conjugis, l. 12. §. pen. eod.

*In jumento*] *ἵππος*, equo, bove, asino, v. d. l. 12. §. 3. & 4.

## COMMENTARIUS.

**S**ervorum usus est in eorum operis: est & in fructibus, hoc est, iis rebus, quæ per servos acquiruntur. Operis uti potest usuarius in re qualibet, nec tantum ad ministerium suum, sed etiam ad liberorum suorum & conjugis, l. plenum. 12. §. pen. & ult. hoc tit. dum tamen secundum conditionem servi: nam & à fructuario hoc exigitur, l. 15. §. 1. de usufr. Cæterum ipsum usuarium uti oportet, non aliis operas locare aut utendas concedere: quanquam parum refert utrum utatur in re planè sua an in opere alieno, quod ipse expediendum conduxerit, d. l. 12. §. ult. & l. seq. eod. De iis, quæ per servum usuarium acquiruntur, ita placuit, ut si quid acquirat ex operis suis, id non acquiratur usuario; quoniam nec locare servi operas potest: sin autem ex re usuarii, puta si institutor erit, & opera ejus usuarius utatur

in

in taberna ad merces emendas & vendendas, aut si iussu usufructuarii per traditionem accipiat, usufructuario acquirit, cum hac opera in re sua usufructarius utatur, *l. per servum. 14. in pr. l. si ita. 16. §. 2. l. servus. 20. eod.*

*Idem scilicet juris est & in jumento*] Jumentorum quoque usus, sicut servorum, in operis est, & quidem solis, ut equorum, mulorum, asinorum; item boum: habetque in his usufructarius omnem usum ad arandum ad vehendum sub jugo, ad onera ferenda, & ad cætera, ad quæ hæc animalia apta sunt: utetur autem secundum conditionem cujusque jumenti & morem regionis, *l. 12. §. 3. & 4. hoc tit.* nec locabit, nisi fortè de eo etiam usufructu testatorem sensisse appareat. Quid enim si aurigæ equitii usus legatus sit, cum sciret testator eum hujus esse instituti? *d. l. 12. §. 4.* Et si fortè unius bovis usus legatus sit homini tam inopi, ut alterum emere non possit, nec cum uno fundum suum arare, non puto ei invidendum, ut cum vicino, qui itidem bovem habeat, agat, ut per aliquot dies invicem boves ad opus faciendum commodent, ne legatum ei inutile sit, *arg. l. pen. in pr. eod.* Hoc & Cautiuncula; ex quo ad verbum, ut ferè omnia, descripsit Mynsing.

## TEXTUS.

## De pecorum usu.

4. *Sed & si pecorum vel ovium usus legatus sit, neque lacte, neque agnis, neque lana utetur usufructarius: quia ea in fructu sunt. Plane ad stercorandum agrum suum pecoribus suis potest.*

## COMMENTARIUS.

**P**ecorum vel ovium] *Ἀνοικητοῦ* Triboniani; nisi legendum, *veluti ovium, οἷον ἀνοικητοῦ*, ut vertit interpretes Græcus, & flagitat locus Pauli *d. l. 12. §. 2. hoc tit.* unde hic desumptus est: quippe nemini dubium est, quin appellatione pecorum etiam oves contineantur: & facietur est, quod ex Mynsingero in margine hic adscriptum sit Pactus, quamvis oves sint species pecorum, non propterea tamen legatum ovium esse speciem legati pecorum.

*Neque lacte, neque agnis, neque lana*] Igitur in usu pecoris, puta gregis ovilis, vaccarum aut caprarum, minimum est: nam nihil ex iis, quæ in fructu harum pecudum sunt, usufructarius sumere potest: sed tantum ad stercorandum agrum suum, quo pinguior & foecundior fiat, his uti: & insuper modico etiam lacte, neque enim tam strictè voluntates interpretandæ, *d. l. 12. §. 2.* Cumque cæterarum rerum etiam possessionem tradi usufructuario oporteat, ut iis utatur, diversum tamen esse apparet in pecoribus, quæ tantum ad fructum ferendum habentur.

## TEXTUS.

## De habitatione.

5. *Sed si cui habitatio legata, sive aliquo modo constituta sit, neque usus videtur, neque usufructus, sed quasi proprium aliquod jus: quantum habitationem habentibus, propter rerum utilitatem, secundum Marcelli sententiam nostra*

*decisione promulgata, permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.*

## NOTA.

5. *Nostra decisione*] Ex constitutione Justiniani habitatio usufructum ædium imitatur, ut & locari possit; & consequenter etiam vendi & gratis alteri concedi, jure ipso apud eum, cui constituta est manente: nihil enim interest. Constitutio extat in *l. 13. C. de usufr.*

## COMMENTARIUS.

1. *Falso à nonnullis negari, habitationem esse speciem servitutis personalis.*
2. *Habitationem tam vendi & gratis concedi, quam locari posse.*

**R**estat ultima species servitutis personalis, habitatio. Ea est jus in ædibus alienis habitandi cum personis quoquo modo ad nos pertinentibus. Etenim effectus idem penè est habitatio, quod usus ædium: easdemque personas, qui habitandi jus habet, recipere potest, quas usufructarius, *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 usufructus in singulis dies relicti, *l. 1. pr. quand. dies us. leg. ced. & arg. d. l. pen. de cap. min.* ut plura hic sint legata, & quasi nova singulorum dierum habitatio: ob quam etiam causam nec capitis deminutione (scilicet minima) olim amittebatur, *d. l. pen. & d. l. 10.* Ex constitutione autem Justiniani nec usus nec usufructus ita perit, *l. pen. C. de usufr.* ut jam hac in parte nulla amplius sit differentia: quod vix unus aut alter, quod sciam, admonuit.

*Quasi proprium aliquod jus*] Hoc est, species quædam servitutis personalis quæ propriè neque usus est, neque usufructus; licet olim parum distaret ab usu, *d. l. 10.* Hodie per constitutionem Justiniani *l. 13. C. de usufr.* ad usufructum propè 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 duntaxat retulit, vel sub usu etiam habitationem comprehendit, quia jure veteri habitatio effectus idem erat, quod usus, auctore Ulpiano, *d. l. 10.* Quod autem ajunt, de servitute tam personali quam reali proditam esse agenti actionem in rem confessoriam, *§. 2. inf. de act.* eum autem, cui habitatio constituta sit, actionem tantum personalem habere, vel ex testamento, vel ex stipulatu, vel commodati, aut præscriptis verbis, eo quod habitatio non sit jus aliquod in re, vel ut illi loquuntur, non in dominio, sed in obligatione consistat, id quoque perperam dici existimo. Nam esse aliquod jus in rem, vel ex hoc ipso loco apparet: & argumento est, quod conjunctim cum usu & usufructu de hoc jure & hic & in Pand. & C. tractetur. Nullum autem certius argumentum est habitationem servitutem & personæ esse, quam servitutis definitio, tum generalis, tum specialis personarum: est enim jus in re aliena alteri constitutum, quo dominus aliquid pati cogitur in suo, & jus constitutum personæ. Nec obstat,

quod habitatio in facto potius, quam in jure consistere dicitur *l. pen. de cap. min.* nam idem ferè & de usufructu prædicatur, *l. un. quand. dies us. leg.* Dicuntur enim ista per extenuationem, non quod sint nuda facta: estque similis habitatio usufructui in dies aut menses singulos legato; *d. l. pen.* Si igitur is, cui in dies aut annos singulos usufructus legatus est, cum confessoria vindicare non prohibetur; cur non & confessoria pro habitatione competat ei, cui ea legata est? Nec verum est, quod Hotomannus scribit, usum & usufructum servo aut filiofamil. legatum, domino aut patri acquiri; habitationem non acquiri: idque liquet velex ipsa, quam citat, *l. 9. quand. dies leg. ced. junct. l. 2. & 3. eod.* Agnosco autem lubens sensus mei hebetudinem, qui videre non possum, quomodo id, quod de actione commodati aut præscriptis verbis ei, cui habitatio constituta est, danda profertur, probari possit *ex l. 1. in fin. pr. commod. junct. l. si gratuitam. 17. in pr. de præsc. 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?

*Quamquam habitationem habentibus, &c. etiam aliis locare.]* Hoc est, quamvis in hoc habitatio ex nostra constitutione usufructum imitetur; quod eam alteri locari permisimus, *l. cum antiquitas. 13. C. de usufr.* Poterit ergo & vendi & gratis alteri concedi jure ipso apud eum, cui ab initio constituta est, manente, 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 eadem ratione nec usufructus vendi aut donari posset: & si nihil aliud obstat, usus quoque locari aut vendi non prohiberetur: sed in usu spectatur conditio personæ usufruarii & indigentia pro modo familiæ ejus: alius autem alio numerosiorem familiam habet, & pluribus indiget; nec una omnium conditio, ut rectè D. Conman. 4. *comm. 5.* Putat Hotomannus, etiam jure veteri habitationem commodari potuisse, licet usus non potuerit: *per d. l. 1. commod. & d. l. 17. de præsc. verb.* sed fallitur *non nisi in hoc.* 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.

## T E X T U S.

## Transitio.

6. *Hæc de servitutibus, & usufructu, & usu, & habitatione dixisse sufficiat. De hereditariis autem & obligationibus suis locis proponemus. Ex-*

*posuimus summam, quibus modis jure gentium res acquiruntur: modo videamus, quibus modis legitimo & civili jure acquiruntur.*

## N O T E.

6. *Legitimo & civili jure.]* Antiquitatis studiosi consulant Budæ. in Pand. ad *l. 2. §. & cum placuisset. 24. de orig. jur.*

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

**D**uplex transitio, & utraque perfecta: in epilogo prioris respicitur ad *tit. de reb. corp. & incorp. hujus libri secundum*: ubi cum non tantum servitutes prædiorum, usus & usufructus inter res incorporales numerentur, verum etiam hæreditas & obligationes, ac de servitutibus, usufructu & usu hæctenus tractatum sit, videri poterat, nunc protinus de hæreditatibus & obligationibus dicendum esse: sed in propositione, seu membro sequenti, harum rerum tractationem in alium locum rejicit: tractationem de hæreditate, quia adhuc agendum de modis, quibus res acquiruntur singulæ; susceptione autem hæreditatis acquiritur bonorum universitas: tractationem de obligationibus, quia obligatio non est jus in rem, de cujusmodi jure acquirendo nunc quæritur, sed ad rem duntaxat, pariens creditor actionem in personam, non vindicationem rei. In posterioris epilogo respicit ad §. *singulorum. 11. sup. tit. 1. de rer. div.* quo loco recepit, se post expositos modos acquirendi jure gentium dicturum esse de iis modis, quibus dominium nanciscimur jure civili: quod est τὸ ἐπι-  
ξῆς. Modi acquirendi jure civili vel singulares sunt, vel universales. Singulares, quibus acquiruntur res singulæ: universales, quibus una acquisitione, tanquam per averisionem, acquiruntur bona alicujus universa: de quo genere acquisitionis agere incipit *inf. §. ult. tit. 9. hujus libri.* Modi acquirendi jure civili res singulas duotantum ab Imperatore exponuntur, usucapio *tit. seq. & donatio tit. 7.* Cur de legatis & fideicommissis, quæ huc alioqui pertinent, nunc non simul tractare voluerit, dicitur *d. §. ult.* Pertinent item huc & alii modi: veluti cum possessori attribuitur dominium rei, quam dominus vi eripuit aut invasit, §. 1. *inf. vi bon. rap. l. 7. C. unde vi.* cum uno ex duobus, qui à Principe munus acceperunt, moriente absque hærede, pars deficientis consorti accrescit, *l. un. C. si liberal. imp. soc. sin. hered. dec. lib. 10.* item cum pupillo, ecclesiæ acquiruntur res ex pecunia sua emptæ absque ulla traditione. *l. ult. C. de sacros. eccles.* Mancipatio, quam Cicero in *topic. traditionem nexu* vocat, & in jure cessio, de quibus *Ulpian. tit. 19. Boët. ad d. loc. Ciceronis*, jam tempore Justiniani exoleverant: antiquitatis studiosi adeant *D. Ant. Con- sium. 1. disp. 12. clariss. Salmas. c. 8. de usur.*

T I T U L U S VI.  
DE USUCAPIONIBUS ET LONGI TEMPORIS  
PRÆSCRIPTIONIBUS.

*D. Lib. 41. Tit. 3. C. Lib. 7. Tit. 31. & 33.*

1. *Non satis considerate à D. Cujacio & aliis pro præscriptionibus hic reponi possessionibus.*
2. *Quibus in rebus olim usucapio & longi temporis præscriptio differebant.*
3. *Falli, qui putant usucapionem tantum esse rerum mobilium.*
4. *Qua qua serie hoc titulo tractentur.*

**I**nter acquisitiones juris civilis vel prima & præcipua est usucapio. Nam et si ea Græcis quoque non incognita fuit, eamque etiam Plato *lib. 12. de legib.* in suam invehit rempub. tamen civili tantum ratione, non etiam pura aliqua naturali nititur, ab eaque longius etiam quam cæteræ acquisitiones 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. & civili.* Usucapio definitore Modestino *l. 3. hoc. tit.* est adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti. Quid singula definitionis sibi velint, dicetur postea in explicatione §. *divina. 7. inf. eod.*

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, quod in principio commemorat constitutionem suam de usucapione transformanda; qua constitutione cum duo diversa essent genera acquisitionis, usucapio, & longi temporis præscriptio, usucapionem ita transformavit, ut tamen utrumque in illo uno velut permixtum retinuerit: atque hoc etiam ex verbis inscriptionis intelligere nos voluit. Sic alibi quoque hæc duo conjungit, usucapionem aut longi temporis præscriptionem, §. *pen. inf. per quas perf. eniq. acq.* Conferuntur item, & conjunctim ista duo appellantur à Cajo *l. qui alienam. 54. in pr. de evictionib.* Hoc tantum interest, quod Cajo duo diversa acquirendi genera, ut tunc erant, significat, Justinianus unum & idem ex duobus istis à se conflatum: neque enim sustulit ille longi temporis præscriptionem, sed auxit addita ei usucapione in solo provinciali. Sed neque agitur hoc titulo de possessione, nisi per occasionem, neque magis, quam de bona fide, aut justo titulo: sed de horum omnium concurrentium effectu, & acquisitione ipsa, quæ olim duplex erat, usucapio & longi temporis præscriptio: quam utramque, ut diximus, sic retinuit Justinianus, ut ex duabus unam fecerit. Erat vero triplex inter usucapionem & longi temporis præscriptionem discrimen in rebus, in tempore, in acquisitionis effectu. Usucapio locum habebat in rebus immobili-

bus Italici soli tantum, in mobilibus omnibus. Præscriptio frequentabatur in prædiis duntaxat provincialibus. Usucapio rerum mobilium anno terminabatur, immobilium biennio. Præscriptio consummabatur decem annis inter præsentem, viginti inter absentes. Usucapio possessorem dominum efficiebat. Præscriptio possessori non dominium tribuebat; sed jus aliquod dominio simile & proximum: de quo dicam plenius postea. Hæc differentias sustulit Justinianus, servato uno discrimine rerum mobilium & immobilium, *l. un. C. de usuc. transform.* 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. 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 quadricennii fiscali.

T E X T U S.

Præcipua Usucapionis requisita. 1. Bona fides. 2. Possessio per tempus definitum continuata. 3. Justus titulus.

*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 anno; 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 sententiâ resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium; immobiles vero per longi temporis possessionem (id est, inter præsentem decennio, inter absentes viginti annis) usucapiantur. Et his modis non solum in Italia, sed etiam in omni terra, qua nostro imperio gubernatur, dominia rerum justa causa possessionis præcedente acquirantur.*

## NOTA.

*Bona fide*] In quo tempus traditionis inspicitur: at in emptione etiam, quo contrahitur, l. 2. pr. D. pro empt.

*Credideret dominum esse*] Aut jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse, l. 109. de verb. sign.

*Biennio*] Lex 12. tabb. usucapionem fundi jubebat esse biennium: cæterarum rerum annum Cic. pro Cac. & in Top. de quo vid. Bud. ad l. 63. D. de evict. Cont. 1. disp. 10. Salmas. c. 8. de usur.

*Iusta causa*] Id est, iusto titulo: nam titulus est possessionis causa, l. 7. C. de acquir. possess. l. 24. C. de rei vind.

*Dominia acquirantur.*] Recte igitur adhuc definitur usucapio cum Modest. l. 3. D. h. s. adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti.

## COMMENTARIUS.

1. *Auctoritatis verbo quid lex 12. tabb. intellexerit.*
2. *In persona usucipientis qua necessaria: & de bona fide.*
3. *De iusto titulo.*
4. *Cur prædia provincialia usucapi non potuerint.*
5. *Jurus de usucapione constitutus ratio & defensio.*
6. *In incerto esse, an tempora usucapioni à Justiniano præstituta apud nos quoque observanda sint.*

*Jure civili*] Hoc plerique sic interpretantur, perinde ac si dixisset lege 12. tabb. & verum est, ex hoc fonte jus usucapionum manare. Sed quod sequitur de distinctione locorum, ex lege 12. tabb. esse non potest: quippe cum eo tempore, quo Decemviri legem tulerunt, populus Romanus pedem extra Italiam non haberet, adeoque angustissimis intra ipsum Italiam 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. hæc leguntur; *Quoniam usus, auctoritas fundi biennium est, sit etiam adim. At in lege ades non appellantur.* Et in orat. pro Cacinna; *Lex usum auctoritatem fundi jubet esse biennium.* Unde existimare licet, sic lege sancitum fuisse; *Usus, auctoritas fundi biennium est. Cæterarum rerum annus est.* Auctoritatis verbo multa & diversa significantur. 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, Possidonius tibi auctoritatem promittet,* id est, *scilicet Galvar. Scævola l. ult. de pign. act.* instrumentum auctoritatis appellat, quod primo dixerat instrumentum emptionis; nimirum instrumentum, quo de evictione promissum est, aut omnino instrumentum, quo probatio juris nostri, sive ut vulgo loquuntur, tituli acquisitionis continetur: cujusmodi tabulæ instrumenta ad probationem originis prædiorum appellantur, l. 24. C. de fideic. Sic apud M. Senecam lib. 7. contr. 6. quæ emptionis tabulæ primum, eadem post auctoritatis tabulæ nominantur. In lege Atinia, & in illo duodecim, *Adversus hostem aterna auctoritas est,* verbo auctoritatis jus domini significatur, aut jus vindicandi, Gros. in spar. flor. Sensus hic est, ne peregrinus dominium rerum nostrarum usucapione nobis eripere possit. Cicero pro Cacin. *Aquaductus, haustus, iter, actus à patre, sed rata au-*

*toritas harum rerum omnium à jure civili sumitur. Rata auctoritas,* id est, *firmum ac fixum harum rerum jus.* Eodemque significatu & Scævola hac voce usus est l. ult. de aq. & aq. pluv. In proposito quoque puto Decemviro nomine auctoritatis intellexisse jus legitimi domini, ut sit sensus, usus, qui auctoritatem, id est, justum dominium fundi afferat, sit spacium biennii; qui cæterarum rerum, annus. Quod perinde est, ac si dixisset, *Fundus biennium possessus usucapitor: cætera res annum posse usucapiuntor.* Cicero in ea de Arusp. resp. *Multa 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 domini per usucapionem quæsitum, non emptionem, quæ non mancipio facta est, ut vult doctissimus Salmasius lib. de usur. c. 8. Neque enim dici possum jure optimo domum habere, cuius ex jure Quiritium dominus non sum; & ideo jura legitima tantum Cicero commemorat. Idem vir doctissimus existimat, legem 12. 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 eo 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. Videbis Buda. ad l. Herennius. 63. de evict. Cont. 1. disp. 19. Don. 5. com. 20. & qui legem 12. tabb. commentariis illustrarunt, Baldwin. Hostom. Marcil.

*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. bona fidei. 109. de verb. sign. l. qui à quolibet. 27. de contr. emp. § si quis. 35. sup. de rer. div. Hæc autem opinio necesse est ut remota sit ab errore juris. Nam juris error acquirere volentibus nunquam prodest: l. 7. l. 8. de jur. & fact. ign. ac proinde nec possessori in usucapionibus, l. nunquam. 31. pr. hoc tit. l. 1. § si à pupillo. 15. pro emp. Cæterum sufficit, ab initio bona fide possessionem nancisci. Jure enim civili beneceptam usucapionem non impedit scientia rei alienæ postea superveniens, l. un. C. de usuc. transform. l. bona. 48. §. 1. de acq. rer. dom. spectaturque in ea re initium traditio-

nis,

nis, non contractus, l. si u. 15. §. ult. l. iusto. 44. §. 2. hoc tit. præterquam in emptione, in qua utrumque tempus incipit placet, & quo contrahitur, & quo restituitur, l. 2. pr. pro empt. l. pen. hoc tit. Diversitatis rationem indicat Paul. in stipulatione d. l. 15. in fin. quia, inquit, concessum est stipulari rem etiam, quæ promissoris non sit, innuens, salva fide etiam scientes rem alienam stipulari nos posse: at non pati sinceram fidem, ut rem alienam sciens quis emat. Et ideo huic non præstatur evictio, l. si fundum. 27. C. de evict.

Rem.] Corporalem scilicet nam res incorporales, veluti servitutes, per se usucapionem non recipiunt, l. 14. de serv. l. servus. 43. §. 1. de acq. rer. dom. quippe in quæ non cadit possessio, in ea nec usucapio cadit. Cæterum est in his rebus locus acquisitioni longæ quasi possessionis, & effectu juris quasi usucapiuntur, l. ult. C. de præsc. long. temp. l. 10. si serv. vind. vide quæ scripti ad §. ult. sup. de serv. Plane per consequentiam etiam veteri jure usucapiebantur, cum id prædium usucaptum esset, cui servitus debetur, l. 10. §. 1. hoc tit. quanquam revera nihil hic usucapitur, sed prædium suæ conditiones sequuntur, l. vis. 23. §. 2. de serv. præd. rust. de aliis rebus, quæ usucapionem non admittunt, dicam §§. seqq.

3] *Aliæve justæ causæ*] Id est, iusto titulo, eoque qui idoneus sit ad transferendum dominium: eos enim qui nullo iusto titulo possident, ratio juris dominium querere non patitur, l. nullo. 24. C. de rei vind. l. 4. C. de præsc. long. temp. eademque prorsus in proposito ratio est dominii transferendi & transferendi conditionem usucapionis, l. nunquam. 31. de acq. rer. dom. §. pen. inf. per quas per. cuius acq. Justa causa aut à privatis est, aut à iudice, aut à magistratu, aut à nullo, sed ab ipsa rerum conditione. A privatis, si quid ab his dominii transferendi causa traditur, solvitur, datur, derelinquitur, l. 3. §. antep. de acq. poss. cuius generis pleræque propriis tit. comprehensæ in Pand. & C. A iudice in adjudicationibus, quæ fiunt in iudiciis divisiis, si videlicet de alienis fundis tanquam communibus actum sit, l. si per errorem. 17. hoc tit. alioqui statim res ejus fit, cui adjudicata est, §. ult. inf. de off. jud. A magistratu quibus in causis possessionem transferre potest: siquidem iuste possidet, qui auctore prætoris possidet, d. l. 3. in fin. l. 11. de acq. possess. 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 emptio, donatio, &c. præcesserit: nec sola existimatione nostra, sed revera, l. Celsus. 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 cohereant, loco distingui non potuerunt: & conditione sua omnes usucapionem recipiunt. Immobilem 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 præfixum sit, quam immobilem, id 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, & usucapioni eximit. Non alia ratio est, quam ea, quam hic indicat Justinianus post Cajum l. 1. hoc tit. quod veteres crediderunt, annum aut biennium domino sufficere ad inquirendas res suas: posse scilicet quemlibet patremfamil. res mobiles uno semestri recedere, & altero, quæ desiderantur, querere; prædia uno anno lustrare, & quæ ab alio possessa invenerit, altero anno recuperare. Quod & Varro de re rust. bono patrifam. faciendum esse monet.

*Immobilia, tantum in Italico solo*] Aut eo, quod jus Italicum soli habebat. Nam & in provinciis fuere quædam prædia juris Italici, videlicet coloniariarum, quibus jus Italicum datum erat, l. 1. de sensib. in quibus prædiis mancipationi & usucapioni locus fuisse dubitandum non est. His exceptis prædia provincialia neque à possessoriibus mancipio dari, neque ab alio usucapi olim potuerunt. Nimirum quia uterque hic modus acquirendi ex jure Quiritium erat, plenumque jus & dominium Quiritiarum continebat. Possessores autem prædiorum provincialium directi domini & pleno jure non erant: sed jus summum domini populus Romanus sibi reservare consueverat, cum ea bello capta veteribus dominis restitueret, inque argumentum retenti juris annuum iis vestigal imponere. Cæterum jus, quod possessoribus relictum erat, uti id à domino juris statim in alios traditione transferri poterat, ita & à bonæ fidei possessore longi temporis possessione acquiri, ne semper inquietaretur, quæ acquisitioni præscriptio dicebatur, l. qui alienam. 54. in pr. de evict. l. si duo. 13. §. 1. de jurejur. l. ei à quo. 21. hoc tit. Erat autem jus tale, quod & exceptione defendere, & amissa possessione, utili actione persequi, d. l. 13. §. 1. 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 accedebat, & quod nunc vocarent dominium utile. rep. quæ notavimus sup. §. per traditionem. 40. de rer. divis. Postquam autem Justinianus, quod præscriptioni deerat, ex usucapione supplevit, unumque genus acquisitionis ex duobus fecit, certum est, possessione longi temporis iustum & directum dominium possessori acquiri.

*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 essent, 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 aq. & aq. pluvi. & ideo Cicero in orat. pro Cæcilio. usucapionem appellat *finem sollicitudinibus & litium*. Plato 12. de legib. Hæc igitur causa legislatores movit, ut usucapionem introducerent: ut vero id fieret cum minima privatorum injuria, certa atque idonea tempora præstituerunt, quæ abundè dominis sufficerent ad inquirendas res suas, easque sibi afferendas, & possessionem alterius interpellandam. Quod si facere negligant, & patiantur usucapi, suaveret



suamet ipsorum voluntate quodammodo rem alienari videntur, *l. alienationis. 28. de verb. sign.* Quanquam etiam contra ignorantem rem suam ab alio possideri usucapio procedit, *l. un. C. de usuc. transform. l. ult. C. de presc. long. temp.* Privatum enim damnum, quod ex usucapione est, pensatur egregio publico, in quo vera & solida utilitas continetur, & cuius proinde prima ratio habenda. Atque hæc hujus acquisitionis defensus fit 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 reipubl. non esse. *Nov. 111. & 131. cap. 6.*

*Ne domini maturius rebus suis defraudentur*] Id est, ne maturius res suas amittant, ne possessionibus suis citius, quam par est, cadant, ut est in *d. l. un. C. de usuc. transform.* Usus autem est verbo defraudandi propter durtiem legis antiquæ, quæ nimis angusto temporis spatio usucapionem terminabat, remque alienam excluso domino addicebat possessori. Cæterum quod proprie hoc verbum significat, per fraudem rem alienam intervertere, id neque lege antiqua possessori permissum fuit.

*Constitutionem super hoc promulgavimus*] Ea est *l. un. C. de usuc. transform.* qua lege, cum jam antea sustulisset antiquam distinctionem domini in bonitarium & Quiritiarium, *l. un. C. de nud. jur. Quir. toll.* hoc insuper constituit, ut prædia provincialia eodem jure cum Italicis censerentur, atque æque ut Italica, eodemque effectu usucapi possent. Præterea tempora usucapionum tam in rebus mobilibus, quam in rebus soli tantum prolongavit, ut nulla justa querimonia superfit, si tam longo tempore continuata possessio possessorem tueatur, eique dominium adjiciat. Summa constitutionis est, ut qui rem à non domino accepit ex justa causa & bona fide, eamque mobilem per triennium, immobilem per decem annos inter præsentem, per viginti inter absentes continenter possedit, is ejus rei dominus pleno jure efficiatur. Quod jus etiam hodie apud nos obtinere debere multi contendunt. Alii ad rerum immobilium præscriptionem sive usucapionem triginta requiri annos, aut tertiam seculi partem existimant. Apud Zelandos adversus præsentem annis viginti, adversus absentem triginta annorum spatio res soli certo jure usucapiuntur, *cap. 2. stat. Zeland. art. 2.* In hoc autem nunc fere à jure civili recessum est, quod in præscriptione, quantumvis longissimi temporis, non tantum bonum possessionis initium requiritur, verum etiam bonæ fidei perseverantia, juxta scita juris Canonici, *c. fin. x. de prescript.* cum jure civili sufficiat possessionem ab initio bona fide nancisci, nec bene cœpta usucapio aut præscriptio interpelletur incidente postea mala fide, *d. l. un. de usuc. tr.* quin nec bonum initium in præscriptione 30. annorum jura civilia desiderant, *d. l. 3. l. 4. C. de presc. 30. ann.* Clarissimus Grotius *lib. 2. manuduct. ad jurispr. Bat. cap. 7.* tradit, duplicem in hac regione usucapionem seu præscriptionem rerum soli in usu antiquitus fuisse, unam brevioris, alteram longioris temporis. Brevem, fuisse unius anni & diei, eamque jure singulari multarum ci-

vitatum & agrorum tunc locum habuisse, cum prædium aliquod venditum esset interveniente auctoritate & cognitione Scabinorum, aliorumve, qui jurisdictioni præfunt, idque prædium per illud tempus ab emptore sine interpellatione possessum esset. Longam fuisse tantum temporis, quantum tertia pars seculi continet, id est, annorum 33. & 4. mensium; cui locus erat in alienatione rei immobilis facta absque cognitione publica. Et hoc sequendum etiamnum putat. De præscriptione tanti temporis juxta consuetudinem Gelriæ ex professo differit doctissimus Lamb. Goris *advers. jur. tract. 3. cap. 9.* Vix autem est, ut aliquid certi secundum mores hodiernos hic definiti possit, *vid. Gromew. ad rubr. C. de presc. 30. annorum, & ibi laudat.*

*Decennio inter præsentem, viginti annis inter absentes*] Explicat quantum tempus intelligat per possessionem longi temporis, nimirum inter præsentem, id est, qui in eadem provincia sunt, *l. ult. C. de presc. long. temp.* decem annos, inter absentes viginti. Atque ita sicut ex veteri usucapione effectum sumit & acquisitionem veri domini, ita ex veteri præscriptione sumit spatium temporis, atque id ad usucapionem omnium rerum immobilium transfert, efficitque ex duabus unam acquisitionis speciem, ut jam nulla amplius differentia inter præscriptionem & rerum immobilium usucapionem superfit; præscriptionem inquam longi temporis, quæ itidem ut usucapio titulum & bonam requirebat fidem: nam præscriptionis temporis longissimi, sc. 30. vel 40. annorum, alia ratio est, quæ solo temporis lapsu possessorem tuetur.

## T E X T U S.

Quæ usucapi possunt vel non. De his quæ sunt extra commercium & de servo fugitivo.

*I. 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.*

## N O T A.

*1. Liberum hominem, &c.]* Quia hæc res omnem recipiunt acquisitionem, nec in bonis esse possunt, *l. 9. D. h. t. §. 2. inf. de inus. stip.* Res quoque incorporales, vel uti servitutes, natura sua usucapionem non recipiunt, *l. 14. D. de serv. l. 43. de acq. rer. dom.* Cæterum effectu juris diuturno usu & ipsæ quasi usucapiuntur, *l. 10. §. serv. vind. l. ult. C. de presc. long. temp.*

*Servum fugitivum*] Defenditur tamen possessor fugitivi 30. annorum præscriptione, per *l. 3. & 4. C. de presc. 30. ann.*

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

**H**OC § & aliquot sequentibus disputatur de rebus, quæ etsi corporales sunt, usucapionem tamen non recipiunt: sed quia multæ, quæ in hoc numero sunt, hic non commemorantur, ecce tibi in summa omnes exhibebo. Quarundam rerum ea natura est, ut omnino omnino acquisitionem, qualiscunque ea sit, respuant, & consequenter simul usucapionem: cujusmodi sunt, quæ

quæ commensura humano sunt exemptæ, ac proinde in bonis haberi non possunt, ut homo liber, res sacræ, religiose, sanctæ, publicæ populi aut civitatum, l. 4. l. 6. de contr. empt. l. 9. hoc tit. Quædam etiam res sunt, quæ cum fiat in bonis & acquiri possunt, usucapi tamen non possunt, lege earum usucapionem prohibente. In hoc genere sunt res fisci, §. 4. inf. l. quamvis. 18. eod. res dominicæ. tit. C. n. rei dom. vel templ. vind. civitatum, Ecclesiarum, gerontocomiorum & locorum similiarum; l. 23. C. de sacrosanct. Eccles. Novell. 9. §. 111. & 131. a. 6. res furtivæ & vi possessæ, §. seq. præfidi contra legem Juliam datæ, l. bona. 48. de acquir. rer. dom. l. pen. de leg. Jul. rep. res pupillorum, dist. l. 48. l. 3. C. quibus non obs. 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 quibus ca. iust. rest. bona adventitia filiosum. l. 1. §. 2. C. de annal. exc. fundus dotalis, cujus quoque alienatio lege Julia prohibita est, l. 4. de fund. dotal. hoc ipso etiam usucapionem prohibitam esse pro certo statuit Triphoniarius in l. si fundum. 16. eod. tit. Postremo res testamento alienari prohibita, l. 2. C. præempt. l. ult. §. sin autem. C. com. de legat. Jam pergamus.

**Liberum hominem**] Sola temporis longinquitate, etiam si sexaginta annorum curricula excesserit, libertatis jura non mutilari à Constantino rescriptum est, l. ult. C. de long. temp. præsc. qua 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 Accursus, quoniam nulli omnino hic locus esse titulo potest. Possessores 30. annorum defenduntur exceptione temporis, quæ omnes excludit actiones, etiam si nec titulus probetur, nec bona fides, l. 3. l. 4. C. de præsc. 30. ann. Cæterum res ipsas, quæ possidentur, tales esse oportet, ut iusto titulo acquiri, & dominio nostro subijci possint.

**Servorum fugitivum**] Hic servus pertinet ad prohibitionem, §. seq. quippe qui sui ipsius furtum facere intelligatur, l. ancilla. 60. de furt. l. 1. C. de serv. fug. Accursus putat, dominum ne 30. quidem annorum præscriptione excludi, eo quod possessionem fugientis servi retinet, l. 1. §. per servum. 14. l. rem que. 15. in fin. de acq. poss. Quod ineptum est. Nam cum de usucapione aut præscriptione queritur, necesse est ejusmodi casus ponatur, quo alius servi possessionem nactus sit. Hoc vero cum sit, dominus possidere desinit.

TEXTUS.

De rebus furtivis & vi possessis.

2. Furtivæ quoque res, & quæ vi possessæ sunt, nec si prædicto longo tempore bona fide possessæ fuerint, usucapi possunt. Nam furtivarum rerum lex duodecim tabularum & lex Attilia inhihent 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 possit, (nam his alia ratione usucapio non competit; quia scilicet mala fide possident) sed ne ullus alius, quamvis ab eis bona fide emerit, vel ex alia causa acceperit, usucapiendi jus habeat. Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut bona 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 hæres rem defuncto commodatam, aut locatam, vel apud eum depositam, existimans, hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, quin is, qui acceperit, usucapere possit, dubium non est. Quippe quum ea res in furti vitium non ceciderit: quum utique heres, qui bona fide tanquam suam alienaverit, furtum non committat. Item si is, ad quem ancilla usufructus pertinet, partem suam esse credens vendiderit, aut si donaverit, furtum non committit. Furtum enim sine affectu 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 vinnanciscatur, quamvis ipse mala fide possideat, (quia intelligit, se alienum fundum occupasse) tamen, si alii bona fide accipienti tradiderit, poterit ei longa possessione res acquiri: quia neque furtivum, neque vi possessum acceperit. Abolita est enim quorundam veterum sententia, existimantium, etiam fundi locive furtum fieri. Et eorum utilitati, qui res soli possident, principibus constitutionibus prospicitur, ne cui longa & indubitata possessio debeat auferri.

NOTÆ.

2. Lex Attilia] In Pand. Flor. Atinia. l. 4. §. 6. l. 33. pr. h. t. l. 215. de verb. sign. Auctoritas, ait Grot. in Sparf. Flor. est jus vindicandi.

Ab eis bon. fid. emerit] Aut ab aliis, qui jam ante à fure aut violento possessore rem acceperunt.

Bon. fid. accipienti] Species: Cum Titius longo tempore abisset, fundumque suum incultum relinqueret, cum Sejus occupavit; ac mox vendidit & tradidit Sempronio ignorantem fundum alienum esse. Hic etsi ipsi quidem Sejo non processisset usucapio propter malam fidem;

procedet tamen Sempronio bonæ fidei possessori: quia neque furtivum neque vi possessum accepit.

[Quorundam sententia] l. 38. h. t. Inter hos & Sabidum fuisse teitatur Gellius lib. 11. c. ult.

COMMENTARIUS.

1. Aliquo casu qui sciens rem alienam vendit, furtum facere non videtur.

2. Emendationem Cujacii vers. quod autem: non esse necessariam.

**F**urtivorum rerum lex 12. tabb. & lex Atinia] Utriusque hujus legis etiam meminit Julian. l. non solum. 33. in pr. hoc tit. Verba legis Atinix prodit Gellius l. 17. c. 7. Quod surreptum erit, ejus rei aeterna auctoritas esto. Quorum verborum hic sensus est; Ejus rei, quæ surrepta est, dominium à domino nunquam recedat; jus & potestatem habeat semper eam vindicandi; nec ullo usu alteri acquiratur. Fabrot. Quam sententiam fuisse legis, ex eo liquet, quod lex ita accepta est, quasi interdiceret rei furtivæ usucapionem. Eademque sententia est ejus quod apud Ciceronem lib. 1. de Offic. legimus; Adversus hostem aeterna auctoritas esto. Proculdubio autem lege Atinix quædam addita sunt, de quibus prius lege duodecim nihil cautum fuerat: & Paulus legi Atinix tribuit hoc caput, quod est de usucapionem re furtiva, cum in potestatem domini rediit, l. 4. §. quod autem. 6. hoc tit. l. potestatis. 215. de verb. sign.

Vi possessarum lex Julia & Plautia] Leges hæ non uno tempore latæ; alioqui Julia Plautia diceretur sine copula, ut Plautia Papyria, Pappia Poppea, Junia Norbana, &c. sed Plautia de vi, item Julia de vi, hoc caput habuerunt. Plautia de vi prior fuit lege Julia, unde & in Pand. præponitur, l. non solum. 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 vacuum possessionem intraverit, poterit id prædium, etiam antequam in domini potestatem redeat, à bonæ fidei possessore usucapi, l. 4. §. si tu. 22. l. 33. §. 2. eod.

Quod autem dictum est] Superfluum, hoc monere. 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 malefictum alienum causam daret rem alienandi.

Ne ullus alius, quamvis ab eis bona 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 empt. l. vitia. C. de acq. poss. Ut autem à bonæ fidei possessore usucapi possit, talem esse oportet, ut in se non habeat vitium, §. novissime. inf. eod. Denique ubi lex simpliciter inhibet usucapionem, bona fides possidenti ad usucapionem rei nihil prodest, l. ubi. 24. hoc tit. Plane præscriptio triginta annorum dominum repellit: fide enim constitutum est de actionibus omnibus, sive in rem sint, sive in personam, ut triginta annorum jugi silentio præscriptione excludantur: usque adeo, ut in rebus possessis hoc etiam ipsis malæ fidei possessoribus tribuatur, l. 3. l. 4. C. de præsc.

30. ann. quanquam id facta 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 obnoxie sunt, etiam facile in furti vitium cadunt: quisquis enim rem alienam mobilem sciens quacunque ex causa alii tradit, cum furtum committere; quod etiam scriptum est l. 1. C. pro empti l. 2. C. pro donat.

Qui sciens rem alienam vendiderit] Videamus, an non aliquo casu hæc regula vitietur. Finge heredem rem defuncto commodatam, quam hereditariam esse putabat, vendidisse & tradidisse bonæ fidei accipienti: emptorem, cum esset in conditione usucapiendi, cognovisset rem alienam esse. Constat; non intertampi usucapionem: sed quæro, an, si possessor eam rem, antequam usucapionem impleret, alteri iterum vendiderit, furtum facere dicendus sit? Et quidem, quamvis res usucapta non est, aliena est, ut si verba regulæ præcisè sequamur, dicendum sit, furtum committi: sed puto, hoc in proposito non debere admitti; & regulam procedere, cum quis ab initio scivit, rem alienam esse; qui cum usucapere non possit, intelligitur vendendo rem velle intervertere domino: nam et si sibi eam retineat intervertendi causa, furtum facit l. insciando. 67. de furto. 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. 9. §. procurator. 6. pro empt.

Sed tamen id aliquando aliter] Dixit modo rerum mobilium difficilem esse usucapionem, idque probavit hæc ratio, quod res alienæ mobiles difficulter transferantur, quin in vitium furti cadant. Id nunc ostendit aliquando aliter se habere, & non uno etiam modo citra furtum accidere posse, ut res aliena alteri vendatur aut donetur, ac proinde totidem modis fieri, ut à bonæ fidei possessore usucapi queat. Locus hic descriptus est ex Cajo l. potest. 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 sit absque furto: utrumque ex Cajo d. l. 36. Unus hic est, si hæres rem defuncto commodatam, locatam, aut apud eum depositam, existimans, eam hereditariam esse, tanquam suam alienaverit. De hærede 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 hæres ipse hujusmodi rem usucapere possit, videbimus postea. sub §. divina inf. eod.

Partum suum esse credens] Casus hujus generis alter. Partum ancillæ in fructu non est, sed ad dominum proprietatis pertinet, §. in pecudum. 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. nun-

*numquam*. 31. *hoc tit.* Cæterum si partum suum esse credens, forte erroris causam præbente, quod foetus pecudum ad fructuarium pertinet, alteri eum vendiderit, poterit à bonæ fidei possessore usucapi, *d. l. 36. §. 1.* quippe cum hic nihil sit in persona accipientis, quod usucapioni obstat, neque furti vitio res affecta sit: non enim, si fructuarium ignorantia juris partum, ut seum, vendat, idcirco eum furtivum facit. Quippe cum furtum non committatur sine animo & affectu furandi, qui in errante nullus est, *l. furtum. 37. eod. §. placuit. inf. de obl. qua ex del. vulgatumque est, quamvis vel fatuam existimationem excusare à dolo, per l. 1. in fin. de obi- gais. l. 14. C. ad l. Fab. de plag.*

*Alius quoque modis accideri potest*] Alius modus est apud Cajum *d. l. 36. §. 1.* si quis scil. errore aliquo lapsus crediderit se hæredem esse, cum non esset, & rem hæreditariam alienaverit. Item alius apud Papinian. *l. mandatum. 57. mandac.* si hæres 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 obstat usucapioni, quod emptor sciverit, rem in ea causa esse: quia quasi volente & concedente domino venditur, *d. l. 5. pro derel.*

*Quod autem ad eas res, qua solo continentur, expedit, jus ita procedit, ut, si quis*] D. Cujacius hunc locum sic restituit: *Quod autem ad eas res, qua solo continentur, expeditur procedit, ut quis, &c.* Ut hæc phrasia, quod ad eas res, qua solo continentur, sit elliptica, & intelligatur verbum *mittit*, & quia tunc monendum totius loci sententia constet, inter colon & conjunctionem discretivam, quamvis, ponit relativum *qui*. Ut sit hæc sententia; *Expeditur 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 dicit, *Expedit, jus ita procedere, ut si quis fundi aut loci alieni possessionem vacans sit sine vi, licet mala fide, de quo dubis an præscriptio poterat, in omni loco aut fundum in alium bona fide accipientem transferre possit cum conditione usucapiendi, in qua ipse propter malam fidem non poterat: quoniam neque vi possessum accipitur, neque furtivum; cum rerum immobilium furtum fieri non intelligatur, l. furtum. 37. §. 1. Et l. seq. hoc tit.* Unde hæc sumpta sunt. In re autem aliena mobili secus esse, quæ à sciente vendita in vitium furti cadat: Quamobrem causam non video, cur restitutio Cujacii quædam tantopere placeat.*

*Vacantis propter absentiam aut negligentiam*] Simplex absentia domini possessionem vacuum non facit: quippe quam consistat solo animo retineri, *l. 3. §. saltus. 11. l. 6. §. 1. de acq. poss. §. possidere, inf. de incard.* Quapropter locus hic intelligendus est de absentia domini diuturna, rem suam penitus negligentis & relinquæntis incultam. Et Cajus hoc expressit, *longo tempore, d. l. furtum. 37. §. 1.* Illi perspicue errant, qui locum vacantem interpretantur à domino derelictum. Quippe res

pro derelicto habita statim sit occupantis, *§. pen. sup. de rer. div.* qui vero hic vacuus dicitur, negatur etiam usucapi ab occupante posse, uti & in *l. quam rem. 38. eod.* Errat & Glossa, quod putat, quæ hic scripta sunt, correctæ esse per *l. ult. C. und. vi.* eoque nomine etiam vulgo reprehenditur. Non enim ideo, quia Justinianus interdictionem momentaneæ possessionis dedit adversus eum, qui vacantem possessionem occupavit, statim pronuntiandum est, eum in cæteris quoque omnibus pro invasore & violento possessore habendum esse. Et potest aliquo casu etiam ubi competit interdictionem unde vi, locus esse usucapioni, *l. 4. §. si su me. 22. l. non solum. 33. §. 2. hoc tit.* Adde quod constitutio ista diutius anno ante Institutiones edita fuit, ut ostendit subscriptio.

*Sino successore decesserit*] Ita etiam Cajus *dist. l. 37. §. 1. eod.* Sine successore autem sic accipiemus, non tantum si quis decesserit sine ullo successore, sed etiam si certum successorem reliquerit, legitimum aut testamentarium hæredem, quamdiu is rerum hæreditariorum possessionem nondum nactus sit. Et jacente quidem adhuc hæreditate, nec furtum rei hæreditariæ fieri, à Scævola proditum est, *l. 1. §. Scævola. 15. si is qui testam. lib.* Adita autem hæreditate etsi jura omnia ad hæredem transeunt, possessio tamen ei non acquiritur, nisi naturaliter apprehensa fuerit, *l. cum hæredes. 23. de acq. poss.* Quamobrem etsi quis vacantis fundi hæreditarii possessionem sine vi occupavit, etiam ubi certus hæres est, eumque bona fide accipienti tradidit, procedet bonæ fidei possessori usucapio: quia neque furtivum neque vi possessum accepit. Neque obstat quod constitutum est, ceptam usucapionem à defuncto posse & ante aditam hæreditatem impleri, *l. ceptam. 40. hoc tit.* ut proinde non videatur posse rem interim ab alio possideri: quoniam duo eandem rem simul possidere nequeunt, *l. 3. §. ex contrario. de acq. poss.* Hoc enim, utalibi traditum est, tunc procedit, quando medio tempore possessio ab alio occupata non est, *l. possessio. 20. hoc tit. l. 6. §. ult. pro empr.* Deinde de re loquimur, quæ defuncti propria fuit, non quam ille possidebat tantum & ceptat 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 *φύρα*, per affinitatem literarum, quod *φύρα* ὄφρα Græci dixerunt, *l. 1. de furt. §. 2. inf. de obl. qua 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 acq. 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. ex mille. 64. de evict. Cajus l. 38. hoc tit: & hic Justinian.* Per fundum ferè integrum quid significant, agrum cum villa, ædificium cum area: per locum autem certam fundi portionem, *l. locus. 26. de acq.*

acq. poss. & plerumque agrum aut aream, qui loci sunt sine ædificio, in urbe area, rure ager, l. ager, 27. l. locus. 60. l. quaestio. 115. l. fundi. 211. de verb. sign. quam hæc non sunt perpetua, & loci significatio sæpè generalior, quam fundi, etiam apud nostros. l. 4. si serv. vind. l. 1. §. 4. und. vi. Consulendi Alcias. Forn. Gædd. in tit. de verb. sign.

Principalibus constitutionibus] Tum quibus possessores rerum soli longi temporis, id est, 10. vel 20. annorum possessione defenduntur, tit. C. de præsc. long. temp. quod tempus nunc ad rerum immobilium usucapionem translatum est: tum quibus 30. annorum præscriptione domini omnimodo excluduntur, l. 3. & 4. C. de præsc. 30. ann. Illud hic monendi sumus, Justinianum Nov. 119. c. 7. unde sumpta est auct. mala fidei. C. de præsc. long. temp. hæcenus juris ejus, de quo proximè egimus, constitutioni derogasse, ut si à possessore malæ fidei res alienata sit, non aliter ab eo, qui eam etiam bona fide accepit, usucapiat longa possessione 10. vel 20. annorum acquiri possit, quam si dominus sciverit, rem suam ab alio possessam esse & toto eo tempore contestatus non sit: alioqui spectari jubet 30. annorum præscriptionem. Cæterum hoc procedere tunc tantum volunt, si eo ipso tempore, quo res alteri traditur, sciat is, qui tradit, rem alienam esse, & nec initium quoque bonum habuerit, add. quæ notat D. Gothofred. ad. d. auct.

## TEXTUS.

## De vitio purgato.

3. Aliquando etiam furtiva, vel vi possessores res usucapi potest; veluti si in domini potestatem reversa fuerit: tunc enim vitio rei purgato procedit ejus usucapio.

## NOTA.

3. In potestatem domini] Non utique ejus, cui surrepta est, l. 4. §. 6. b. s. l. ult. de vi bon. rapt. Igitur si creditori res surrepta sit, in domini potestatem redire debet, d. l. 4. §. 6. nisi dominus ipse surripuerit: ita accipe Paul. l. ult. eod. in potestatem domini redisse videtur, cum possessionem ejus nactus est iuste, ut ayelli non possit, & tanquam suæ rei, d. l. 4. §. 2.

## COMMENTARIUS.

1. Si res pignori data surrepta sit, utrius in potestatem redire debent, 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. §. quod auct. 6. l. ubi. 24. §. 1. hoc tit. l. pen. de leg. Jul. rep. Verbum potestatis in proposito possessionem significat, & potestatem habendi tenendique, d. l. 4. §. tunc. 12. Res vi possessa redire debet in potestatem ejus, qui dejectus est, ut maximè dominus non sit: neque enim aliter vitium violentiæ purgatur, quam si dejectus ipse restituitur in possessionem, fac. l. 6. §. 3. de præcar. Res contra legem repetundarum data necesse est ut revertatur in potestatem ejus à quo profecta est, hereditate ejus,

d. l. pen. de leg. Jul. rep. Rei autem furtivæ vitium ut purgetur, in ipsius domini potestatem eam reverti oportet, d. l. 4. §. quod autem, quippe furtum in re furtiva solum dominum lædit: cui proinde soli etiam de re furtiva condictio competit, §. ult. inf. de obl. qua ex deli. Planè nihil interest, utrum in potestatem domini aut possessoris res pervenerit, an quocumque modo his satisfactum sit, d. l. 4. §. sed & si. 13. l. si fur. 32. pr. eod. l. quamvis. 84. de furt. De re pignori data & surrepta creditori dubitari potest, in domini debitoris an creditoris potestatem redire debeat, ut vitium purgetur, & usucapi possit: nam Paulus respondit, in domini potestatem eam redire debere, d. l. 4. §. quod autem. Labeonis quoque eadem sententia est, l. ult. eod. Idem tamen Paulus d. l. ult. notas ad Labeonem scribens contra affirmat, rem pignori datam & surreptam usucapi posse, si in potestatem creditoris redierit. Sed hæc non magno negotio conciliari possunt. Refert enim, utrum debitor ipse, an alius res creditori, surripuerit. Posteriori casu semper necesse est, ut vitium purgetur, in potestatem debitoris rem reverti, d. l. 4. §. quod autem. atque hoc etiam Labeo sensit. Priore autem casu purgatur reversa in potestatem creditoris: neque hoc Labeo negaret, fuitque semper extra omnem controversiam; atque à Paulo tantum indicatur, ut ostendat, posse aliquando pignus, quod in potestatem creditoris 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, etiam si pignus à debitore surreptum & distractum in potestatem creditoris nondum pervenisset: eaque sententia etiam obtinuit, d. l. 4. §. si rem. 21. l. 5. pro empt. quamvis aliis, nec dubito quin Labeoni etiam & successoribus ejus, displicuerit, & absurdum visum sit, ab eodem & fieri furtum, & furtum emendari: quorum sententia etiam expressè confirmari videtur, l. 6. C. pro empt. Verum Cujac. in d. l. 4. §. si rem. ita distinguit: aut debitor non tenente creditore pignus alii vendidit, & tunc ab emptore 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 empt. aut tenenti creditori pignus aufert, & deinde de vendit & tunc ab emptore usucapi posse existimat: quoniam postquam furtum factum est, res in potestate debitoris fuit; atque hoc ostendere, d. l. 4. §. si rem. hoc tit. & d. l. 5. pro empt. Illud constat, tractari in hac quæstione de re aliena, quæ à bonæ fidei possessore pignori obligata est, ut sit locus usucapioni pro emptore, d. l. 5. pro empt. Quamvis enim res aliena, pignori non sit, inter ipsos tamen qui contraxerunt, rata est pignoris conventio, per l. 9. §. pen. l. si pignora. 22. §. 2. de pign. act.

## TEXTUS.

## De re fiscali &amp; bonis vacantibus.

4. Res fisci nostri usucapi non potest: sed Papi-nianus scripsit, bonis vacantibus fisco nondamnum natiis, bona fidei emptorem traditam sibi rem ex his

*his bonis usucapere posse, & ita divus Pius, & divi Severus & Antoninus rescripserunt.*

NOTÆ.

4. Res fisci] l. 18. l. 24. §. 1. b. t. Sunt & alix, ut res dominicæ, C. *nerii dom. vel templ. civitatum, ecclesiarum, gerontocomiorum, &c. de quibus l. ult. C. de fund. patrim. l. ult. C. de fund. rei priv. lib. 11. l. 23. C. de SS. eccl. Nov. 9. Nov. 111. Nov. 131. c. 6. Res pupillorum, l. 3. C. quib. non obst. long. temp. præscr. minorum, l. ult. C. in quib. ca. in int. rest. præfidi contra leg. Juliam datæ, l. pen. de leg. Jul. rep. l. 48. de acq. rer. dom. bona adventitia filiisfam. l. 1. §. 1. C. de ann. exc. denique res prohibitæ alienari aut lege aut testamento, l. 2. C. pro empt. l. 16. de fund. dot.*

COMMENTARIUS.

1. Hoc §. tolli videri præscriptionem quadriennii, quæ olim bonorum vacantium possessori dabatur adversus fiscum.

**I**nterres, quæ juris constitutione usucapioni obnoxix non sunt, quarum summam complexus sum sub §. 1. sup. primum locum obtinent res fisci, l. *quamvis. 18. l. ubi. 24. §. 1. hoc tit. l. 2. C. com. de usuc.* Hoc autem privilegium rebus fiscalibus merito datum est, ne negligentia procuratoris fisci principi noceat, qui aliis curis implicatur, & tot ac tanta negotia sustinet, ut de suis aut fisci rebus ipsi inquirendi otium non sit. Rerum patrimonialium eadem ratio est, quæ ob id etiam cum fiscalibus comparatur, §. *ult. eod.* 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. lib. 11. l. ult. C. de fund. rei priv. lib. eod.* Tantum hoc cavetur, ut ne adversus fiscum ea præscriptione hoc assequantur, ut in futurum à canone possessio sit immunis, l. 6. C. d. *tit.* Cæterum Justinianus l. *in inter. 23. C. de Sacrosf. 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. verum 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 Sacrosf. 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. *querela. C. ad leg. Corn. de fals.* ita etiam persecutio bonorum damnati, aut adnotati, quam fiscus habet: eoque refero l. *in omnibus. 13. de divers. 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 vetf. & comm. l. 1. §. 2. de jur. fsc.*

*Bona vacantibus]* Bona vacantia dicuntur eorum qui sine hærede decesserunt. Strabo lib. 17. *Geograph. à Nivæon vocat, Harmenopolus à Ναρμηνία, lib. 3. tit. 1. §. 18.* Hæc ex lege Julia caducaria ad fiscum pertinent, l. *quidam. 96. §. 1. l. filiusfam. 114. §. 2. de legat. 1. l. 1. de jur. fsc. l. 1. C. de quadr. præscr. l. 1. C. de bon. vac. &c.*

Jus occupandi bona vacantia inter regalia numeratur lib. 2. *Feud. tit. qua sint regal.* Erant autem certi delatores, qui hujusmodi bona aliamve rem ad fiscum pertinentem præmii alicujus gratia nuntiabant, *tit. de jur. fsc. 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 penè à Justiniano sublata sunt, l. *un. C. de cad. toll.*

*Fisco nondum nuntiatis]* Nempe à delatoribus, qui nuntiabant, aliquid cecidisse in fiscum, *passim tit. de jur. fsc. de quo ex professo Gudelin. lib. 5. de jur. noviss. c. 10.*

*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 hic tollere præscriptionem quadriennii, quæ bonorum vacantium possessori dabatur adversus fiscum post quadriennium agentem, l. 1. C. de quadrienn. præscr. l. 1. §. 2. de jur. fsc. l. 10. de div. rem. præscr. Nam olim quidem hic sua utilitas & præscriptioni quadriennii & usucapioni anni aut biennii adversus fiscum fuit: præscriptioni in eo, quod fisco ea obibat 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 vetf. & 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. *quamvis. 18. hoc tit.* pro eo, quod Modestinus scripserat, *usucapies, reposuit, diutina possessione capies:* uti primæ notæ scriptores omnes profiteatur. Hæc vulgo intacta.

TEXTUS.

Regula generalis.

5. *Novissime sciendum est, rem talem esse debere, ut ita se non habeat vitium, ut à bona fidei emptore usucapi possit, vel qui ex alia justa causa possidet.*

COMMENTARIUS.

**C**onclusio superiorum. In summa autem hoc dicit, non sufficere possessori ad usucapionem, quod bona nunc possideat, quod rem ex justa causa seu titulo ad transferendum dominium idoneo acceperit, nisi res sit integra, & in se nullum vitium habeat, id est talis sit, quæ neque natura, neque lege usucapioni exempta est, *fac. l. ubi. 24. hoc tit. l. 5. C. pro empt. de possessione,* quæ fundamentum est & usucapionis causa proxima, de qua ejus continuatione, dicam ad §. *diutina. inf.*

## TEXTUS.

## De errore falsæ causæ.

6. Error autem falsa causa usucapionem non parit; veluti si quis, quum non emeris, emisse se existimans, possideat, vel quum ei donatum non fueris, quasi ex donato possideat.

## COMMENTARIUS.

JAm ante dictum est, nulla iusta causa possessionis præcedente usucapionem aut longi temporis præscriptionem non procedere, l. nullo. 24. C. de rei vind. l. 4. C. de præsc. long. temp. l. 6. C. de acq. poss. Hæ causæ in usu juris etiam tituli appellantur, l. ult. C. de usuo. pro her. d. l. nullo. C. de rei vind. d. l. 4. C. de præsc. long. temp. Justæ autem causæ possessionis sunt eadem, quæ & dominii acquirendi. l. 3. §. 21. de acq. poss. ubi pleræque hujus generis commemorantur. Error autem falsæ causæ, id est, opinio iusti 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 emptore, pro donato aut legato usucapere potest; sed is solus, qui verè emit, cui res verè donata aut legata est, l. Celsus. 27. hoc tit. l. 1. pro donat. l. 2. & 3. pro legat. l. 6. pro derel. l. 1. §. ult. pro dot. quippe falsa nostra existimatio rei veritate non mutat, l. 6. ad munic. Quidam tamen veterum censebant, in falsa opinione tituli admittendam esse usucapionem pro suo; sed errare eos Celsus ostendit d. l. 27. Utitur autem hac ratione, quod ubi nihil emptum, nihil donatum aut legatum est, usucapio pro emptore, pro donato aut legato non valet. Quæ ratio prima fronte inepta videri potest: nam illi, quos errare ait, non hoc dicunt, bonæ fidei possessorem, qui modo emptum, donatum aut legatum sibi existimet, etiam si nihil horum sit, pro emptore, pro donato aut legato usucapere posse, sed pro suo: quod ratio Celsi non videtur removere: quoniam & titulus pro suo iustus titulus est. Explicanda igitur est Celsi ratio, ut appareat, ex ea etiam effici, ut in proposito nec locus sit usucapioni pro suo. Titulus pro suo duplex est, unus specialis, qui ex sola conditione rei possessæ nascitur, & locum habet in his, quæ sola occupatione nostra fiunt, ex quo titulo certa usucapio. l. 2. pro suo. alter generalis, cohærens cum aliis omnibus causis: ut ecce, qui bona fide pro emptore, pro donato, pro legato possidet, is simul ex his causis etiam possidet pro suo: sed hic titulus generalis pro suo, pro iusto titulo possessionis non habetur, nisi concurrat alius specialis, cui ille adhæreat, l. 1. pro suo. Jam putato intelligitur, quam vim ratio Celsi habeat, nimirum remoto alio titulo speciali, quem in proposito nullum esse in confesso est, admitti non posse generalem illum pro suo. Cæterum hoc totum sic acceptum est, ut iustus & probabilis error possessoris usucapioni non obstat, veluti, si servus aut procurator rem aliquam se emisse falso domino persuaserint, quam emendam illis manderat; in hoc errore possessor pro emptore usucapiet; quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est, l. quod vulgo. 11. pro emp. l. ult. §. 1. pro suo. Potest & in nostro ipsorum facto talis error intervenire, ut usucapio non impediatur, l. 2. §. si à pupillo. & §. seq. pro emp.

## TEXTUS.

## De accessione possessionis.

7. Diutina possessio, qua prodesse coeperat defuncto, & heredi & bonorum possessori continuatur, licet ipse sciat, prædium alienum esse. Quod si ille initium iustum non habuit, heredi & bonorum possessori, licet ignoranti, possessio non prodest. Quod nostra constitutio similiter & in usucapionibus observari constituit, ut tempora continentur.

## NOTE.

7. Diutina possessio] Sine possessione usucapio non procedit, l. 25. h. t. Non autem præcisè exigitur possessionis continuatio in una eademque persona: sed receptum, ut etiam alienæ possessionis accessione uti liceat. l. 14. h. t. l. 2. §. 19. & seq. pro emp. l. 13. §. 1. & deinceps. de acq. poss. l. 24. de div. & temp. præsc.

Heredi continuatur] l. 43. h. t. d. l. 2. §. 19. eadem ratione, qua perseverat usucapere, qui postea cognovit rem alienam esse, l. 48. §. 1. de A. R. D. nam hæres defuncti vice fungitur, l. 22. hoc tit.

Heredi non procedit] Quia etiam à parente in ædificiis, hæres non tantum in virtutes, sed etiam in vitia defuncti succedit, l. 11. de div. & temp. præsc. l. 11. C. de acq. poss.

Et in usucapionibus] Sensus est, se constitutione sua cavisse, ut eadem temporis inter hæredem & defunctum continuatio observaretur & in usucapione à se reformata, & rerum quoque mobilium. Cujaciana transpositio non placet.

## COMMENTARIUS.

1. Quid in hoc argumento sit possidere.
2. Possessionem legitimis temporis ad usucapionem definiti, continuam requiri.
3. Interrumpi possessionem duobus modis, & quis utriusque effectus.
4. Ad implendam usucapionem etiam aliena possessionis accessione uti licere.
5. Iustam possessionem defuncti prodesse heredi, etiam scienti rem alienam esse: injustam defuncti non prodesse licet ignoranti. Et quam rationem utrumque habeat.
6. Cujac. Wesemb. Hotomannus confutantur: & quis sit sensus verborum in calce hujus §. ostenditur.

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 remouentur primum, qui alieno nomine in possessione sunt; ut fructuarius, creditor, colonus, is cui res commodata, aut apud quem deposita est, l. non solum. 33. §. qui pignori. hoc tit. l. pen. §. 2. qui satisd. cog. §. 4. inf. per quas pers. §. possidere. 5. inf. de interd. deinde etiam sequester, apud quem possessio deposita est: item is, cui possessio tradita est, ut eam postea restituat: et si enim hi verè possident, l. licet. 17. §. 1. de pos. l. si quis. 17. in fin. de acq. poss. tamen quoad



quoad effectum usucapionis pro possessoribus haberi non possunt, quia rem non ut suam, non animo domini tenent. Possidere autem oportet totum illud tempus, quod lege definitum est, rem mobilem triennium, immobilem decem aut viginti annos, & possidere continenter sine possessionis interruptione. Hinc rectè usucapio à Modestino definitur adjectio domini per continuationem possessionis temporis lege definiti, l. 3. hoc tit. In computatione temporis hoc observatur, ut non à momento ad momentum computetur, sed dies postremus 3 cœptus pro impleto habeatur, l. 6. eod. Interrumpitur possessio duobus modis: uno naturaliter, veluti cum quis vi de possessione deicitur, aut res nobis eripitur, l. 5. eod. l. 15. de acq. poss. altero civiliter per litis contestationem: hoc modo civiliter interrumpi possessionem dicimus, quia post litis contestationem verè & naturaliter possidere non desinimus; & implemus usucapionem, l. 2. pro donat. l. 2. §. ult. pro empt. sed impleta inter moras iudicii usucapio effectu juris victo possessori non prodest, sed rem restituere cogitur, perinde quasi non usucapisset, l. si post. 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 prodesse, 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. §. qui bona. 4. pro empt. neque ex hoc iure quicquam mutatum: Litis autem contestatione usucapio non interpellabatur, sed, ut dixi, condemnato possessore erat inefficax: lite omissa erat efficax. At longi temporis præscriptio, quod facti esset, etiam plenè interrumpebatur lite, ut nec lite omissa ullius momenti esset, etiamsi post omisam litem ex integro is, cum quo actum erat, longo tempore possidisset, l. 2. l. 3. l. nec bona. 10. C. de long. temp. præscr. l. nemo. C. de acq. pos. Sed hæc differentia sublata est per l. pen. C. ult. C. de annal. exc. l. un. C. de usuc. transfor. An ergo & mala fides simpliciter incidens, quæ usucapionem neutiquam interpellabat, l. bona. 48. §. 1. de acq. rer. dom. interpellavit præscriptionem longi temporis? Id quidem affirmat Cujacius in d. l. 2. §. ult. pro empt. 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 scientia, d. l. un. C. de usuc. transform. plenissimè tamen interrumpitur litis contestatione, atque adeo libelli oblatione, ut expressè constitutum est l. pen. C. ult. C. de annali except. Atque hæc tenus igitur minus est in nova usucapione, quam in veteri fuit, quod nova istis 4 modis plenè interpellatur. Continuationem possessionis dum exigimus, non hoc præcisè exigimus, ut una eademque persona per totum legitimum tempus continenter possideat, sed receptum est, ut ad usucapionem & longi temporis præscriptionem implendam alienæ possessionis accessione uti liceat. Atque hoc tributum est, licet dissimiliter de quo statim, tam successorii rerum singularium, puta emptori, donatario, quam successorii universi juris, ut hæredi aut bonorum possessori, hoc tenet. C. §. seq. l. 14. eod. l. 2. §. si defunctus. 19.

Et seq. pro empt. l. Pomponius. 13. §. 1. Et seq. de acquir. poss. l. de accessionibus. 14. de div. temp. præscr. Licet ipse sciat prædium alienum esse. Quod si ille initium justum non habuit] Hæc non ad quemvis successorem, sed ad successorem universi juris, hæredem aut bonorum possessorem, tantum pertinent. Duo autem hic traduntur: unum est, Justam possessionem defuncti prodesse hæredi & procedere, etiamsi hæres sciat rem alienam esse, quod & traditur l. hæres. 43. hoc tit. l. 2. §. si defunctus. 19. pro empt. alterum, Injustam possessionem defuncti hæredi non procedere, licet ignoret rem alienam esse, fac. l. cum hæres. 11. de div. temp. præscr. l. vitia. C. de acq. poss. Utrumque eandem rationem habet, quia scilicet hæres personam & conditionem defuncti suscipit, ita ut una persona cum defuncto censetur. Hoc enim positò, qualitas possessionis ex persona defuncti tantum æstimanda, ut illa vel proficere hæredi, vel noceat: proficit, si defunctus bonum initium habuerit, etsi hæres non habeat; noceat, si defunctus bonum initium non habuerit, etiamsi hæres habeat: & porinde per omnia habeatur, ac si defunctus adhuc ipse possideret. Succedit itaque hæres non tantum in virtutes defuncti, sed etiam in vitia, nec ignoratōe sua ea excludit, ut ait Papinianus d. l. 11. de div. temp. præscr. C. l. imp. d. l. 11. C. de acq. poss. Vitia possessionum, inquirunt, a majoribus contracta, perdurant, & successorem auctoris sui culpa committitur. Ex quo hoc amplius etiam intelligimus, errare eos, qui hæredem volente uti accessione possessionis defuncti à semet ipso 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. præ hæred. neque enim negamus, posse aliquando hæredem usucapere quod defunctus non potuit: sed dicimus, non posse, quod defunctus vitiosè possedit. Ut ecce, potest hæres ex sententia plerorumque veterum usucapere rem, quam putat hæreditariam esse, 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 hæredi, quominus ipse eam rem pro hærede usucapere possit: quanquam sunt, inter quos etiam Bachovius, qui nec hoc ipso casu usucapionem pro hærede admittunt: per l. 2. C. ult. C. præ hæred. l. 4. C. de præscr. long. temp. Sed hos si sequimur, delendi erunt tit. de usuc. præ hærede, possuntque dd. ll. 2. C. ult. commodè accipi de iis, qui falso existimant se hæredes esse: & d. l. ult. cum d. l. 4. etiam de vero hærede, sed qui rem ex titulo ad usucapionem inhabilitatenens, possessionis causam sibi mutare conatur, eamque rem obtentu, quasi hæreditaria esset, pro hærede usucapere; cujusmodi species proponitur d. l. 2. §. 1. pro hærede. Quod nostra consuetudo similiter & in usucapionibus] Hunc versum transposuit Wesembecius secutus auctoritatem Cujacii: qui putavit, eum non suo loco positum esse, & reponendum post § sequentem: propterea quod Justinianus constitutione sua l. un. C. de usuc. transfor. nihil novi caverit de continuatione possessionis defuncti & hæredis: sed, quod ex rescripto Severi & Antonini tantum obtinebat in præscriptione longi temporis, ut inter emptorem & venditorem tempora conjugerentur, tra-

traxisse ad usucapionem, in qua olim successor singularis propter brevitatem temporis accessione possessionis auctoris sui non utebatur, per *l. si ades. 32. §. 1. de serv. prad. urb.* In quo vix est ut Cujacio assentiri possim. Nam in *l. id tempus. 14. hoc tit.* expressè etiam emptori & legatario prodesse dicitur tempus, quo venditor & testator possederunt; prodesse scilicet etiam ad usucapionem, de qua ex professo isto titulo agitur. Similiter Ulpian. in *l. Pomponius. 13. §. 1. & seqq. de acq. poss.* latissimè disputans de accessione temporis, qua posterior possessor utitur ex persona auctoris sui, in tota illa disputatione nullius differentie meminit, quæ hac in parte fit inter usucapionem & longi temporis præscriptionem. Quin etiam disertissimis verbis scriptum à Paulo est, emptori tempus venditoris ad usucapionem procedere, *l. 2. §. pen. pro empt.* Hoc amplius Scævola etiam, emptorem servi uti accessione venditoris, *l. in accessionibus. 14. §. 2. de div. temp. præscr.* Atqui constat res mobiles anno ubique usucaptas fuisse. Nec absurdum est, in ea temporis brevitatem pari spacio duorum conjuncta possessione rem acquiri, quo unius, imo in duorum 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 interpellat. Hæc autem omnia Triboniano adscribere magnæ temeritatis est: neque in *d. l. si ades. 32. §. 1. de serv. prad. urb.* agitur de emptore, 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 eandem rem possidere coepit. Quomodo igitur defendimus, quod Justinianus ait de conjunctione temporum à se introducta in usucapionibus, similiter ut in diutina possessione? Hotomannus existimat, totam hanc disputationem ante Justinianum nihil ad usucapionem pertinuisse, sed ad longi temporis præscriptionem duntaxat: ac ne hæredi quidem tempora in usucapionibus continuata: sed id 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 hærede hoc amplius jam ante obtinuit, ut nec scientia continuatio temporum in usucapione impediretur, *l. hæres. 43. hoc tit. l. 2. §. defunctus. 19. pro empt.* idque locum haud dubie etiam habuit in usucapione rerum mobilium: neque simplex scientia hæredis 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 & hæredem; 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 spacium. Non meminit quidem nominatim defuncti & hæredis, sed tamen generaliter antecessoris & successoris cujusvis; quod satis est ad retinendum hunc versum in suo loco: ita propemodum & *Car. Hannib. Fabros. in nos. ad Theop.* Hinc simul apparet, ab-

uti hoc textu DD. qui eum adducunt ad probandum, usucapionem tantum esse rerum mobilium.

## TEXTUS.

8. Inter venditorem quoque & emptorem conjungi tempora, divi Severus & Antoninus rescriserunt.

## NOTÆ.

8. Venditorem & emptorem] Cæterosque singularis rei successores; *l. 15. §. 10. & seqq. de acq. poss. l. 5. l. 14. de div. præscr.*

Conjungi tempora] Modo uterque bona fide accepit. Vide *fuf. in Comment.*

## COMMENTARIUS.

1. Quando successor singularis accessione possessionis auctoris sui uti possit.

2. Vitium auctoris successoris neque nocere, neque prodesse.

**D**E conjunctione temporum inter priorem possessorem & universi juris successorem dictum §. præc. hic de eadem conjunctione agitur inter venditorem & emptorem, quod tamen jus ad cæteros quoque pertinet, qui alio titulo singulari, etiam lucrativo rem acceperunt, puta ex causa donationis aut legati, *l. id tempus. 14. pr. & §. 1. hoc tit. l. Pomponius. 13. §. sed & 10. & seqq. de acq. poss. l. 5. l. in accessionibus. 24. §. 1. de div. temp. præscr.* Scriptum hic simpliciter est, inter venditorem quoque & emptorem tempora conjungi. An igitur eodem modo, quo inter defunctum & hæredem? Nequaquam: sed ita, si uterque bona fide rem accepit. Proinde si emptor justum possidendi initium non habuerit, etiam si venditor habuerit, non utetur emptor accessione venditoris, contra quam existimat Hotomannus: nam traditum est, vitiose possessioni nullam, ne justam quidem, posse accedere, *d. l. Pomponius. in fin.* quanquam diversum est in successore universi juris, de quo abundè §. præc. Ex contrario quoque vitiosa venditoris possessio non prodest juste possessioni emptoris: sed qui vult uti adminiculo ex persona auctoris, eo uti debet cum sua causa suisque vitiiis, *d. l. Pomponius. §. 1.* id est, eadem conditione eodemque jure, quo auctor uteretur. Denique hoc etiam traditum est, nec vitiosam possessionem accedere posse ei, quæ vitiosa non est, *d. l. Pomponius. in fin.* Planè non nocebit successor, quod auctor ejus bono initio nixus, rescivit, rem alienam esse, antequam eam alienaret: quia, si non alienasset, ipse eam usucapere potuisset. Quid si successor accessione auctoris uti nolit, sed suæ tantum possessionis tempora computare, an hic etiam vitium auctoris ultro nocebit successor? Placuit, quemadmodum vitium auctoris successor non prodest, si accessione uti velit; ita neque nocere, si accessione uti nolet: denique successorem per se usucapere posse, quod auctor usucapere non potuit, *d. l. 5. de div. temp. præscr. l. 4. §. de auctoris. 27. de dol. exc. l. 4. C. de rei vind.* quod tamen ex parte emendatum & temperatum est distinctione, quæ extat in *authent. mala fidei. C. de præscr. long. temp.* In hoc autem dissimilis item causa hæredis est, cui vitiosa defuncti possessio nocet, etiam si adminiculo ex persona defuncti

functi uti nolit: quippe qui tam in vitia, quam in virtutes defuncti succedit, & eadem cum defuncto persona esse existimatur, l. cum hares. 11. de div. temp. præscr. vid. §. præd. 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. §. novissimè. sup. l. ubi. 24. eod. l. 7. C. pro empt. Illud addo, si medio tempore alius possederit, interruptam esse possessionis continuationem; atque in ea re similes esse emptores universi juris successoribus, d. l. Pomponius. 13. §. questum. 4. de acquir. possess. l. possess. 20. hoc iis.

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 diva memoria Zenonis bene prospexit iis, qui à fisco per venditionem, aut donationem, vel alium titulum accipiunt aliquid: ut ipsi quidem securi stant, & victores existant, sive experiantur, sive conveniantur: adversus autem sacratissimum ærarium usque ad quadriennium liceat iis intendere, qui pro dominio vel hypotheca earum rerum, que alienata sunt, putaverint, sibi quasdam competere actiones. Nostra autem divina constitutio, quam nuper promulgavimus, etiam de iis, qui à nostra, vel venerabilis Augustæ domo aliquid acceperint, hac statuit, que in fiscalibus alienationibus præfata Zenoniana constitutionis continentur.

NOTÆ.

9. Constitutio Zenonis ] l. 2. C. de quadr. præscr. Fisco hoc tributum, quo paratioris reperiat in subhastationibus emptores. Wes.

COMMENTARIUS.

1. *Ærarium etiam post occupatam rempubl. diu dictum pecuniam publicam, sive imperii; fiscum, pecuniam principis privatam, postea utrumque verbum promiscuè usurpatum.*
2. *Præscriptionem quadriennii fiscalem & veteri juri incognitam, & Canonibus improbatam: neque usum apud plerosque receptam esse.*

SI post venditionem quinquennium ] Mentio sit 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 aliqui melior conditio fuisset ejus, qui à privato emisisset, quam qui à fisco: Equidem is, qui à privato bona fide rem emerat, ad summum biennio eam usucapiebat.

*Constitutio Zenonis ]* Ea est l. 2. C. de quadrienn. 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 emptorem fisco reperiat; tum etiam ne rescindatur venditio facta publica auctoritate: aliqui sanè 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 dicitur fisco appellatur ærarium Principis, uti & in l. 2. & 3. C. de quadr. præscr. neque causam habet Hotomanus, cur eo nomine Tribonianum reprehendat: & falsum est, quod scribit, ærarium esse rerum Principis privatarum, quibus scilicet ipsius patrimonium constat: fiscum vero ceterarum omnium, quæ sacræ largitiones & sacri thesauri passim appellantur: eamque differentiam in ad. ll. accuratè observatam. Scimus locum, ubi pecunia publica reponebatur, Romanis ærarium appellatum, eumque locum fuisse in æde Saturni, quo etiam Senatusconsulta deferebantur: testes passim Livius alique scriptores. Ipsam quoque pecuniam publicam ærarium dictam & ut novissimè. Cic. 3. Tusc. Es quidem C. Gracchus; cum largitiones maximas fecisset, & effudisset ærarium, verbis tamen defendebat ærarium. Idem Attic. Ariobarzanes nullum ærarium, nullum vestigium habebat. Illud quoque constat, post occupatam rempubl. ærarium adhuc diu dictum fuisse pecuniam publicam sive imperii, & à fisco separatam: fiscum enim dixerunt pecuniam Imperatoris, propriam ac privatam: cujusmodi erant bona damnatorum, caduca, vacantia aliaque ad hæc, quæ Principi deferebantur. Plinius in Panegyri. Trajano dicit. At fortasse non eadem severitate fiscum, qua ærarium, cohibes? Imo tanto majore, quanto plus tibi licore de tuo, quam de publico credis: & paulo post; Qua præcipua tua gloria est, sapius vincitur fisco: cujus mala causa est nunquam, nisi sub bono Principe. Ulpianus in l. 2. §. 4. ne quid in loc. publ. Res, inquit, fiscales quasi propria & privata Principis sunt. Hinc ratio fisci idem quod ratio Principis & ratio privata, l. pen. C. de edend. l. 2. C. de priv. fisc. Præcedente tempore distinctio illa ærarii & fisci evanuit, ac utraque voce promiscuè usi sunt, unaque tantum sub Græcis principibus distinctio usurpata, fisci & honorum principis patrimonialium: quod hic locus apertè ostendit, & unde desumptus est, l. ult. C. de quadr. præscr. Id autem inter res fiscales & patrimoniales intererat, quod etsi utraq; principis erant, illæ essent Principis, qua talis, & ideo publicæ; hæc 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. cum servus. 39. §. ult. de legat. 1. Planè vocabulo ærarii aliquando latius usi sunt, ut eo etiam significarent res principis privatas; veluti cum in l. un. C. de quest. & magistr. offic. lib. 12. comitiva utriusque 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 clariff. l. 2. C. ut dign. ord. serv. lib. 11.

*Nostra autem divina constitutio*] Intelligit l. ult. C. de quadr. prescr. qua constitutione quod Zeno de fisco statuerat, producit ad substantiam principis privatam, ut scilicet etiam rerum patrimonialium emptor statim securus sit, & dominus quadriennii prescriptione excludatur: assertque hanc constitutionis suæ rationem, quod cum omnia principis esse intelligantur, siue res sint fiscales, siue 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. Eadem constitutione etiam serenissimæ Augustæ idem privilegium conceditur. Hoc jus atque hæc prescriptio fiscalis veteribus incognita fuit, ut liquet ex l. nec ullam. 13. §. item si quis. 9. de her. per. Jus Canonum eam improbat, cap. placuit. 16. q. 3. nec apud nos recepta, Zypa. notis. jur. Belg. tit. de prescript. Christian. vol. 4. decis. 82. n. ult. ubi etiam alios allegat, qui tradunt, hunc §. & tit. C. de quadrienn. prescript. in usu non esse. Aliud tamen visum Gruenew. hic. tract. de legib. abrog. arg. decis. 15. Cur. Holland.

## TITULUS VII. DE DONATIONIBUS.

Dig. Lib. 39. Tit. 5. 6. C. Lib. 8. Tit. 54. Nov. 162.

1. Absolutam inter vivos donationem ad acquisitiones juris gentium pertinere.
2. Siue donatio modus acquirendi, an titulus, siue causa.
3. Series hujus tituli.

**V** SUCAPIONEM, de qua proxime egimus, esse modum acquirendi jure civili extra controversiam est: utrum autem donatio quoque eo 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 natura propensi sumus, testibus Cic. in Lal. & Sen. in libb. de benef. Antiquitas nihil aliud existimavit esse Deum, quam prodesse mortalibus. De quo Desiderius noster in Chiliad. 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 §. per traditionem. 40. sup. de rer. div. ubi nominatim etiam donationem refert inter causas acquisitionis juris gentium. An vel apud Sinas aut Japones credimus nullum esse exercitium liberalitatis, nullum donationis usum? At inquis, lex Cincia supra modum donare prohibuit: & nunc donatio excedens summam 500. solidorum infinuanda est. Quid tum postea? Lex Fusia Caninia vetuit ultra prescriptum numerum manumittere, an ideo manumissio ex jure civili est? Quarundam rerum vetita est distractio, an idcirco emptio venditio contractus juris gentium non est, sed juris civilis? Plane cum necessitas infinuandi donationem, quæ excedit supra dictam summam, à jure civili sit, concedo tantæ quantitatis donationem, utpote quæ jam sola voluntate & traditione donantis non perficitur, posse referri inter modos acquirendi jure civili, arg. l. 6. de just. & jur. ut tamen non meri juris civilis habeatur, sed mixti & maximam adhuc partem naturalis: alie autem omnes, quæ quantitatem legitimam non excedunt, juris mere naturalis siue gentium manent. Quomodo ergo defendimus methodum Justiniani? Ni-

mirum si dicamus, Justiniano principaliter propositum esse tractare de donationibus impropriis, mortis causa & propter nuptias, quæ ad jus civile non inepte referuntur, ut 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 Pand. & C. Occurrit hic & aliud dubium, sit ne scil. donatio modus acquirendi domini, an solummodo titulus siue causa, ut emptio, dos, permutatio. Nam ratio ordinis exigit, ut dicamus esse acquirendi modum: contra vero causam tantum acquirendi esse, probat d. §. per traditionem. de rer. div. Verum hoc non adeo difficile expeditum est. Etenim donationis verbum duobus modis accipitur. Uno modo proprie pro ipsa donatione, quando scil. 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 donatio, l. senatus. 35. §. 1. de mort. caus. don. unde & Papinianus l. 23. de donat. int. vir. & ux. donationem distinguit à stipulatione donationis causa facta. Altero modo metonymice pro conventionione de dando, cum quis donationis causa, aliquid promittit, l. 2. l. 12. l. cum qui. 22. eod. Priore sensu accepta donatio modus est acquirendi domini; posteriore non dominium, sed obligationem parit, rationemque contractus & tituli habet. d. l. 22. Plerique magno molimine magnas hic nugæ agunt. 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 simpliciter inter vivos; tum de donatione propter nuptias. Ad extremum subjicitur modus antiquus acquisitionis civilis ex causa lucrativa per jus accipiendi.

### TEXTUS.

#### De Donatione.

*Est & aliud genus acquisitionis, donatio. Donationum autem duo sunt genera; mortis causa, & non mortis causa.*

NOTA.

NOTA.

**Donationibus]** Donatio est, cum quid nullo jure cogente conceditur, l. 29. h. tit.

**Acquisitione]** Civilis scilicet ut ordi arguit. At eo tantum referendæ donationes improprie, mortis causa & propter nuptias, de quibus hic principaliter tractatur, non illa absoluta inter vivos. Nam res suas quibusque donare apud omnes gentes jus potestatisque est, §. 40. sup. de rer. div. Demosth. adv. Leptio.

**Donatio]** Donatio proprie est doni datio, l. 1. D. h. §. 1. D. de mort. caus. don. Estque modus acquirendi, quoniam & causam tradendi includit & ipsam traditionem. Cum autem accipitur pro conventionem dæ dando, tituli seu causæ tantum rationem habet, §. 40. sup. de rer. div.

**Duo genera]** Utriusque autem generis plures sunt species, l. 8. D. h. t. l. 2. D. de mort. caus. don.

COMMENTARIUS.

**R**ectior fortassis erit divisio, si dicamus, donationem aliam esse propriam, aliam impropriam, l. 1. hoc tit. est enim donatio ex eorum generum numero, quæ & dicuntur, nec pariter subjectis speciebus omnibus conveniunt. Donatio propria, quæ & verã atque absoluta, l. senatus. 35. §. 2. de mort. ca. don. est, cum quis solius liberalitatis gratia fiscaliquid dat, ut statim velit accipientis fieri, neque ullo calu ad se reverti, d. l. 1. & d. l. senatus. §. 2. Improprie donationis variz sunt species. Talis est donatio propter nuptias, de qua §. 3. inf. eod. Tales sunt donationes omnes, quæ sub modo, causa, conditione fiunt, tit. C. de don. qua sub. mod. & in speciem incidunt contractuum innominatorum, do ut des, do ut facias: item remuneratio. In quibus omnibus pro modo & quantitate retributionis proprius aut longius à vera donatione receditur. Sic item quod honorarii nomine datur pro officio & opera præstita, & in factis, quæ locari solent, merces diceretur, in speciem merx donationis non cadit. Quia donari non videtur, nisi quod nullo jure cogente conceditur, l. donari. 29. hoc tit. τὴν χάριν ἀνθρώπων, διδίδωμι. Harmenop. lib. 3. tit. 1. & hoc est, quod DD. tradunt, donationem remuneratoriam propriè donationem non esse, per l. hoc jure. 19. §. 1. l. Aquilius. 27. eod. Talis denique est donatio mortis causa, propterea quod ex casu resolvitur, atque adeo ex pœnitudine revocari potest.

TEXTUS.

De mortis causa donatione.

1. *Mortis causa donatio est, qua propter mortis sit suspicionem: quum quis ita donat, ut si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accipit: sin autem supervivisset is qui donavit, reciperet: vel si eum donationis pœnitivisset, aut prior deceferit is, cui donatum sit. Ha mortis causa donationes ad exemplum legatorum redactæ sunt per omnia. Nam cum prudentibus ambiguum fuerat, utrum donationis, an legati instar eam obtinere oporteret, & utriusque cause quadam habebat in-*

*signia, & alis ad aliud genus eam retraherant à nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumerentur, & sic procedat, quemadmodum nostra constitutio eam formavit. Et in summa mortis causa donatio est, quum magis se quis velit habere, quam eum, cui donat, magisque eum, cui donat, quam heredem suum. Sic & apud Homerum Telemachus donat Piræo:*

Πειραι, ἢ δὴ τὸ ἄλλο ὄνομα ἔσται τῆς πόλεως  
 Ἐὶ κεν εἴη μήτις τις ἀγνοῖα καὶ μετὰ γῆρας  
 Ἀπὸν κείνου, πᾶσι δὲ πάντα δούστω, ἄνευ  
 Αὐτοῦ ἔστω, ἢ βέλτερον ἔπιπυρῆσθαι, ἢ πᾶσι τῶνδε  
 Εὶ δ' ἂν ἔγωγε τῶνδε φόνον κενὸν φημι δέσσω,  
 Δὲ τίτι μοι χαλκῶν φέρει, ὅθι δούστω χαλκῶν.

Hos versus sic vertere licebit.

*Cum Piræe hominis lateant secreta futuri,  
 Si me forte proci sceleratis ad Styga mittant  
 Insidias, patriasque volunt exciscere pradas:  
 Hac ego pra reliquis multo tibi codere malim.  
 Sin ego eas justis prosternam, cladibus ultor,  
 Hac mihi tu gaudens media inter gaudia reddas.*

NOTA.

1. **Mortis suspicionem]** Vel sola etiam cogitatione mortalitatis ex sorte humana, l. 2. & aliquot seqq. l. 35. §. 4. D. de mort. ca. don.

**Cum quis ita donat]** Hoc expressio scilicet, etiam si in extremis vitæ quis constitutus sit, alioqui non tam mortis causa, quam moriens dedisse videtur, l. 42. in fin. eod.

**Si quid humanitus]** Quo verbo mors significatur, l. 26. pr. de pos.

**Eam formavit]** Ut quinque adhibeantur testes: qui numerus legitimus in omni ultima voluntate, excepto testamento, l. ult. §. ult. C. de codicill.

**Quam heredem suum]** l. 1. d. l. 35. §. 1. D. h. t. Apud Homerum] Odyss. 17. Hic locus arguit etiam mortis causa donationem ratione facti juris gentium esse.

COMMENTARIUS.

1. *Ex verbis donatoris affirmandum, an donatio facta sit ob suspicionem mortis: & citra talem suspicionem mortis quoque causa recte donari*
2. *Quibus in rebus similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis cernatur.*
3. *Quibus in rebus dissimilitudo & discrepantia.*

**Qua propter mortis sit suspicionem]** Cum quid metu mortis vel ex præsentis vel ex futuro periculo donatur; puta si donator gravi morbo laboret, si periculosam peregrinationem vel navigationem suscepturus sit, si iturus in militiam, si grassetur pestilentia, &c. l. 2. & aliquot seqq. l. senatus. 35. §. mortis. 4. hoc tit. de mort. ca. don. Cæterum an propter mortis suspicionem donatio facta sit, ex verbis donatoris æstimandum est. Nec enim sufficit ad hanc donationem, à moriente aut in periculo mortis posito quid donatum esse, nisi verbis declaraverit, se ob metum propinquæ mortis donasse: alioqui non tam mortis causa, quam moriens donasse censetur, l. si mortis. 29. l. Seja. 42. in fin. eod. D. Tuld. comm. hic. cap. 4. hodie tamen in dubio mortis causa factam

præsumi, & in Gallia sic iudicatum referunt *Autum. conf. jur. ad d. l. 42. & Bugn. lib. 5. de ll. abrog. cant. 16. fac. l. fulcrimus. 43. eod.* Quin etiam extra suspitionem ullius periculi & a 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 Hotomanus, abstinuisset, credo, à reprehensione Jurisconsultorum, Juliani, Ulpiani, Pauli; neque tam temere pronunciaisset, 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 Falcidiz in ea donatione locus non erit, uti memini me exacto consultum respondiisse, *add. Fachin. 5. contr. 22.* Non solum autem suæ mortis causa donare quis potest, sed etiam alterius, puta filii, fratris, sororis, *l. 11. l. mortis. 18. hoc tit. de mort. ca. don. l. 3. C. eod.*

*Quum quis ita donat*] Dupliciter autem quis sic donat, vel ut statim rem faciat accipientis, vel ut tunc demum, cum mors fuerit inseguta, *d. l. 2. eod.* Posteriori casu ad revocandam donationem competit donatori directa in rem actio, sive poenitentia ductus donationem infringere velit, sive periculum, quod metuebat, evaserit, *l. si mortis. 29. eod.* Priore conditionem habet, *l. fenatus. 35. §. 3. eod.* habet & utilem in rem adversus quosvis possessores, *l. qui mortis. 30. eod.* sublatoque periculo aut præmortuo eo, cui donatum est, fortassis etiam in rem directam, quasi donatione ipso jure resoluta, *d. l. 29. add. Gomez. 2. resol. 4.*

*Si quid humanitus*] Αἰσθητικῶς. Si quid humanum, *l. 26. pr. depof. Veteres* omnis causa sic loquebantur, *Si quid mihi acciderit, τὰν ἢ οὐκ ἔσθι, τὰν ἢ πῶρον, pro, si moriar. l. 162. §. 1. de verb. sign.* Abstinebant à mortis vocabulo, tanquam ominoso.

*Sin autem supervixisset, &c.*] Tribus casibus mortis causa donatio fit irrita; si donator salvus evaserit, quod hic dicitur *supervixerit*, si donationis eum poenituerit; si donatario supervixerit, *l. mortis. 16. d. l. 29. & seq. eod. l. non omnis. 19. de reb. cred.* Si salvus evaserit, sic accipit, licet donatarius adhuc vivat: si supervixerit donatario, sic, etsi periculum adhuc duret, cujus contemplatione donatio facta. Plane si quis sanus & valens extra suspitionem 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. num. 29. D. Tuld. comm. hic. c. 5.*

*Ad exemplum legatorum redacta sunt per omnia*] Fere scilicet; quam particulam mox etiam ipse exprimit, cum constitutionis meminit, qua hæc exæquatio facta est. Intelligit autem *l. ult. C. hoc tit. de mort. ca. don.* qua quidem hanc donationem ad similitudinem legatorum revocat: cæterum non simpliciter & per omnia, sed *quædam* & maxime ratione effectorum. In aliis vero magna adhuc dissimilitudo est: de quo habebimus, quod certo statuamus, si res hæc inductione utriusque generis exemplorum declaratur. Similitudo hujus donationis & convenientia cum legatis in his cernitur. 1. Quod,

quemadmodum in omni voluntate, quæ testamentaria non sit, quibusque testēs desiderantur, *l. ult. §. ult. C. de codicill.* ita & in mortis causa donatione, idque ad solennitatem actus, *l. ult. C. hoc tit. 2.* Quod, sicut legata à vivo testatore revocari possunt, nec quicquam suprema voluntate relictum valet, nisi post mortem relinquens, ita & hanc donationem pro arbitrio revocare liceat, nec prius rata aut perfecta habeatur, quam mors donatoris inseguta sit, *l. si mortis. 29. & l. seq. l. non videtur. 32. hoc tit. 3.* Quod, sicut dominium rei legatæ statim à morte testatoris transit in legatarium, ita rei mortis causa donatæ, nec ante traditæ statim à morte donatoris in donatarium, *l. 2. de publ. in rem act.* Hæc sufficiunt, ut donatio mortis causa numeretur inter acquisitiones civiles. Illud autem falsum est, quod Glossa, Bart. Castr. in *l. qui mortis. 30. hoc tit.* tradunt, & sequitur Gomez. 2. *res. 4. n. 20.* dominium rei mortis causa donatæ statim, ut donatio facta est, transire, etiam si traditio nulla secuta sit. Nam sive cum contractibus hanc donationem conferre placet, explorati juris est, ex contractu nullo citra traditionem dominium transire; ferri; 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, postinde ut legata, lege Falcidia imminuatur, *l. Seja. 42. §. 1. hoc tit. l. 2. C. eod. 6.* Quod in ea locum habet jus accrescendi inter conjunctos in eandem rem, *l. un. §. hæc autem. 14. C. de cad. idoll. Gomez. 1. resol. 10. num. 7.* 7. Quod, quemadmodum conjux conjugi legare, ita & mortis causa donare potest, *l. 9. §. ult. & l. seqq. de donat. int. vir. & ux. 8.* Postremo, quod in hoc genere donationis non opus est insinuatione, *l. ult. C. hoc tit.* Dissimilitudo & discrepantia elucet in his. 1. Quod mortis causa donatio sic fieri potest, ut nullo casu revocetur, *l. si alienam. 13. de mort. ca. don.* quod secus est in legatis, *l. si quis. 22. de legat. 3. l. 4. de adim. legat.* Quanquam fatendum est, talem mortis causa donationem naturam mutare, & effectum esse donationem inter vivos, *l. ubi ira. 27. eod.* idque eleganter ostendit D. Joan. Deckher. *dissert. 1. n. 40. & seq. 2.* Quod donatio hæc ab additione hereditatis, sicut legatum, non pendet, sed sola morte confirmatur donantis, *l. non videtur. 32. eod. fac. l. 5. §. qui mortis. 17. de his qua ut indig. Clar. lib. 4. §. donatio. quasi. 5. n. 2.* 3. Quod donatio in singulos annos una est, legatum tale multiplex; itaque illa ad heredes pertinet; at primi anni legatum duntaxat purum est, reliquorum conditionale, quod ad heredem legatarii ante diem non transit, *l. fenatus. 35. §. ult. hoc tit. l. 4. de ann. legat.* 4. Quod in mortis causa donationibus, an quis capere possit, non donationis, sed mortis tempus inspicitur, *l. in mortis. 22. hoc tit.* cum in legatis etiam tempus facti testamenti spectetur, *§. in extraneis. 4. inf. de her. qual.* 5. Quod donatio fit inter duos, legatum autem præter voluntatem unius testatoris nihil desiderat: unde legatum etiam in absentem & ignorantem conferri potest: donatio autem à præsentem in præsentem conferenda: *l. inter mortis. 38. hoc tit.* aut utique in absentem per nuntium aut literas, ut sciat, & donationem accipiat, *l. 10. eod. Mantie de conjest. ult. vol. lib. 8. tit. 1. n. 36.* Quod si quis absentem & ignorantem se donare quid simpliciter dixerit,

rit, defenditur donatio jure fideicommissi ex communi interpretum sententia. His de causis donatio hæc naturam contractus habere dicitur, *d. l. senatus. 35. §. 3.* unde etiam illud est, quod filiusfam. consensu patris mortis causa donare potest; quamvis testamentum facere non possit, nec permittente patre, *l. tam is. 25. §. 1. eod.* vulgo DD. sic distinguunt, donationem hæc habere naturam contractus, cum in esse producitur: effectum autem, & cum in esse producta est, rationem ultimæ voluntatis. Cæterum hoc per omnia verum non esse, tum numerus testium, & remissio insinuationis, liquido ostendit, tum quod hæc donatio non pendet ab additione hæreditatis.

*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, *l. Marcellus. 15. l. illud. 37. eod. l. 2. de publ. 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, qui donat: illum deinde potius, quam heredem suam, *d. l. senatus. 35. §. 2. eod.*

*Sic apud Homerum*] *Odyss. 17.* ubi Telemachus ex peregrinatione reversum, quam patris Ulyssis conquiriti causa susceperat, Piræus, qui comes illi in peregrinatione fuerat, monet, ut vasa illa aurea & argentea, quibus Telemachus à Menelæo donatus erat, quæque secum Piræus asportarat, quæsitum mittat: ancillis Telemachi se traditurum. Cui Telemachus in hæc sententiam respondet; Piræe, quoniam incertum est, qualis harum rerum exitus sit futurus, si me feroces proci domi ex insidiis necent, paternaque opes diripiant, malo te vasa hæc tibi habere, quam illorum quempiam. Sin autem ego illis interitum asseram, tum vero tu lætus & gratulans mihi læto & gratulanti domum illa referes. Est & mortis causa donatio in *Alceste* Euripidis, ubi sic Hercules: *γυναικα την δε μοι σῶσαι λαβόν, &c.* Adi de hac donatione *Covarr. rubr. de testam. part. 3.*

## T E X T U S.

## De simplice inter vivos donatione.

2. *Alia autem donationes sunt, quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus, quæ non omnino comparantur legatis: quæ si fuerint perfecta, temere revocari non possunt. Perficiuntur autem, quum donator suam volun-*

*tatem scriptis aut sine scriptis manifestaverit. Et ad exemplum venditionis nostra constitutio eam etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, ut, etiamsi non tradantur, habeant plenissimum & perfectum robur, & traditionis necessitas incumbat donatori. Et quum retro Principum dispositiones insinuari eas actis intervenientibus volebant, si majores fuerant ducentorum solidorum, constitutio nostra eam quantitatem usque ad quingentos solidos ampliavit, quam stare etiam sine insinuatione statuit. Sed & quasdam donationes invenit, quæ penitus insinuationem fieri 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 plenissima sint donationes, si tamen ingrati existant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam præstitimus certis ex causis eas revocare: ne illi, qui suas res in alios contulerint, ab his quandam patiantur injuriam, vel jacturam, secundum enumeratos in constitutione nostra modos.*

## N O T E.

2. *Perficiuntur autem*] De primo gradu perfectionis intellige, unde obligatio & actio, non rei dominium, quod demum acquiritur præstatione promissi.

*Nostra constitutio*] *l. 35. §. ult. C. eod.* ubi pacto donationis causa facta verbis in præsens conceptis, veluti  *dono tibi centum aureos*, eandem vim tribuit, quam habet stipulatio, ut ex eo obligatio & actio nascatur, contra regulam juris antiqui. *l. 7. §. 4. D. de pact.* unde tale pactum hodie legitimum, pariens conditionem ex lege per *l. 6. d. t.*

*Ad 500. solidos*] Ad 300. primum *l. 34. C. eod.* novissime ad 500. *l. pen. §. ult. C. eod.* Si definitum modum excedens insinuata non est, non in totum irrita sed quatenus excedit, *d. l. 34. Nov. 162. c. 1. §. ult. π υπερωλεον μη ιχνην. Bas. 47. tit. 1.*

*Nostris constitutionibus*] *L. 33. d. l. 34. pr. §. 1. pen. & ult. l. ult. C. eod.*

*Ex certis causis*] Insignis ingratitude: cujus generis causæ enumerantur quinque *l. ult. C. d. t.* Plerique addunt & aliam, supervenientiam scil. liberorum, ex *l. 8. C. eod.* quæ tamen constitutio tantum de donatore patrono & liberto donatario loquitur, nec à Græcis extenditur, *Basil. 47. tit. 2. Harm. 3. tit. 2.* Vide fusius in Comment.

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

1. *Plenus & planis exponitur, quomodo donatio inter vivos perficiatur.*
2. *Non ex quolibet pacto donationis causa facta obligationem ex constit. Fust. nasci.*



3. Errare eos, qui putant, simplex pactum donationis, vi constitutionis fust. parere actionem in rem.
4. Donationes, qua insinuationem non desiderant, recensita.
5. Ad uberiores exitum donationum à Justiniano qua inventa.
6. Neque herodem donatoris revocare donationem, neque ab heredibus donataris revocari ob ingratitudinem ejus posse.
7. In l. in unquam, C. de rev. don. constitui jus singulare; quod non producendum ad consequentias.

**A**gitur hic de donatione propria. Quæ alias vera, absoluta, & mera, l. senatus. 35. §. 2. de mort. ca. don. l. Aquilius. 27. hoc tit. alias simplex, l. si filia. 20. §. si pater. fam. ere. l. cum multis. 20. C. de don. ant. nupt. l. pen. §. 1. C. de collat. alias directa, l. donatio. 25. hoc tit. C. de donat. alias inter vivos, ut hic & l. ubi ita. 27. de mort. ca. don. appellatur. Descripimus hanc donationem initio hujus tituli.

[*Qua non omnino comparantur legatis*] Hotom. Wemb. Giph. 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 *μυδαμως*. Et sunt sane hæc donationes plane dissimiles legatis, neque natura, neque proprietatibus, neque forma neque effectu ullam cum legatis societatem habentes. Pro tuenda tamen vulgata lectione hoc affert Pacius, quod legatum & donatio hæc in eo conveniunt, quod utrumque sit causa lucrativa, & modus acquirendi peculiaris. Quod mihi futile & valde puerile esse videtur: cum nullæ res tam 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 natura sua irrevocabilis est: *ἡ δὲ παρὰ θεῶν ἀναιδέος* ait Aristot. 4. topic. 4. nam quod hanc etiam aliquando revocare licet, id ex accidenti est & factio donatarii, pro beneficio insignem injuriam rependentis, non ex intentione donantis, utpote qui sic donat, ut nullo casu velit ad se reverti, l. 1. hoc tit. l. ubi ita. 27. de mort. ca. don. Utique tamen si præcivisset donator ingratum fore donatarium, abstinuisset dubio procul à beneficio: & hinc ortum jus revocandi, de quo sub finem hujus §.

[*Perficiuntur autem, cum donator voluntatem suam*] Poterat hæc res plenius & planius proponi; & poterat æque paucis verbis. Ait donationem inter vivos perfici, quum donator voluntatem suam declaravit: addendum fuerat, & donatarium eam voluntatem gratam ac ratam habuit. Neque enim donatio est sine acceptione, l. absentis. 10. hoc tit. l. hoc jure. 19. §. 2. eod. quippe datio acceptione confirmatur: nec potest videri datum, quod non est acceptum. Et recte in illum locum Comici; *Dos est decem talenta. Accipio.* Vetus interpres, nisi, inquit, dixisset, accipio, dos non esset. Perficitur donatio ex constitutione Justiniani solo consensu, ut emptio & venditio: non est igitur perfecta habenda, antequam eam gratam habuerit donatarius, excepto casu comprehenso l. 15. C. de sacros. Eccles. favore Ecclesiz. Deni-

que in omni conventionem consensum mutuum intervenire oportet. Sed & perfectio, de qua hic agitur, primus tantum gradus perfectionis est, unde donatario acquiritur obligatio & actio, non rei donatæ dominium. Etenim vere & plene demum perficitur & consummatur donatio, doni & promissi præstatione. Eodem modo emptio venditio perficitur dicitur, simul atque de pretio inter emptorem & venditorem convenerit, §. 3. inf. de empt. & 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, ex nudo pacto donationis obligationem introducens, l. si quis argentum. 35. C. hoc tit. contra regulam generalem juris antiqui, l. juris gentium. §. sed cum nulla. 4. de pact. Sic est; perficitur donatio aut traditione & præstatione rei donatæ, quæ vera perfectio est. Imo non prius proprie dicitur esse donatio, quam res, quæ donatur, detur ac tradatur. Nam ut ostendimus ad rubr. donatio proprie ipsam translationem rei significat: & potest etiam incipere statim à traditione, & perfici citra conventionem præcedentem. Aut conventionem, qua hæcenus perfici dicitur, quatenus eam donatorem adstringit necessitate traditionis, donatarioque in eam rem comparata est in personam actio. Conventio hujus generis una tantum olim fuit, stipulatio. Justinianus autem eandem vim tribuit etiam pacti nudi, d. l. si quis. 35. §. sed siquidem. 5. C. hoc tit. unde pactum donationis hodie pactum est legitimum, arg. l. 6. de pact. Scribi Cajac. Neque tamen ex quovis pacto donationis causa 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, *domo tibi centum aureos.* Hæc enim verba occurrunt in d. l. 35. si donaveris, si donationem facias fecerisve, ut tradas, quod donaveris. Quod si quis donaturum se pacto promittat, manebit etiamnum jus antiquum, nec ex tali nudo pacto obligabitur. Per l. precipimus. 32. in fin. C. de appell. l. sancimus. 27. C. de testam. add. Parlador. 2. rev. quotid. 3. n. 9. D. Tulden. hic c. 2. Perspicue autem errant Contius lib. 1. disp. 12. Gudolin. lib. 2. de jur. noviss. c. 3. dum existimant, quod Justinianus constituit, donationem etiam nudo consensu perfici, hoc non tantum eo pertinere, ut donator, qui pondum tradiderit, necesse habeat tradere, sed ut eo nomine etiam donatario competat actio in rem, quasi simplici pacto dominium ei questum 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, conditionem dat ex lege, d. loco, & apertius Nov. 162. c. 1. Atqui nulla quoque conditio, quæ non sit actio in personam, §. appellamus. inf. de act. Denique ipse supra § per traditionem. 40. de rev. div. nominatim in proposita specie confirmat regulam traditam l. traditionibus. 20. C. de pact. Traditionibus, non nudis pactis, dominia rerum transferri.

[*Ad exemplum venditionis*] Quemadmodum emptio venditio perficitur simul atque de re & pretio convenit, atque ex ea conventionem statim emptori acquiritur actio ex empto, qua venditorem compellere potest ad rem tra-

tradendam: *inf. de empt. & vend. in pr. §. 3.* ita ex constitutione Justiniani, simul ac donator sive scriptura, sive verbis quibusvis idoneis se quid donare declaraverit, etiam si nulla intervenierit stipulatio, acceptante donatario, donatio perfecta & efficax habetur, daturque donatario conditio ex lege, qua conventus donator, rem tradere, cogatur. Porro an sicut emptio venditio, ita etiam pactum donationis, sit contractus: item an ut donator, ita quoque & venditor, rem precise tradere teneatur, an liberetur prestatione ejus, quod interest, inquirere non est hujus loci. Illud constat, non eandem esse prestationem 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 inspicendus est principalis scopus atque intentio ejus, qui ea utitur; cui scopo si serviat, cetera similia fiat, an dissimilia, parum refert.

*Insinuati 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, quæ cautum Ulpianus *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. C. 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. C. Theod. l. data. 27. C. hoc tit.* Justinianus autem quantitatem auxit. Primum ad trecentos, *l. sancimus. 34. C. eod.* deinde ad quingentos solidos, *l. pen. §. ult. C. eod.* atque ad hanc usque quantitatem liberam donandi facultatem unicuique permisit, etiam sine donationis insinuatione. Si 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. sancimus. C. hoc tit. Nov. 162. c. 1. §. ult.* Atque ita in plerisque locis etiamnum utimur. *Gomez. 2. resol. c. 4. Perez. C. h. s. n. 35. Sandoz lib. 5. tit. 1. defn. 3.*

*Usque ad quingentos solidos]* Quæ summa nostra moneta efficere creditur 2500. Caroleos. Taxatur enim solidus, qui & aureus, (ut patet ex innumeris locis, & collatione sequentium, *l. 3. §. prator ait. 6. de his, qui off. vel desec. cum §. 1. inf. de obl. qua qua. ex del. item l. pen. & ult. de in jus voc. cum §. ult. in fin. inf. de pœn. tem. lit. item l. 8. in fin. & l. 9. de inoff. cum l. cum ex falsis. 47. de man. test.*) centum sestertertiis, five quinis Caroleis, aut duobus scutatis sive coronatis. *Gros. spars. flor.* Quanquam non idem perpetuo pondus, nec constans solidi æstimatio fuit. Quæ de re consulendi Budæus

*de ass. l. 3. & 5. Horom. de re numm. cap. de numm. aur. Covar. de collat. vet. numism. cap. 3.* Dicitur vero est solidus, non quia ex puro & solido auro erat; sed quia nummus erat integer, & ad differentiam semissium & tremissium, qui valebant dimidiam & tertiam solidi sive aurei partem.

*Quæ insinuationem minimo desiderant]* Harum numero sunt donationes Principales, quas scilicet vel Principes facit, vel quæ Principi fiunt. *l. sancimus. 34. C. hoc tit.* item donatio propter nuptias. *Nov. 119.* ubi in vulgari versione nomen sponsalitiæ largitatis sumptum pro donatione propter nuptias: nam in Græco est, *ἡν τῶν ἀπὸ τῶν γαμῶν δωρεῶν &c.* Postea distinctio aliqua adhibita *Nov. 127. §. 2. auth. eo decursum. C. de don. ant. nups.* Præterea si quid pro redemptione captivorum, pro restitutione ædium incendio aut ruina consumptarum, aut si quid fortissimis militibus donatum sit à militum magistris, quancumque sit pretii, quod donatum est, valet donatio, etiam si 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 cæteræ 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 monumentis valida sit, *d. l. pen. in fin. privilegium,* quod donationes in pias causas factæ habuerunt, proportionaliter producendum esse, atque hujus generis donationes etiam sine fide monumentorum subsistere debere minimum usque ad solidos septingentos. Communis tamen DD. in *l. illud. 19. C. de sacros. eccles. & d. l. 34. hoc tit.* sententia est, donationum ad pias causas nullum amplius esse privilegium, sed in his idem, quod in cæteris observandum, ut si 500 solidos excedant, actis eas insinuare necesse sit, propterea quod Justinianus privilegium pias causæ expresse non auxit, imo potius sustulisse videtur *d. l. pen. cum sancit,* ut id, quod antea jus singulare erat pias causæ, jus commune esset omnium donationum, quæ non simpliciter à necessitate insinuationis exemptæ sunt.

*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. C. 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, *sestertertiis, 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 causâ unum nummum accipere, *adi Cons. 1. dispus. 16.*

Si

*Si tamen ingrati*] Simplex & mera donatio temere, ut supra dictum est, revocari non potest: non sola poenitentia, ut donatio mortis causa; ac ne ob quamlibet quidem ingratitudinem donatarii. Cæterum 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 revoc. don.* Poteritque eo nomine vel iudicis implorari officium, vel agi conditione *ex d. l. ult.*

6 *Donatoribus licentiam præstitimus*] Donatoribus solis, non etiam heredibus eorum, *l. bis solis. 7. d. l. ult. C. de revoc. 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. inf. de perp. & temp. act.* Nec in heredes igitur ingrati danda erit, nec si ipsi ingrati, non donatarius, extiterint, *arg. ad. l. Quinimo* nec videtur recte posse objici ingratitudo successoris ejus, cui donatum est: longæque 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 hæc; si donatarius atroces injurias in donatorem effuderit; si illi impias intulerit manus, si vitæ ejus insidietur; si grandem jacturæ molem substantiæ & bonis donatoris ingesserit; si conventionis donationi appositas implere nolit. Enimvero licet plures causas non enumeret Justinianus, 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. de inoff. testam. coque jure utimur.*

7 *Grot. 3. introd. cap. 2.* Additur à DD. & alia causa revocandæ donationis, si scilicet donator post factam donationem liberos suscepit, *per l. si unquam. 8. Cod. d. tit.* Tametsi enim ea lex tantum loquatur de patrono & libertis, quorum propria & diversa prorsus in plerisque rebus ratio est, atque aliorum extraneorum; putant tamen, quorumcunque donationes eodem isto jure censendas, ut insperato succedens filiorum soboles irritam faciat donationem. Utuntur autem hoc argumento, quod donatio facta ab eo, qui liberos non habet, videatur in se continere tacitam conditionem, si liberi ipsi postea nati non fuerint, de quibus si cogitasset, donaturus fuisse credi non debeat; cum nemo præsumatur successiones alienas propriis anteponere, *per l. cum avus. 102. de cond. & dem. l. cum acutissimi. 30. C. de fideicom.* Ego vero, etsi hæc sententia colorem aliquem humanitatis habere videtur, ausim affirmare, eam mentem Constantini, cujus est *d. l. si unquam.* minime fuisse. Cur enim de patrono tantum loquutus esset? An quia ex facto inciderat, ut de donatione à patrono facta quæretur? 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. si vero. 64. §. pen. sol. matr. l. quod consisusum. 21. de test. mil.* Est

vero etiam jus illud novum; constitutum contra manifestam rationem juris communis, *l. 5. C. de obl. & act. cum similib.* ut interpretis non sit, ad alios casus & donatores extraneos id producere, *l. quod vero. 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: certè ubi ex professo recenset causas revocandæ donationis, si hanc etiam pro causa generali haberi voluisset, omisurus non fuerat. Canones etiam contrarium ostendunt *c. ult. c. 17. q. 4.* ubi Augustinus, laudans factum sancti Aurelii Episcopi Carthaginensis, quod reddidisset donatori ob liberos ei natos, quæ ille Ecelesie donaverat, *In postestate,* inquit, *habebat Episcopus non reddere; sed jure fori, non jure poli.* Perperam autem ad præsentem casum trahitur species *d. l. cum avus. 120. de cond. & dem. d. l. cum acutissimi. 30. C. de fideic.* Nam eadem ratione revocatio rei donatæ etiam concedenda esset ei, qui cum fortè unum filium haberet, donavit, & postea plures suscepit: neque quod revocatur, liberis acquiratur, 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 plenè & purè donare intelligeretur? nam & ubi partis alicujus bonorum donatio facta est, constitutio locum habet: de quo opulentiùs nos *lib. 2. sol. quæst. c. 32.* Procul dubio igitur de jure verior est sententia plerorumque Neotericorum, *Connan. lib. 5. comm. 10. Donnell. ad d. l. si unquam. Ant. Fab. 7. consuet. 14. & 15. Bachovii in Treutl. disp. de donat. assentium,* in solis patronis hanc revocandæ donationis speciem à Constantino introductam atque approbatam esse: quanquam contraria sententia communis est, & in praxi obtinet, ut inter alios testantur *Tiraq. in d. l. si unquam. Myrsing. 5. obs. 63.* & secundum hanc judicatum à senatu Parisiensi, *Papon. lib. 11. syntagm. tit. 1. de donat. §. 20. add. Christin. vol. 1. decis. 340. & vol. 4. decis. 192. cum alleg. Grot. lib. 3. introd. cap. 2.*

## T E X T U S.

## De donatione ante Nuptias vel propter Nuptias.

3. Est & aliud genus inter vivos donationis, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem à junioribus divinis Principibus introductum est quod ante nuptias vocabatur, & tacitam in se conditionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium esset insectum. Ideoque ante nuptias vocabatur, quod ante matrimonium efficiebatur: & nunquam post nuptias

nuptias celebratas talis donatio procedebat. Sed primus quidem divus Justinus pater noster, cum augeri dotes & post nuptias fuerat permittum, 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 exequentur, ut quemadmodum dotes constante matrimonio non solum augetur, sed etiam fiunt, ita & ista donationes, qua propter nuptias introducta sunt, non solum antecedant matrimonium, sed eo etiam contracto augeantur & constituantur.

## NOTÆ.

3. Et constante matrim. ] Dum ne propter nuptias donatio excedat quantitatem dotis, ne fraus fiat juri publico, quo donatio inter conjuges prohibetur, l. 1. & cor. tit. D. de don. int. vir. & ux. & C. eod. Extat Justinianus constitutio in l. pen. C. de don. ant. nupt.

Nomen inconveniens ] Quia poterat constante matrimonio augeri. Nunc ex sententia Justin. & augeri & constitui potest.

Constituimus ] l. ult. C. eod. alia extat Nov. 97. ubi etiam præcipit, ut donatio propter nuptias doti omnino respondeat, tum in quantitate, tum in pactis.

## COMMENTARIUS.

1. Donationes, qua inter sponsum & sponsam fiunt, sensum ita formatas, ut vera donationes & juris gentium esse desierint.
2. Quid primum circa has donationes à Constantino constitutum.
3. Quid procedente tempore ab aliis, & n. 5.
4. Res propter nuptias donata dominium reuera in uxorem non transire.
6. Constitutionem Just. de equalitate dotis & donat. propt. nupt. publicæ consuetudine repudiatam.
7. In Belgio propriè neque donationum propter nuptias, neque dotis usum esse.

**D**OS & donatio propter nuptias genera sunt impropriz donationis inter vivos. Dotem ab antiquis inter donationes numeratam, testis est ipse Justinianus, l. ult. C. de don. 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. pro oneribus. 20. C. de jur. dot. Donatio propter nuptias vice versa est, quæ à parte mariti in uxorem, vel sponsi in sponsam confertur in securitatem dotis, & quasi remunerandæ dotis causa: unde quæ ita donantur à Græcis

ἀντίφρασις dicta sunt, hoc est, quæ vice mutua pro dote dantur, d. l. ult. in pr. est igitur donatio propter nuptias veluti contraria dos mariti, hōstimentum, ἀντιφρασις dotis uxoris: idem in Basilic. Hujus donationis origo & incrementum hic ostenditur.

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, sensumque ita formata, ut vera donatio & juris gentium esse desierit, factaque sit species donationis impropriz, & quæ omnino sit juris civilis. Sciendum enim est, prioribus temporibus donationes sponsalicias, hoc est, quæ à sponso in sponsam conferebantur, vel contra à sponsa in sponsum, (nam & hoc aliquando fiebat, l. 1. §. 1. D. hoc tit. l. 12. l. 16. C. de don. ant. nupt.) habitas fuisse, non tanquam nuptiarum causa, sed perinde ac si purè atque absolūtè factæ fuissent, eandemque earum fuisse vim, quam habent donationes cæteræ, quæ ex mera liberalitate sunt, nullo scilicet in casu ad donatorem reverterentur, d. l. 1. §. 1. l. 8. cum aliquos seqq. C. de tit. Itaque ne eo quidem casu revocare hujusmodi donationem licebat, quo nuptiæ secutæ non essent, d. l. 1. §. 1. l. 2. & l. 12. C. de tit. nisi ea lege nominatim facta esset donatio, aut id actum evidenter appareret, ut nuptiis non secutis res donatæ redderentur. Postea ex constitutione Constantini hoc jure uti ceperunt, ut donatio omnis inter sponsum & sponsam facta intelligeretur tacitam in se habere conditionem futurarum nuptiarum, l. cum veterum. 15. C. eod. tit. Et optima sanè ratione: nam donatio sponsi in sponsam merito præsumitur proficisci à singulari affectione, qua sponsam, ut futuram uxorem, complectitur, sine spe nuptiarum haud facilè donaturus. Non est autem hac Constantini constitutione effectum, ut donatio interim in suspenso sit donec nuptiæ secutæ fuerint: ita enim futurum esset, ut in eum casum incideret, à quo non posset incipere, nimirum in donationem inter virum & uxorem, l. 4. C. eod. quæ jure civili semper prohibita fuit: sed ut non secutis nuptiis resolvatur, uti antea fiebat, cum id expressè cautum fuerat, d. l. 1. §. 1. hoc tit. Cæterum 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, quo minus nuptiæ sequerentur, donatori aut donatrici conditio 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 nuptiarum sustulisset, tum siquidem sponsa donasset, omnimodo & integri, quod donatum erat, repetitio foret, sive osculum intervenisset, sive non: at si sponsus; tum non aliter ipsi aut hæredibus ejus jus esset repetendi totius, quod donatum esset, quam si osculum non intercessisset: interveniente vero osculo, partem tantum dimidiam repetere liceret, l. si à sponso. 16. C. eod. quasi osculi jure augetur jus sponsalium, & qui osculum accepit, quasi maritus sit, aut certè 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. 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. matr.* ita & vir donationem propter nuptias, *c. ult. c. de don. int. vir. & ux.* Deinde nec revera ex hac donatione dominium rei donatæ transit in uxorem, sed alia jura consequitur; veluti jus specialis hypothecæ: nam res donatæ propter nuptias pro securitate dotis mulieri speciatim obligatæ esse intelliguntur. *l. ubi adhuc. 29. C. de jur. dot. Nov. 61. c. 1.* & hic præcipuus hujus donationis finis est, ut dos mulieri sit cautior: unde rectè D. Wesemb. notat, res propter nuptias donatas potius hypothecæ subjici videri, quam verè 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. consensu. §. hac nisi. C. de repud.* Novissimè etiam hoc constitutum, ut quibus casibus maritus ex pacto dotem vel partem ejus lucratur, iidem & uxor lucretur donationem propter nuptias partemve ejus, *d. Nov. 61. c. 1. Nov. 91. c. 2. Nov. 97. c. 1.* Doctores vulgo etiam dominium rerum propter nuptias donatarum uxori acquiri affirmant, quos sequuntur Schneid. *hic n. 5. & Guadalin. 1. de jur. noviss. 8. arg. d. l. 29. C. de jur. dot. d. Nov. 97. c. 1. & d. Nov. 61. c. 1. vers. non enim.* Sed si mulier harum rerum domina efficitur, prorsus absurdè facit Justinianus, quod jus pignoris mulieri in his constituit: item quod nominatim marito interdicit harum rerum alienationem & oppignerationem. *Nov. 61.* nam nec pignus quisquam habere potest in re propria, nec rem alienam alienare aut pignori obligare. Ratio quoque non patitur, ut hic idem de donatione propter nuptias, 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 acquirantur, ut rectè tradunt Schneid. *num. 4. Gomez. in l. Tauri. 50. & 3. seqq. n. 11. Duar. sis. 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, maximè postquam placuit, ut donatio propter nuptias doti & in quantitate & in pactis respondeat, *Nov. 97.* Planè 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 fermè & D. Bachov. *hic.*

[ *A junioribus divinis 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.* Postea placuit, ut ad donatorem soluto matrimonio revertatur, *l. ult. C. eod.* At donatio, de qua hic agitur, à solo sponso fit, nec ita unquam, ut sponsæ aut uxori pleno ac perpetuo jure res donata acquiratur: aliqui non rectè Justinus permisisset, ut constante matrimonioq; auferetur; quoniam tali augmento incidisset in donationem inter virum & uxorem. Intelligit igitur haud dubiè Imperator principes Constantino juniores, qui pro veteri 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 propriè nec verè domina constituitur. A quibus autem introducta aut quo tempore primum recepta sit, incertum est. Illud patet, sub Theodosio juniore & Valentiniano III. jam receptam fuisse, *l. consensu. 8. §. hac nisi. 4. C. de repud.*

[ *Primus divus Justinus pater noster* ] Initio donationes ante nuptias post contractum matrimonium nec inchoari nec augeri poterant. Primus Justinus, quem hic patrem suam Justinianus appellat, ut & *inf. §. pen. quib. non est perm. fac. test.* quoniam ab illo avunculo suo adoptatus fuit, permisit, ut aucta postmodum dote tunc etiam augeri posset præcedens ante nuptias donatio, *l. si constante. 19. C. de don. ant. nupt.* Justinianus autem etiam inchoari hujusmodi donationes post nuptias permisit, *l. ult. C. eod.* Cæterum hæc ita, ut si post contractas nuptias fierent vel augerentur, dotis quantitatem minimè excederent, ne fraus fieret Senatusconsulto, quo inter virum & uxorem donatio prohibetur.

[ *Sed etiam constante matrimonio initium accipiant* ] Hoc à Justiniano constitutum *d. l. ult. in pr. vers. simpli. 5. c. 1.* 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 quantum partem stipulata fuerat mulier sibi lucro cedere ex ante nuptias donatione post mortem mariti, tantam maritus ex dote sibi stipularetur ab uxore, *l. ex morte. 9. C. de pact. conv. tam sup. dot.* Cui Justinianus addiderat, si pacta lucrorum paria non esse contingeret, ut major lucri pars ad minorem reduceretur, *l. 10. d. s. d. l. ult. vers. simplices.* quæ confirmantur adhuc *Nov. 22.* Tandem Justinianus *Nov. 97.* unde sumpta *auth. 6. aequalitas. C. de pact. conv. tam sup. dot.* statuit, ut non partium solum æqualitas esset, verum etiam quantum, 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,

muta, ad parem quantitatem altera vel augetur, vel minueretur: ex quo amplius liberum non fuit donare vel non donare, aut minus dote donare. Cæterum hanc constitutionem cum sua exequatione & donandi necessitate jam pridem repudiavit publica consuetudo, ut notant *Accurs. d. auct. aequalitas. Bald. Salic. in summa d. l. ex morte. Schneid. hic. n. 4. Gail. 1. obs. 36. n. 10.* Quin etiam *Cujac. 5. obs. 4.* refert donationes propter nuptias penitus ex usu sublatas esse. Sanè in Belgio propriè neque donationum propter nuptias neque dotium usus est, quanquam bona, quæ mulier in matrimonium confert dotem adhuc appellamus. Doarium autem sive dotalitium, quod moribus receptum, mera donatio est, quam mortuo marito uxor præcipit & lucratur: & ideo constante matrimonio neque constitui neque augeri potest, sed pactis antenuptialibus duntaxat. Consultantur super hac re *D. Neesbad. de pact. antenupt. Joan. à Sando lib. 2. tit. 4. fere per tot. Grov. lib. 1. manus. ad Bat. jurispr. c. 5. & lib. 2. c. 11. cum. 2. seqq. Pet. Greg. syntagm. 11. c. 4. Gudelin. lib. 1. de jur. noviss. cap. 8. de jure mariti in bonis uxoris & societate conjugali idem d. lib. 1. c. 7. de jure superstitis conjugis & lucris nuptialibus idem d. lib. 1. c. 11. add. D. Lamb. Goris advers. jur. tract. 1. fere per tot.* Quibusdam in locis certæ partis bonorum mariti ususfructus pro doario uxori assignatur legibus municipalibus, vid. *Christin. 1. vol. decis. 73. 237. 273. & illic citat.*

*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 *ἀνυψίον*. Cæteroaquæ & dos propter nuptias donatio est, *d. l. ult.*

## TEXTUS.

## De jure accrescendi.

4. *Erat olim & alius modus civilis acquisitionis per jus accrescendi, quod est tale. Si communem servum habens aliquis cum Titio, solus libertatem ei imposuerit, vel vindicta vel testamento, eo casu pars ejus amittebatur, & socio accrescebat. Sed cum pessimum fuerat, exemplo, & libertate servum defraudari, & ex eo humanioribus quidem dominis damnum inferri, severioribus autem dominis lucrum accedere, hoc quasi invidia plenum pio remedio per nostram constitutionem moderi 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, sua liberalitatis stabili-*

*tate gaudente, & socio indemni conservato, prætiumque servi secundum partem dominii, quod nos definivimus, accipiente.*

## COMMENTARIUS.

**A**lius modus civilis acquisitionis] Vel hinc apparet, superiores acquirendi modos inter acquisitiones civiles à Justiniano numerari. Subjicit autem hic pro conclusione alium civilis acquisitionis 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 cautiva erat merè lucrative: & quia dominium istius partis citra traditionem transibat ad socium, omnino hic modus pertinebat ad jus civile: estque casus quidam, quo jus accrescendi locum habebat extra causam ultimarum voluntatum.

*Vindicta vel testamento*] Meminit duntaxat manumissi vindicta aut testamento: quia alio modo, puta per epistolam, aut inter amicos, manumissus huc non pertinebat. Sic enim jus erat, ut quibus modis servum proprium manumittens civem Romanum faciebat, iidem 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. §. communem. 13. Paul. 4. sent. 12. in pr.*

*Et 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 individuum est: necessario eveniebat, ut pars manumissoris, quippe quæ nullius esse non poterat, accresceret accederetque socio: non absurdè ratione, qua placet usumfructum in jure cessum extraneo extinguere & redire ad proprietatem: quod explicatum §. *pen. sup. de usufr.*

*Per nostram constitutionem moderi*] *l. 1. C. de comm. serv. man.* ubi quod in solis militibus antea obtinebat, jus commune facit, sancitque generaliter, ut servus communis ab uno ex dominis 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. sup. de libert.* & generaliter loquitur *Imp. d. l. 1. §. 1.*

*Contra communes regulas*] Jure communi nemo rem suam vendere aliove modo alienare cogitur. *l. invitum. 11. C. de contr. empt. l. nec emere. 16. C. de jur. d. l.* Ab hoc jure in casu proposito recedendum putavit Justinianus propter favorem libertatis: neque hoc, ut novum, carpendum esse; cum etiam veteres juris conditores multa pro libertate contra rationem juris constituisse notum sit, *l. generaliter. 24. §. si quis. 10. de fideic. libert.* Plures casus, quibus quis rem suam vendere cogitur, notavimus ad §. *ult. sup. de his qui sui vel al. jur.*

*Quod nos definivimus*] Ne de pretio partis domini non manumissoris contentio esset, Justinianus servorum pretia pro ætate atque artificio cujusque, quod

exercet, certa definit; crescuntque à decem solidis usque ad septuaginta, *d. l. 1. §. no autem. 5. C. de comm. serv. man. l. ult. C. de cond. infert.* quod tamen nonnulli non satis prudenter factum existimant, definitionem-

que pretii in singulis causis arbitrio magistratus potius permittendam fuisse. Hujus §. nullum esse hodie usum intelligi potest ex iis, quæ diximus *l. 1. tit. de jur. person.*

## TITULUS VIII. QUIBUS ALIENARE LICET, VEL NON LICET.

*Continuatio, atque argumentum tituli.*



Explicati hæcenus sunt plerique modi, quibus dominium rerum singularum nascimur tum jure gentium tum jure civili. In his præcipuus & modus maximè naturalis est, cum dominus rem suam ita alteri tradit, ut eam velit fieri accipientis, §. *per traditionem. 40. sup. de rev. 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 subjecit. In *priv. & §. 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: & contra, qui dominus non sit, alienanda rei potestatem habeat. Nam dotale prædium maritus invita muliere per legem Juliam prohibetur 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 habebat, qua Italica fuerant: & alienationes inhibebat, qua invita muliere fiebant: hypothecas autem earum rerum etiam volente ea: utrique remedium imposuimus, ut etiam in eas res, qua in provinciali solo posita sunt, interdicta sit alienatio, vel obligatio, ut neutrum eorum neque consentientibus mulieribus procedat: ne sexus muliebris fragilitas in perniciem substantia earum convertatur.*

### NOTÆ.

*Dotale prædium*] Inæstimatum scilicet nam æstimato in dotem dati alienatio marito permittitur, *l. 10. §. 4. D. de jur. dot. l. 5. l. 10. C. eod.* sicut & rei mobilis, *l. 3. §. 2.*

*D. de suis & legit. l. 3. C. de jur. dot. auth. sive à me. C. ad Sen. Vell.*

*Sexus muliebris fragilitas*] Ne fragilitate suæ naturæ in repentinam deducatur inopiam, *d. l. un. §. 15.*

### COMMENTARIUS.

1. *Prohibitionem legis Julia ad res dotales mobiles non pertinere, neque ad ullas æstimato in dotem datas.*
2. *Solum maritum verum justumque rei dotalis dominum esse, plenissime probatur, remotis omnibus objectionibus.*
3. *Alienandi verbum quam latè pateat ex sententia legis Julia.*
4. *Cur lex arctius prohibuerit fundi dotalis oppugnationem, quam alienationem.*
5. *Quantum mores nostri diffideant à jure scripto.*

*Dotale prædium maritus prohibetur alienare*] Primum exemplum, quo ostenditur, cum, qui dominus est, aliquando alienare non posse, propositum judicio dianoëtico syllogismi tertiz 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.* Ait prædium: ergo rei mobilis alienatio marito prohibita non est: quod etiam probant textus in *l. 3. §. 2. 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 maritus solvendo est, *l. 1. C. d. iis. 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, etiam si matrimonium necdum solutum sit, *l. si constante. 24. sol. matr. l. servum. 21. de manumiss. l. ubi. 29. C. de jur. dot.* Prædium autem accipere debemus inæstimatum: nam quæ res æstimato in dotem dantur, eas omnes, siue mobiles sint siue immobiles, liberè à marito alienari posse vel ex eo patet, quod soluto matrimonio non res ipsæ, sed pretium siue earum æstimatio in restitutionem veniat judicio venditi, *l. 10. §. si ante. 4. de jur. dot. l. 5. l. 10. C. eod.* utique si æstimatio facta sit venditionis causa: secus autem si facta sit tantum intertrimenti, i. taxationis causa: ut constat, quanti res sit: ut in *l. 69. §. 7. de jur. dot. l. 50. sol. matrim. l. 20. C. de jur. dot.* Errat vero procul dubio Wefsembecius, contendens, maritum non alias res mobiles alienare posse, quam quæ servando servari nequeunt, *arg. l. lex qua. 22. C. de adm. tut.* longè enim plus juris maritus habet, quam tutor: & inutilis collectio est ex *l. res in dotem. 42. de jur. dot. rerum, quæ pondere, numero, men-*



mensura constant, maritus liberam alienationem habet; ergo ceterarum rerum mobilium non habet: atque hoc tantum Jurisconsultus sibi 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. l. 4. de fund. dot. Tulit hanc legem Augustus: est enim ea ipsa, quæ de adulteriis & de pudicitia dicitur, ut constat ex Paul. 2. sent. 21. atque ex inscriptione multorum capitum sub d. tit. de fund. dot. quippe lex illa inter alia hoc etiam caput de fundo dotali habuit, conceptum in hæc verba; *Fundum Italicum dotalem maritus in viâ uxore ne alienato; neve consentione ea obligato, l. un. §. & cum lex. 15. C. de rei ux. act.* Adi Brisson. lib. sing. ad leg. Jul. de adul. ubi hujus legis capita, quæ quidem in libris nostris continentur, accuratè collegit & exposuit. Causa prohibitionis est favor dotium, quas mulieribus salvas esse etiam publicè expedire creditur, quo facilius iterum virum inveniant, l. 2. de jur. dot. Actametsi soluto matrimonio maritus hæredesve ejus dotem restituere tenentur: præstat tamen, mulierem rem habere salvam, quam in personam agere: per l. plus cautionis. 25. de reg. jur. l. 5. de susp. sus. Cæterum non de rebus dotalibus omnibus lex cavet, sed de prædiis duntaxat; utpote quorum alienatio mulieribus maximè damnoſa esse potest, propter harum rerum pretium. Sed & prohibita rerum mobilium alienatione faciliè fieri posset, ut multi deciperentur, magna-que inde sequerentur incommoda.

2. *Quamvis ipsius sit*] Maritum esse rei dotalis dominum, innumeris locis & perspicuè proditum est, l. 1. §. 1. l. dotale. 13. §. 2. de fund. dot. l. 7. §. 3. de jur. dot. l. si prædium. 23. C. eod. l. quoriam. 47. §. ult. de pecul. &c. causamque dotis habilem esse ad transferendum dominium, non secus ac venditionem, permutationem, donationem, scriptum expressè est in §. per traditionem. 40. sup. de rer. div. & probat tit. Pand. pro dote. nam alias mulier rem alienam marito ex causâ dotis tradens non transferret ufucapiendi facultatem, neque marito amissa possessione daretur actio in rem Publiciana, l. 3. §. 1. de public. in rem. act. Idem quoque arguunt effecta juris dominici propria; qualia sunt, quod maritus solus rem dotalem vindicat, l. docet. 9. C. de rei vind. quod servus dotalis hæres ab aliquo institutus jussu mariti aut adit aut repudiat hæreditatem, l. servus. 58. sol. matr. quod dotali servo libertatem dare potest, l. 3. C. de jur. dot. Quibus etiam hoc argumentum accedit, quod ne mortuo quidem marito dominium rei dotalis ad uxorem revertitur, sed una cum universitate transit in hæredem mariti, d. l. 1. §. 1. de fund. dot. ut proinde ex ratione juris veteris nec ad repetendam dotem mulieri competeret actio in rem, sed tantum personalis rei uxoris, aut ex stipulatu. Postremo si maritus dominus rei dotalis non esset, quid opus fuit lege, qua marito interdiceretur fundi dotalis alienatio? Rectè igitur Græci in Basil. 47. tit. 1. *ἡ δὲ τῶν ἐκ τῆς γαμίας ὁ ἀνεγχεύεται*. Non pauca tamen huic sententiæ obstare videntur, atque uxori, non marito, dominium dotis asserere. In l. quamvis. 75. de jur. dot. dicitur esse ipsius mulieris: alibi proprium mulieris patrimonium, l. 3. §. ergo. 5. de minor. l. in eum. 16. de rel. & sumpt. fun. l. 4. de collat. in l. 7. §. si fundum. 12. sol. matr. De fundo do-

tali differit Jurisconsultus, quasi de re aliena respectu mariti. Maritus in rebus dotalibus dolum & culpam præstat, l. in rebus. 17. de jur. dot. Penes mulierem esse dicitur etiam fundi dotalis possessio, ut satisfacere ea de causâ non teneatur, l. sciendum. 15. §. 3. qui satisd. cog. Denique generaliter à Justiniano traditum est, res dotales in dominio uxoris permanere, l. in rebus. 30. C. de jur. dot. Hæc nostri non uno modo componunt. Donellus lib. 14. comm. 4. putat, maritum rerum duntaxat æstimatarum & quantitatis in dotem datæ dominum esse, corporis inæstimato dati mulierem. Vultejus hic. & 1. disc. schol. 19. uxorem esse dominam rei dotalis, maritum dominum juris in ea re constituti. Vaudus 2. var. quest. 3. & Joann. del Castill. de usufr. c. 4. marito nihil fermè tribuunt, præter jus rebus dotalibus utendi fructu. Robertus 3. sent. 18. dominium dotis marito concedit, proprietatem negat. Nonnulli dominium bonitarium penes maritum fuisse contendunt, Quiritiarium penes uxorem, ut Perenot. 2. animadv. 2. alii contra, illud penes uxorem, hoc penes maritum, ut Hotom. hic. Cæterum nemo horum quicquam asserit, quod mihi probari potest. Donelli distinctio apertè vitiosa est: nam cum per se dotis constitutio sit titulus idoneus ad transferendum dominium, d. §. per traditionem: necesse est, ut tam rei inæstimatæ in dotem datæ dominium in maritum transeat, quam æstimatæ: aut si aliena res est, ufucapiendi conditio; quod etiam disertè traditur l. 3. §. 1. de publ. 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 causâ perpetua esse dicitur, l. 1. de jur. dot. id ad votum dantis referendum est, quod ea intentione datur, ut perpetuo apud maritum sit. At rei æstimatæ dominium plenissimè atque irrevocabiler in eum transfertur, ita ut pretii tantum debitor efficiatur, nisi fortè electionem sibi mulier reservaverit; l. 11. de fund. dot. l. 5. C. de jur. dot. aut intertrimenti duntaxat causâ 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. res in dote. 42. de jur. dot. Quid quod admittitur distinctio 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 causâ 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. dotale. 13. §. 2. de fund. dot. & hoc text. Etenim legis Julæ prohibitio ad fundum dotalem non æstimatum ferè solum pertinet: ad æstimatum non pertinet, nisi uno illo & altero casu, quem supra indicavimus. Vultejus quoque distinctio tolerari non potest, & à juris ratione nimium quam abhorret. Res ipsa in dotem data, non jus aliquid in ea re, mariti effici dicitur; l. 7. §. si res. 3. de jur. dot. prædium ipsum dotale mariti esse, dominium hujus prædii marito queri, 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 Vultej conflat D. M. Lyciana 7. *membr. 26.* Roberti merum commentum est, atque inaudium, alium dominium rei habere, alium proprietatem. Perenotti sententia plus coloris habet: sed tamen & ipsam falsam esse existimo. Moveor quod distinctio illa domini bonitarii & Quiritarii non pendet à titulo aut causa acquirendi, 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. §. qui tantum. 11.* Ac dominium quidem bonitarium semper penes maritum fuit, Quiritiarium plenum non semper, nudum nunquam; in quo perspicue errat Hotom. *fac. l. 7. §. si res. 3. l. quamvis. 75. de jur. dot. l. Lucius. §. 4. ad municip.* Una hujus dissidii conciliatio est, eaque simplicissima, ut dicamus, solum maritum esse rei dotalis etiam innoximata veram justumque dominium: 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 nonnunquam ita loqui, tanquam de non domino & quasi rei alienæ administratore, præsertim in *tit. sol. matr.* qua ratione etiam defendendum erit, quod Justinianus ait, sola legum subtilitate rei dotalis dominium in maritum transferri, naturaliter autem penes uxorem manere, *d. l. 30. C. de jur. dot.* Loquitur enim etiam de rebus æstimatis, quas 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 querit constitutioni suæ, qua contra rationem juris uxori pro rebus dotalibus tam æstimatis, quam innoximatis, 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, qua Italica fuerant*] In prædiis igitur provincialibus legi locus non fuit: sed potuit maritus ea liberè alienare. Quod tamen absurdum merito videri potest: & maxime post constitutionem Antonini, qua provinciales omnes civitate donati sunt, *l. in orbe. 17. de stat. hom.* Nam et si 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 vestigial prædiis impositum cotanuisolvere 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. Lepidus vero est, quod Dionys. Gothofred. *in notis ad Theoph.* scribit, fundum extra Italiam situm per legem Juliam ne volente quidem uxore alienari potuisse.

*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, permittari, in solutum dari, legari: ac ne quidem si miles legaverit, ratum erit legatum propter legem Juliam, *l. dotalem. 16. de testam. mil.* Sed & usucapio quoque appellatione alienationis continetur, *l. alienationis. 28. de verb. sign.* & ideo ad hanc quoque speciem lex Julia pertinet, *l. si fundum. 16. de fund. dot. fac. l. si ab eo. 12. de usuc. l. 7. §. quis sciens. 5. pro emp.* Alienatum autem propriè non videtur, quod adhuc in dominio nostro manet, quamvis venditum rectè dicatur, *l. alienatum. 67. de verb. sign.* sed tamen alienatione prohibita eos quoque casus comprehendi intelligimus, quibus jus aliquod in re à dominio separatam transfertur, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Quare nec servitatem 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 debite ex cessione patientiæ mariti non competituram, ne per hoc prædii conditio deterior fiat, *l. 6. eod. tit.*

*Hypothecæ varum etiam volente ea*] Lex Julia alienationes prædiorum dotalium prohibuit, quæ invita muliere fiebant; oppignerationem etiam quæ fiebat ea consentiente, *l. un. §. cum lex. 15. C. de rei ux. act.* Hoc ideo, quia facilius mulier adduci potest, ut consentiat obligationi, ubi nullum præseas 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, imo solum prohibere voluit: uti passim videmus ea sola legibus prohiberi, quæ facile fieri possunt, cum lex ea fieri non vult, non quæ difficulter. Hac ratione Senatusconsulto Vellejano mulieri pro alio se obliganti succursus est, non donanti, nimirum quia, ut inquit Jurisconsultus, facilius se mulier obligat, quam alicui donat, *l. 4. §. 1. ad Sen. Vell.* Eadem ratio fuit legis Fuzie Caninæ infinitam manumissionem in testamento prohibentis, non inter vivos *sup. de leg. Fuf. Can.*

*Utrique remedium imposuimus*] Justinianus legis Julia prohibitionem primum porrexit ad prædia provincialia, *d. l. un. §. cum lex. C. de rei ux. act.* quippe quorum nondum eadem causa, quæ Italicorum erat, quod effectum constitutione posteriore, *l. un. C. de usuc. transf.* Deinde alienationem eodem modo, quo oppignerationem prohibuit, ut nec illa vel consentiente muliere fieri posset, quod lex Julia permittebat, *d. l. un. §. cum lex. vers. cum autem.* Hac autem prohibitio in quibusdam casibus cessare creditur, quos collegit Christin. *vol. 3. decis. 1. 3. num. 20. §. 28. cum seqq.*

*Ne sexus mulieribus fragilitas*] Ratio cur legi Julia hæcenus derogarit, ut nec alienationem prædii dotalis; quæ cum consensu mulieris fit; valere patiatur; quia scilicet succurrendum putavit facilitati mulierum, quæ vel fragilitate sexus, vel mariti reverentia aut amore ductæ facile rerum suarum alienationibus consensum accommodant, *in præd. de rei ux. act. §. 1. num. 20. §. 28. cum seqq.* Liban. *Declam. 35.* Pontifices tamen hujusmodi alienationes, si jarato mulier consenserit, firmas manere præcipiunt, *c. cum contingat. 2. de jurejur. c. licet mulieres. eod. in 6.* Moribus harum regionum marito dominium rerum, quas uxor in matrimonium confert, non quaeritur;

ritur; sed nullis antenuptialibus instrumentis confectis bona omnia utriusque conjugum communia sunt, ut alibi dictum. Ceterum siue facta sit bonorum communio, siue ea pactionibus exclusa, licet marito pro jure potestatis, quam maximam apud nos in uxorem habet, res ejus alienare aut obligare, neque in eam rem opus habet uxoris consensu, nisi ea quoque potestas nominatim pactis antenuptialibus restricta sit, aut impetrata bonorum separatio, *Neofad. de pact. antenupt. obs. 10 Gros. 1. introd. c. 5. Et alii abrog. à Groenew. hic, tract. de ll. abrog.* Contra vero mulieres nuptæ res suas obligant aut alienandi jus non habent: ac neque ex contractu sine consensu maritorum inuito obligantur, nisi quatenus eo obligatio spectat victum & cultum familiaris: exceptis palam negotiantibus, quæ infortiorum jure utuntur, atque in negotiatione, quam exercent, se virosque suos obligandi potestatem habent, *D. Fom. à Sande lib. a. tit. 4. desin. 3. Et 4.* Non idcirco tamen minus in intercessionibus beneficio Senatusconsulti utuntur, *D. Neofad. obs. rer. jud. 18.*

TEXTUS.

De Creditore, qui licet non sit Dominus tamen alienare pignus potest.

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 debitorum temere suarum rerum dominium amittere viderentur, nostra constitutione consultum est, Et certus modus impositus est, per quem pignorum distractio possit procedere: cujus tenore utriusque parti creditorum Et debitorum satis abundeque provisum est.*

NOTA.

1. *Ex pactione*] Idem est, licet pactio nulla interposita, l. 4. *D. de pign. act.* neutrum autem procedit sine prævia denuntiatione, l. 4. *C. de distr. pign. l. 10. C. de pign.* Sed etsi convenerit, ne liceat vendere, adhuc tamen distrahi potest, modo trina præcesserit denuntiatio, d. l. 4. *de pign. act.*

*Qui ab initio pactus*] Aut etiam ex intervallo, d. l. 4. *D. de pign. act.* Itaque hic casus non magis huc pertinet, quam cum procurator voluntate domini rem alienat, §. 42. *sup. de rer. div.* Rectius huc referas tutores & curatores.

*Nostri constitutione*] l. ult. *C. de jur. dom. imp.* ubi nova forma distrahendi pignoris prolixè præscribitur, cui locus sit, cum de vendendo eo nihil nominatim convenit.

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, Et solutio sua die facta non fuerit?*
3. *Formam vendendi pignoris à Justiniano præscriptam vix ullibi locorum observari.*

**H**ic ex adverso ostenditur, etiam cum aliquando, qui dominus non est, alienandæ rei potestatem habere, exemplo creditoris pignoratitii. Magis autem huc pertinent tutores & curatores, quibus res pupillorum suorum & adutorum alienandi potestas non à domino, sed jure tributa est, l. *bona fidei. 109. de verb. sign.* quamvis his non quævis permissa alienatio, nec omnium rerum absque decreto. De quo vid. l. 9. §. *si quis. 1. l. 12. §. 1. l. tutor. 22. l. Lucius. 46. §. ult. de adm. tut. l. non omni. 16. l. lex qua. 22. C. cod. l. 1. Et pass. de reb. cor. qui sub tut.*

*Ex pactione*] Pertinet igitur hic locus ad alienationem pignoris conventionalis. Ait, *ex pactione*. Quid ergo si de distrahendo pignore nihil convenerit? Adhuc eo jure utimur, ut distrahere liceat, l. 4. *de pign. act.* Quin hoc ipsi naturæ pignoris inest. Atque hic casus potius ponendus fuerat, quam cum pignus alienatur ex conventionem atque expressa voluntate debitoris, per ea, quæ statim sequuntur. Imo tantum abest, ut pactio ad alienationem pignoris necessaria sit, ut etiam si nominatim contra convenerit, ne liceret pignus vendere, adhuc tamen liceat, si modo ter (per justa intervalla, quod juxta arbitratum. *Negul. de pign. 1. membr. 6. part. principal. num. 4. Schneid. hic num. 3.*) prius debitori denuntiatum fuerit, ut solvat, & cessaverit, d. l. 4. *de pign. act.* alioqui si nunquam liceret vendere, creditori pignus esset inutile; ut adeo tale pactum sit contra naturam pignoris. Enimvero nec illo casu, quo nihil de distrahendo pignore actum est, absque præcedente denuntiatione pignus vendi potest, sed una tantum denuntiatione sufficere putatur, *argum. d. l. 4. de pign. act. l. 3. C. de jur. dom. imp. l. 4. C. de distr. pign. l. debitoribus. 18. C. de adm. tut.* quamvis etiam hoc casu tres desiderare videatur Paulus 2. *sent. 13.* Hoc amplius potæram cum Castrenf. ad d. l. 4. *Negul. 1. membr. 6. part. pr. n. 1. Schneid. num. 2.* contra *Gloss. Salic. in l. 1. C. de distr. pign. Resemb. hic.* etiam tunc unam saltem denuntiationem requiri, cum expresse convenit, ut pignus vendere liceat; cum nec ante debitor constituitur 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. *debitoribus. 10. C. de pignor. Et d. l. 4. C. de distr. pignor.* Sed illud interest, quod ubi de distrahendo pignore convenit, biennium post denuntiationem non expectatur, uti fit in duabus speciebus reliquis ex constitutione Justiniani, d. l. 3. §. 1. *C. de jur. dom. imp. Schneid. hic. num. 3.* 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. *magnam. C. de contr. stip. Negul. d. loc. & Schneid. hic num. 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 pro-

nus sequitur, ad debitorem constituendum in mora nihil aliud desideratur, quam ut dies venerit, ergo hoc etiam sufficit ad jus distrahendi pignoris. Quippe pignoris obligatio diversa est à principali: nec si ob. moram debentur usuræ, & rei debitæ periculum in debitorem transfertur, ideo statim etiam nulla præcedente denuntiatione licebit vendere pignus in gravissimum præjudicium debitoris. Nec obstat *d. l. 8. §. 3. de pign. act.* loquitur enim de jure vendendi pignoris, quod ex conventionione competit ob non solutam sua die pecuniam. Quo tamen & ipso casu non solum humanius, sed etiam tutius facturus esse 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. agas. Bald. in l. 4. C. de distr. pign. Castr. in l. 4. de pign. act. Ant. Fab. C. suo de distr. pign. defn. 13. add. Joan. à Sande rer. jud. lib. 3. tit. 12. defn. 20.* Quid quod hoc ipsum, quod DD. pro certi juris regula ponunt, solo die lapsu citra aliam interpellationem debitorem constitui in mora, non usque adeo certum est; & sunt, qui falsum existimant. *Ferres. tractat. de mora. Charond. 3. versimil. 10. Bachov. in Troustl. disp. de usur. th. 7.* quanquam horum argumentis solide mihi respondisse videtur *D. Guiliel. Masius sing. opin. lib. 2. c. 4.*

*Quamvis ejus ea res non sit*] Pignus in bonis debitoris manet, *l. pignus. 9. 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 hoc 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, *§. nihil. 42. sup. de rer. div.*

*Nostra constitutione consultum*] Olim jus vendendi pignoris liberius fuit, quod Justinianus ita coercuit, ut nec creditores putaverit habere, quod conquerantur, & debitoribus justum spatium esse ad expediendam solutionem. Summa constitutionis Justinianæ, quæ est *l. ult. C. de jur. dom. imp.* huc redit; ut si de vendendo pignore nihil convenerit (alioqui forma conventionione præscripta in distractione servanda est) jus sit creditori altero demum post denuntiationem anno id vendere. Si emptor non extet, debitorem ut moneat, ut intra certum tempus pignus luat, aut non apparenti tempus, quo id facere possit, per judicem præscribat. Hoc autem frustra tentatio, ut possit creditor à Principe petere facultatem pro domino possidenti: qua tamen impetrata adhuc biennium debitori detur, ut interim debitum cum eo, quanti creditoris interest, quaesita 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. Bar. d. l. 4. de pign. act. & d. l. ult. C. de jur. dom. imp. Schneid. hic. num. 6. Baron. comm. part. 2. Christin. vol. 4. decis. 172. n. 3.* & ibi citat. Antiqua ratio planior & simplicior hæc fuit, ut annua pignoris proscriptioe creditor ejus dominus efficeretur, si debitor id non lucret. Moribus nostris vix convenit, ut creditor privata auctoritate pignus distrahat, sed distractio additione fieri solet auctoritate magistrat-

tus, uti jure Rom. in iis pignoribus, quæ in causa judicati capiuntur, *l. 2. C. si in ca. jud. pign. cap.* in quibus quid juris sit, quid item in pignore prætorio, disce ex *l. Divus. 15. §. 2. & seqq. de re. jud. l. cum proponas. C. de bon. auct. jud. possess. c. quoad consultationem. n. de sentent. & rejud. Dyn. in l. si finita. 15. §. Julianus. 16. de damn. inf. Negus. d. loc. num. 7. & seqq. Christin. vol. 4. decis. 165. vid. Marul. lib. 4. tit. 100. cap. 1. num. 10. Neostad. decis. 90. supr. cur.* Finis venditi pignoris est, ut ex pretio inde redacto creditori satisfiat: quod ultra consecutus est, id restituere debet, teneturque eo nomine actione pignoratitia: sicut vice versa in id, quod deest, creditori actio competit adversus debitorem vel fidejussorem ejus, *l. 6. de pign. act. l. 9. §. 1. 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. parat. de distr. pign. num. 1. & 10.*

### T E X T U S.

De pupillo qui licet Dominus, non tamen sine tutoris auctoritate alienare potest.

2. Nunc admonendi sumus, neque pupillum, neque pupillam, ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. Ideoque si matruam pecuniam sine tutoris auctoritate alicui dederit, non contrahit obligationem: quia pecuniam non facit accipientis: ideoque vindicari nummi possunt, si ubi extant. Sed si nummi, quos mutuo minor dederit, ab eo, qui accepit, bona fide consumpti sunt, condici possunt: si mala fide, ad exhibendum de his agi potest.

### N O T A.

2. Ideoque si mutuum pecun.] A remotione generis ad remotionem speciei. Nam & mutui datio alienatio est, *l. 2. §. 2. l. 16. l. pen. D. de reb. cred. d. l. 9. princ. de auct. tut.* & in nativo suo significato, *l. 1. C. de fund. dor.* ita interpp. omnes, & novissime Fabrot. & Grpt. in *spars. flor.*

*Bona fide consumpti*] Consumptio bona fide facta conciliat mutuum & conditionem parit, *l. 19. §. 1. D. de reb. cred.* Valetque hoc etiam in nummis alienis mutuo datis, *l. 11. §. ult. cum 2. ll. seqq. eod.*

*Si mala fide, ad exhibend.*] Nam qui dolo malo consumpsit, pro eo est, ac si non consumpsisset. Dolus enim pro possessione est, *l. 131. 150. de reg. jur.*

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

1. Corpora, que mutuo dantur, alienari. De quo cum *D. Salmasio sermo.*
2. Nummi quando consumpti intelligantur.
3. Mutuum non confirmari consumptione nummorum facta mala fide.
4. Cur in casu consumptionis mala fidei, tantum actionis ad exhibendum hic mentio fiat, emendato errore *Cujacii.*

Redit

**R**edit 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 reb. in int. l. lex qua. 22. C. de adm. tut. item is, cui bonis interdictum est, qui, cum de eo obligando, aut alienando deminuendo ve ejus patrimonio agitur, in eadem causa cum furioso habetur, l. 6. de verb. obl. l. 12. in fin. de sur. dat. tum etiam ceteri, qui ob vitium morbumve corporis in curatione sunt, rerumque suarum administrationem non habent, de quibus in §. 4. sup. de curat. l. 8. §. 3. d. l. 12. in pr. de sur. & cur. dat. Filius quoque familiae non potest alienare bona adventitia, quorum ufum fructum pater habet, l. ad. §. ipsum. 5. vers. Filius a. C. de bon. qualib. Interdum causa, ex qua res traditur, alienationem impedit, ut donatio inter virum & uxorem, Pand. & C. 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 auct. tut. l. 11. de acq. rer. dom. Ceterum auctore tutore & obligari potest, modo infantiam excesserit, & res suas recte alienat. d. l. 9. l. 5. de reg. jur. §. pupillus. inf. de inut. stip. res intellige, quarum alienatio sine detrimento non est interdicta. Nam prædixi pupillorum olim rustica, postea omnia, & res etiam mobiles, quæ sine detrimento servari possunt, absque decreto magistratus alienari prohibita, l. 1. & tot. tit. de reb. cor. qui sub. tut. & tit. C. de præd. & al. reb. min. sine dec. non. al. d. l. lex qua. C. de adm. tut.

*Ideoque si mutuum pecuniam, &c. non contrahit obligationem*] A genere ad speciem. Pupillus nullam rem sine tutoris auctoritate alienare potest: ergo nec mutuum pecuniam dando eam facit accipientis: quo fit, ut nec mutui obligatio contrahatur, nec conditio pupillo competat: siquidem mutui obligatio, nisi nummi accipientis fiant, non nascitur, l. 2. §. 2. de reb. cred. Supponit igitur Imp. id quod mutuo datur alienari, seu mutui dationem esse speciem alienationis. Quod & alibi constanter traditum est, l. 9. pr. de auct. tut. l. 16. l. pen. de reb. cred. nec minus peripicuum, 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 sit in permutatione; an frumentum ita datum, ut pro eo reddam aliud frumentum, ut sit in mutuo? Est igitur mutui datio, alienatio in nativo suo significato: & ita interp. omnes, ac novissime Fabrot. ad Theop. & Gros. in spars. flor. De quo cum sermone habere cum summo atque incomparabili viro D. Claud. Salmasio, hæc tamen 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 fortis, quæ diversum quid esset à data specie apud debitorem pereunte, & in qua proprie substantia mutui consisteret, uti recte docuisset Car. Molin. tractat. de usur. Et simul interveniu 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. repetitio. 44. de cond. ind. l. 6. §. apud Labeonem, qua in fraud. cred. l. 91. de verb. sign. Proprie tamen loquendo nec ipsa fors nostra manet: nec enim quod nobis debetur, quod est in credito, proprie nostrum est, l. 27. §. 2. l. 34. princ. de aur. arg. mund. leg. Boet. in Top. lib. 2. pecunia in nominibus debita non est nostra, sed debitorum. Et ita in l. 1. de lib. leg. & ideo creditoris non vindicatio fortis, sed tantum conditio datur, qua intendat, verbi causa, centum sibi dari oportere, nemo autem rem suam condicit, aut sibi dari oportere intendit, §. 14. inf. de act. l. ult. in fin. usufr. quem. cav. Non male igitur mutuum à Cujacio definitur alienatio pecuniæ sub lege reddendæ quantitatis ejusdem, parat. C. si cert. pet.

*Vindicari nummi possunt, sicubi extat*] Similis locus est in l. 11. §. ult. de reb. cred. At, inquis, de pupillo responsum est, eum nisi præsentem tutorem ne possessionem quidem, quæ naturalis est, alienare posse, d. l. 11. de acq. rer. dom. rationi autem juris non convenire, ut possidentis detur vindicatio adversus eum, qui nec natura possidet. Resp. ut vindicacionis 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. possessionem. 29. de acq. poss.

*Bona fide consumpti*] Non est mirum, nullos apud auctores plures & crassiores errores reperiri, quam apud scriptores notarum: quippe quibus tempus non est vano aut cibro utendi. Dion. Gothofredus ad l. 9. §. 2. de auct. tut. scribit, pecuniam in proposito intelligi consumptam, cum is, qui accepit, eam alteri credidit aut in solutum dedit: utiturque argumento l. non omn. 19. §. 1. de reb. cred. quo tamen loco hoc ipsum aperte negatur: & recte. Nam datio in solutum aut creditum non facit, quo minus pecunia adhuc extet, & certo appareat. Quamdiu autem extat & certo appareat, non potest dici consumpta; & apud quemcunque, aut ubicunque extat, in eadem causa & ejusdem manet, & à domino vindicari potest, ut proxime Imp. dixit. Quando igitur consumi intelligitur? nimirum cum quis ea 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 confaverit. Quo facto pecunia extinguitur. Neque obstat distinctio §. cum ex aliena. sup. de rer. div. Nam vas ex nummis aureis vel argenteis conflatum ad rude quidem aurum vel argentum reduci potest, ad priorem speciem sive monetam non potest. Plane possunt auctoritate Principis nummi ejusdem potestatis & eadem figura inde cudi: sed nova hæc monera & species est, non illa, quæ prius fuerat. Deinde etiam corporibus nummorum integris manentibus; veluti si quis

Hh

num-

nummos acceptos ita aliis miscuerit, ut discerni non possint: nam etiam ea re eum, qui accepit, dominium fieri placet, *l. si alieni. 78. de solut. Don. ad l. rogasti. 11. §. ult. d. t. n. 9.* Ait, *bona fide.* Quod ergo in *d. l. non omnia. §. 1. de reb. cred.* & si qui sunt alii loci similes, dicitur simpliciter, si pupillus sine tutoris auctoritate credendi causa pecuniam dederit, consumpta ea nasci conditionem, id ex *hoc loco junct. d. l. rogasti. 11. §. ult. d. tit. l. 9. §. 2. de auct. tut.* sic interpretandum erit, si bona fide ab accipiente consumpta sit, ignorante scilicet, pupillum esse, qui credidit. Efficitque hoc etiam ratio juris; quia quæ dolo malo consumpta sunt, non alio iure habentur, quam si adhuc extarent, nec consumpta essent, *l. qui dolo. 131. l. parem. 150. de reg. jur.* ac proinde cum malæ fidei consumptio consumentem dominum non faciat, nec mutuum ea consumptione confirmabitur, *Donell. d. loc. num. 7.* Quod vero D. Bachovius putat, non obstare malam fidem, quominus consumptione dominium quærat, & tamen bona fide tantum facta consumptione mutuum, quod ab initio non consistebat propter inutilem numerationem, convalescere, id mihi plane *avertum* videtur. Et sententia Bachovii, quod per consumptionem & similes acquirendi modos dominium acquiratur, citra considerationem bonæ aut malæ fidei, etiam extra causam accessionis, supra à me refutata est *sub §. cum ex aliena. 25. de ver. div.*

*Condicti possunt*] Quod valet in nummis alienis mutuo datis, ut his bona fide consumptis ei, qui dedit, conditio detur tanquam ex mutuo, *l. 11. §. ult. cum 2. ll. seqq. de reb. cred.* id valet & in ea pecunia, quæ dantis fuit, si is rei suæ alienandæ facultatem non habuit, qualis est pupillus. Quapropter si pupillus sine tutoris auctoritate crederit, consumptis nummis & illi conditio nascitur, *l. non omnia. 19. §. 1. de reb. cred.* & omnino quæ translata ab initio pecuniæ vis est, eandem esse placet & bona fide consumptæ, quasi translata: unde recte dicitur, quod ab initio non valebat ex numeratione, confirmari pecuniæ consumptione bona fide facta. *DD. in d. l. 11. §. ult. & d. l. 19. §. 1.*

*Si mala fide, ad exhibendum*] Puto tamen, & conditionem in proposito dari, non quidem quasi ex mutuo, quia consumptio mala fide facta dominum non facit, ut paulo ante probavimus: sed conditionem sine causa, utpote quam constat etiam adversus prædonem fructuum consumptorum nomine dari, *l. 3. C. de cond. ex leg. l. 4. C. de crim. exp. her.* Ait, *ad exhibendum.* Imo & 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 dolo 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 duntaxat? Quia utili iudicio ad exhibendum semper consequitur actor id totum,

quod sua interest, *§. 3. inf. de off. jud. vel* permittitur rei petitæ æstimatio ipsius iurijurando, ut sit in eadem actione directa, si possessor per contumaciam rem non exhibeat: quo casu per iusjurandum in litem petitoris possessorem damnari certum est, *l. 3. §. 2. ad exhib.* Cum igitur præparatorio iudicio illud ipsum consequatur actor, quod rem vindicando consecutus esset, nihil superest, quod alia actione persequatur. Ita in simili Juriscons. *d. l. 11. §. ult. de reb. cred. Vindicari nummi possunt, si extant, aut, si dolo malo desinam possideri, ad exhibendum agi.* Cujus loci lectionem frustra Donellus conatur emendare.

## T E X T U S.

3. *At ex contrario omnes res pupillo & pupilla sine tutoris auctoritate recte dari possunt. Ideoque si debitor pupillo solvas, necessaria est debitori tutoris auctoritas: alioqui non liberabitur. Sed hoc etiam evidentissima ratione statutum est in constitutione, quam ad Casarienses 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 & iudex pronuntiaverit, & debitor solverit, sequatur huiusmodi solutionem plenissima securitas. Sin autem aliter quam disposuimus, solutio facta fuerit, pecuniam autem salvam habeat pupillus, aut ex ea locupletior sit, & adhuc eandem pecunia summam petat, per exceptionem doli mali poterit submoveri. Quod si male consumpserit, 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 pupilla solvere sine tutoris auctoritate non possunt: quia id, quod solvant, non fit accipientis: quom scilicet nullius rei alienatio eis sine tutoris auctoritate concessa sit.*

## N O T A.

3. *Plenissima securitas*] Ita ut nec in integrum restitutioni sit locus; quod beneficium sola tutoris aut curatoris interveniens auctoritas non excludit, *sic. C. si tut. vel cur. int.*

*Salvam habeat, aut locupletior*] *L. 15. l. 47. l. 66. D. de solut. l. 4. §. 4. de dol. exc. l. 14. D. de cond. ind. l. 57. de reg. jur.* Non debet pupillus occasionem juris ad iniquum trahere cum detrimento alieno compendium, *l. pen. in fin. de reb. eor. qui sub tut.* Quando locupletior factus intelligatur, & quo tempore id inincipiatur, discit ex *l. 4. D. de except. d. l. 47. pr. & §. 5. de solut.*

Mala

*Male consumpserit*] Th. *aratus idem nomen*, per luxam prodegerit.

*Aut vi*] Deest in vet. lib. Cujac. Hotom. nec Th. habet.

*Nullius rei alienatio*] Argumentatio à genere ad speciem, quæ valida est *aratus lib.* Nota & solutionem esse speciem alienationis, *d. l. 9. §. 2. D. de auct. tut. l. pen. D. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1. Debitorem pupillo sine tutoris auctoritate solventem non liberari, licet dominium rei soluta 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 atati non restitui.
5. Quid sit nummos sine tutore aut iudice sibi solutos salvos habeat pupillus.
6. Cujus periculo sit pecunia, quam pupillus sine tutoris auctoritate credidit aut in solutum dedit.

**S**ine tutoris auctoritate dari] Pupillus quantum ad acquirendum, non indiget tutoris auctoritate, *l. 11. de acquir. rer. dom.* semper enim conditionem suam meliorem facere potest, *sup. de auct. tut. in princ.*

*Ideoque si debitor*] Hotom. & Wesemb. pro ideoque, legendum censent, *quanquam.* Quia nulla hic conclusio ex præcedente propositione, sed diversæ causæ propositio, & præcedentis regulæ exceptio: nisi hoc in præcedentibus dicamus subintelligi oportere, ut scilicet quidvis pupillo recte detur sine tutoris auctoritate, cæterum hætenus, ut ex eo pupillus ipse neque obligari, neque obligationem alienare aut tollere possit. Alii hinc illationem fieri ajunt non ex proxima, sed ex superiore sententia. §. *prac. in pr.* ubi traditum, pupillum nullam rem sine tutore alienare posse: huic enim esse consequens, ut nec sine tutoris auctoritate pupillo recte solvatur. Quippe admittitur solutio debitorum liberari, pupillumque obligationem & actionem, quam habebat, alienare aut perimere, *l. pupillo. 15. de solut.* quod ut speciosius dicatur, ex duobus hisce §§. unum faciunt. Sed pergamus.

*Si non solverit auctoritate tutoris, non liberabitur*]

1 Licet dominium rei solutæ transferat. Nam quemadmodum qui cum pupillo contrahit, pupillo obligatur, quamvis pupillum sibi non obliget, *sup. de auct. tut. in pr. l. Julianus. 13. §. si quis. 29. de off. emp.* 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 æquo liberatio ipso jure contingit, *l. Lucius. 46. §. tutela. 5. de adm. tut.* 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. si stipulatus. 11. de solut.* scilicet quia ex hujusmodi stipulatione nullum jus obli-

gationis pupillo quaeritur. Et solutio sic accipitur, quasi ipsi creditori solutum esset, qui ita sibi solvi voluit, *l. si stipulatus. 99. d. tit. de quo ex professio infra §. si quis alii. 4. de inut. stip.*

*In constitutione quam ad Cæsarienses advocatos*] Missa est hæc constitutio ad Joannem præfectum prætorio: intelligit enim *l. sancimus. 25. C. de adm. tut.* quod ipsa verba, istius constitutionis, quæ hæc translata sunt, ostendunt. Promulgata tamen hic dicitur ad Cæsarienses advocatos, nimirum quia ad interrogata eorum & consultationem emissæ sunt, ut arguunt multæ aliarum constitutionum, *l. ult. C. de pact. l. si major. C. de legis. hered. l. si fidejussor. 27. C. de fidejuss. l. optimam. C. de const. stip. junct. §. item verborum. inf. de inut. stip.* quæ omnes ad diversas consultationes & quaestiones à Cæsariensi advocacione propositas scriptæ, & ad eundem Joannem P. P. missæ sunt; quippe cujus auditorio advocati Cæsarienses militabant. Intelligi autem advocatos, qui erant in urbe Cæsarea, non illa Cappadociæ, ut Balduinus, Cujacius & Fabrotus existimant, sed Palestiniæ, perspicuum est ex *d. l. si fidejussor. C. de fidejuss.* ubi eadem advocatio, quæ passim Cæsariensis Palæstina appellatur.

*Ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem solvere*] Locutio implicata, quæ sic construenda & ordinanda est; *Ita licere* (id est, *permitti. jus esse*) *debitorem* 3 *pupillarem solvere tutori vel curatori, &c.* *Solvere*, id est, *numerare quod debetur.* Theophilus, *ποινασθαι τινα τω δαλλω.* Anton. Fab. 13. *conject. 13. & jurispr. 12. pr. 7. illas. 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 habent) *si prius judicialis sententia, &c.* Sed præterquam quod hæc locutio non facile obvia, *solvere debitorem*, pro liberare obligatione; quamquam unus & alter locus occurrit, in quo debitor solutus pro liberato dicitur: *l. decem. 116. de verb. obl. l. si ex pluribus. 16. de accept. pugnât* illa Fabri expositio manifeste & cum sententia & cum verbis Justiniani, quæ illi mire torquet, ne videantur ob stare iis, quæ ex cerebro suo comminiscitur contra veram & receptam sententiam. Quæ hæc est; Quamvis ipsi tutori, ejusve auctoritate pupillo facta sit solutio, eaque solutio debitor ipso jure liberetur; nihilominus tamen, pecunia male consumpta, male collocata, patere pupillo, si tutor solvendo non sit, restitutionem in integrum, nisi sententia judicis intervernerit, *l. 1. C. si adv. sol. l. 2. C. si tut. vel cur. int. Vid. Gomez. 2. resol. 14. n. 4. Mauriti. de rest. in int. c. 176. & seq. Brisson. lib. 1. de solut. sect. 4.*

*Si prius judicialis sententia*] Excipiuntur reditus annui, & cæterarum rerum pensiones, quæ minoribus tutore aut curatore auctore, aut ipsi tutori curatorive, etiam sine iudice tuto solvuntur, *d. l. sancimus. 25. C. de adm. tut.* Siquidem & molestum esset, quotannis adire judicem; & incommodum minori, diu differri solutionem ejus rei, unde ferè ali solet. Quod tamen & ipsum sic postea Justinianus temperavit, si non excederent metas biennii aut summam centum solidorum, *l. constitutionem. 27. C. d. tit.*

*Sine omni damno*] Id est, ut Theophilus interpretatur,



tur, *δὲ καὶ μὴ ἐπιπύλλου*. sine ullo scilicet sumptu aut impensis in iudicium, scribarum, viatorumve mercedibus. Nam iniquum esset, debitorem sumptu onerari ex persona creditoris.

4 *Sequitur huiusmodi solutionem plenissima securitas*] Ita ut nec adversus solutionem decernente iudice factam beneficio ætatis in integrum restitui postulans audiatur. Cui non obstat, quod placet, minorem etiam restitui contra factam ex decreto iudicis venditionem, *l. 11. C. de præd. min.* nam debitor ex necessitate solvere tenetur: emptor potest non emere. Jure veteri quoque hoc obtinuit, ut solutio decernente ac statuente iudice facta à debitore minoris plenissimam liberationis securitatem pareret: & procedebat hoc ita etiam si minoris curatorem non habenti decernente iudice solutum esset, *l. 7. §. 2. de minorib.* Cæterum liberatio nihilominus ipso jure contingebat, si tutori vel curatori solutio facta esset, quantumvis sine iudice: solum hic supererat 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 iudice factam aut ad liberationem ipso jure non prodesse, licet tutor vel curator intervenierit; 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, patuisset minoribus remedium extraordinarium. Hodie vero esse, quod de se querantur debitores, quod non solverint secundum præscriptum constitutionis Justinianæ.

5 *Pecuniam autem salvam habeat*] Et si solutione sine tutore iudiceve facta eandem pecuniam petere adhuc pupillus potest, aut ipso jure, aut per restitutionem in integrum: si tamen nummi salvi sint, eosque penes se domi pupillus habeat, iterum petentem eum doli mali exceptione debitor removebit, quod iniquum contra bonam fidem lucrum caperet, *l. pupillo. 15. de solut. l. bona fides. 57. de reg. jur. l. pen. §. 1. de reb. eor. qui sub sus.* Eodemque modo consumptis nummis, si ex his locupletior factus iterum petat, exceptione repellatur, ne ditetur cum alieno detrimento, contra quam natura æquum est, *l. 4. §. si quis. 4. de dol. mal. exc. l. in pupillo. 47. de solut. l. nam hoc. 14. de cond. ind.* Qua de causa ex omnibus eum negotiis eatenus teneri receptum est, quatenus patrimonium ejus auctum sit: ut nihil mirum, si solutione locupletatus iterum petens exceptione summoveatur, cum etiam ultro adversus eum factum locupletiosem ex contractu negotiove gesto actio competat, *l. 3. §. pupillus. l. 6. in pr. de neg. gest. l. 5. in pr. & §. 1. de auct. sus. l. naturaliter. 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. si pupilli. 66. de solut.* Hoc amplius &, si rem sibi necessariam ex nummis solutus pupillus emit, quam alioqui de suo, empturus fuerat, licet ea ante litem contestatam perierit, quasi locupletior factus intelligitur; quia tantundem de suo perditu-

rus erat, etiam si nummos solutos non accepisset, *l. in pupillo. 47. §. 1. de solut.* Utrum autem pupillus locupletior factus sit, necne, in huiusmodi quæstionibus eo tempore spectatur, quo agitur, seu tempore litis contestatæ, *d. l. in pupillo. §. 1. l. 4. de except. l. litis. 37. de neg. gest.*

*Quod si male consumserit*] Si pupillus, cui sine tutore aut iudice solutum est, pecuniam salvam non habeat, neve ex ea locupletior factus sit, sed male, profuse, *ἀσώτως* eam consumserit, non juvabit debitorem doli mali exceptio, sed iterum eandem summam solvere cogitur. Plane si pupillus partem adhuc salvam habeat, aut pars in rem ejus versa sit, hæcenus proderit debitori doli mali exceptio, ne ultra condemnatur, quam pupillo abest. Ex his autem quæ disputata sunt, intelligimus quid sibi velit Accursius, qui in *l. 7. §. 2. de minoribus*, scribit, debitorem pupillarem, solventem triplicem posse consequi liberationem aut securitatem; plenam, plenioram, & plenissimam. Plenam, si pupillo sine tutoris aut iudicis auctoritate solverit, & pecunia pupillo iterum petenti salva sit, inve rem ejus versa. Ut hic *& supra ad. ll.* in quo effectum rei spectavit: nam vi ipsa debitor esse definit, qui exceptionem perpetuam sibi quæsit, *l. 10. l. creditor. 55. l. debitor. 108. de verb. sign.* Plenioram, si solverit tutori, ejusve auctoritate pupillo, non interveniente iudicis sententia: quo casu quidem liberatio ipso jure procedat, ita tamen, ut relinquatur adhuc metus aliquis restitutionis in integrum, *l. 1. C. si adver. sol.* Plenissimam, si solutio facta sit auctoritate & decreto iudicis; quod cum factum est, etiam restitutionis metus omnis tollatur. Quæ eadem Bartoli in *dist. l. 7. §. 1. cæterorumque interpretum* distinctio est, ab Antonio Fabro multis quidem verbis, sed nulla probabili ratione improbata, *lib. 17. conj. 13.*

*Ex diverso, pupilli solvere sine tutoris auctoritate non possunt*] Quemadmodum pupillus mutuum dando non contrahit obligationem; quia pecuniam non facit accipientis: ita eadem ratione nec solvendo creditori suo, quod debet, liberatur. Cæterum quemadmodum consumptis nummis, quos mutuo dedit, conditio ei nascitur: ita & consumptis, quos dedit in solutum, contingit ei liberatio, *l. non omnis. 19. §. 1. de reb. cred. l. 9. §. 2. de auct. sus. l. 14. §. ult. de solut.* Quid ergo, si 6 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.* Azonem secutus, pupilli periculum esse putat: quoniam ita jus sit, ut res pereat suo domino, *l. 6. l. 9. C. de pign. act.* Sed recte cum *Gloss. & DD. comm. Zas. ibid. num. 8.* contrarium defendit; ne, quod favore pupilli introductum est, ut ne credendo aut solvendo dominium transferat, in perniciem ejus vertatur, contra *l. quod favore. C. de legibus*, & quod dicitur, casus fortuitos spectare dominum, hanc exceptionem habere intelligi debet, nisi quis propter favorem dominus remaneat, aut jure singulari dominum non transferat. Hoc enim non debet conditionem accipientis meliorem facere: sed quoad cætera perinde habendum, ac si quis alius credidisset aut solvisset.

## TITULUS IX.

## PER QUAS PERSONAS CUIQUE ACQUIRITUR.

C. Lib. 4. Tit. 27.

Ratio ordinis, &amp; argumentum tituli.

**H**ic titulus totius superioris disputationis quandam quasi ampliationem continet, ostendens, non solum nobis acquiri *ἀμι-στος* per nosmetipsos, verum etiam per alios *ἰμμίσις*. Personarum, per quas acquirendi facultatem habemus, enumerantur in principio; ex qua enumeratione perspicuum est, eos, per quos nobis acquiratur, 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 iusta 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 acquiri possit: ac postremo ab acquisitione rerum singularum transitur ad modos, quibus acquirimus res universas.

## TEXTUS.

## Summa.

*Acquiritur 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 bonâ fide possidetis: de quibus singulis diligentius dispiciamus.*

## NOTA.

*Quos bon. fid. possidetis*] Ergo non tantum per eos, qui revera nobis subjecti sunt, acquirimus, sed etiam qui iusta opinione nostra.

## COMMENTARIUS.

**A***Acquiritur vobis*] In aliis libris hæc & quæ porro sequuntur, leguntur in prima persona, *acquiritur nobis*, &c. uti apud Cajum, l. 10. *de acquir. ver. dom.* unde hic titulus per magnam partem descriptus est: eoque modo etiam Theophil. huic 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. *potestatis*. 215. *de verb. sign.*

## TEXTUS.

De liberis in potestate.

*I. Igitur liberi vestri utriusque sexus, quos in potestate habetis, olim quidem quicquid ad eos*

*pervenerat (exceptis videlicet castrensibus pecuniis) hoc parentibus suis acquirerebant sine ulla distinctione: & hoc ita parentum fiebat, ut etiam esset iis licentia, quod per unum vel unam eorum acquisitum 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 acquiratur. Quæ enim invidia est, quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti? Quod autem ex alia causa sibi filius familias acquisivit, huius usumfructum patri quidem acquirat, dominium autem apud eum remaneat: ne, quod ei suis laboribus vel prospera fortuna accesserit, hoc in alium perveniens, luctuosum ei procedat.*

## NOTA.

*I. Castrensibus pecuniis*] Quæ primum filiosfam. militibus concessa; postea etiam veteranis seu militia missis, *pr. inf. quib. non est perm. fac. test.* *Juven. sat.* 16. Postremo ad exemplum castrensis etiam quasi castrense peculium exceptum, quasi militum contemplatione litterarum militiæ, §. *ult. inf. de mil. test.*

*Sine ulla distinctione*] Id est, peculium omne pagani pleno jure patri acquirerebatur. Non distinguebant inter profectitium & adventitium, neque inter usumfructum & proprietatem.

*Generali constitutione*] L. 6. C. *de bon. qua lib.* qua, quod circa bona materna & materni generis, item lucra nuptialia jam ante à diversis principibus statutum erat, l. 1. & 2. C. *de bon. mat.* l. 1. 2. 6. & 7. C. Th. *cod. l. 1. l. 4. C. de bon. qua lib.* ne ἀνυπόβολοι abiret, produxit ad bona omnia adventitia.

*Honorem debitum*] Th. τὸ ἐπιπροσβόλον ἐφύλαξεν, *debitum reservavit*, & vox honorem abundare videtur, Cujac. quoniam hic non agitur de honoris debito, sed acquisiti. Deest quoque in emendatissimis editionibus, teste Fabrot.

*Usumfructum patri*] Quidam etiam casus sunt, quibus peculii adventitii plena proprietate filio acquiritur, l. *ult. §. 1. C. de bon. qua lib.* *auth. excipitur*, cum 2. *segg. C. cod. Peculium adventitium*, ξίον, ἐπιλυτον, *Gloss. lat. gr.* quod aliunde, quam à patre obvenit, & quasi πᾶσις.

## COMMENTARIUS.

1. Post occupatam demum romp. filiisfam. primum militibus; deinde etiam veteranis peculium castrense pleno jure concessum: procedente tempore & quasi castrense.
2. Quid sit peculium filiisfam. quot ejus species, & quid singula.
3. Translato in Thraciam imperio primum bonorum maternorum, mox etiam materni generis, & lucrorum nuptialium, novissimè omnium adventitiorum proprietatem filiisfam. concessam, solo usufructu apud patrem relicto.
4. Quid moribus nostris & Gallorum.

**E**Xceptis castrensibus peculium Florente republ. peculium filiisfam. uniusmodi fuit. Nam ut servus domino, ita filius patri cuncta pleno jure acquirebat: idemque planè jus & in corpus & in bona liberorum pater habebat, quod dominus in servos: cujus rei inter alios testis locuples est Dionys. Halicarnastensis lib. 8. Romani, inquit, proprium nihil possident, quamdiu patres eorum in vita manent: sed & pecuniæ & corpora filiorum parentum potestati arbitrioque permittuntur: omniaque parentibus acquirunt quasi servi, ut *παιδῶν καὶ ἀδελφῶν πατέρων*. 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 dimittis, *inf. quib. non est perm. fac. test. in pr.* Ex quo filiisfam. in hoc peculio jus ac vicem patrumfam. obtinere coeperunt, *l. 2. de senat. Mac.* idque significat Juvenalis *satyr. 16.* his versibus;

Nam qua sunt parva labore

Militia, placuit non esse in corpore census,

Omne tenes cuius regimen pater.

Igitur quod ait, *olim quidem*, &c. excipiens peculia castrensia, id ad tempora Julii aut Augusti & sequentia referendum est, *l. 1. de testam. mil. d. pr. inf. quib. non est perm. fac. test.* Postremo, nec multo post, ad exemplum castrensis peculii etiam quasi castrense peculium exceptum & filiisfam. permittum est, *§. ult. inf. de mil. test.* Planè hæctenus adhuc diu jus vetus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus decessisset, bona castrensi pater jure peculii occuparet, *l. 2. de castr. pec. de quo plura alibi.*

*Sine distinctione*] Profectitii scilicet vel adventitii peculii, proprietatis & usufructus, inter quæ primus Justinianus est, qui differentiam generali lege introduxit. 2. Ex his porro patet, quicquid filiisfam. habet, sive concessione patris, sive partum suo labore aut aliena liberalitate collatum, id uno nomine peculium filiisfam. appellari; atque hoc docendi gratia ex ratione novi juris in duo genera posse dividi, ut dicamus peculium filiisfam. esse vel militare, vel paganum; & utriusque iterum duas esse species inferiores, illius castrense & quasi castrense, hujus profectitium & adventitium. Castrense est, quod per occasionem armatæ militiæ filius sibi acquisivit: quo quid contineatur, docent *l. castrense. 11. de castr. pec. l. 1. C. eod.* Quasi castrense est, quod in toga operam reipubl. navans paravit, puta ex professione liberalium artium, ex officiorum publicorum emolumentis, ex patrociniis causarum, & urbana illa incrimi-

que militia, *l. ult. C. de inoff. testam. l. 4. l. advocati. C. de adv. div. jud.* Liberalitatem quoque à Principe in filiisfam. collatam instar castrensis peculii haberi placuit, *l. 7. C. de bon. qua lib. in pos.* Utramque hoc genus ita proprium filiisfam. esse placuit, ut de eo statuere possit non secus ac si paterfam. esset, *d. pr. inf. quib. non est perm. fac. test. l. 1. §. nec castrense. 15. de collat. l. 2. de sen. Mac.* Adde quæ notavimus sub *§. ult. inf. de mil. test.* Profectitium peculium est, quod à patre sive contemplatione patris ab aliis ad filium proficiscitur. Adventitium, quod aliunde filio obvenit, sive id laboribus suis acquisivit extra causam armatæ aut togatæ militiæ, sive prospera fortuna ei accessit, puta ex maternis maternive generis hæreditatibus, lucris nuptialibus, legatis, & hæreditatibus amicorum, *l. 6. C. de bon. qua lib. & hoc text. in fin.* Illud totum patri secundum antiquam observationem adhuc acquiritur; hujus in universum proprietatem 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 itii acquisitum 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. certum. 13. C. fam. ere. l. filia. 12. C. de collat.* quod in adventitio mutavit Justinianus, *l. ult. C. d. tit.* convenienter priori suæ constitutioni, *l. cum oportet. 6. C. de bon. qua lib. in post.*

*Generali constitutione emissa*] Cum olim bona omnia 3 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. l. 1. & l. 2. C. Theod. eod.* Gratianus, Valentinianus, & Theodosius idem statuerunt de bonis materni generis, id est, ex materna cognatione delatis, *l. 6. C. Theod. eod.* eosque secuti Arcadius & Honorius, *l. 2. C. d. sis. l. 7. C. Theod. eod.* Theodosius porro & Valentinianus, Leo & Anthemius hoc etiam ad lucra nuptialia & sponsalitia produxerunt, *l. 1. l. 4. C. de bon. qua lib.* Postremo Justinianus generali constitutione emissa, quacunquæ ex causa filio quid acquisitum esset, quod adventitio peculio attribueretur, id omne ejusdem juris esse voluit, *d. l. cum oportet. C. eod. tit.*

*Si quid ex re patris, hoc secundum antiquam observationem*] In profectitio peculio nihil Justinianus mutavit: sed quicquid ex re patris filio obvenit, id totum vult patri acquiri, secundum observationem juris antiqui. Planè potest nihilominus aliquid commodi ex concessione hujus peculii ad liberos redire: nam & emancipatos sequitur, nisi nominatim ademptum sit, *l. donatones. 31. §. 2. de donat.* & bonis patris publicatis separatur & conservatur liberis, *l. 3. §. sed utrum. 4. in fin. de minor.* Ait, *ex re patris. in d. l. cum oportet. ex substantia patris.* Quid igitur dicemus, si quid filio obvenit, non quidem ex re aut substantia patris, sed patris occasione & contemplatione? DD. *hic. & in d. l. cum oportet.* id quoque peculii profectitii esse volunt, *arg. l. si serv. 21. cum l. si q. de usus.* ubi quod servo fructuario relinquatur aut

aut donatur contemplatione fructuarii, id fructuario acquiri dicitur, tanquam ex re ejus quæsitum, *facit l. sed si plures. 10. §. in arrogato. 6. in fin. de vulg. & pup. subff.*

[*Usum fructum patri acquirat, dominium apud eum remaneat*] Dominium posuit pro nuda proprietate, uti & in *d. l. cum oportet*. Hæc autem proprietatis concessio non tribuit filio jus eam sine patris consensu alienandi, *l. ult. §. ipsum autem. 5. C. eod.* Si ususfructus filio relictus sit, hic totus acquireretur patri; at eo mortuo redibit ad filium, *l. ult. C. de usufr.* Nonnunquam & plena proprietas filio acquiritur: quod Justinianus primo introduxit in hæreditate, 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 hæreditate fratris & sororis, ad quam una 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. qualib.* Moribus nostris & Gallorum adventitia omnia, sicut castrensia & quas, filii sibi, non patri, & in solidum acquirunt: in profectitiis tantum antiquum jus acquirendi per filium patri relictum est, *Gudelin. de jur. noviss. lib. 1. c. 14. Chassan. in consuetud. Burgund. §. 1. tit. Des enfans de plusieurs lits. ad vers. & fais les fruits. Petr. Gregor. syntagm. 11. c. 8. num. 12.* Enimvero quod provenit ex quæstu aut opera liberorum, quos parentes enutriunt, id pleno jure parentibus acquiritur, *Grot. 1. manduct. c. 6. add. Groenew. de leg. abrog. hic.*

TEXTUS.

De emancipatione liberorum.

2. Hoc quoque à nobis dispositum est & in ea specie, ubi parens emancipando liberos suos ex rebus, qua acquisitionem effugiebant, sibi tertiam partem retinere (si voluerat) licentiam ex anterioribus constitutionibus habebat, quasi pro pretio quodammodo emancipationis: & inhumannum 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 decreveret. Ideoque statuimus, ut parens pro tertia parte dominii rerum, quam retinere poterat, dimidiam non dominii rerum, sed ususfructus retineat. Ita etenim res intacta apud filium remanebunt, & pater ampliore summâ fruatur, pro tertia, dimidia potiturus.

NOTA.

2. Liberos suos] Th. *τῶν υἱῶν*. Cujac. Hotom. Fabrot. *liberum suum*, numero singulari, ut *inf. de serv. cogn. in pr. & l. 33. C. de inoff. testam.* Aurel. Victor: *Nerva Trajanum in liberi locum adoptavit.*

[*Anteriorib. constitutionib.*] Intelligit *l. 1. & 2. C. Th.*

*de matern. bon. quæ Constantini sunt, l. 6. §. 3. C. de bon. qualib.*

[*Pro pretio emancipationis*] Quasi remunerationis gratia *d. l. 1. & 2. d. l. 6. §. 3.* pro præmio delatæ emancipationis, *l. 3. C. de bon. matern.* nam emancipatio beneficium est quærendorum bonorum. *l. 1. si à par. quis man.*

[*Quod honoris*] Honorificum est filio, suæ potestatis & caput familiæ evadere.

COMMENTARIUS.

1. Cur, cum peculium profectitium, si pater id non ademerit, sequatur filium emancipatum, dimidia ususfructus adventitiorum, etiam expresse non reservata patrem.

[*Emancipando liberos suos*] Cujac. Hotom. Wesemb. *liberum suum*, numero singulari: quomodo etiam loquitur Justinianus *l. si quis. 33. C. de inoff. testam. & inf. de serv. cogn. in pr.* legitur, *liberum vel liberos*. Veteres autem semper in numero multitudinis ea voce usi sunt, & unum etiam filium filiamve liberos appellarunt, teste Gell. *lib. 2. c. 13.* quod & Cajus confirmat *l. non est. 148. de verb. sign.* ubi scribit, non esse sine liberis, cui vel unus filius filiave est. Hæc enim, inquit, enunciatio, *habes liberos, non habes liberos*, semper pluralivo numero profertur; sicut & pugillares & codicilli. Glossa Græc. Lat. *τινα, liberi, pluraliter tantum declinatur*. Quod autem Valla *lib. 3. elegant. 8.* scribit, liberum pro filio se & apud Paulum & apud Cajum reperire, existimo esse *ἀνεργητικῶν κληρονόμῶν*, eumque Paulum & Cajum dixisse pro Modestino & Ulpiano. Nam apud Modestinum *l. jus agnationis. 34. de pact.* legit, *nolle suum liberum esse*, ut vulgatæ editiones habent: sed Florentina nos docuit, legendum, *nolle suum esse*. Apud Ulpianum *l. nemo. 126. §. 1. de regul. jur. qui liberum acquiserit*. Sed & hic in Florentino Codice est, *qui liberum acquiserit*, quomodo procul dubio legendum. Meminit Valla etiam Quintiliani, sed nec locum, nec verba citat.

[*Ex rebus, qua acquisitionem effugiebant*] Id est, ex iis bonis adventitiis, quorum proprietas filio, non patri acquirerebatur, ex Græcorum Imp. constitutionibus; quo in numero erant bona materna & materni generis, item nuptialia & sponsalitia lucra, ut notatum §. *prac.* Cave igitur intelligas peculia castrensia aut quasi: nam eorum nihil apud patrem emancipatorem relictum fuisse ipse Justinianus aperte testatur *d. l. cum oportet. §. cum autem. 3. C. de bon. qua lib.* unde hic §. descriptus.

[*Quasi pro pretio emancipationis*] Constantinus *l. 1. & l. 2. C. Theod. de bon. matern.* censuit; æquum esse, ut filius patrem emancipatorem remuneraretur, offerretque patri tertiam partem bonorum maternorum, quorum proprietatem liberis in potestate manentibus concesserat, aut ut jus esset patri tantam horum bonorum partem sibi retinere: idque pro honore & beneficio emancipationis in filium collato: quippe quo filius consequitur, & ut sui juris ac caput ipse familiæ esse incipiat; quod ei honorificum est; & ut pleno jure deinceps omnia possideat, sibi que acquirat; quod lucrosus. Et hoc est; quod Justinianus hic significat his verbis, *quasi pro pretio emancipationis*: quod in constitutione sua sic expressit, *quasi remunerationis gratia, d. l. cum oportet.*

ter. §. 3. Præmium delatæ emancipationis appellant Theod. & Valent. l. 3. C. de bon. matern.

Pro tertia parte domini, dimidium usufructus] Justiniano duriusculum visum fuit, liberos specie honoris tam gravem jacturam rerum suarum pati, ut tertiam eorum partem parens manumissor auferret, sibi que 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 domini retinebat, partem dimidiam non domini, sed usufructus consequeretur, idque locum haberet in cæteris quoque adventitiis, postquam hujus generis bona omnia ejusdem juris esse voluit. Ita factum ut nec liberi quicquam de dominio rerum suarum amitterent, nec causam conquerendi haberent parentes, concessio iis pro præmio emancipationis fructu tantæ partis bonorum. Hoc autem ita obtinere Justinianus censuit, etiamsi pater in emancipatione sibi hoc præmium non expressè reservavit, d. l. cum oportet. §. tum autem, cum tamen peculium profectitium, quod totum pleno jure patris est, filium emancipatum sequatur, tanquam à patre tacite donatum, si pater id non ademerit, l. donationes. 31. §. 2. de donat. arg. l. si S.icho. 53. de pecul. l. un. C. de pecul. ejus, qui lib. mer. §. si peculium. 20. inf. de legat. Differentiæ rationem hanc affert Joan. Faber, quod præmium emancipationis est ex provisione legis, quæ patri prospexit in peculio, cujus ille adimendi potestatem non habebat: in peculio autem profectitio nihil opus fuit provisione legis; quando quidem ipse pater pro arbitrio suo de eo statuere possit, & qui hoc ipso, quod non admittit, concedere ita tacite intelligatur. Cui addit D. Bachovius, quod peculii profectitii naturalis possessio penes filium est, adventitii penes patrem, utpote usufructuarium: itaque illud, si ademptum non sit, quasi ultro à patre relictum & filio concessum intelligi: in hoc autem, quod pater ipse detinet, atque apud se habet, jus suum sibi servare velle, beneficioque uti, nisi inter emancipandum juri suo renunciaverit, vel donatione facta hoc ab se in liberos transfulerit, d. l. cum oportet. §. cum autem.

### TEXTUS.

#### De servis nostris.

3. Item vobis acquiritur, quod servi vestri ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, sive ex donatione, vel ex legato, vel ex qualibet alia causa acquirant. Hoc enim vobis & ignorantibus & invitis obvenit. Ipse enim servus, qui in potestate alterius est, nihil suum habere potest. Sed si hæres institutus sit, non alias, nisi vestro jussu, hereditatem adire potest. Et, si vobis jubentibus adierit, vobis hereditas acquiritur, perinde ac si vos ipsi hæredes instituti essetis. Et convenienter scilicet vobis legatum per eos acquiritur. Non solum autem proprietatis per eos, quos in potestate habetis, vobis acquiritur,

sed etiam possessio. Cujuscunque enim rei possessionem adepti fuerint, id vos possidere videmini. Unde etiam per eos usucapio vel longi temporis possessio vobis accidit.

### NOTÆ.

3. Et convenienter] Nempe regulæ initio positæ, quod per servos nobis ex qualibet causa acquiritur, etiam ignorantibus & invitis. Nam & hoc in legato obtinet: quippe quod lucrum tantum continet, non etiam damnum, ut hæreditas, l. 32. D. mandat.

### COMMENTARIUS.

1. Cur per servos nobis acquiritur & ignorantibus & invitis.
2. Cur hinc excepta hereditas.
3. An possessio per servum domino ignoranti acquiritur quacunque ex causa.

DICTUM hæcenus est, quatenus per liberos nostros acquirimus: sequitur de acquisitione per servos; in qua jus vetus per omnia servatur, traditum à Cajo l. 10. §. 1. & deinceps. de acq. rer. dom. & huc tranflatum. Id tale est, ut quicquid servus acquirit, sive ex causa peculii (quod in persona servi unius generis est, nempe quod permissu domini separatim à rationibus dominicis habet, l. 5. §. ult. de pecul.) sive extra eam quacunque ex alia causa, id totum acquirat domino.

Sive quid stipulentur] Subobscure hoc dictum videtur, pro, sive quid ab se stipulatum per traditionem nanciscuntur. Nam etsi verum est, servos nostros stipulantes nobis obligationem ex stipulatione acquirere; inf. per quas pers. obl. acq. §. 1. inf. de stip. serv. sub hoc tamen titulo non queritur, per quas personas nobis obligatio acquiritur sed dominium sive proprietas, & possessio.

Ignorantibus & invitis] L. etiam invitis. 32. de acq. rer. dom. l. quemadmodum. 46. de jur. dot. Hujus autem necessariæ acquisitionis non alia ratio querenda, quam quæ hic & apud Cajum d. loc. relata est; nimirum quia ipse servus, qui in alterius potestate est, nihil suum habere potest. Fit ergo hæc acquisitio ipso jure, ratione scilicet potestatis, quæ facit, ut ne momento quidem aliquo res subsistere possit in persona ejus, qui in potestate est, & per quem acquiritur; sed protinus & necessario acquiritur ei, qui in potestate habet, domino vel patri. (nam & filiusfam. qua talis, huc pertinet, l. placet. 79. de acq. her.) quorum etiam vicem in acquirendo servus ac filiusfam. sustinent, & quibuscum hæcenus una persona esse finguntur. Non obstat, quod dicitur, nolenti & invito beneficium non acquiri, l. hoc jure. 19. §. 2. de donat. l. invito. 69. de reg. jur. non enim beneficii, sed juris ratio facit, ut sic domino per servum acquiratur. 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 acquisitione considerat, unum in persona acquirentis, in qua acquisitionis initium: alterum in persona nostra, in qua progressus quidam numeretur: ad initium quod attinet, ait, invitis nobis acquiri: quoad progressum atque absolutionem, non nisi volentibus. Sed non est necesse, ut eo confugiamus, & sit hæc acquisitio

quisitio in momento. *d. l. placet. de acq. bar.* frustra que alias exciperetur hæreditas.

<sup>2</sup> *Sed si hæres institutus sit, non alias nisi vestro jussu*] Exceptio proximè præcedentis regulæ. Hæreditas quidem & ipsa per servos nostros hæredes institutos nobis acquiritur; cæterum non eodem modo, quo ex cæteris causis per eos acquirimus, ut etiam ignorantibus nobis & invitis acquiratur, sed volentibus dumtaxat & jubentibus eos hæreditatem adire. Quod si jussu nostro non expectato adierint, nihil agunt, *l. si quis. 25. §. jussu. 4. de acq. bar.* Hoc autem cur ita placuerit, minimè obsecurum est, ne scilicet in potestate servi esset domini conditionem deteriore facere, ignorantem eum obligando xri alieno hæreditario, quod sæpè excedit vires patrimonii defuncti, *l. 6. d. sis.* Illud enim notum est, eum, qui hæres efficitur, non tantum acquirere, sed etiam obligari, & implicari oneribus hæreditariis.

*Et convenienter vobis legatum*] Convenienter non ei, quod proximè præcedit de acquisitione hæreditatis, quæ hoc proximè habere dicta est, ut non acquiratur per servum sine jussu domini; sed regulæ initio positæ, quod per servos nobis acquiratur ex omnibus causis. Si ex causis omnibus, igitur & ex causa legati. Ex hac vero causa proculdubio etiam ignorantem & invito domino per servum acquireretur, sicut ex cæteris, excepta hæreditate, *l. etiam invitis. 32. de acq. rer. dom.* nam ratio exceptionis, quæ in hæreditate est, cessat in legato, quod purum semper & liquidum lucrum affert, *l. si hæreditas. 32. mandat.* Plane jejunæ quædam hic repetitio est de legato, quippe cujus jam in *pr. hujus §.* mentio facta: sed Tribonianus hunc locum ex Cajo *d. l. 10. §. 1. de acq. rer. dom.* describens, incautè initium illius §. interpolavit, nam Cajus legati non meminit nisi semel, & demum in calce *d. §. 1.*

*Non solum proprietatis, sed etiam possessio*] An possessio per servum nobis acquiratur causa est, cur dubites. Hæc enim res non juris, sed facti est, *l. 1. §. 3. & 4. de acq. poss. l. donique. 19. ex quib. ca. maj.* ea autem quæ facti sunt, non transeunt ad dominum, sed in persona ipsius servi consistunt, *l. qui hæredi. 44. de cond. & dem. §. 2. inf. de stip. serv.* ut proinde dicendum videatur, etiam possessionem in persona servi subsistere debere, nec domino per servum eam acquiri. Verum possessio non corporis tantum & facti est, sed etiam juris, teste Papiniano in *l. possessio. 49. §. 1. de acq. poss.* aut potius, ut idem Papinianus in *pr. d. l.* hoc exprimit, ita facti est possessio, ut cum de ea acquirenda, retinenda aut transferenda agitur, plurimum ex jure mutuetur: inter quæ hoc etiam est, ut per eos nobis acquiratur possessio, per quos res cæteræ utique si nostro nomine possessionem apprehendant. Cum autem generaliter & simpliciter tum hic, tum apud Cajum *d. l. 10. §. 2. de acq. rer. dom.* scriptum sit, non solum proprietatem, sed etiam possessionem nobis per servos acquiri, & cujuscumque rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere videri; apud Ulpianum *l. si me. 34. §. ult. de acq. poss.* hoc etiam amplius, servum meum ignorantem mihi possessionem acquirere: hinc Glossa & comm. DD. crediderunt, quæ per servum quacumque ex causa possessionem domino etiam ignorantem acquiri, ac res cæteras excepta hæreditate. Sed verior est eorum sententia, qui in acquirenda per servum possessione putant causam peculiarem

ab aliis separandam, ut si quidem ex causa peculiari possessionem nactus sit, ea etiam ignorantem domino acquiratur; si extra causam peculiari, non nisi scienti: quæ distinctio apertè proponitur, *l. 1. §. item acquirimus. 5. l. 3. §. cæterum. 12. l. quod servus. 24. l. peregre. 44. §. 1. de acq. poss.* Sed & ratio diversitatis iisdem locis perspicuè indicatur: nimirum cum ea possessionis conditio sit, ut non nisi animo & corpore acquiri possit, *d. l. 3. pr.* & licet corpore alieno, animo tamen non nisi nostro, nobisque volentibus: *d. l. 3. §. cæterum. l. ea qua. 53. de acq. rer. dom.* hunc animum nostrum in eorum quidem rerum possessione, quam 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 acquisitionem antecedere, ac propterea ad possessionem ex his causis acquirendam specialem domini voluntatem certamque scientiam necessariam esse, *d. l. peregre. §. 1.* Sic igitur temperandum erit, scilicet simpliciter, quemadmodum hic, scriptum legamus, per servos nobis acquiri possessionem, aut acquiri nobis ignorantibus, ut in *d. l. 34. §. ult. eod.*

*Unde etiam per eos usucapio*] Cajus *d. l. 10. §. 2.* hoc sic expressit; unde etiam per eorum longam possessionem dominium nobis acquiritur. In peculiaribus rebus uti ignorantibus nobis possessio acquiratur, ita receptum est, ut etiam ignorantes ex eadem causa usucapiamus: cum alioqui possessio ignorantibus nobis quæsitæ, veluti per procuratorem, ad usucapionem non proficit, nisi postquam scientia nostra intervenerit, *l. si emptam. 47. de usuc. l. 1. C. de acq. poss.* quod plenius explicabimus sub *§. pen. hujus tit.*

## TEXTUS.

## De fructuariis &amp; bonæ fidei possessis.

4. *De iis autem servis, in quibus tantummodo usumfructum habetis, ita placuit: ut quicquid ex re vestra, vel ex operis suis acquirunt, id vobis adjiciatur: quod vero extra eas causas consecuti sunt, id ad dominum proprietatis pertineat. Itaque si is servus hæres institutus sit, legatumve quid ei, aut donatum fuerit, non usufructuario, sed domino proprietatis acquiratur.*

## NOTÆ.

4. *De iis servis*] Ex *l. 10. §. 3. de acq. rer. dom. l. 21. de usufr.*

*Ex operis suis*] Puta si futor sit, aut pictor, aut faber, & pro opera hujusmodi mercedem acceperit, *l. 26. de usufr.* Quid si ex superioribus causis, nominatim domino proprietatis stipuletur, aut nomine ejus rem accipiat? Acquirat domino proprietatis, *l. 25. §. 3. d. t. l. 37. §. pen. de acq. rer. dom.* Cæterum placet fructuarium condicere id posse, *l. pen. de stip. serv.*

*Hæres institutus, &c.*] *D. l. 10. §. 3. l. 47. l. 49. de acq. rer. dom. l. 25. pr. de acq. bar.* excipe, nisi quid horum factum contemplatione fructuarii, *l. 21. & seq. de usufr.* quo casu servus ex re fructuarii, non opera sua

fructuario acquirere intelligitur, l. 45. d. r. ne obijci possit, quod aditio hereditatis non sit in opera servili, d. l. 45. in pr.

COMMENTARIUS.

1. Cui acquirat servus fructuarius, si dicat se domino proprietatis accipere ex re fructuarii.
2. Additionem hereditatis non esse in opera servili, & quare.
3. Servum contemplatione fructuarii heredem institutum, fructuario hereditatem acquirere; & jussu ejus, non domini, adire.

Quæ de quærendo per servos dominio aut possessione dicta sunt §. *prac.* ea locum habent, cum quis plenam in servo proprietatem habet. Quod si apud alium ususfructus servi sit, apud alium nuda tantum proprietatis, hic ex duabus causis fructuario per hunc servum acquiritur, ex re scilicet fructuarii, & servi operis; ex cæteris causis proprietario. Idemque juris servatur in eo, qui bona fide servit, ut ex iisdem causis acquirat bonæ fidei possessori, ex cæteris aut sibi, si liber est, aut domino, si servus: de quibus nunc porro sequitur.

Ex re vestra vel ex operis suis ] L. 10. §. 3. de acq. rer. dom. l. si servi. 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 foeneravit, &c. Hic enim res empta, merces locationis, usuræ, pecuniarum creditæ quærentur fructuario, l. 1. C. de reivind. l. servus. 43. §. ult. de acq. rer. dom. Ex operis servi, verbi gratia, si futor sit, aut pictor, aut faber, atque ex hujusmodi aut simili opera alii præstita aliquid paravit, mercedem scilicet operæ, l. si operas. 26. de usufr. Sed quid si dicat servus, se domino proprietatis accipere, quod ex re fructuarii ei traditur? Hoc casu totum domino proprietatis acquirat. Nam & nominatim stipulando domino proprietatis ex re fructuarii aut operis suis, eidem acquireret, l. per servum. 37. §. pen. de acq. rer. dom. l. sed est. 25. §. quæstionis. 3. de usufr. Et facit hoc quidem ratio summi juris: cæterum quod ita domino proprietatis quæsitum est, placuit fructuarium condicere posse, l. pen. de stip. serv. Cur vero tantum ex duabus istis causis placeat acquiri fructuario, ratio hæc est, quod quæ ex istis causis acquiruntur, fructuum vicem obtinent, cætera in fructu non sunt.

Extra eas causas ] Extra superiores causas habetur, 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 hæres sit institutus. Idcirco placet, nihil horum per servum fructuario acquiri, sed omnia hæc acquiri domino proprietatis, d. l. 10. §. 3. l. servus. 43. l. fructuario. 47. l. quod fructuarius. 49. de acq. rer. dom. l. si quis. 25. de acq. her. De hereditate à quibusdam olim dubitatum est, propterea quod in aditione factum servi interveniat, l. liber. 19. de acq. rer. dom. & sine hujusmodi facto servi nec domino hereditas acquiri possit, l. 3. C. de her. inst. Sed obtinuit, aditionem hereditatis non esse in opera servili, l. aditio. 45. de acq. her. d. l. fructuario. 47. de acq. rer. dom. & rectè: nam aditio factum quidem est, sed opera non est: quippe cum opera non sit sine labore; qui in aditione nullus est.

Si hæres institutus, legatumve quid ei, &c. ] Hæc etiam generaliter sic traditum est l. 10. l. 47. l. 49. de acq. rer. dom. l. 25. de acq. her. Alibi tamen hæc extat exceptio, nisi servus hæres institutus sit, legatumve quid ei aut donatum fuerit contemplatione fructuarii: quod enim ita relictum datumve servo fructuario est, id per eum fructuario acquiri, non proprietario, l. si servi. 21. & l. seq. de usufr. eademque distinctio probata est in specie non dissimili: l. facta. 63. §. si hæres. 4. ad sen. Trebell. & in terminis hominis liberi bona fide possessi; cujus in hac causa, & servi fructuarii, eadem ratio, l. aditio. 45. §. ult. de acq. her. Neque tam exceptio hæc est, quam interpretatio & declaratio quædam superioris regulæ, quæ definit, nihil per servum fructuarium fructuario acquiri, præterquam ex re fructuarii, aut ex servi operis. Docet nimirum ista distinctio, quod contemplatione fructuarii datum aut relictum est, extra illas duas causas non acquiri: quamvis enim hoc fructuario non acquiratur ex servi opera, intelligi tamen acquiri ex re fructuarii, cui qui donavit aut reliquit, rem quæstam voluit, d. l. aditio. §. ult. de acq. her. Ex quo etiam perspicuum est, falli Glossam, Joan. Fab. Cantuic. hic. Bart. in d. l. 25. de acq. her. & quotquot sunt, qui scribunt, servum fructuarium, ut maxime contemplatione fructuarii hæres institutus sit, non posse hereditatem jussu fructuarii adire, eamque per aditionem directæ acquirere fructuario, sed ad eundem esse jussu proprietario, cui etiam stricta ratione hereditas acquiratur, sed restituenda fructuario conditione sine causa, ut in casu l. pen. de stip. serv. Fefellit eos, quod putaverunt, prius esse, ut aditio hereditatis contra expressi juris auctoritatem statuator esse species operæ servilis, quam in casu proposito dici possit, servum jussu fructuarii ad eundem hereditatem fructuario acquirere. Quod non ita est: neque enim ex causa operæ servilis hæc acquisitio defenditur, sed ex capite altero, quia scilicet hoc casu servus ex re fructuarii acquirere intelligitur, ex qua causa vel maxime fructuario acquiri constat, d. l. aditio. 45. §. ult. de acq. her. Ubi ex hoc eodem fundamento Jurisconsultus defendit, liberum hominem bona fide à me possessum, & mei contemplatione heredem institutum, meo jussu adire & mihi acquirere hereditatem posse. Bonæ fidei autem possessoris & fructuarii eadem planè in his quæstionibus ratio est, ut mox docebitur: consent. Jus. in d. l. 25. de acq. 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. aditio. 45. §. pen. Hujusmodi enim loci accipiendi sunt de servo simpliciter instituto, non contemplatione fructuarii: quo casu si per servum fructuario acquireretur hereditas, acquirere retur extra superiores duas causas; quod ratio juris non permittit. Sic cum in hoc nostro §. & d. l. 10. §. 3. de acq. rer. dom. generaliter scriptum sit, quod servo fructuario donatur aut relinquitur, id acquiri proprietario, nemo tamen est, qui neget, admittendam hic esse illam sine exceptionem sive interpretationem, nisi quid servo donatum relictumve sit contemplatione fructuarii: quod alibi certo jure traditum est. Quod vero Paulus in l. quod fructuarius. 49. de acq. rer. dom. scribit, quod extraneus servo fructuario donat, indistinctè soli proprietario.



prietario acquiri; id non eo pertinet, ut excludat inguam & receptam distinctionem inter id, quod contemplatione fructuarii aut simpliciter servo donatum est; sed eam, quam ipse in pr. istius legis proponit in fructuario donante. Plane ex generali harum locorum definitione evidenter evincitur, errare eos, qui contendunt, quod servo fructuario donatur aut relinquatur, in dubio przsumendum, donatum aut relictum contemplatione fructuarii: quod tamen tanquam certum tradit D. Dionys. Gothofred. in annot. ad Schmid.

TEXTUS.

§. 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 bona fidei possessore. Itaque quod extra istas duas causas acquiritur, id vel ad ipsum pertinet, si liber est, vel ad dominum, si servus est. Sed bona fidei possessor, quum usufructum servum, (quia eo modo dominus fit) ex omnibus causis per eum sibi acquirere potest. Fructuarius vero usufructum non potest: primum quia non possidet, sed habet jus utendi fruendi: deinde quia scit, servum alienum esse. Non solum autem proprietatis per eos servos, in quibus usufructum habetis, vel quos bona fide possidetis, aut per liberam personam, qua bona fide vobis servit, vobis acquiritur, sed etiam possessio. Loquimur autem in utriusque persona secundum distinctionem, quam proxime exposuimus, id est, si quam possessionem ex te vestra, vel ex suis operis adepti fuerint.

COMMENTARIUS.

1. An bona fidei possessor, quod ex operis servi paratum extat, domino servum vindicanti restituere teneatur.
2. Verumne sit simpliciter, quod Justinianus ait, fructuarium non possidere.

**D**E 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, quicquid ex re ejus, cui servit, acquirat, quicquid item ex operis suis, id acquirat ei, cui servit, & à quo bona fide possidetur, d. l. 10. §. idem placet, l. liber. 19. de acq. rer. dom. Hactenus tamen, quatenus possessor bona fide possidebit, & quamdiu ita possidebit: nam si scire coeperit, eum, qui bona fide servit, hominem liberum aut alienum servum esse, continuo per eum acquirere posse desinit, l. qui bona. 23. §. 1. l. questum. 40. cod. Quod extra duas istas causas acquiratur, 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, donatio, d. l. liber. l. homo. 54. cod. Ceterum & in persona ejus, qui bona fide possidetur, recipiendum temperamentum superius, nisi quid donatum relicturne sit contemplatio-

ne bonae fidei possessoris, cui hoc casu etiam ista acquiri placet, l. aditio. 45. §. ult. de acq. her.

Itaque quod extra istas duas causas] Quoniam ut supra notavimus, istud in fructu non est: ea autem sola, quae in fructu sunt, bonae fidei possessoris fiunt, uti & fructuarii: Queri potest in persona bonae fidei possessoris, (in fructuarium enim hujusmodi questio non cadit) an, quemadmodum is fructus ex fundo alieno perceptos & extantes adhuc vindicanti rem suam domino restituere tenetur, juxta ea, quae tradita & notata sunt, §. si quis. 35. sup. de rer. div. eodem modo etiam quod pecuniae aut rei ex operis servi paratum extat, apud eum, cui bona fide servit, domino servum evincenti restituendum sit. Questionem propono de rebas ex operis servi possessori quazitis; vix enim dubitari potest, quin quod ex re possessoris quazitum est, perpetuo atque irrevocabili jure possessoris efficiatur. At quae possessori parantur ex operis servilibus, ea cum fructibus fundi comparari passim videas, l. qui scit. 25. §. 1. de usur. l. questum. 40. in fin. de acq. rer. dom. Existimo tamen, etiam hae bonae fidei possessori irrevocabili acquiri, eique cedere in compensationem alimentorum, aliarumque impensarum, quae necessario in servum fiunt, nec certo estimari queunt. Neque obstat praedicta comparatio, nam ex ea minime sequitur, eandem harum rerum & fructuum in omnibus rationem esse, & in d. l. questum. conferuntur hae cum fructibus consumptis, quos lucrari bonae fidei possessorem certum est.

Sed bona fidei possessor quum usufructum] Bonae fidei possessor usufructu perfectae quacunque ex causa per servum acquirat: quia usufructu pleno jure dominum eum facit. Hoc ad hominem liberum bona fide possessum non pertinet: quippe cujus nulla usufructio est.

Fructuarium usufructum non potest, &c.] Ait cum Cajo d. l. 10. §. ult. de acq. rer. dom. usufructuarium usufructum 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 usufructualem; utpote quae nec sine possessione, nec sine bona fide possessoris, putantis rem suam esse, procedere potest, ut demonstratum sup. sit. de usufr. Et de scientia quidem fructuarii res certa est: neque enim ignorare potest, se eorum rerum, quarum usufructum habet, dominum non esse. Quia ipse alium dominum agnoscit, cum se fructuarium proficitur. Quod vero simpliciter negatur possidere, non est sine omni scrupulo. Nam alibi contra dicitur possessor & possidere, l. uti frui. in fin. pr. & §. ult. si usufr. per. & naturaliter possidere, l. naturaliter. 12. de acq. poss. Sed hae non sunt contraria: nam & colonus & commodatarius, & depositarius naturaliter dicitur possidere, l. 2. §. 1. pro hered. l. 7. §. neque colonum. 12. comm. div. qui tamen alibi possidere absolute negantur, ullam habere possessionem, l. 9. de rei vind. l. non solum 33. §. 1. circa fin. de usufr. l. 6. §. 2. de precar. §. possidere. inf. de interd. nimirum nec hi, nec fructuarium vere possident, id est, non possident civiliter, ψυχρὴ δὲ αὐτῶν, animo dominantis, sine qua possessione non procedit usufructio. Sed in possessione sunt nomine alieno, apud quem possessio remanet, & qui per illos possidere intelligitur, d. §. possidere, inf. de interd. l. generaliter. 9. l. quod meo. 18. impr. de acq. poss. l. 6. §. 2. de precar. qui

textus etiam in histerminis de fructuario loquitur: nec alia ratione dicitur retentio ususfructus species esse traditionis, quam quod qui retinet usumfructum, destinat sibi & incipiat alii possidere. Itaque cum hi naturaliter possidere aut possidere simpliciter dicuntur, impropria locutio est, qua corporalis tantum detentio significatur, l. possessio. 49. de acq. possess. l. 1. C. comm. de usuc. Verum enimvero licet fructuarii non possideat, tamen quia firmiter jus habet insistendi rei, atque omne rei emolumentum ad eum pertinet, ea res efficit, ut interdicta ei possessoria accommodentur, quæ cæteris, qui in possessione sunt tantum, denegantur, l. 3. §. unde vi. 13. de vi & de vi arm. l. ult. nisi possid. de quo pluribus agere hoc loco non licet.

[Non solum proprietatis, sed etiam possessio] l. 1. §. sed & 6. §. per eum. 8. l. possessio. 49. in pr. de acquir. possess. nimirum quia etiam possessionem pleno domino servus acquirit ex omni causa, §. 3. sup. eod. Ita vero jus est, ut quæcunque per servum quæcunque ex causa acquiratur ei, qui plenum in eo jus habet, eadem placeat acquiri fructuario per servum fructuarium: & bonæ fidei possessori per eos, quos bona fide possidet, ex re illorum aut horum operis. Nihil ad rem pertinet, quod fructuarii servum non possidet; nam nec pater filium, d. l. 1. §. per eum. 8. de acq. poss. Sed nec procurator à nobis possidetur, nec tutor curatorve, per quos tamen possessionem nobis acquiri posse constat, d. l. 1. §. per procuratorem. 20. Hæc, & quæ præcedentibus §§. tradita, quamvis apud nos usum non habent, qui servos non habemus, tamen diligentius exposui, quia in multis partibus non parum conducunt ad cognitionem juris civilis Romanorum.

## T E X T U S.

## De reliquis personis.

6. Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque vestro juri subiectos habetis, neque bona fide possidetis: item per alienos servos, in quibus neque usumfructum habetis, neque possessionem justam, nulla ex causa vobis acquiri posse. Et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse: excepto eo, quod per liberam personam (veluti per procuratorem) placet non solum scientibus, sed & ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem, & per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuerit, qui tradidit; vel usucapionem aut longi temporis præscriptionem, si dominus non sit.

## N O T A:

6. Sed & ignorantibus] l. 13. de acq. rer. dom. l. 34. §. 1. l. 49. §. ult. de acq. poss. l. 1. C. eod. Utique tamen volentibus, ut ut ignoremus, quo tempore ex voluntate nostra possessio apprehendatur.

[Per possessionem etiam dominium] Si tradita ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, dict. l. 13. l. 20. §. ult. de acq. rer. dom. l. 8. C. de acq. possess.

[Vel usucapionem] Id est, usucapiendi occasionem, conditionem. Hoc interest, quod dominium etiam ignorant mihi per procuratorem, cui nomine meo res tradita est, acquiratur: re autem à non domino tradita, usucapiendi facultas demum acquiratur, ex quo scire coepi rem traditam esse, l. 47. de usuc. l. 1. C. de acq. poss. Nam usucapio bonam fidem possidentis requirit, quam nemo dixerit eum habere, qui se possidere ignorat.

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

1. Cur placeat possessionem per extraneam personam acquiri posse, jus aliquod non posse.
2. Per consequentiam, quasi a possessionis necessario etiam dominium nobis acquiri; aut usucapiendi conditionem, sed haec demum, postquam scientia intervenit, n. 3.

C Oncludit ab enumeratione personarum, per quas acquiri huc usque docuit, quasi ab enumeratione partium, per extraneam personam nihil nobis acquiri posse. Sola causa excipitur possessionis. Personam extraneam vocat hominem liberum, qui neque juri nostro subiectus est, neque bona fide à nobis possidetur; tum servum alienum, in quo neque usumfructum habemus, neque justam possessionem. In summa; persona extranea in hoc argumento est, quæ vim instrumenti animati apud nos non obtinet.

[Nihil acquiri posse] Neque dominium aliudve in re jus, neque obligationem aut actionem, l. 1. C. hoc tit. l. 11. de obl. & act. l. 3. in pr. quod vi aut clam. l. quo tutel. 73. §. ult. de reg. jur. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. oblig. Cujus rei ratio est, quod jus civile ita comparatum sit, ut tibi quisque, quod sua interfit, negotium gerat, non alteri, d. l. 11. de obl. & act. d. l. stipulatio. §. alteri. de verb. oblig. An quas exceptiones hæc regula habeat in obligatione per extraneam acquirenda, & quid juris hodie hic obtineat, videbimus in §. 4. inf. de mut. stipul.

[Excepto eo, quod per liberam personam placet acquiri possessionem] Excipit possessionem quam placuit per quemlibet nobis acquiri, qui eam nostro nomine apprehenderit, id est, hoc animo, ut velit nostro nomine possidere, d. l. 1. C. hoc tit. l. 1. C. de acq. poss. l. solutum. §. pen. de pign. act. l. traditio. 20. §. ult. l. ea quæ. 53. de acq. rer. dom. Qui locus etiam rationem suggerit, cur in possessione acquirenda singulariter hoc receptum sit; nimirum quia possessio acquiritur actu naturali, & corporali rei apprehensione; in quo facilius alteri operam navare & ministerium præstare possumus quam in iis, quæ civiliter acquiruntur citra istiusmodi actum, puta stipulando aut contrahendo, relictaque agnoscendo. Et tamen hoc ipsum, ut per liberam personam possessio nobis quaeratur, propter utilitatem contra stricti juris rationem constitutionibus introductum videtur, dict. l. 1. & l. 8. C. de acq. possess. d. l. solutum. §. pen. de pign. act.

[Veluti per procuratorem] Procuratorem intelligo cum Bart. in l. qui mihi. 13. de donat. Fas. & Zas. in l. 1. §. per procuratorem. 20. de acq. poss. non tantum qui speciale mandatum habet; sed etiam, cui universorum bonorum administratio permissa est. Etenim cum procurator generalis & exigere possit atque accipere, & emere ac vendere, utique quatenus ratio administratio-

nis

nis hoc exposcit, §. *nihil autem*. 42. *sup. de rer. div. cum ibi notat*. Hactenus non video, quid inter hunc & specialem procuratorem interfit. Plane extra causam administrationis, ad acquirendam domino possessionem generale mandatum non sufficit; sed aut speciale requiritur, aut domini rati habitio, *l. communis*. 42. §. 1. *de acq. poss.*

[*Non solum scientibus, sed & ignorantibus*] Etiam ignorantibus possessionem per procuratorem nobis acquiri, multis locis apertissime scriptum est, *l. si procurator*. 13. *de acq. rer. dom. l. si me*. 34. §. 1. *l. possessio*. 49. §. *ult. de acq. poss. l. 1. C. cod. Cui non obstat, quod dicitur in l. ea qua*. 53. *de acq. rer. dom.* per quemlibet volentibus nobis possessionem acquiri. Hæc enim non pugnant, ignorantibus posse acquiri possessionem, & non acquiri, nisi volentibus. Ignorare possumus, quo tempore procurator noster possessionem apprehendat: quandoque autem hoc fit, nostra fit voluntate, qui ut apprehenderet, mandavimus.

[*Et per possessionem dominium*] Ut possessio nobis per procuratorem acquiratur, sic & per possessionem dominium, si incipiat ab eo, qui dominus fuit, & dominium in nos transferre voluit, *d. l. 13. l. traditio*. 20. §. 2. *ult. de acq. rer. dom. l. 8. C. de acq. poss.* Etenim admissio eo, ut per liberam personam possessio nobis quaeratur, necessarium hoc consequens fuit, ut & dominium quaeretur per possessionem prius quaesitam, 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 cepit, dominus ejus rei statim efficiatur. Cum autem dicimus, possessionem, & per hanc dominium, per procuratorem nobis acquiri, non hoc intelligimus, acquiri hæc primum procuratori, à quo deinde ad nos transeant: sed ministerio procuratoris recta nobis acquiri possessionem, & per consequentiam quaesitæ possessionis eo casu, quo diximus, etiam dominium. Ex quo apparet, *utrum* esse & alienum, quod DD. plerique hic afferunt, ideo facilius dominium ministerio alieno quaeri, quam obligationem; quia jura personalia & obligationes magis in hærent ossibus hominum.

[*Vel usucapionem*] Id est, usucapiendi occasionem. Hoc enim perpetuum est, ut quo casu dominium statim acquiratur, si dominus sit, qui tradit dominii transferendi causa, eo casu acquiratur 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 acquiratur, *d. l. 13. de acq. rer. dom.* si non fuit dominus, usucapiendi conditio mihi non quaeritur, nisi postquam scientia mea intervenerit, *l. 1. C. de acq. possess. l. si emptam*. 47. *de usuc. l. possessio*. 49. §. *ult. de acq. 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 acquirendi, quæ prius fuerant, usucapione & præscriptione longi temporis, unum Justinianus fecit; *l. un. C. de usuc. transform.* satis fuisset, alterutrius tantum meminisse, aut usucapionis, aut præscriptionis.

T E X T U S.

Transitio.

7. *Hactenus tantisper admonuisse sufficiat, quemadmodum singula res vobis acquirantur. Nam legatorum jus, quo & ipso singula res vobis acquirantur; item fideicommissorum, ubi singula res vobis relinquuntur, opportunius inferiore loco referemus. Videamus itaque nunc, quibus modis per universitatem res vobis acquirantur. 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; quæ in re necessarium est, initium de testamentis ordinandis exponere.*

N O T E.

7. *Si cui heredes &c.*] Ex modis acquirendi per universitatem, qui plures olim fuerunt, v. Cont. 1. *disp.* 12. soli manserunt hi quatuor, susceptio hæreditatis, bonorum possessionis agnitio, *inf. tit.* 10. *lib.* 3. adrogatio, & libertatum conservandarum causa bonorum addictio, *tit.* 11. & 12. *d. lib.* 3.

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

1. *Verbis*, per universitatem, non titulum acquirendi, sed rem, qua acquiratur, significari.
2. *Ex veteribus acquirendi per universitatem modis solos superesse quatuor: quos Justinianus commemorat.*
3. *Quid sit hereditas.*
4. *Quibus modis deferatur.*
5. *Species acquisitionis per universitatem apud nos recepta.*

**E**Xpositis modis, quibus jure civili acquiruntur res singulæ, transit Imperator ad eos modos, quibus eodem jure acquiruntur universæ, sive quibus acquirimus per universitatem. Non minus autem hic spectandi modi ipsi & causæ acquirendi, quam universitas acquisitionis. Nam & legari & donari bonorum universitas potest, *l. non amplius*. 26. §. 2. *de legat. 1. l. si unquam*. *C. de revoc. donat.* potest & vendi, *tot. tit. de hered. vend.* sed tituli hi nihilominus natura sua singulares sunt; hoc est, comparati duntaxat ad acquirendum res singulas, & ideo nec idem jus in universum acquirenti tribuunt, quod verbi causa hæreditas: idque certitur in actionibus directis, tam activis, quam passivis. Modi ipsi acquirendi soli universales sunt natura sua, ad quos nunc se Princeps confert.

*Legatorum jus, item fideic. opportunius inferiore loco*] Occupat; & tacite removet, quod objici poterat de perturbatione ordinis, quod scilicet in disputatione de acquisitione juris civilis rerum singularum non omnes

acquirendi modos, qui eo pertinent, exequatur. Quod lex methodi videbatur exigere; sed parte eorum præterita, ad aliud genus intemptive transeat: nam legata & fideicommissa non minus ad prius istud genus acquisitionis 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, *inf. de legat. in pr.*

*Per universitatem*] Hoc est, quibus universim & una acquisitione acquirimus bona alicujus omnia, res omnes & jus universum alterius, non separatim res singulas. Ita enim paulo poit; *Si cui ergo heredem facti sis, &c. ejus res omnes ad vos transeunt, & Cajus lib. 2. tit. 2. in pr. Per universitatem, ait, hoc est, simul omnia bona acquirimus hereditate, fac. l. hereditas. 62. de reg. jur. l. nihil aliud. 24. de verb. sign. l. 3. § 2. de bon. poss. D. Vultejus putat, his verbis, per universitatem, titulum acquisitionis significari, non res acquirendas: sed oppido quam inepte. Quis enim unquam fando audivit, titulo tribui universitatem, aut titulum 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. Cæterum quemadmodum actiones, quibus bonorum universitatem petimus, ex objecto appellamus universales, qualis est petitio hereditatis, quibus res singulas, qualis est rei vindicatio, singulares, aut speciales: *l. 1. l. in speciali. 73. de rei vind. l. ut responsum. 15. C. de transact. ita & titulos, qui pertinent ad acquirendum per universitatem, id est, res alicujus universas, universales; qui ad res singulas, singulares dicimus. In summa universitas non est causa sive titulus, neque etiam modus acquirendi, sed illud ipsum, quod acquiritur, veluti hereditas, quam sibi delatam acquirat hæres adeundo, §. ult. *inf. de her. qual.***

*Si cui ergo heredem facti, &c.*] Olim modi, quibus per universitatem acquiritur, complures erant. Septem enumerat D. Ant. Contius *lib. 1. disput. cap. 12.* Ex quibus antiquati, successio per bonorum debitoris venditionem, & ea, quæ fiebat per redactionem liberæ mulieris in servitutem ex Senatusconsulto Claudiano, *inf. tit. de success. sublat. qua fieb. per bon. vend. & ex Senatusconsulto Claud.* item in manum conventio seu coemptio. Quæ itidem species erat successio per universitatem. Nam olim cum mulier viro in manum convenisset, omnia, quæ mulieriserant, viri fiebant, dotis nomine, teste M. Tullio in *Topic.* in quem locum de ritu coemptionis vid. Boët. Soli manserunt hi quatuor, quorum idcirco etiam mentionem tantum facit Justinianus, susceptio hereditatis, bonorum possessionis agnitio, adrogatio, libertatum conservandarum causa bonorum additio. Annumerat tamen his & successio fisci, bona damnatorum, vel eorum qui sine hærede moriuntur, occupantis, *arg. l. deportatus. 15. de interd. C. vel. l. 1. & passim. de jur. fisc.* item ingressus monasterii. Nam Justinianus *Nov. 5. cap. 5. unde auct. ingressi. C. de sacros. Eccles.* constituit, ut universa bona religionem ingressi acquirantur monasterio, extra quam si liberos ha-

beat inter quos substantiam suam dividere non prohibetur, una saltem parte sibi retenta, in quam monasterium succedat. Quod jus illorum tempore peperit susperfitio. Cæterum neque fisci, neque monasterii successio simpliciter universalis est, qualis est hæredis, bonorum possessoris, &c. ut onera quoque agnoscere cogantur: licet enim teneantur respondeo creditoribus, dampnum tamen nullum sentiunt, si bona non sufficient. *Nicol. Burg. ad consuet. Flandr. tract. 13. n. 10.* Ex quatuor autem modis per universitatem succedendi hic propo- sitis, unus est, per quem succeditur viventi, scilicet adrogatio: per cæteros succeditur defuncto.

*Prius de hereditatibus*] In hoc explicando pars reliqua hujus libri & novem priores tituli sequentes consumentur, 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 competeat. Hinc illa apud nos, Hæreditatis appellatio universitatem quandam ac jus successionis demonstrat, *l. bonorum. 208. de verb. signif. Juris nomen est, & ideo damnosam quoque hereditatem continet, l. hereditatis. 119. l. pecunia. 178. §. 1. eod.* Item, hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, ut loquitur Papinianus in *l. hereditas. 90. de her. per.* Atque ut ostendant, eum hæredem dici, qui succedit in universum demortui jus, suscipiturque ejus rei commodum & incommodum, ideo hereditatem definiunt esse successionem in universum jus, quod defunctus habuit, *l. nihil. 24. de verbor. signif. l. hereditas. 62. de reg. jur.* Proprie enim successio & succedere hæres est, non hereditas; hereditas vero illud jus, quod per successionem hæredis acquiritur, *rot. tit. de acq. her.* Atque ita ego definitionem istam explicare soleo, faciem prælucente Ulpiano in *l. 3. in pr. de bon. poss.* Diligentius hæc excussi *sup. tit. de reb. corp. & incorp.*

*Vel ex testamento vel ab intestato*] Acquisitio hereditatis duabus hisce rebus constat, delatione, & delatæ susceptione. Ex delatione est jus & titulus acquirendi, in susceptione modus. Et ideo non ante acquiri hereditas potest, quam cum delata est, *l. si quis. 12. §. 2. de acq. her. & retro delata esse intelligitur, quam quis potest adeundo consequi, l. delata. 151. de verb. signif.* Defertur autem hereditas aut testamento, aut lege ab intestato, *l. 1. & 2. seqq. de hered. per.* unde heredes alii testamentarii, alii legitimi; item heredes testamentaria, & legitima, *l. in plurimum. 70. de acquir. her. l. 6. §. 2. quæ in fraud. cred.* Sciendum autem est, primum agi hic de delatione hereditatis directæ; nam indirectæ, hoc est, per fideicommissum, non testamento tantum, sed etiam codicillis relinqui hereditas potest; nec solum testamento factæ, verum etiam ab intestato: & is, cui ex fideicommissis restituta est hereditas, ex Senatusconsulto Trebelliano heredis loco habetur: de quo demum *tit. de fideic. her.* qui est antepenultimus hujus libri. Deinde agi de hereditate, quæ defertur & acquiritur jure civili: cæterisquin jure prætorio & bonorum possessor effectus heres est, & bonorum possessio, quæ hic ab hereditate separatur, vi ipsa nihil aliud, quam hereditas, *l. 1. 2. 3. de bon. poss. l. hereditatis. 138. de verb. signif.* Tantum in tempore & modo acquirendi nonnulla dissimilitudo, ut videbimus suo loco. *inf. de bon. poss.*

Quæ

*Qua ex testamento obvenitur*] Ordinarium fuit ante de iudiciis testamentum, deinde de successione ab intestato loqui, ait Ulpian. l. 1. *si tab. test. nul. ext.* nimirum quia prior semper ratio fuit hereditatis testamentariae, quam legitimae. Nam verbis legis duodecim tabularum, uti quisque legasset suae rei, ita jus esto, sic confirmantur iudicia testamentum, ut quamdiu haec proferantur, atque ex testamento adiri potest hereditas, ab intestato non deferatur, l. *quamdiu. 39. de acq. her.* Quoniam autem ad hoc; ut testamento deferatur hereditas, & acquiri possit, requiritur ut testamentum iustum sit, hoc est, secundum regulas & praecipua juris civilis ordinatum, ideo subjicit, necessarium esse, expositionem ejus rei ab ordinatione testamentorum inchoare.

5. Ex omnibus per universitatem acquisitionibus, quae unquam apud Romanos fuerunt, sola apud nos in usu est ea, quae sit per susceptionem hereditatis: bonorum enim possessores nulli, sed haeredes omnes sunt & appellantur, qui vel ex testamento vel ab intestato defuncto succedunt; eodemque modo omnibus jure civili Batorum hereditas acquiritur. Acquisitio quoque per adrogationem, & ea, quam tribuebat pro-conservatione li-

bertatum bonorum additio, nullum usum in hisce regionibus habere possunt, cum nec adoptionis in totum ulla vis sit, nec servos agnoscamus, ut alibi relatum. Caeterum dux alia species acquisitionis per universitatem moribus nostris receptae, quas ignorat jus civile Romanorum; una per nuptias; altera per voluntatem supremam praemortis conjugis. Nam ex consuetudine generali Hollandiae & Westsaliae nuptiis contractis bona conjugum confunduntur & communicantur, nisi patris antenuptialibus aliter cautum sit. Atque hinc stante matrimonio debita unius ex bonis alterius exsolvi possunt. Habetque locum haec confusio etiam in nuptiis repetitis. Utique tamen bona feudalia in hanc communionem non veniunt. Antiquitus quoque moris fuit, ut vidua liberis minores natu habens maneret in possessione & quasi dominio communis familiae fructusque sola perciperet, pro quibus liberos communes aleret, usque dum filiorum natu maximus perfectae aetatis factus esset: sed hodie hoc amplius non obtinet, nisi ultima voluntate aut etiam pactionibus id cautum reperitur, *vid. D. Grot. lib. 2. manudu. ad jurispr. Bat. c. 11. & 2. seqq.*

## TITULUS X.

## DE TESTAMENTIS ORDINANDIS.

*Dig. Lib. 28. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 23. Nov. 66. II9. c. 9.*

*Genera testamentorum obiter exposita, & ratio ordinis Justiniani.*

**I**N calce praecedentis tituli dictum est cur quaeritur de acquirenda hereditate, quae dicitur testamento delata, in primis inspicendum 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. Caeterum cum haec doctrina ad omnium testamenta non pertineat, sed ad paganorum duntaxat, & ex his ad ea, quae fide privata ordinantur, quorum scriptorum alia forma sit, alia non scriptorum, ut omnis confusio vitetur, prius genera testamentorum obiter discernemus, explicaturi deinde, quomodo singula fiant iis in locis, ubi hoc tangit Imperator. Testamentum in genere nihil aliud est, quam ultima voluntas, qua quis haeremem sibi sive bonorum successorem deligit. Et geminae 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. inf. eod. & §. 1. tit. seq.* Et commune sive paganicum iterum vel publica fide ordinatur, l. *omnium. 19. C. hoc tit.* vel fide privata. Cum autem sola paganorum testamenta, quae quidem fide privata sunt, adstricta sint legibus, quae ad solemnitatem ordinationis pertinent, militaria his omnibus soluta, sciendum est, nihil eorum, quae de his in constituendo testamento observandis hoc loco & passim aliis ejusdem argumenti simpliciter traduntur, ad militaria testamenta pertinere; adeoque in toto jure, cum sim-

pliciter testamentum nominatur, commune sive paganicum intelligi. Paganorum testamenta ut recte fiant, & jure civili rata sint, in hisce tribus positum est: in persona testantis; in forma testandi & modo; in rebus, quas testamentum necessario complecti debet. Quod Cajus in l. 4. *hoc tit.* sic expressit; *Si quaramus, 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.* Regulae vero istae pertinent vel ad modum testandi, vel ad res, quas testamento, ut valeat, complecti necesse est. Atque haec omnia etiam à Justiniano ordine tractantur: verum orditur ille à testandi modo. De personis testantium agit secundo loco, *inf. tit. 12. de rebus, quarum insertio ad vim testamenti necessaria, tit. 13. & 14.* Recenset hic primum historicae causa antiquas atque obsoletas testandi formas: deinde explicat, quomodo postea testamenta fieri coeperint, primum per scripturam, deinde sine scriptura, voluntate palam nuncupata. Caeterum haec omnia pertinent ad ea testamenta, quae sunt fide privata. Publica autem fide si quis testari velit quod hic à Justiniano omissum, poterit id facere vel coram Principe per supplicationem, vel apud aeta iudicis aut municipum; & tunc neque testes, neque alia solemnitas desideratur, l. *omnium. 19. C. hoc tit. & ibi Gloss. & DD. add. Mynsug. 6. obs. 29. Boët. decis. 228. Christin. vol. 4. decis. 7. num. 4.*

## TEXTUS.

## Etymologia.

*Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis sit.*

## NOTÆ.

*Testatio mentis*] Allusio potius, quam *ετυμολογία*; cujusmodi nostris sæpe obrepunt, l. 1. de acq. possess. l. 1. de novat. l. 2. §. 2. de reb. cred. l. 35. §. 1. de mort. ca. don. Definitionem habes apud Modest. l. 1. D. hoc. tit. Ulpian. tit. 20. Vide plura in Comment.

## COMMENTARIUS.

1. Non proponi hic veram testamenti notationem, sed allusione quadam etymologica ostendi rei & vocis convenientiam.
2. Definitio testamenti, qua Modestinum auctorem habet, examinata; & perfectiores producta.
3. Testamentorum usum generaliter consideratum esse ex jure gentium; specialiter, ex jure civili.
4. Apud plerisque populos tam liberam non fuisse, neque etiam nunc esse, testandi & legandi potestatem, quam apud Romanos fuit.

**Q**uod testatio mentis sit] Allusione quadam etymologica ostendit rei & vocis convenientiam, imitatus S. Sulpitium, qui & efficacia vim rei exprimeret, testamentum dixit esse verbum duplex, compositum à contestatione mentis. Estque hujusmodi allusiva derivandi ratio omnibus auctoribus admodum familiaris: in jocos venustas delectat: in rebus seriis etiam utilitate sua, quam in re declaranda habet, commendabilis. Qualis est illa Ciceronis, qui lib. 1. de offic. fidem ex eo appellatam scribit, quia fiat, quod dictum est. Item illa Augustini, quod mentiri inde dictum, quod sit contra mentem ire. Similis est illa apud Priscianum: *argumentatio dicta est, quasi arguta 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 acq. poss. Et Ulpiani, qui ait, novationem nomen accepisse à nova obligatione, l. 1. de novat. Eiusdem generis inveniuntur & in l. 3. de damn. inf. l. senatus. 35. §. 1. de mort. ca. don. l. 2. §. 2. de reb. cred. Nec ab similibus 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 arguant, quam vere. Nullamque omnino causam video, cur Servium allusionis propositæ auctorem carpat Aul. Gellius 6. noct. Attic. 12. aut in Justinianum tam inclementer invehatur Valla lib. 6. elegant. 36. ut dicat, eum explosam atque derisam etymologiam denuo inculcasse: dignus profecto ipse, qui sibilo explodatur. Quis enim nescit, testamentum esse verbum, non compositum, sed simplex? & si de vera ejus originatione queratur, dictum esse à testando? Quod autem convenit & verbo & simul rei, *testatio mentis*, fortuitam esse, nec in aliis verbis per hujuscemodi formam productis idem evenire, atque ideo nec per similem allusionem declarari posse? Et irascor Gæddæo, qui in l. nomen. 164. de verb. sign. contendit, eandem

hanc derivandi rationem etiam accommodari posse verbis, *vestimentum, ornamentum, calcamentum*, & ejusdem productionis cæteris; lepida scilicet ratione, quia & sartor, sutor, &c. mentis judicio in opere faciundo utuntur, aut quia nemo sine mente se vestit, ornat, calceat. Et igitur si Gæddæo credimus, vestimentum ex eo appellatum recte dici poterit, quod vestitio mentis sit; calcamentum, quod sit calcatio 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, *ὅθεν ἰμμερῖδι, ἢ τῆς ἰμμερῖδιαι.* Quæ & Theophili mens est, licet aliud videatur doctissimo Salmasio lib. de usur. cap. 1. Descriptionem testamenti habemus apud Modestinum a l. 1. hoc. tit. *Testamentum*, inquit, *est voluntatis nostra jussa sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit.* Justam sententiam si accipimus solennem, aut plenam, hoc est, integram & de omnibus bonis (utraq; enim significatio huic verbo convenit) hac nota satis removebuntur codicilli. Expresior tamen est illa Ulpiani in frag. tit. 20. qui sic definit; *Testamentum est mentis nostra jussa contestatio, in id sollemniter facta, ut post mortem nostram valeat.* Quod Modestinus voluntatis sententiam, Ulpianus contestationem dixisset; uti & in l. qui testamento. 20. §. & veteres. 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 perhibetis.* Perfectissima autem erit definitio, si ita dicamus; *Testamentum est suprema contestatio in id sollemniter facta, ut quem volumus, post mortem nostram habeamus hæredem.* Nam legata ad testamenti substantiam non pertinent, l. 1. §. 3. de hered. instit. Sunt autem hæc definitiones conceptæ de iis testamentis duntaxat, quæ sunt jure communi omnium Civ. Rom. ad ea quæ sunt jure proprio & singulari, qualia sunt militum, de quib. tit. seq. & quorundam etiam paganorum, de quibus nos obiter ad §. 4. n. 2. inf. h. t. non pertinent. Quæri hoc loco solet, 3 cui juri adscribenda testamenti factio, utrum juri gentium, an civili. Dicendum est, si generaliter, simplicitate & 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 reipubl. 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, forma 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 ferè gentes in usu testamenta fuerunt, sive jus cavendi de eo, quod quis post mortem suam fieri vellet. Philosophorum supremas aliquot voluntates refert Diog. Laërtius in

in *vitis Philosoph.* Esaias Propheta annuntiat Ezechiae regi Judæ, ut domui suæ præcipiat, quasi mox morituro. 2 Reg. 20. & Tacitus de Germanis nostris, ut singulare aliquid notat, quod nullum apud eostestamentum esset, *lib. de morib. German.* 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 *pæn.* 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 stylus, & 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 & persè consideratam esse juris gentium. Negant, rationi & simplicitati juris gentium convenire, ut quis disponat de re non sua: id autem eum facere ajunt, qui disponit in id tempus; quo dominus esse definit. Sed assumptio hæc falsa est. Non enim de re aliena, sed sua, nimirum eo tempore, quo adhuc dominus est, testator disponit, & quid fieri velit; ordinat: licet executionem voluntatis in tempus mortis suæ suspendat. Quod non magis pugnat cum ratione naturali, 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. num. 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. Et enim ne illo quidem jure putandum est, defuncti bona simpliciter addici proximis, sed in defectum supremæ voluntatis ejus; qui dominus fuit, *arg. §. per traditionem. 40. sup. de rer. divis. d. l. 1. c. de sacros. Eccles.* quem naturæ legis ordinem etiam in deferenda hereditate lex duodecim tabularum secuta est. Reliqua, quæ contra objiciuntur, parvi ponderis sunt. Quale est illud, quod Papinianus scribit, testamenti factionem non privati, sed publici juris esse, l. 3. *hoc tit.* Nam si jus publicum proprie accipimus, quod utilitate publicum est, ut in divisione juris proposita, §. *ult. sup. de just. & jur. l. 1. §. 2. eod.* testamenti factio juris privati est. Publici autem juris esse dicitur oppositive ad contractus & conventiones, quia auctoritate publica est, l. 1. *ad leg. Falc. l. verbis. 120. de verb. sign.* nec ut contractus, privati cujusque arbitrio, sed legum potestate regitur, l. *ult. de suis & legit. her. quanquam & 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. *hoc tit. l. 1. c. de her. inst.* qui tamen omnia, quæ sunt juris gentium, retinet, l. *sunt quidam. 17. §. 1. de pæn.* Nam nec matrimonium contrahere potest, nec patriam potestatem, nec tutelam, nec jus successionis cognationi tributum retinet. Nimirum et si hæc omnia ex jure gentium, tanquam ex communi fonte populus Romanus hauserit, propria tamen

sibi fecit, & à communione eorum arcuit peregrinos. Neque enim hoc dicimus, testamentum esse juris gentium, quo modo contractus & conventiones civilis ita conflatum esse dicuntur; sed ex jure gentium & civili ita conflatum, ut, quamvis hic præcipue 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 referuntur *το ἀγαθὸν ὀφείλει ἕσθαι. tit. de jur. nat. gent. in pr. revisæ 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 emptionis & venditionis Germanos ignorasse idem Tacitus eodem loco prodidit, cum apud eos nummus non esset: & elkeborosi hominis est, ex usu unius populi & rudis adhuc de jure gentium judicare, *add. doctiff. Vigil. ad §. 2. hoc tit.* Adjicio *ἐπιπέδον*, multis visum, è republica aliquando esse, nimiam testandi & legandi libertatem præcedere, præsertim in Optimatum statu, & hæctenus, ut ne cui liceat prædia paterna aut avita legare, Quinetiam 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; *Usi quisque legasset suæ rei, ita jus esto, l. verbu legu. 120. de verb. signif.* Cæterarum autem gentium omnium unam legem fuisse, nec prædia testamento legare liceret: eoque jure adhuc Polonos, Danos, Succos, aliosque populos uti. Nos scimus, idem fere etiamnum obrinere in Geldria, & Diocesi Trajectina, locis Bataviæ nostræ proxime adjacentibus. Excepta apud nos sunt bona feudalia, quæ testamento dare, legare non licet sine indulgentia Ordinum hujus provincie. At impetrata de his testandi licentia, potest vasallus feudum, cui velit testamento relinquere, modo is, cui relinquitur, ex justo matrimonio procreatus sit. Et potest hoc facere etiam sine permisso ejus, qui proximus feudi dominus est, & sine consensu successorum feudi ab intestato. Simplex indulgentia non plus juris vasallo tribuit, quam ut semel de bonis feudalibus directo disponere possit vel instituendo vel legando: plures autem gradus faciendi potestas aut substituendi sive directo sive per fideicommissum non aliter competit; quam si hoc quoque specialiter diplomate comprehensum fuerit, *Grot. 2. manuduct. c. 42. & ib. Groenew. in not. morabil. feud. §. 24.* Apud Ultrajectenses etiam simplex indulgentia potestatem substituendi tribuit, sed semel duntaxat.

## TEXTUS.

## De antiquis modis testandi Civilibus.

I. 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:

Kk

altero,



altero, cum in prælum exituri essent, quod pro-  
 ductum dicebatur. Accessit deinde tertium ge-  
 nus testamenti: n. quod dicebatur per as & li-  
 bram, scilicet quod per emancipationem, id est,  
 imaginariam quandam venditionem agebatur,  
 quinque testibus & libripende, civibus Romanis  
 puberibus presentibus, & eo, qui familia emptor  
 dicebatur. Sed illa quidem priora duo genera te-  
 stamentorum ex veteribus temporibus in desuetudi-  
 nem abierunt: quod vero per as & libram fie-  
 bat, licet diutius permanserit, attamen partim  
 & hoc in usu esse desit.

## NOTÆ.

1. *Calatis comitiis*] Calato seu convocato per listo-  
 rem curiatum populo, testamentorum confirmando-  
 rum causa: curiata enim hæc erant comitia, non centu-  
 riata aut tributa. Gell. lib. 15. c. 27. Gruch. in *praf. lib.*  
*de comit.* In Glossis: *calata comitia*, *ἐκ χειρὸς ἀπὸ τοῦ*  
*ἱεροῦ τοῦ ἀπὸ τοῦ*. Vide infr. in *Cognm.*

*Per emancipationem*] Emancipare & mancipare pro-  
 priè est ære & libra vendere, & in dominium alicui  
 tradere. Horat. *Si proprium est, quod quis libra me-  
 ventur & ære*, per translationem prædicatur de qualibet  
 alienatione & subjectione. Plaut. *Bacch.* & *Curcul.* Cic.  
*Phil.* 2. & *Cat. Maj.*

*Imaginariam venditionem*] Imaginaria dicitur, quia  
 pretium non interveniebat; sed *ἰσχυρὰ* sester-  
 tius nummus, v. Cujac. 10. *obs.* 37.

*Quinque testibus*] Aderant præter libripendem testes,  
 quinque, cives Rom. puberes, certisque verbis hic actus  
 perficiebatur, v. Ulpian. *sit.* 19. §. 2. & *sit.* 20. §. 1. &  
 8. & Boët. in *Top.* ubi ex Cajo etiam formulam manci-  
 pationis refert, add. Salmat. *de usu.* c. 8.

*Familia emptor*] Suet. *Neron.* c. 4. *Familia emptor*,  
 id est, hæreditatis; qui initio erat ipse hæres futurus,  
 §. 10. *inf. eod.* postea autem alius ab hærede, manceps  
 fiduciarius, qui hæredi familiam remanciparet. Theo-  
 ph. quod Plutarcho *lib. de ser. num. vind.* absurdum vi-  
 detur.

*In desuetudinem*] Causam te docebit Th.

## COMMENTARIUS.

1. *Comitiorum genera obiter expressa, & ostensum,*  
*quibus comitiis testamenta fieri solebant.*
2. *De testamento, quod veteribus endo procinctu.*
3. *De testamento per as & libram.*
4. *Quando superiora genera testamentorum in usu esse*  
*deserint.*

Quo ratio juris de forma & modo faciendorum testa-  
 mentorum postea constituti facilius & perfectius in-  
 telligatur, necessarius putavit Justinianus, à primor-  
 dio rem totam repetere. Et sunt sanè multa in jure novo  
 & posterioribus temporibus constituto, quæ sine veteris  
 notitia perfectè intelligi non possunt: idque non tantum  
 in re hic proposita sed etiam in plerisque aliis juris Justi-  
 nianici partibus accidit. Accommodari huc potest illud  
 Senecæ *lib. 6. de benef. c. 1.* *Etiam quod discere super-  
 vacuum est, prodest cognoscere.* At autem, primis

temporibus duo genera testamentorum populo Romano  
 in usu fuisse, quorum altero, quod calatis comitiis di-  
 cebatur, utebantur in pace & otio; altero, quod pro-  
 cinctum, cum in prælium procincti educerentur: ac-  
 cessisse autem postea & tertium genus, quod per as &  
 libram fiebat. Atque hujus rei testem habemus etiam  
 Aulum Gellium, qui *lib. 15. nof. Attic. c. 27.* sic scri-  
 bit. *Tria genera testamentorum fuisse accipimus; unum,*  
*quod calatis comitiis in concione populi fieret; alterum,*  
*quod in procinctu, cum viri ad prælium faciendum in*  
*aciem vocabantur; tertium per familia emancipationem,*  
*cui as & libra adhiberetur.* Item quoque tradit Ulpian.  
*in fragm. tit. 20.*

*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 cala-  
 ta appellant, fuerint; & unde hoc iis solis nomen, quod  
 videtur omnibus communiter convenire. Patet ex scri-  
 ptis veterum, maxime Ciceronis, Livii & Dionysii  
 Halicarnassensis, tria fuisse, eaque diversa comitiorum  
 genera; curiata, centuriata, & tributa: quorum anti-  
 quissima curiata. Nam ex quo Curix primum à Romulo  
 institutæ sunt, usque ad tempora Servii Tullii sexti Ro-  
 manorum regis, omnia, quæ suffragiis populi à regibus  
 mittebantur, curiatis comitiis peracta fuere: ut ex  
 eo intelligi potest, quod necdum centuriæ, nec tribus  
 erant, quæ suffragium dicere possent. Itaque non modo  
 reges, sed cæteros etiam magistratus curiatis comitiis  
 creatos fuisse interpretandum est, cum apud auctores re-  
 perimus, à populo eos creatos: & leges omnes quæ ad  
 illud usque tempus latæ sunt, curiatæ fuerunt: & judi-  
 cium 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 iudicium  
 Coriolani: qui fuit annus ab urbe condita 263. quo pri-  
 mum instituta sunt tributa comitia; & curiata minus ex  
 eo tempore frequentari cœperunt. Curiatæ comitia dice-  
 bantur, in quibus populus curiatim suffragium dicebat  
 hoc est, in quibus populus per curias divisus sententiam  
 rogabatur; ut quod plures curiæ statuissent, id iustum  
 populi diceretur: nec auspicato fieri poterant, nisi intra  
 pomerium, idque in foro, adeoque in comitio. Centu-  
 riata erant, quibus populus per classium centurias di-  
 visus suffragium ferebat, ita ut suffragia colligerentur  
 centuriatim, & quod plures centuriæ iussissent, id jus ra-  
 tumque esset. Hæc intra pomerium haberi non pote-  
 rant: locuseis destinatus, erat campus Martius. Tribu-  
 ta comitia dicta, cum populus tributim sive per tribus  
 divisus suffragium iniret, in quibus quod plures tribus  
 iussissent aut vetuissent, spectabatur. Hæc autem diver-  
 sa fuisse à curiatis argumento est, quod tribus à curiis  
 semper diversæ fuerunt; quodque, intra an extra po-  
 merium haberentur, nulla religio erat. Jus habendi  
 comitia solis magistratibus fuit, nisi de sacris esset agen-  
 dum; & quidem solis patriciis & majoribus magistrati-  
 bus curiata & centuriata; tributa etiam tribus plebis,  
 Sacrorum autem causa Pontifices jus habuerunt vocandi  
 comitia tam centuriata, puta creando regi sacrificulo,  
 quam

quam curiata: nam fallitur D. Wesembecius, dum existimat, magistratus coëgisse centuriata comitia, calata pontifices. Causæ habendorum comitiorum varæ; ad creandos magistratus aut confirmandos; ad leges ferendas, judicia exercenda, sacerdotes inaugurandos, detestationis sacrorum, adrogationum, & testamentorum faciendorum causa: nec tamen unæ omnium, nec eadem omnium omnibus temporibus. Singula exequi ad institutum non opus est: adeundj 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 hæc 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 iudicium 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 dom.* 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 *calenda*, *curia calabra*, *classis*, &c. *Macrob. 1. Saturn. 15.* existimare licet, initio comitia omnia calata fuisse: sed postea cum id verbum in usu esse desit, nomen calatorum comitiorum in his tantum, quæ pro collegio pontificum haberentur, retentum esse; idque religionis & antiquitatis causa, Gellius sanè *d. lib. 15. cap. 27.* refert in libro Lælii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum esse, Labæonem scribere, calata comitia esse, quæ pro collegio pontificum haberentur, aut regis sacrorum, aut flaminum 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 hæreditatibus transferrentur. Vicem horum testamentorum exhibere scribit D. Viglius, quæ præcipue Principi oblati inserantur, juxta *l. omnium. 19. C. hoc tit.* Nam Principem post legem regiam quodammodo universum populum representare. 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. omnium.*

2. *Quod prociñctum dicebatur*] Alterum testamenti generis antiquitus usurpatum, cum ad pugnam ituri essent, incerti an essent redituri, prociñctum appellatum esse ait; pro quo malim *in prociñctum*: nam testamentum inepte prociñctum dixeris; licet Theophilus quoque *prociñctum* legat, ut verisimile sit ita Tribonianum scri-

psisse. At enim veteres ita locuti non sunt, ut hoc epitheton ipsi testamento apponerent: sed prociñctum militem, prociñctum exercitum, prociñctam classem dicebant, id est, multitudinem hominum ad prælium instructam & paratam; eo quod togis incincti olim pugnant, quo expeditiores essent, teste Festo, hinc *prociñctus*, pro exercitus. Ammian. *lib. 18. prociñctus adveniens.* Testamenta autem, quæ pugnaturo instructa acie nuncupabant, *endo prociñctum* vel *in prociñctum* appellabant. Gloss. Lat. Græc. *endo prociñctum*, *ἐν τῷ προκίπτῳ* & *πρὸς τὴν μάχην*. Lucilius Balbus apud Cic. *2. de nat. Deor.* non procul à principio; *itaque maxima reipub. partes, in his bella, quibus reipub. salus continetur, nullis auspiciis administrantur, nulla perennia servantur, nulla ex acuminibus, nulli viri vocantur; ex quo in prociñctum testamenta perierunt, & lib. 1. de Orat.* apud eundem Antonius; *Qui duos filios suos parvique tutela populi Romani commendasset, ac se, tanquam in prociñctum testamentum faceret sine libra & quo tabulis, populum Rom. tutorem in his rebus dixisset illorum orbitata.* Ita quoque Festus, Gellius, Ulpianus *ad. loc.* Plutarchus *in Coriolan.* ita hanc rem explicat; Erat eo tempore, inquit, mos Romanis prælium inutriscutaque sumpturis *ἐν τῷ προκίπτῳ* præferor, præcingere togam, simulque *διατάξας αὐτοῦ τοὺς νόμους*, testamentum sine scripto facere; & tribus aut quatuor audientibus hæredem nuncupare.

*Quod dicebatur per æs & libram*] A. prætor: ut scribit Theophilus, hoc est, *inaspicatum* 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 histantum in anno, si eisdem Theophilo credimus, fiebat. Sed cum hinc eveniret, ut ne ægrotantibus quidem semper libera esset testamenti factio; nec terminæ, quibuscum nulla comitiorum communio erat, teste Gellio *lib. 5. cap. 19.* ulla ratione testari possent, excogitata postea est tertia testandi ratio, secundum quam & quovis loco ac tempore, & sceminis etiam suprema judicia ordinare liceret. Hic modus testandi per æs & libram dicitur, quia per mancipationem, in qua æs & libra adhibebatur, fiebat: unde hæres per æs & libram apud Ciceronem *2. de legib.* Et sciendum est, Romanos primis temporibus ære gravi atque argento rudi, non signato, utos fuisse pro pecunia, atque hæc appendere, non numerare solitos: signata pecunia demum post Pyrrhum Regem devictum uti coepisse, eamque numerare, auctore *Plinio lib. 33. cap. 3.* Verba tamen vetera etiam postea retenta sunt, ut appendo, appendo, expendo, nominaque ab his derivata; & imago quædam vetustj moris in venditione atque alienatione rerum mancipi, quæ uno verbo mancipatio dicitur, (Cicero *in Topic.* traditionem nexu vocat, propterea quod hæc mancipationem sequebatur) nimirum ut is, in quem hæ res transferentur, eas emeret à domino ære & libra, appenso ei *τοῦτο ἔστιν*, dicitis causa, nummo uno. Atque hoc modo plenissimo & optimo jure dominium in accipientem transferrebat, pleno scilicet jure Quiritium; cum aliqui bonitarium duntaxat transferret. Quo accommodandum illud Horatii;

*Si proprium est, quod quis libra mercatur & ære.*

Aderant præter libripendem quinque testes, cives Romani,

ni, puberes, certisque verbis hic actus perficiebatur, vid. Ulp. tit. 1. §. 11. & tit. 19. §. 2. & Boët. in Top. Cic. apud quem etiam extat mancipationis formula. *Es, inquit, qui mancipio accipis, as tenens ita dicit; Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse ajo, isque mihi emptus est hoc are aneaque libra. Deinde are percussit libram, indeque as ei dat, a quo mancipio accipit, quasi pretii loco, ita recte cum locum emendat vir omni prae-dicatione dignus, sed omni major, C]. Salmat. lib. de usur. c. 8. Traductum hoc postea & ad translationes universitatis bonorum, ut futurus successor familiam, id est, universam substantiam testatoris ei usque ad emerere, quo post mortem ejus hoc tanquam justo titulo bona possidere intelligeretur. Eadem quoque solemnitas adhibita fuit in adoptionibus & emancipationibus liberorum, ut alibi vidimus.*

*Quod per emancipationem*] Ita quoque Theophilus Aul. Gellius lib. 15. c. 27. per familia emancipationem, nec video, cur potius legendum mancipationem: quod vult. D. Bachovius. Etiam veteres non minus verbo emancipare, quam mancipare utuntur, pro mancipio dare, tradere, vendere, alienare. Cicero de Senect. Ita senectus honesta est, sinemini emancipata est. Plaut. in Bach. Nunc mulier tibi me emancipat, iustus sum. Hbrat. epod. 5.

Romanus (sive possit negabitur)

Emancipatus semina

*Ferr. Vallart & arma miles*... Id est, *dadu kapti & in yuodul*. Tranquillus in Orbone c. 4. Cuidam cum vicino de parte finium litiganti adhibitus arbiter totum agrum redemit, emancipavitque. Plinius lib. 7. epist. 18. Agrum ex meo longe plus exacti tibi publico emancipavit. Cicero 2. Philipp. Tuni isto venditum atque emancipatum tributatum consilii vestris opposuit: quo tamē loco non ignoro etiam mancipatum legi.

*Imaginariam quandam venditionem*] Duribus de causis venditionem hanc imaginariam fuisse scribit Hottomannus: primum quia revera venditio non erat, sed liberalis bonorum omnium translatio, cum dicit tantum causa numerum unus appenderetur testatori. Deinde quia familia emptor, in quem tanquam in heredem ea bona per mancipationem transferbantur, hæres non erat, sed alius ab hærede. At oportebat distinguere tempora: nam quo tempore hæc testandi ratio primum introducta est, ipse hæres futurus familiam emebat: quod bis hoc loco testatur Theophilus; & intelligere licet ex §. sed neque. 10. inf. eod. Progressu autem temporis, tum, ut credibile est, quod veterum simplicitas & probitas, antea non consideraverat, experimentis, compertum esset, eam rem testatori periculosa esse, atque insuper etiam causam odii in testatorem, invidiæ in heredem, legitimis successoribus præbere: receptum est, ut palam quidem solemnitate adimplendæ causa familia emptor adhiberetur, sed qui, ut manceps fiduciarius, hæredi secorsum in tabulis clausis scripto, mortuo testatore, familiam remanciparet. Cujus rei causam cum Plutarchus non intelligeret, in libro, cui titulus est, *De serm. Numini vindicta*; de Romanis loquens, sic scribit: *ὁταν ἀλεθρίως γὰρ φωνῶν, ἐπίρως ἢ ἀπλοῖκων κληρονομίης, ἐπίρως ἢ παλαιοῖς τῶν ἑταίρων ἢ ἀπὸ πειροχόρων*. Transferantur huc verba Ulpiani ex tit. 20. §. 8. In testamento,

inquit, *quod sis per as & libram, dua res aguntur, familia mancipatio & nuncupatio testamenti. Nuncupatur testamentum in hunc modum; Tabulas testamenti testator tenens, ita dicit; Hac uti his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor: itaque vos Quirites testimonium perhibetote, quæ nuncupatio & testatio vocatur.*

Priora duo genera in desuetudinem abierunt] Recepto usu testamenti per as & libram, priora illa duo minus frequentari coeperunt, paulatimque abiere in desuetudinem. Et quidem jam ætate Ciceronis perierant testamenta in præcinctu, 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. c. 27. sic scribit: *Isdem comitiis, qua 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 comitiarum in usu amplius non fuisse: & perperam Bachovius ex eo, quod Labeo eodem loco scribit, tria genera testamentorum fuisse, in præcinctu, calatis comitiis, per as & libram, colligit, ætate Labeonis atque adeo Gellii testamenta calatis comitiis adhuc in usu fuisse: nam eadem ratione colligas, eodem tempore viguisse adhuc testamenta in præcinctu: quod falsum esse constat ex d. loco Ciceronis. Illud utique certum est, tempore mediæ jurisprudentiæ comitiis testari desitum fuisse, testis Ulpian. in fragm. d. tit. 10. §. 1.

*Quod vero per as & libram, &c.*] Priora illa duo testamentorum genera jam diu exoleverant, cum per as & libram adhuc frequentaretur. Ulpianus d. loco scribit, suo tempore id solum in usu fuisse, nimirum ex testamentis, quæ ad jus civile pertinebant, scilicet prioribus illis duobus abolitis: nam secundum formam a præ-tore introductam, & juris mixti eo tempore testamentum quoque fieri solita, multis auctoritatibus doceri potest, *ad testum. 22. §. si quis. l. pen. hoc. tit. cum similib.* & apud Ciceronem quoque non uno in loco mentio fit testamentorum obliuatorum. Ait, *Partim & hoc in usu esse desit.* An hoc ideo dicit, quia familia emptor postea alius esse coepit ab hærede. Sed hoc factum jam olim, & stante adhuc repub. Arbitror, Justinianum hoc significare voluisse, cum in testamento, quod per as & libram fiebat, duæ res antea agerentur, familia mancipatio, & nuncupatio testamenti, solemnitatem familia mancipationem 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, quæ posteritas uti coepit, §. 3. inf. eod. quo loco hoc innuit ipse Justinianus. Illa mera somnia sunt, quæ a quibusdam afferuntur, ideo testamentum per as & libram desisse fieri, quia emptio ista bonorum testatoris visa sit esse contra bonos mores, & pactum de futura successione, quod votum captandæ mortis inducat: neque enim vera emptio erat, aut hic ejus effectus, ut testamentum mutare non liceret; nec idem jam olim hæres, qui familia emptor: & Theophilus, quem ajunt eandem hujus desuetudinis rationem reddere, tantum indicat, cur alium emptorem familia; alium heredem esse placuerit: quanquam & ipse fallitur, dum id Justinianum hoc loco sentire existimat.

## T E X T U S.

## 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.

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

1. Nimia curiositatis esse, velle indagare, cur in omnibus emancipationibus placuerit minimum quinque testes adesse, consutatis plerorumque rationibus.

**A**D jus civile referebantur] Opponitur hoc loco jus civile prætorio: quod cum sit, cæteras partes juris civilis intelligere debemus; quæ scilicet ex legibus, plebiscitis, Senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentum veniunt, l. 7. de just. & jur. Sine ulla autem ratione est quod D. Hotomannus cum 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 12. tabulis, quibus tamen posterius est jus, quod à consultis compositum est, & communi nomine appellatum civile, l. 2. §. his legibus. 5. de orig. jur. Et modi alienandi per nexum & mancipationem ex lege 12. tabularum descendunt. Planè imaginariæ mancipationes inventum sunt Jurisconsultorum; nec dubito, quin etiam testamentum per æs & libram solemnitate mancipationis rerum singularium 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 obfirmatum esset. Licet enim tale testamentum jure civili non subsisteret propter defectum mancipationis: tamen prætor secundum illud bonorum possessionem scriptis in eo hæredibus dabat. Ulp. tit. pen. §. 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 contempserit, numerum tamen civium, quem adesse in testamentis oportebat, minui noluit: ideoque duos testes in locum libripendis & emptoris familiæ surrogavit. Simile huic est, quod apud Cajum 1. Institut. 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 impleteretur. Nimis autem curiositatis est, indagare velle, cur placuerit, in omnibus mancipationibus minimum quinque testes præsentem esse. D. Giphanius & Bachovius suspicantur, originem hujus

quinarii numeri ductam à numero quinque classium, quas Servius Tullius instituit, atque ad hujusmodi actus confirmandos singulos testes è singulis classibus initio accitos fuisse, ut quodammodo coram universo populo celebrari viderentur; proinde quasi singuli testes suam classem, universi populum universum repræsentassent. Nec obstare ait D. Bachovius, quod Dionys. Halicarnasensis scribit, non quinque, sed sex classes à Servio rege institutas: nam sextam classem, quæ infimi census erat, contemptam & 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 censetur; 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 censentur, & qui classem non habebant, nec cives Romani erant: quomodo & Jos. Scaliger hoc accepit. Errat enim Calepinus, qui putat, per classicios testes Festum intellexisse homines primæ classis, aut primæ dignitatis: nam satis fuisse constat si viri honesti essent & integræ famæ: quanquam antiqui etiam ita locuti sunt, ut classici dicerent, non omnes, qui in classibus erant, sed primæ tantum classis homines: unde per translationem auctores classici appellati, primæ notæ, assidui, non proleteri scriptores, vid. Gell. lib. 7. c. 13. & l. 19. c. 8. Sunt, qui ideo quinque testes adhibitos scribunt, quia totidem tribus populum constabat, Tima. 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 sex testes adhibitos, quorum tamen unus nomen ac manus libripendis assumeret. At enim si Livio credimus, nullæ tribus à Romulo factæ, quæ quidem universam multitudinem continerent: sed tres modo equitum centuriæ, ex omni multitudinæ selectæ, quarum numerum Tarquinius, quia videbat equitem maximè 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, sicut tribus triginta. Subjicit tamen, Venonium memorie prodidisse, triginta & unam tribus sub rege Servio fuisse. Libro autem septimo apud eundem de judicio Coriolani sic scriptum reperimus; Cum una & viginti cum tribus Roma essent, qua missæ sunt in suffragium, novam

*habuisse Marium: à quibus absolutus est.* Proinde longe majorem numerum testium adhiberi oportet, si per eos tribuum numerum representari volumus, & post expletum triginta quinque tribuum numerum testes quinque & triginta.

[*Cum jure civili signa testium non essent necessaria*] In testamento, quod fiebat per æs & libram. In eo enim duæ tantum res necessariæ erant, familiæ mancipatio, & nuncupatio testamenti siue voluntatis testibus exhibitæ solemnibus contestatio, Ulp. tit. 20. §. 8. quod postremum tamen tunc demum receptum videri potest, postquam cœpit alius hæres seorsum in chartis vel tabulis scribi; alii familia palam mancipari: nisi forte ad legata referas, quæ ad familiæ mancipationem non pertinebant. Auctor enim Theophilus est, testatorem post mancipationem mox ordinasse, quid post mortem fieri vellet, & familiæ emptori siue hæredi dicere solitum. *Huic veld dari fundum; illi domum; alii centum nominata.*

## T E X T U S.

## De conjunctione juris Civilis &amp; 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 triperitum esse videatur: & testes quidam, eorumque presentia, 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.*

## N O T Æ.

3. *Septem testibus adhibitis*] Specialiter rogatis, aut certioratis se ad testamentum adhiberi, d. l. 21. §. pen. ex Nov. Leon. 41. quinque sufficiunt: quod jus in Oriente receptum fuit. Græci ad l. 5. D. si tab. test. Harm. lib. 5. tit. 1. §. 47. Basil. 35. tit. 1. & 3. & lib. 45. §. 3. *συνήθεια τῶν πατρῶν Ἀρχιεπισκοπῆς πέντε μάρτυρας ἰδίῳ τῷ.*

[*Quodammodo*] Nam jus civile quinque tantum testes exigebat, reliqui duo in vicem ponderatoris & familiæ emptoris à prætore substituti.

[*Subscriptione testatoris, &c.*] Ita constitutum à Theodosio. l. 21. C. eod. additumque, si testator litteras ignoret, vel subscribere nequeat, octavum ut subscriptorem adhibeat. Adeo autem & subscriptio & simul obsignatio necessaria, ut alterutro omisso testamentum vitietur, l. 22. §. 4. D. eod.

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

1. *Recepto testamento mixto, quale hic describitur, non*

*statim antiquata testamenta per æs & libram, neque vim testamenti prætorii eneruatam.*

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 obsequandis tabulis confirmatum.*
5. *In testamento scripto non exigi, ut testis intelligat sermonem testatoris.*
6. *Testes rogatos adesse oportere: nec non alia quadam 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 solemnitate alicujus omissione voluntas testatoris obliget in foro conscientia.*

[*Tam ex usu hominum, quam ex constitutionum emendatione*] Sensus est, cum duo essent simplicia testamentorum genera, unum civile, alterum prætorium, usu hominum 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 principium, atque ex jure honorario. Per hoc tamen non statim antiquata fuit civilis ratio testandi per æs & libram. Ulpian. tit. 20. §. 8. neque prætorii testamenti vis aut usus sublatus: de quo sub §. non tamen. inf. quib. mod. test. inf.

[*Uno eodemque tempore*] Hæc subtilitas ex jure civili est, l. qui testamento. 20. §. & veteres. 8. l. hæredes palam. 21. §. ult. hoc tit. l. cum antiquitas. 28. C. eod. Est enim ex jure civili, quod actus solemnes & legitimi continui esse debent, & uno contextu absolvi, l. continuus. 137. de verb. obl. l. 12. de duob. reis. Ait autem, quod jus civile quodammodo exigebat, quodammodo, id est, serè. Additum; quia ait, septem testibus adhibitis. Nam jus civile quinque tantum testes exigebat, reliqui duo pro libripende & familiæ emptore à Prætore substituti: & ideo paulo post juri civili adscribit duntaxat actus continuitatem & testium presentiam; numerum testium juri prætorio. Illud notandum est, numerum istum septem testium requiri ad solemnitatem ordinationis testamenti, siue cum de substantialibus, ut loquuntur, testamenti quæstio est: non autem ubi quod obscurius in testamento dictum scriptumve, post solemniter testator explanat: veluti si cum Titio centum legasset, & multos Titios amicos haberet, postea declaraverit, de quo ienserit, d. l. hæredes palam. §. 1. hoc tit. Leo quinque testes sufficere voluit, Nov. Leon. 41. quod receptum in Oriente, Græc. lib. 45. Basil. tit. 1.

[*Subscriptione testium*] Et testatoris, ut mox. Ita enim constitutum à Theodosio l. hac consultissima. 21. C. eod. additumque, si testator litteras ignoret, vel subscribere nequeat, octavum, ut subscriptorem adhibeat. Ceterum ex constitutione Justiniani, si testator propria manu

nu

nu totum testamentum conscripserit, idque se fecisse in tabulis specialiter expresserit, nihil opus est vel ipsum vel alium ejus nomine subscribere, *l. cum antiquitas. 28.*  
 3 §. 1. *C. eod.* 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. ad testium. 22. §. 4. l. pen. hoc tit.* quos Papinianum assessores habuisse à Lampridio proditum est.

*Ex edicto prætoris signacula*] Ob signationem testium esse ex edicto Prætoris indicant, *l. si testamentum. 23. eod. §. non tamen. inf. quib. mod. test. infirm. Ulpian. tit. 4. 23. §. si septem.* Quamobrem quod M. Tullius 3. *Verr.* meminit tabularum testamenti ob signatarum è lege, legem intelligens Corneliam testamentariam, recte D. Wesembetius 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 auctoritate edicti confirmaret. Ob signatio autem argumento certissimo est, scripturam jure prætorio necessariam fuisse, ut ob signationis illius subjectum; cum jure civili, quod nec subscriptionem nec ob signationem desiderabat, scriptura non omnino necessaria fuerit: quamvis credibile sit, frequentius ob rei memoriam scripturam intervenisse: quod & tutius esse cepit, postquam hæres emptor familiæ esse desit. Adeo autem & subscriptio & simul ob signatio necessaria est, ut deficiente alterutra testamentum injustum sit, *l. ad testium. 22. §. si quis. 4. hoc tit.* teneaturque falsi crimine tabello, qui non utramque adhibendam curavit, *l. jubemus. 29. in fin. C. eod.*

*Et testes quidem & eorum presentia*] 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 præsentem 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; invitostamen retinere non licet: & si retenti sint, testamentum non subsistit, *l. qui testamento. §. antepen. 6. §. 1. §. 1. §. 3. de assign. libert. §. ult. inf. eod. tit.* siquidem assignatio liberti, licet propriè neque legatum sit neque fideicommissum, *l. 7. d. tit. vim tamen legati habet, dum jus patronatus, quod alioqui commune futurum erat, uni in solidum relinquatur.* Sic pignoris, *l. non est mirum. 26. de pign. act. duorum reorum, l. 9. de duob. reis, usufructus, §. 1. sup. de usufr. servitutum, §. ult. sup. de serv. prad. 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 cætera, quæ testamento caventur, legantur aut relinquuntur, revocari possunt. Gravissima hic moveri solet quaestio, an, si legitimus numerus testium adhibitus non fuerit, aliudve quid meræ solennitatis in testamento missum, veluti si testes rogati non sint, aut tantum subscripserint sive subscripserint, non etiam ob signaverint, tale testamentum saltem in foro conscientie hæredem ab intestato, cui de voluntate testatoris constat, non obliget ad restituendam hæreditatem hæredi scripto, & ad legata præstanda. Obligare negat *Domin. Soto lib. 4. de**

simulando vocem mariti. Estque hæc receptior interpretum sententia, teste Sichardo in *d. l. 9. n. 2.* ubi tradit Glossam in *l. 2. §. idem Labeo. 8. de aq. plu. arc. contra sententiam communiter reprobari, add. Clar. §. testamentum. q. 59. Christin. vol. 4. decis. 7. n. 5. Graff. d. §. testamentum. q. 59. n. 4.*

*Uno contextu*] *Μία ὁψῆ, ἀδιαλείπτως,* uno eodemque die ac tempore, *l. hæc consultissima. 21. C. hoc tit.* nulloque actu ab instituto negotio alieno interveniente, *l. hæredes palam. 21. §. ult. hoc tit. d. l. 21. C. eod.* nisi fortè talis sit actus, quem ratio morbi testatoris, vel necessitas naturæ efflagitet, etiam in testibus: quod pluribus explicat Justinianus *l. cum antiquitas. 28. C. eod.* ut tamen si quid supervenerit, ob quod aliquis è testibus diutius abesse cogatur, alius testis substitui debeat, *d. l. 28.* Cæterum hæc non eo pertinent, ut testator teneatur eodem tempore & testis adhibere & testamentum scribere vel dictare ac finire: sed ad nuncupationem testamenti sive ipsam testationem & declarationem voluntatis, cum scilicet testamentum subscribendum & ob signandum testibus in eam rem adhibitis offertur: nam quin alio tempore testamentum conscribere, & scriptionem sæpius interrompere, alio vero testes ad solennia 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 interruptatur, vitieturque testamentum, hinc facile colligere est, quid judicandum sit de quaestione, quæ vulgo moveri solet, an contractus celebrari inter testandum possint. Nam si contractus est actus extraneus & alienus à testamento, uti revera est; necesse est, actum testandi celebratione contractus interrupti, veluti si testator, cum jam coepisset ordinare testamentum & necdum absolvisset, fundum aut rem aliam Titio vendere aut locare instituat. Quod si ita quaestio formetur, ut queratur, an possit contractus fieri in ipso testamento; ne hoc quidem admittendum videtur. Quippe cum contractus, quæ talis, non intelligatur, nisi celebratus sit inter plures: at quæ testamento caventur, ab uno caventur testatore, atque ex unius illius voluntate stant & cadunt. Non obstat igitur, quod testamento libertum assignare licet, *l. 1. §. 3. de assign. libert. §. ult. inf. eod. tit.* siquidem assignatio liberti, licet propriè neque legatum sit neque fideicommissum, *l. 7. d. tit. vim tamen legati habet, dum jus patronatus, quod alioqui commune futurum erat, uni in solidum relinquatur.* Sic pignoris, *l. non est mirum. 26. de pign. act. duorum reorum, l. 9. de duob. reis, usufructus, §. 1. sup. de usufr. servitutum, §. ult. sup. de serv. prad. 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 cætera, quæ testamento caventur, legantur aut relinquuntur, revocari possunt. Gravissima hic moveri solet quaestio, an, si legitimus numerus testium adhibitus non fuerit, aliudve quid meræ solennitatis in testamento missum, veluti si testes rogati non sint, aut tantum subscripserint sive subscripserint, non etiam ob signaverint, tale testamentum saltem in foro conscientie hæredem ab intestato, cui de voluntate testatoris constat, non obliget ad restituendam hæreditatem hæredi scripto, & ad legata præstanda. Obligare negat *Domin. Soto lib. 4. de**

de just. & jur. quest. 5. Clar. 3. sent. quest. 90. Covar. in c. cum esset. 2. de testam. Ajunt Ludov. Molin. de just. & jur. tract. 2. disp. 81. Mantie. lib. 2. de conj. ult. vol. tit. 14. Vasq. de success. creat. §. 1. n. 23. & seq. & de success. progress. §. 3. n. 3. Diod. Tulden. C. de testam. n. 8. Christin. vol. 4. decis. 34. quibus assentior. Nam cum in foro conscientie sola veritas spectetur secundum simplicitatem juris naturalis. c. 1. dist. 1. sufficit ad conscientiam devinciendam, ut subit 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 questione proposta, si hæredibus certo constat de voluntate defuncti, nullamque fraudem intervenisse, ad quam avertendam solennitas omnis juris civilis comparata est, non potest non subsistere naturalis obligatio, fac. l. 2. C. de fideic. l. cum amplius 84. §. 1. de R. I. l. 5. §. si quis. 15. de don. int. vir. & uxor. §. ult. inf. de fideicom. har. l. ult. C. eod. Quod etiam bene intellexit Plinius, qui ob id sæpissime scripsit, voluntatem defunctorum, etiam si jure deficiatur, bonis hæredibus pro jure esse, lib. 2. epist. 16. lib. 4. epist. 10. lib. 5. epist. 7. eoque pertinet & illud Senecæ; Augusta innocentia est, secundum leges (intellige civiles) bonum esse. Nimirum lex conscientie, 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, & dicat, voluntatem defuncti, quamvis irritam, si juris solennitatem respicias, servari oportere, utique qui eam non servat, contra conscientiam facit. Non obstat quod lex civilis, quæ solennitates introduxit, iusta est, & ad communem reipub. utilitatem condita, ne quid scilicet falsitatis in ordinandis testamentis committatur: nam in questione nostra præsupponimus testamentum esse verum & sincerum, deque eo hæredi constare quod solum in foro conscientie consideratur: Et ex converso igitur salva pietate retineri quoque poterit, saltem quamdiu ei non contradicitur, quod relictum est testamento propter deliquium solennitatis alicujus jure civili invalido. Mant. & alii ubi sup. Gros. lib. 3. de jur. bell. & pac. c. 7. n. 6.

## T E X T U S.

Solennitas addita à Justiniano.

4. Sed his omnibus à nostra constitutione, propter testamentorum sinceritatem, ut nulli fraus adhibeatur, hoc additum est, ut per manus testatoris, vel testium, nomen hæredis exprimitur, & omnia secundum illius constitutionis tenorem procedant.

## N O T A.

4. Nomen hæredis exprimitur ] l. 29. C. eod. quod tamen abrogatum Nov. 119. c. 9. ut jam summa solennitatis iterum ad ea redeat, quæ comprehensa §. præced. In quibusdam paganorum testamentis etiam de illa ipsa solennitate aliquid remissum, l. 8. l. 21. §. pen. l. ult. C. eod. & tota fere in testamentis parentum inter liberos, d. l. 21. §. 1. & auth. quod sine. C. eod. Nov. 107.

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

1. Quod hoc §. constituitur, pugnare cum principali fine testamenti scripti: tollere etiam id, quod hoc testamentum maxime differt à nuncupativo.
2. Quibus in testamentis paganorum, & quatenus, solennitates remissa.
3. Jure Canonum ut ratum sit testamentum satis esse duos testes cum Parocho adhiberi: quod mores hodierni fere sequantur.

**A** Nostra constitutione ] Extat in l. jubemus. 29. C. hoc tit. Jubeat autem Justinianus, ut præter cæteras solennitates, quas supra commemoravimus, etiam hæc adhibeatur, ut testator nomen hæredis vel in sua subscriptione aliæ parte testamenti exprimat, vel coram testibus nuncupet, si literarum 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 hæredis celare possit, & 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 hæredis nuncupetur, §. ult. inf. eod. l. hæredes. 21. pr. eod. Atque ideo etiam, ut opinor, quod & hic. & in d. l. jubemus. de suo Justinianus adhibuit, iterum dempsit ac remisit Nov. 119. cap. 9. ut jam summa solennitatis in testamento scripto requiritæ iterum ad ea redeat, quæ comprehensa sunt §. præc. & apertius paulò constitutione Theodosii, l. hac consultiissima. 21. C. eod. Ex hac tamen solennitate aliquid remissum est in quinque testamentorum generibus. 1. In testamento parentum inter liberos: siquidem hujusmodi voluntatem etiam ex testamento imperfecto valere placuit, d. l. 21. §. 1. C. hoc tit. & nuncupata quidem parentis voluntas omnimodo rata est, dum de ea constat, ut de cæteris rebus, id est, saltem duobus testibus; scripto autem declarata, si & tempus testamenti facti, & nomina liberorum, & uncias & res, quas inter liberos ditributas 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. & ib. DD. Clar. §. testamentum. quest. 8. Myns. 5. obs. 28. Gail. 2. obs. 112. Christin. vol. 4. decis. 7. & 8. Gros. 2. manu duct. 16. Deckher. differt. 2. lib. 2. D. Jac. Coren. rer. jud. obs. 39. plenissime Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. cap. 5. add. nostra lib. 2. sel. quest. cap. 17. & seq. 2. In testamentis rusticianorum, quibus permittum quinq. testes adhibere, si plures non reperiantur: remissa item subscriptiones si literati desint, l. ult. C. eod. 3. In testamento quoque tempore pestis facto de solenni numero testium quid remittendum censent Interpretes, vid. Myns. 1. obs. 96. Gail. 2. obs. 118. Peck. 3. de testam. conjug. 18. Pres. Everhard. Cons. 61. quod quidem rationem habet, utique si pestis sit vehemens, & testator ipse eo morbo laboret. Clar. §. testamentum. quest. 56. num. 3. Christin. vol. 4. decis. 6. num. 5. At jure nostro hoc tantum remissum hoc casu videtur, ut non necesse sit testes septem simul jungi, junctisque eodem tempore subscribere & signare, l. 8. C. hoc



*C. hoc tit.* quanquam contrarium passim usu receptum, teste Sande *lib. 4. tit. 1. def. 4. & ibi cit.* De moribus nostris ambigit Grot. 2. *introd. cap. 17.* sed vide Groenew. *de leg. abrog. ad d. l. 8.* In omni testamento ad pias causas quævis voluntas suprema, vel coram duobus testibus testata, Canonibus rata habetur, *cap. relatum. 11. x. hoc tit.* Postremo in testamento posteriore, in quo scripti sunt hæredes, qui ab intestato ad hæreditatem vocantur, placuit sufficere quinque testium juratorum depositiones; ac infirmato priori testamento posteriorem hanc valere voluntatem, non tanquam testamentum, sed tanquam voluntatem ultimam intestati, *d. l. 21. §. 3 pen. & ib. DD. C. hoc tit.* In univèrsum autem Jure Canonico, ut ratum sit quodlibet testamentum, sufficit duos testes cum parochò abhibuisse, *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.

## T E X T U S.

## De annulis quibus testamenta signantur.

5. *Possunt autem omnes testes & uno annulo signare testamentum. Quid enim, si septem annuli una sculptura fuerint, secundum quod Papiniano visum est? Sed & alieno quoque annulo licet signare testamentum.*

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

1. *Est 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, qua ex officio sigilla instrumentis apponunt.*
3. *Utrum annulo duntaxat testamenta signare liceat, an & alio instrumento characterem habente.*

Cum testes omnes testamentum solenne, 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 nullus sit eorum, sed vel testatoris vel alterius cujuscumque, *l. ad testium. 22. §. 2. eod. l. 12. C. eod.* Quod quanquam 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. Fabrò & Viglio, quos etiam nunc plerique sequuntur,

assentior, consentientibus quidem tutius esse, si mentio ejus rei in subscriptione fiat: cæterum & eo omisso testamentum nihilominus subsistere putant, propter simplicem & generalem definitionem juris civilis hoc loco, & supra *ad. ll. traditam.* Pœnam vero non mereri, quod sit lege permittente, *l. Gracchus. C. de adulter.* Sed & jus prætorium, quod præter signa testium nihil requirit, hac in parte non discrepare à jure civili. Igitur etiam facilius agnoscitur signum impressum annulo alieno, cum id in subscriptione annotatum est, cum tamen & sine eo recognosci possit, & vel ex eo etiam facile, quod quicquid 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 significasse. Unde tamen minime efficitur, quod docuit Bart. in *l. 2. testam. quem aper.* mortuo uno ex testibus ante apertas tabulas testamentum concidere: nam cum inspectio sigillorum non pertineat ad formalem aliquam testamenti solennitatem, sed ad probationem duntaxat voluntatis, cur, si ea aliunde probari queat, non sustineatur defuncti judicium? Et quid si unus è testibus, mutus, surdus, cæcus, aut furiosus factus fuerit? *vid. D. Vigl. ad §. sed cum. 7. hoc tit.* ubi multas contra Bart. allegat auctoritates. Plane quod hic de usu annuli alieni in signando traditur, trahendum non est ad personas publicas, quæ sigilla ex officio instrumentis appendunt, & verbi causa Notarios. Nam ab his præcisè requiritur, ut sigilla sua apponant, idque auctoritatis & fidei publicæ causa, atque ut in dubio ex unius cum altero comparatione cognosci possint. *Nov. 73. c. 6.* Testium autem in testamento non sigilla, sed oblationem lex requirit, ut cum opus est, signum recognoscentes; se id appuisse testificentur. Nam ita institutum fuit, ut cum ad aperiendas tabulas testamenti ventum esset, priusquam resignarentur, prætor signatores convenire cogeret, & sigilla sua recognoscere, *l. 4. l. 7. testam. quem aper.*

*Quid enim si septem annuli una sculptura fuerint? Quasi dicat, nemini mirum videri debere, quod testibus permissum sit signare uno eodemque annulo. Fieri enim posse, ut septem annuli, quantumvis singuli singulorum sint, eandem habeant figuram, *ἕνα καὶ τὸν αὐτὸν χαρακτῆρα.* Neque tamen ob id minus testamentum consistere. Potest 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.*

*Sed & alieno annulo? Qui scilicet nullus è testibus sit. Ex eo autem quod annuli plerumque mentio sit, non satis recte colligitur, alio instrumento signatorio testamentum 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. ad testium. 22. §. signum. 5. hoc tit.* quod ad scrupulosam testandi subtilitatem Cujac. *lib. 14. obs. 11.* refert: alii etiam ad facilitatem probationis, quia notior 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, signatum sit? Et puto, Jurisconsultum in *d. l. 22. §. 5.**

annuli appellatione non tam intelligere figuram annuli geometricam, quam sculpturam; nec excludere voluisse instrumentum, quod eandem sculpturam cum annulo habeat, sed aliud signum impressum, diversum à characterè annuli: cujusmodi forte instrumentis veteres usi ad alia, quam literas aut tabulas, obsignanda. 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 characterè 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 §. Et Donello 6. *comm.* 8. Qui locum Ulpiani in *dist.* l. 22. §. 5. legendum putant interposita negatione, & magis est, ut non tantum annulo. Quod & temperamentum subjectum, dum tamen habeat χαρακτήρος, quodammodo postulat. Et ita quoque Bartolus legisse videtur argum. summarii d. §. 5. & Joan. de Platea, qui istum §. citat ad probandum, quod scribit, non annulo tantum, sed alio quoque instrumento signatorio posse signari. Mich. Attaliat. *synops.* tit. 31. in διακρίσει επί βυζαντινείῳ. Atque ita & doctiss. Salmal. *lib. de mod. usur. cap. 10. pagin. 456.* Alii malunt, intellere 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 cuiusque proprium esse putatur, magisque notum & certum est. Hodie hæc quæstio supervacua est, cum testes subscripsisse sufficiat, signa eorum non requirantur, sed folius sigillum Notarii. Jac. Verwey *art. testam.* c. 9. De more & modo signandi apud veteres usitato ad D. Salmal. *lib. de mod. usur. c. 11.*

## 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 manus, neque surdus, neque is, cui bonis interdictum est, neque ii, quos leges jubent improbos intestabilesque esse, possunt in numerum testium adhiberi.*

## NOTA.

6. *Neque mulier*] Hoc ex eo, quod in omni mancipatione testes tantum masculi admissi. Nam his verbis, *cives Rom. puberes*, mares significantur, ad Schol. Harm. *lib. 1. tit. 6. §. 52.*

*Neque impubes*] Livius apud Priscian. *lib. 8. Impubes libripens esse non potest, neque amestari*, id est, neque testis fieri, passivè. Activè autem amestari, est

testem facere, *μαρτυριάζει*. v. Salmal. *ad jus Attic.* pag. 811.

*Neque prodigus*] Is cui bonis interdictum est, l. 18. pr. D. *eod.* Bene Græci; *ὀκνηρόν* ἢ *ἀσπίον* ἢ *μαρτυρῆς ἐν ἀσπίον*. 35. Basil. *tit. 1.*

## COMMENTARIUS.

1. *Communem testium habilitatis notam esse, si sit cum iis testamenti factio: & quid hoc sit.*
2. *Cur à testimonio 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.*

**N**on satis est, septem testes ad testamentum adhibitos esse, etiam conditionem cuiusque inspicere & non nisi idoneos admitti placuit. Et recte: quippe cum fides testationis non tam firmitur numero testium, quam auctoritate, per l. 3. §. 2. & 3. *de testib.* Estque ferè tota hæc tractatio de habilitate testium a nuncupativo testamento cum scripto & mystico communis.

*Cum quibus testamenti factio est*] Hæc communis nota est testium habilitatis, si sit cum iis testamenti factio, id est, si hæredes institui aut ex alieno testamento vel sibi vel alii acquirere possunt. Nam quatenus quis jus habet faciendi testamenti, non recte dixeris esse tibi cum eo testamenti factionem, ut bene recentiores notant. Et propriè item loquitur Imperator, cum dicit, *cum quibus testamenti factio est*, non qui testamenti factionem habent: siquidem testamenti factio activæ significationis est, ut propriè dicatur testamenti factionem habere, qui faciendi facultatem habet, l. 3. l. 4. l. 8. *in fin. l. de cui lege. 18. l. si filiusfam. 19. hoc tit. l. 1. §. exigit. 8. de bon. poss. sec. tab. l. 3. C. de apofat.* At qui ipsi testamentum facere non possunt, sed tantum ex testamento capere, cum iis rectius dicitur esse vel haberi testamenti factio, ut in §. 2. *inf. de her. inst. §. legari. 24. inf. de legat. l. non minus. 31. l. si alienum. 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. filiusfam. 16. hoc tit. l. ult. pro hered. §. in extraneis. inf. de hered. 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.

*Sed neque mulier, neque impubes &c.*] Enumeratio personarum, quæ varias ob causas in testamento testes esse prohibentur, & quidem simpliciter in testamento cuiusvis. Cur mulier hic testis non admittatur, cum alias jus dicendi testimonii habeat, l. *qui testamento. 20. §. mulier. 6. hoc tit. l. ex eo. 18. de testib.* 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 iudicè 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 Harmenopolium

pulum lib. 1. tit. 6. §. 52. *ὅτι τῆς συγκαταθέσεως μαρτυρίας*  
*μη μαρτυρίας τῆς γυναικὸς ἀποφαίνονται.* *Συγκαταθέσεως μαρτυ-*  
*ρίας*, hoc est, *testimonia constitutiva*, quæ faciunt, ut  
negotium consistat, (Mercerus vertit *commendatoria*)  
opponit *ἀποδεικτικῆς*; id est, *demonstrativa*, sive quæ  
adhibentur duntaxat probationis causa. 4. Quia testa-  
tio supremæ voluntatis non est actus repentinus aut for-  
tuitus, ut nihil necesse sit, ubi viri honesti haberi pos-  
sunt, accire fœminas, per *Nov. de testib. 90. cap. 1.* Qui-  
bus rationibus item moveor, ut credam, ne in codicil-  
lis quidem mulierem testem esse potuisse, contra quam  
sentiant *Vigl. & comm. DD.* Mitto quod solennis illa  
testandi ratio per familiæ mancipationem; unde quali-  
tas testium, masculos tantum testes admisisse videtur,  
uti reliquæ quoque mancipationes & contractus, qui fie-  
bant per æs & libram: & quod Romani turpe & verecun-  
dix sexus minime conveniens putaverunt, fœminas cum  
viris hujusmodi negotiis interesse. Et hoc etiam moribus  
nostris consentaneum videtur. *Groenew. de ll. abrog. hic.*  
*& §. ult. inf. de codicill. Cyprian. conf. Belg.* Impubes  
testis non admittitur, propter imperfectum animi judi-  
cium: quam ob causam nec aliis in negotiis testimonium  
ejus recipitur, l. 3. §. *leg. 5. l. in viti. 19. §. 1. de testi-*  
*b. In causa autem testamenti hoc speciale esse existi-*  
*mat, quod nec pubes factus testimonium pro testa-*  
*mento dicere possit, ad quod impubes adhibitus fuit,*  
*cum in aliis causis testimonii dictionem habeat post pu-*  
*bertatem de his, quæ impubes vidit; utique si testetur*  
*de iis, quæ verisimiliter ab impuberibus capi possunt, &*  
*quæ vidit, cum jam esset pubertati proximus.* *Joa. Fab. Vigl. hic. Oldend. part. 4. de testib. num. 12. ex sen-*  
*tentia communi. Servum excludit conditio personæ,*  
*quia nullam juris civilis communionem habet, d. l. qui*  
*testamento. §. servus.* quæ ratio etiam peregrinos remo-  
vet, l. *suat quidam. 17. §. 1. de pœn.* & nominatim lex  
desiderat cives Romanos. Furiosus nihil intelligit: cæ-  
terum si remissionem habet, poterit eo tempore adhi-  
beri, d. l. *qui testamento. §. ne furiosus.* Mutus pro te-  
3 testimonio quid actum sit eloqui non potest. Surdus quid  
dicatur sensu non percipit: imo nec moneri potest, quid  
testator acturus sit; plurimumque qui surdus, idem &  
mutus. Testes autem in dicendo testimonio interrogan-  
di, per l. *1. testamento quem. aper.* nec testimoniis, sed  
testibus credendum, l. 3. §. *2. de testib.* Hinc etiam in-  
telligitur, cur potius, quam surdus, admittatur qui  
sermonem testatoris non intelligit: nimirum quia hic  
alia lingua moneri potest, cui rei adhibeatur, & ipse te-  
stimonium dicere: singula enim percipere nihil necesse  
est, *dist. l. qui testamento. §. pœn.* utique cum testamen-  
tum per scripturam sit. Nam in nuncupativo hoc locum  
habere non puto, in quo totum negotium palam expli-  
catur, auribusque & sermone testium permittitur. De  
4 cæco 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, l. 4. & 7. testam.*  
*quem. aper. fac. l. 1. §. 5. vof. casum de postul.* Prodigis  
notam inurit administrationis bonorum interdictioni, si-  
demque testimonii eorum elevat: atque adeo in toto pene  
jure civili prodigi pro furiosis, & eadem conditione, qua  
furiosi, habentur, l. 1. *de curat. fur. l. 12. in fin. de iur. dat. l.*  
*furiosi. 40. de reg. jur. congruit l. is cui lege. 18. in pr. hoc tit.*

*Improbos inestabile[que]* Intestabilis dicitur, cui nec  
testamentum condere licet, nec testimonium alteri di-  
cere; & cui vicissim nemo testimonium dicere tenetur,  
uti quisque tenetur civi honesto, si denuntiatum sit, l.  
*is cui. 18. §. 1. l. cum lege. 26. hoc tit.* Ex Senatusconsul-  
to intestabilis, qui ob carmen famosum damnatus est,  
*d. l. 18. §. 1. l. 5. §. si quis. 9. de injur.* Ex constitutionibus,  
apostata & hæretici, l. 3. *C. de apostat. l. 4. C. de*  
*heret. & Manich. l. hæreticus. 41. C. Theod. de his qui*  
*sup. reb.* Ex duodecim tabulis, antestatus & libripens,  
si postea testimonium perhibere detrectasset. Verba legis  
refert Gellius lib. 15. cap. 13. *Quos se fieri antesta-*  
*rier; libripensve fuerit, nei testimonium fariatur, im-*  
*probos inestabilisque esto.* Ita locum istum obscurum, &  
depravatum antea, restituit Marcellus cap. 5. *leg. duod.*  
*tab.* quod male processerat Cujacio. De eo quæsitum,  
an is, qui intestabilis dicitur, nec hæres institui potue-  
rit, aut alias ex testamento alieno capere: nam cæteros  
omnes, quos hic commemorat Justinianus, constat,  
testamenti factionem passivam habere. Et quidem hære-  
ticitis nominatim hæc tria denegantur, testimonii dictio,  
testamenti factio, successio tam ex testamento, quam  
ab intestato, *dist. l. 3. C. de apostat.* De aliis expresse  
cautum non est, ne hæredes instituantur. Ex eo tamen  
quod Cajus scribit, cum lege quis intestabilis esse jube-  
tur, hoc etiam eo pertinere, ut ne ipsi dicatur testimo-  
nium, *d. l. cum lege. 26. hoc tit.* sequi omnino videtur,  
ut nec hæres institui possit: neque enim arbitror defen-  
di posse, testatori duntaxat, non etiam hæredi, de cu-  
jus solius commodo agitur, testimonium perhiberi.  
Facit huc l. *imperialis. 23. §. 3. C. de nups.* qua permit-  
titur mulieribus scenicis post impetrationem Principis  
rescripti & condere testamentum & aliis succedere.  
Inde enim duo colligimus, & scenicas fœminas intesta-  
biles habitas fuisse, & qui intestabiles essent, hæredes  
non potuisse institui. Itaque non satis accurati sunt com-  
pilatores, qui intestabiles cum superioribus, quos om-  
nes hæredes institui posse constat, una exceptione à re-  
gula eximunt, quasi & ipsi alioqui ad regulam pertinere  
videantur.

## T E X T U S.

## De servo qui liber existimabatur.

7. *Sed quum aliquis ex testibus testamenti qui-*  
*dem faciendi tempore liber existimabatur, postea*  
*autem servus apparuit, tam divus Adrianus Ca-*  
*toni, quam postea divi Severus & Antoninus re-*  
*scripserunt, subvenire, se ex sua liberalitate testa-*  
*mento, ut sic habeatur firmum, ac si, ut oportebat,*  
*factum esset: quum eo tempore, quo testa-*  
*mentum signaretur, omnium consensu hic testis li-*  
*beris loco fuerit, nec quisquam esset, qui status ei*  
*questionem moveret.*

## N O T A.

7. *Testamenti faciendi tempore]* Hoc tempore inspi-  
citur testium conditio, non tempore mortis testatoris,  
l. 22. §. 1. *eod.* idque ex Principum liberalitate obtinuit  
etiam in habilitate putativa, ut loquuntur.

*Omnium consensu*] Totius civitatis, aut majoris partis civium. Quia ita se gerebat, ita agebat, sic muneribusungebatur, ut publice liber à plerisque haberetur, arg. l. 3. *pr. de san. Mat. facit l. 1. C. b. t.*

## 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 corrumpere, si quis è testibus ante apertas tabulas moriatur aut inhabilis fiat.*
4. *Quid verba hæc, omnium consensu, hic significent.*

**N**on tantum numerus testium, sed eorum etiam qualitas & requisita conditio est de forma testamenti substantiali, ut loquuntur, non de forma probatoria duntaxat: adeo ut si vel in uno è testibus hujusmodi qualitas deficiat, testamentum per se nullum sit. Enimvero conditionem testium inspicere placuit, cum testamentum signarent, non tempore mortis: nam si tempore testamenti facti tales omnes fuerint, ut adhiberi possint, nihil nocet, si quid postea eis contigerit, puta si quis postea servus factus sit aut instabilis, furere cœperit aut prodigius esse, l. *ad testium. 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 adhibitus sit, qui omnium opinione liber existimabatur, & cui nemo eo tempore status controversiam movebat? Testamentum nihilominus sponte sua vitiosum & injustum est, nec communis error formam juris publici mutare potest. Cæterum quod per se momentum nihil 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 Adrianus Catoni (quidam Codices habent Catonio, Theophilus Catonio Vero) quam divi Severi & Antonini*] Rescriptum Severi & Antonini non extat. Adriani 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 Adrianus 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 quaestio ei moveatur. Unde effici videtur, non idem esse, si jam eo tempore servum esse appareat. Sed dicendum est, aut verba Adriani non ita accepta esse, quasi casus iste semper in hisce quaestionibus 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, *dict. l. ad testium. 22.*

**§. 1. hoc tit.** Hoc autem non tantum pertinet ad habitatem 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 vitari. At dicat aliquis, cum signatores tempore aperiendarum tabularum sigilla sua apud prætorem recognoscere & pro testamento testimonium dicere debeant, l. 4. *& seqq. test. qu. aper.* an non ex eo necessario sequitur, testamentum corrumpere, 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, cæcus, mutus, surdus, &c. factus. Nam ut recte D. Viglius, sigillorum hæc inspectio requisita fuit, non ut formalis aliqua testamenti solennitas, sed ad certiore probationem voluntatis, & tunc, cum testes adhuc viverent, ut 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 & conjecuris sigillorum fides confirmari possit, maxime accedente adminiculo subscriptionis testatoris & testium: nam manus cujusque & subscriptio pluribus nota esse solet; potestque etiam in dubio probari per literarum comparisonem. 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 standi 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 hæredes scripti fieri procurabant, ne, si casu materia, in qua primum testamentum scriptum esset, intercidisset, proximi ab intestato negotium iis facefferent. Nam publicatum testamentum priori scriptura casu amissa plenam fidem sine alio adminiculo faciebat, *vid. l. 2. & l. testamenta. 18. C. hoc tit. & ibi D. Donell.* Quod autem de servo rescriptum est, id non dubito, quin recte producat ad defectus aliarum quoque qualitatium, quæ in testibus testamentariis requiruntur, si eadem ratio est; puta si impubes adhibitus sit, qui pubes putabatur; mulier virili habitu virum simulata; prodigius, qui tempore conditi testamenti pro sano à plerisque habebatur. Idem enim favor, eadem benignitatis ratio testamentum, quod summo jure inutile, defendunt. *Joseph. Ludov. comm. opin. 69. in 4. fallent.*

*Omnium consensu*] Donell. in l. 1. *C. hoc tit.* consensum sive opinionem cæterorum testium intelligit. Quod non placet. Quid enim, si hi nesciant, servum esse, aut status controversiam pati, quod 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 vi quaestionem moveret*, quæ itidem expressa sunt rescripto Adriani. Omnium igitur consensu sic potius accipiemus, consensu omnium.

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, *argum. l. 3. in pr. de sen. Mac. l. 3. §. 2. de testib.* Quam ob causam Joan. Fab. existimat, nec illud testamento nociturum, si unus & alter è testibus sciverit conditionem illius, & tacuerit. Putatque hoc amplius, locum esse huic constitutioni, etiam si plures ejusdem generis non idonei per ignorantiam adhibiti sint, *arg. d. l. 1. C. hoc sit.* quod & Bachovius videtur admittere, dum ne pauciores, quam duo, habiles sint & idonei. Latius hic exspaciantur DD: dum quærunt, an gesta ab hiis, 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 assumpserit: illo casu valere quod gestum est, per *l. 3. de off. prat.* hoc casu acta non valere, & speciale esse, quod in casu hujus §. testamento succurratur, *vid. Scharf. ad d. l. 1. C. hoc sit. sub fin. Jason. ad. d. l. 3. qui de eo disputat accuratissime.*

TEXTUS.

De pluribus testibus ex eadem domo.

8. Pater, nec non is, qui in potestate ejus est: item duo fratres, qui in ejusdem patris potestate sunt, utique testes in uno testamento fieri possunt: quia nihil nocet, ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi.

NOTA.

8. Pater, nec non is, &c.] *Ex l. pater. 17. D. de testib.* ratio est in textu: *add. l. 20. pr. h. s. Ulp. tit. 20. §. 5.*

COMMENTARIUS.

**H**ic locus sumptus est ex *l. pater. 17. de testib. add. l. ad testium. 22. pr. hoc sit. Ulp. tit. 20. §. 5.* Dubitandi causa, ut mox indicatur, esse potest, quod plurimum ex una domo testimonium suspectum videatur, propterea quod hi facile colludere atque in unam eandemque meditatam sententiam conspirare possunt, & *fac. l. 3. §. 1. de testib.* Sed subjungitur solutio, mirum 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, rectè Glossa sic interpretatur, ut testes sint in causa imperantis, eosque pro se producentis. Ne quis putet jus potestatis & filio imperandi obtinere, 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 duataxat hoc

obinet *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 rectè adhibetur testis, nec is, qui in potestate ejusdem patris est. Reprobatum est enim in ea re domesticum testimonium.

NOTA.

9. Post missionem, &c. nec pater ejus, &c.] Aliud tamen placuisse videtur Ulpiano & Marcello. *l. 20. §. 2. h. s.* ut bene animadvertit Hotom.

In potestate ejusdem patris] Frater scilicet testatoris *οὐκ ἐπιτίθειται*, non emancipatus.

Domesticum testimonium] Id est, eorum, qui ita conjuncti sunt, ut alter sit in familia & potestate alterius; & una cum eo fictione juris persona. Nam ut rectè Græci, *οἰκίαν καὶ οὐρανία, ὅσα ἐκ τῆς οὐρανίας, ἀπὸ ἐκ τῆς ἐνός, ὅσα τῆς οὐρανίας λαμβάνονται.* Non ex cognatione, sed ex coadunatione, qua per patriam potestatem contingit. Eadem scilicet ratione, qua sui heredes domestici, §. 2. *inf. de her. qual.* In judiciis autem testes omnes domesticis intelliguntur, qui de domo accusati producuntur, *l. 3. C. de testib. l. 24. D. eod.*

COMMENTARIUS.

1. Quomodo questio formanda in filio teste in testamento patris.
2. Quid obstat, quominus qui in potestate testatoris est, testis in ejus testamento esse possit. Et quid de filio emancipato, &c.
3. Cur in testamento filiusfam. post missionem de castrensi peculio testans pater testis non admittatur, qui tamen ad tabulas filii emancipati rectè testis adhibetur.
4. Dissentire Justinianum in proposita specie ab Ulpiano & Marcello.
5. Domesticum testimonium hoc loco assevari ex unione personarum, qua per potestatem contingit: etsi in aliis causis domestica testimonia interpretamur testimonia personarum domesticarum.

**H**actenus de personis, quarum ea est inhabilitas ut nullius in testamento testes adhiberi possint: sunt etiam quædam, quæ cum per se habiles sint, & rectè adhibeantur, non tamen rectè adhibentur in testamentis omnium, idque ob causam aliquam privatam, quæ eas *οὐκ ἐπιτίθειται* 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.

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. qui testamento. 20. in fin. pr. & §. 1. hoc sit.* Sed enim cum constet, filium, qui in potestate sit, aut heredem instituendum esse, aut nominatim exheredandum, silentio eo præterito

terito testamentum ipso jure non consistere, absurda potest videri hæc disputatio. Nam fingamus, esse institutum, jam alia & propria ratione testis esse non poterit, quia heres, §. seq. Fingamus, exheredatum, & nihil videtur obstare, quominus recte testis sit, qui sua se manu exheredem scribere potest, salvo testamento, *l. non putavit. 8. §. si quis. 6. de bon. poss. cont. tab.* nec ullæ hic metuendæ technæ, cum in suam nemo perniciem ingeniosus sit. Quod si dicas, durum videri, ut filius palam testis adhibeatur exheredationis & ingrati tudinis suæ; quid si testamentum, quo exheredatus est, clausum proponatur, in quo quid scriptum sit, à testibus omnibus ignoretur? ita enim in proposito quaestio formanda est, ut jam illud objici non possit. Quid est igitur, quod hic obstat, quo minus filius testis sit? Nihil aliud, quam jus potestatis, quod fictionem quandam unitatis personarum inducit inter eum, qui habet in potestate, & qui in potestate habetur, §. si quis. *inf. de inst. sup. 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. *inf. de inst.* Addunt nonnulli, huc 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 quaeri de adhibendo eo, cui imperari potest. Ait, *qui in potestate.* Igitur à contrario, qui in potestate testatoris non est, puta filius emancipatus, recte testis adhibetur, & 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. 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.

*Sed si filiusfam. post missionem, &c. neque pater ejus recte adhibetur* Filiusfam. testamentum facere non potest, præterquam si testetur de castrensi peculio. *inf. tit. 12.* ac præinde eo solo casu quaestio hæc locum habere potest, an pater ad testamentum ejus testis adhiberi possit. Sic autem hoc loco distinguitur, ut si filiusfam. militans adhuc testamentum faciat de rebus castrensibus, pater recte testis adhibeatur, si post missionem non æquæ. Cæterum 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. sit. 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

adhiberi diximus, non alia ratione, quam quia emancipatus non est in potestate. At in eo, de quo quaerimus, nec filiusfam. in potestate est; quippe qui in castrensi peculio vice patrisfam. fungitur, *l. 2. de sen. Mac.* Huic objectioni ita ferè responderi solet, multum interesse utrum quis revera & sine exceptione sit paterfam. & patri suo extraneus, qualis est filius emancipatus; an quis in re aliqua pro patrefam. habeatur, manens revera *castrensium* & domesticus patri suo: qualis est, qui peculium castrense habet. Etenim peculii hujus concessionem non eximere filium de domo & potestate patris; §. 4. *sup. quib. mod. jus pat. post. solv.* & consequenter non efficere, ut una persona cum patre censi desinat: tantum liberam filiosfam. de iis rebus disponendi facultatem tribuere, & hæredem etiam in iis instituendi, in quo patrisfam. comparetur. Cæterum ut ipse pater propter vinculum unitatis, quod retinetur, hunc filium ad suum testamentum adhibere non potest, ita nec in illius tabulis patrem adhiberi posse. Equidem fateor, hæc ita pro Justiniano, & si qui veterum fuere, quos ille secutus est, speciosè disputari: video tamen, aliud placuisse Marcello, cujus auctoritatem etiam Ulpianus secutus est in *l. qui testamento. 20. §. 2. hoc tit.* Ita enim scribit: *Per contrarium quaeri potest, an pater ejus, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit. Et Marcellus libro 10. Digestorum scribit, posse: & frater ergo poterit.* Contraria omnino sententia & directo pugnans cum eo, quod hoc loco tradidit Imperator, ut bene animadvertit D. Hotomannus. Nam quod cæteri interpretes, inter quos etiam Viglium & Bachovium esse video, Marcelli sententiam restringunt ad eum casum, quo filiusfam. de peculio castrensi testatur jure militari sive privilegiato, nullo colore defendi potest. Primum quia tota tractatio illius tituli propria est testamenti solemnis, ut proinde verisimile non sit Ulpianum eo loco miscuisse quaestionem, quæ ad militaria testamenta pertineret; quod nulla alia in parte ejusdem tit. aut factum est, aut factum oportuit. 2. Quia Ulpianus hanc quaestionem proponit oppositivè ad præcedentem, quæ oppositio in dissimili genere testamenti planè 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 quaerit, an pater ejus, qui de peculio castrensi testari potest, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit; & ait, posse, ex sententia Marcelli. At hæc quaestio minimè præcedenti contraria est, nisi de eodem genere testamenti, ad quod præcedens pertinet, accipiatur. 3. Notanda sunt verba Jurisconsulti, Non quaerit de testamento filiosfam. militis aut in castris agentis, sed quaestionem generaliter atque indistinctè proponit de omni filiosfam. 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 militia missus. 4. De testamento jure militæ factò ne dubitari quidem justè potest; quippe cum verba privilegii, quod militibus indultum est, *quomodo velint; quomodo poterunt. l. 1. de testam. mil.* facilè hanc in personis testium differentiam absorbeant, & reciprocaionem testimoniorum patris & filii admittant; imò ne testem quidem desiderant,

rent, ubi de militis voluntate constat: 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 acquirendo ex causa hujus peculii agitur, in quo ferè solo alioqui fictio illa, quod pater & filius pro una persona habeantur, locum habet.

*Et 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 sit in causis forensibus, ac proinde hic verendum non sit, ne propter affectionem aut reverentiam veritas celetur, quam ob causam etiam personæ conjunctissimæ & amicissimæ hic 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 cognationem aut affectum. Atque hanc esse Justiniani sententiam hic ipse locus satis perspicue indicat, quem idcirco etiam his verbis extendit Theophilus; *ἡ δὲ νόμος λέγει, ὡς ἔστιν ἐν τῷ νόμῳ, ὅτι οἱ ἐν τῷ οὐρανῷ ἐστὶν ἀδελφοὶ, καὶ οἱ ἐν τῷ οὐρανῷ ἐστὶν ἀδελφοὶ, καὶ οἱ ἐν τῷ οὐρανῷ ἐστὶν ἀδελφοὶ, καὶ οἱ ἐν τῷ οὐρανῷ ἐστὶν ἀδελφοὶ.* inquit, Justinianus *inf. de her. qual. §. 2.* suos hæredes appellatos esse ait, quia domestici hæredes sunt, quibus opponit extraneos, id est, omnes, qui in potestate morientis non fuerunt. 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 charitas. Itaque & patrem rectè testem adhiberi in testamento filii emancipati, avum in testamento nepotis ex filia & contra: item virum in testamento uxoris; multoque magis patronum in testamento liberti, & patremfam. in testamento mercenarii, & vice versa libertos & mercenarios in testamentis illorum: ac proinde errare interpretes, & inter hos Ant. Matthæum, qui testimonia testamentaria cum judicialibus confundunt. In judiciis nulli parentes & liberi invicem idonei testes, *l. 9. de testib. l. 6. C. eod.* suspecti omnes; quibus quovis modo imperari potest, *l. 6. eod.* qualis est etiam libertus in domo patroni degens; item qui mercede conducuntur, ut famuli & coloni in villis, aut id genus 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. §. furta domestica. de pen. l. antepenult. §. pen. C. de his qui ad eccl. conf.* Discriminis ratio jam ante à me indicata hæc est, quod in cæteris causis agitur de commodo pecuniatio ejus, cui testimonium dicitur, ut merito in his testes omnes rejiciantur, quos vel affectione, vel reverentia, aut obli-

quo veritatem celaturos suspicio est: in testamento autem non de commodo testatoris, sed hæredis agitur, ut non tam illi, quam huic testimonium testes perhibeant.

## T E X T U S.

De hærede, & his, qui sunt in ejus familia.

10. *Sed neque hæres scriptus; neque is, qui in ejus potestate est; neque pater ejus, qui cum 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 justale conturbatum fuerat, & veteres quidem familia emptorem & eos, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, à testamentariis testimoniis repellebant: hæredi autem & iis, qui per potestatem ei conjuncti fuerant, concedebant testimonia in testamento præstare: licet ii, qui id permittebant, hoc jure minimè abuti eos debere suadebant: tamen nos eandem observationem corrigentes, & quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes, ad imitationem pristini familia emptoris, merito nec hæredi, qui imaginem vetustissimi familia emptoris obtinet; neque aliis personis, quæ ei (ut dictum est) conjunctæ sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia præstare: adeoque nec ejusmodi veteres constitutiones nostro Codici inseri permisimus.*

## N O T A.

10. *Creditur hodie*] Sublata videlicet familiæ mancipatione. Expende, quod ait *totum*, ut hac ratione testimonium recipiatur legatarii & fideicommissarii, Cujac.

*Hæredi autem*] Non tantum clam scripto; sed palam etiam nuncupato.

*Pristini familia emptoris*] Cujus testimonium ideo receptum non fuisse certum est, quia negotium testamenti palam & aperte cum eo ipso, ut vero hærede, agebatur.

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

1. *Cur veteres fiduciarium familia emptorem à testimonio removerint, heredem admiserint.*
2. *An ad testamentum rectè adhibeatur pater hæredis, cujus in potestate non est, filiusve hæredis emancipati, &c.*

**C**Ausa privata altera, quæ testem inhabilem facit, est negotium testamenti, quod cum teste agitur. Negotium testamenti dicitur id, cujus præcipue causa testamentum ordinatur, nimirum institutio hæredis sive universi juris successoris. Nemo igitur testis adhiberi potest in eo testamento, in quo hæres scriptus est: quod ideo



ideo placuit, quia in testamento negotium hæredis recta & principaliter agitur, utque is solus sit juris successor. Hæredem autem summoto consequens fuit, ut una removeretur, qui in potestate ejus est, & pater quoque, qui eum habet in potestate, & denique frater, qui cum eo in ejusdem patris potestate est, propter vinculum illud unitatis, de quo dictum §. *prac.*

*Veteres familia emptorem repellebant: Hæredi autem concedebant* ] Certum est, olim, cum primum forma testandi per æs & libram inventa est, neque hæredem, neque eos, qui per potestatem ei conjuncti erant, ad testimonium in testamento præstandum admissos fuisse: quippe cum negotium testamenti palam & apertè cum ipso hærede ageretur. Nam ut ostendimus in explicacione §. 1. *hujus tit.* initio ipse hæres futurus emebat familiam à testatore isque eam hæredi mancipabat, ut ille hoc tanquam justo titulo, bona post mortem testatoris pleno jure Quiritium consequeretur. Procedente autem tempore, ob causas, quas ibidem indicavimus, hoc mutatum fuit, institutumque, ut solemnitatis implendæ causâ familiæ quidem emptor palam adhiberetur, sed alius ab hærede, & fiduciarius, qui hæredi fortè clam in tabulis scripto familiam remanciparet. Quo recepto cœpit familiæ emptor à dicendo in testamento testimonio summoveari, & hæres admitti; quasi negotium testamenti, jam non tam cum hærede, quam cum familiæ emptore gereretur, & absurdum sit, eum, cum quo negotium aliquod geritur aut contrahitur, licet imaginariè, testis officio fungi. Atque hoc etiam obtinebat, etsi hæres scriptum se non ignorabat. Cicero in orat. pro Milon. *Cyri testamentum palam obsequavi cum Clodio: Et illum hæredem & me scripserat.* Cæterum ab eo jure postea iterum recessum fuisse arguit *l. qui in testamento. 20. pr. hoc tit.* nisi locus ille à Triboniano interpolatus sit, aut de alio genere testamenti intelligendus, quam quod per æs & libram fiebat, accipiendus, *arg. §. 2. tit. 20. Inst. Ulpian.*

*Minimè hoc jure abuti eos debere suadebant* ] Etsi testimonium hæredis apud veteres licitum esse cœpit, cum alius familiam emeret, existimabant tamen, minus verè recundè hæredem facturum, si sciens se hæredem scriptum esse, jure sibi concessio uteretur; quamobrem etiam suadebant, ut potius se excusaret, atque à testimonio, si pudori suo consulere vellet, abstineret. Non enim potuit locus esse huic suasioni, ubi, quis hæres institutus esset, ignoraretur. Est autem illud omnino verisimile, sublata ratione testandi per æs & libram (quod factum creditur statim post translatum in Thraciam imperium, *arg. l. 15. C. hoc tit.*) hæredem amplius testem esse non potuisse in ullo testamento: quippe cum ex eo tempore negotium testamenti non tantum serio, sed recta etiam cum ipso hærede agi cœptum sit, quod antea simulatè agebatur cum emptore familiæ in testamento per æs & libram: quod etiam ratio initio hujus textus prolata, *Quia totum hoc negotium, &c. creditur hodie inter testatorem & hæredem agi*, perspicuè 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, qua ei, ut dictum est, conjuncta* ] 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 hic rectè colligas, eos, qui in potestate hæredis non sunt, puta liberos emancipatos, item patrem hæredis, in cujus potestate non est, & fratres ejus, ad testimonium in proposito admitti posse. Nam cum hi omnes diversæ sint ab hærede personæ, non potest dici, negotium testamenti propter hæredem etiam cum his agi, eosve sibi aut in re sua testimonium dicere: licet fortè ex eo commodum aliquod hærede mortuo consequi possint: nam nec legatariorum testimonium rejicitur, quamvis & ipsi in consequentiam lucrum ex testamento capiant. Fatendum tamen est, esse aliquid in personis hæredi sanguine sic conjunctis, ob quod videri possint ad testimonium non admittendi, quod non sit in iis, qui testatori naturaliter conjunguntur, propterea quod ut dictum §. *prac.* non de testatoris, sed hæredis commodo hic agatur, ut quamvis non testatoris hæredis tamen parentes aut liberi suspicione graventur. Verum in contrarium considerandum est, ignorari plerumque, quis hæres scriptus sit, idque non tantum cum signatur testamentum, sed etiam cum testes jubentur signa sua recognoscere, quod sit ante aperturam tabularum, *l. 4. test. quem aper.* Sed etsi sciatur, quis hæres scriptus sit, aut si palam hæres nuncupatus, non putarem tamen, statim testamento obesse debere, quod dicantur inter testes adhibiti parens aut filius aut frater hæredis (dempta conjunctione per potestatem.) Nam primo si quam suspicionem necessitudo inducit, ea facile reliquo testium numero deletur. Deinde etsi negotium hæredis in testamento agitur, is tamen non est onerandus, quia ipse testes initio ad hoc non adhibuit, sed testator; neque aliis testibus postea ad probandam testatoris voluntatem uti potest; quam iis ipsis, qui adhibiti sunt, cum testamentum ordinaretur. In quam sententiam etiam D. Viglius inclinat.

## TEXTUS.

De legatariis & fideicommissariis, & his qui sunt in eorum familia.

II. *Legatariis autem & fideicommissariis, quia non juris successores sunt, & aliis personis eis conjunctis testimonium non denegamus: imo in quadam nostra constitutione & hoc specialiter eis concessimus. Et multo magis iis, qui in eorum potestate sunt, vel qui eos habent in potestate, hujusmodi licentiam damus.*

## NOTÆ.

II. *Quia non juris successores* ] Non juris universi, sed rerum singularum, *l. 9. §. 1. D. de edend.* quorum gratia testamentum non ordinatur, sed universi successoris, id est hæredis habendi causa. Itaque negotium testamenti cum solo hærede geritur, non cum legatariis: nisi fortè per consequentiam; quod placet hic non attendi confirmato testibus adhibitis ipso testamento, *d. l. 14. Symmach. lib. 13. epist. 55.*

*Nostra constituit.* ] Non extat: sed Zenonis hac de re habemus in *l. 22. C. b. t.*

COM-

## COMMENTARIUS.

1. *Divinatorium esse, quod quidam prodiderunt, legatarios testes esse veritos Senatusconsulto Liboniano, & contrarii juris primum auctorem fuisse Scævola.*
2. *Ratio Justiniani, cur legatariis & fideicommissariis jus testimonii non denegetur, exposita.*
3. *Afferuntur complures alia, & certiores.*
4. *Dispositionem hujus §. non tantum in testamentis scriptis, sed etiam in nuncupativis obtinere, consuetudina singulari opinione Ant. Fabri.*
5. *Fideicommissarios universales huic non pertinere.*

**L**egatum aut fideicommissum testamento alicui relictum eum testem inhabilem in eo testamento non facit: sed placuit legatarios & fideicommissarios testes in testamento adhiberi posse, *l. qui testamento. 20. in pr. hoc tit. fac. l. si quis. 14. de reb. dub. l. distantibus. 22. C. hoc tit.* Quo admissio jam eorum etiam, & quidem multo magis, testimonium recipiendum fuit, qui iis per potestatem conjuncti sunt. Dionys. Gothofredus in *d. l. distantibus*, scribit, olim legatarios testes in testamento esse non potuisse ex Senatusconsulto Liboniano: Hotomaneus hic, controversum hoc jus fuisse, & primum Scævola 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 Scævola 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, Scævola 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 quendam Regulam, nequissimum omnium bipedum, aliiive malis artibus testatorem aggrediat, & legatum extorqueat: quem eundem Regulam intelligit Juvenalis *satyr. 1.*

*Signator falso: qui se lautum atque beatum  
Exiguis tabulis & gemma fecerat uda.*

Cæterum locus ipse evidenter ostendit, jam tum legatarios testes rectè adhibitos, aut testibus legatum rectè datum. Quin etiam diu ante tempora 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 hærede, ita cum legatariis & fideicommissariis negotium testamenti geri; ac proinde non eodem modo hos, ut illum, à testimonio testamentario repellendos: quod enim dixit §. *prac.* negotium testamenti inter testatorem & hæredem geri, & ideo hæredem non debere testem adhiberi in eo testamento, in quo hæres instituitur; id hanc rationem habet, quia hæres universi juris successor est: quippe successoris universi juris habendi gratia testamentum ordinatur, ejusque designatio caput est & fundamentum totius testamenti. Uti igitur hæredis testimonium rejicitur ob id, quod negotium testamenti est

negotium successoris juris, ita legatarii admittitur, quia hoc negotium ad eum non pertinet, qui successoris juris non est: ille removetur ab illius negotii, tanquam lux rei testimonio: hic admittitur in illo negotio testis, tanquam in re aliena. Quod etiam significare videtur Marcianus in *d. l. 14. de reb. dub.* cum ait, ipsum testamentum confirmari testibus adhibitis, nempe universum illud negotium, quod inter testatorem & hæredem de juris successione agitur, signatorem testimonio confirmari, non attento legato ex illa juris successione pendente. Sed esto: ne sint legatarii juris successores: legata ad constitutionem testamenti non pertineant; & hæc tenus dicatur negotium testamenti ad legatarios non pertinere: fatendum tamen utique est, saltem aliquo modo etiam de re legatarii in testamento agi; quippe qui emolumentum ex testamento percipiendi ipem habet, cujusque propterea pecuniariter interest, testamentum confirmari, ne relictum concidat, *l. eam quam. C. de fideicommiss.* Hoc ipsum vero satis causæ est ad arcendos à testimonio legatarios. Nam etsi non principaliter & recta in rem suam testimonio ferant, sed hæredis; per consequentiam tamen confirmati testamenti & hæreditatis aditæ hoc etiam ad ipsorum commodum pertinet: ac proinde quod nemini concessum est, *l. nullus. 10. de testib. & C. eod. l. omnibus*, in re & causa propria nihilominus testimonium dicunt: siquidem palam est, causam propriam esse eam, cujus emolumentum aut damnum ad aliquem quoquo modo suo nomine pertineat, *l. 1. §. in propria. 11. quand. appell. DD. in d. l. omnibus. & l. seq. C. de testib.* Quamobrem etsi ratio Justiniani hoc efficit, ut magis hæres 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. Interpretes complures afferunt. Prima est, quod numerus reliquorum testium & cæterarum rerum diligentissima observatio, testimonium legatarii ab omni falsi suspitione 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 hærede, qui, cum hoc debeat testibus, quod testamento eorum testimonio confirmato ipse hæreditatem & bona universa defuncti consequitur, improbè facturus sit, si legatum aliquibus eorum relictum hoc prætextu præstare recuset, quod in re propria testimonium dixerint. Nam sive tempus facti testamenti sive aperti consideretur, testes de voluntate testatoris duntaxat & suo facto deponunt: postea vero cum legatum petunt, cum solo hærede iis negotium est, qui non potest non improbè fidei 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 ordinari amicis ferè signatoribus utebantur, quibus amoris testificandi gratia nihil relinqui posse, durum sanè 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 adspersit, legitimus possit abolere iudicium, inimicis signatoribus tutius uteremur: inanemque appellat calumniam & rem post humanam memoriam inauditam, objectionem Bassiani cujusdam, qui hoc jus in dubium vocabat: facit *l. Pamphilo. 39. §. 1. 4 de leg. 3.* Atque his ego rationibus adducor, ut credam, hoc jus non tantum in testamentis scriptis servandum esse; verum etiam in nuncupativis: licet dissentiant *Duar. ad tit. qui testament. fac. & Ant. Fab. decad. 66. cap. 1. & seqq.* & quidem in testamento nuncupativo, quod, uti nunc mos est, per Notarium in scripturam redigitur, ea res minorem dubitationem videtur habere: quia privatum legatarii testimonium publicæ personæ juvatur fide, *Joan. Fab. Aretin. Imol. Vigl. Zypa. nor. jur. Belg. de testam. ut ut Groenew. de ll. abr. hic subsistat: sed in mera simplicique nuncupatione causa est, cur dubites, cum hic testes recta tam de legato, quam de jure hæredis 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 cæterorum testium fides suspicionem tollat, legataque ac fideicommissa etiam codicillis relinquere possint, in quibus constat, quinque testes sufficere: ut ut mutua hic futura sint testimonia, quod notat *D. Horom. add. Diod. Talden. ad hunc tit. c. 9.* quanquam haud gravate admiserim, nonnihil hic tribuendum religioni judicantium. Singularis opinio est Ant. Fabri. *de dec. err. 3.* qui putat, *Nov. 1. c. 1.* in totum ab hoc jure recessum esse, ut hodie nec in scripto testamento testimonium legatariorum & fideicommissariorum admittenda sint: quoniam Justinianus eo loco caverit contra veteris juris regulam, ut si scripti hæredes hæreditatem adire recusarent, ipsis legatariis & fideicommissariis potestas adeundi esset: unde colligit, jus testimonii dicendi nunc iis planè 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 γὰρ τῆς ἰδέουσι συμβαίνουσι ἡγάγοντες ἑστίαν ἡμῶν.* Planè locus hic accipiendus est de fideicommissariis particularibus: nam universalis fideicommissarius, id est, cui ex fideicommissis restituitur hæreditas, loco hæredis est, & post Senatusconsultum pro successore juris habetur, §. 3. & 4. *inf. de fideic. har. l. 1. l. 3. de fideicomm. her. per. D. Talden. c. 8. in fin.**

*Quadam constitutione nostra*] Calumniantium iniquitas sæpè 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 dubiè priori Codici inserta fuit: Cæterum ommissa est in Codice repetitæ prælectionis edito post compositionem Institutio-

num, quem solum hodie habemus. Et inepti sunt, qui hic intelligi putant aut constitutionem Zenonis *l. distantibus. 22. C. hoc tit.* aut responsum Jurisconsulti *l. qui testament. 20. in pr. D. eod.* quando enim ita loquitur Justinianus? At sæpè in his libris constitutionum meminit, quæ in posteriori Codice non habentur, ut in §. *sed nec. inf. de leg. §. pen. inf. de leg. agn. succ. §. 3. de succ. libers.*

## T E X T U S.

De Materia, in qua testaments scribuntur.

12. *Nihil autem interest, testamentum in tabulis, an chartis membranisque, vel in alia materia fiat.*

## N O T A.

12. *In tabulis*] Ligneis dolatis & cera illitis. Hinc tabulæ testamenti, vel etiam tabulæ pro testamento, & lignum pro tabulis, *l. 19. de bon. poss. cont. tab. Juven. sat. 13. & 16.* denique & cera pro tabulis. *Suet. in Jul. c. 83. Horat. 2. sat. 5. Juven. sat. 15.*

*An in chartis*] *l. 1. l. 4. de bon. poss. sec. tab. de varia materia, qua veteres in scribendo usi. v. Plin. lib. 13. c. 11. & 12. Alex. Neap. 2. gen. dier. Hot. 4. obs. 1. Salm. de mod. usur. c. 10.*

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

1. *Unde fit, quod ceram pro tabulis veteres dixerint.*
2. *Testaments non notis, sed literis scribenda esse.*

**A**ntiqui ferè in tabulis ligneis testaments & quaslibet cautiones scribere solebant. Ex quo est, quod prætores in edictis suis de testamento tabulis tantummodo loquuntur: & quod bonorum possessio, quæ liberis præteritis datur, vulgo dicitur dari contra lignum, *l. quod vulgo. 19. de bon. poss. cont. tab. & inde Juvenalis satyr. 13. & 16.* adulterinas & mendaces cautionum tabulas appellat *vana chirographa ligni.* Tabulæ autem illæ cera illitæ erant, literasquæ stylo, primum ferreo, postea osseo, in iis exarabant: unde factum, ut etiam cera pro tabulis diceretur. *Sueton. in Jul. Quintum Padium ex quadrante hæredem instituit; reliquos in immo cera.* *Horat. 2. satyr. 5.*

*Sic tamen, ut limis rapinas, quid prima secundo Cera velit versu.*

*Juvenalis sat. 15. Accipe ceram, Scribo puer, id est, accipe tabellas ceratas, aut ceratos pugillares, eoque nihil apud hunc poetam usitatus.* Cæterum etiam alia materia usos fuisse constat, veluti chartis, membranisque pergamenis, foliis & libris quarundam arborum, *l. librorum. 52. de leg. 3. add. Plin. lib. 13. c. 11. & 12. Alex. ab Alex. 2. gen. dier. 30. Horom. 4. obs. 1.* Si quis curiosior, is adeat *D. Salm. lib. de mod. usur. c. 10.* Quamvis autem prætor in dandis bonorum possessionibus tabularum duntaxat mentionem faciat; non eo tamen minus bonorum possessionem peti posse placuit, si in alia materia, quæ ad scribendum idonea sit, figura tabularum testaments scriptum fuerit, *l. 1. de bon. poss. sec. tab.* Atque adeo et si in charta deletitia & opisthographo, *l. 4. eod.* Hodie Notarii qui ferè in testaments adhiberi solent, in conscriendis instrumentis pergamenis uti solent: quanquam si in charta papyracea scrips-

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, quæ lingua quis testamentum conscribat, *l. hac consultiſſima. 21. §. ult. l. quoniam. 15. C. de testam.* Cæterum litteris, iisque usitatis & legibilibus scribendum esse placuit, non signis obscurisve notis, *l. 6. §. ult. de bon. poss.* Utique tamen, si per notas usitatas, quibus scilicet utimur in designanda quantitate, portio hæreditaria aut summa legati expressa fuerit, institutio aut legatum non vitabitur, *l. 9. §. 4. de her. inst.*

## TEXTUS.

## De pluribus Codicibus.

13. *Sed & unum testamentum pluribus codicibus conficere quis potest, secundum obtinentem tamen observationem omnibus factis: quod interdum etiam necessarium est; veluti si quis navigaturus & secum ferre & domi relinquere iudiciorum suorum contestationem velit: vel propter alias innumerabiles causas, qua humanis necessitatibus imminet.*

## NOTÆ.

13. *Pluribus codicibus*] Pluribus exemplaribus, *l. 47. de legat. 2. pluribus tabulis, l. 1. §. 6. l. ult. qua in testam. del.* ut tamen omnia sint inter se *consona*, unius tenoris & formæ, ac solemnitatis, *d. l. ult. & facta quasi testamentum*; non unum quasi testamentum, aliud quasi exemplum seu *ἀντίγραφον*, *d. leg. 1. §. 7. sec. tab. add. Salmas. ubi sup.*

## COMMENTARIUS.

1. *An ut unius testamentum in plures codices referri, ita & plurium testamenta in unum codicem conferri possint.*

**P**luribus codicibus] Id est, pluribus exemplaribus, *l. unum. 24. hoc tit. l. 1. §. si quis. 5. de bon. poss. sec. tab.* aut pluribus tabulis, *l. ult. qua in test. del.* Ait, unum testamentum. Nemo enim paganus cum duobus testamentis deoedere 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 tab. exhib. l. ult. qua in test. del.* Sed & si quis in duobus codicibus simul signatis alios atque alios hæredes scripserit, & utrumque extet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio; quia pro unis tabulis habetur, & utrumque pro supremo, *d. l. 1. §. sed & si. 6. sec. tab.* quem locum eruditè interpretatur D. Salmas. *cap. 10. de mod. usur. pag. 417. & seq.* ubi & alia minus trita. An autem, quemadmodum uni licet testamentum suum in plures codices referre, ita ex contrario pluribus liceat sua testamenta conferre in codicem unum, sive in unius chartæ volumine suprema ordinare, unis iidemque testibus septem ad eam rem convocatis uniusque contextu adhibito, quaesitum 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 ac extraneos aliorum actus intervenire patitur, *l. hæredes. 21. §. ult. hoc tit. l. hac consultiſſima. 21. l. cum antiquitas. 28. C. eod.* In casu pupillaris substitutionis patris quidem & filii testamentum conjungi potest, uniusque septem testium signis obsignari: sed hoc ideo receptum, quia pro uno testamento habetur, *l. patris. 20. de vulg. & pup. subst.* ut vel ex eo intelligere liceat, singula testamenta singulas seorsum desiderare solemnitates. Dissi. tamen comm. DD. quorum sententiam ex professo contra Viglium tuetur Beckius *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 Novella quadam Valentimiani permittum 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 tanquam testamentum, eodemque tempore adhibita omni solemnitate completi, *d. l. ult. de his qua 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. §. sed si. 7. secund. tab.* quia si ex apographo sive descriptione bonorum possessio daretur, magna aperiretur fenestra improbis hominibus ad testamenta subjicienda, *fac. l. 2. de fid. instrum.* Quid vero juris erit, si ex binis tabulis ejusdem testamenti unas testator deleverit aut incidit? Responsum est, ex integris hæreditatem adiri aut bonorum possessionem peti posse; nisi hi, qui ab intestato venire desiderant, probaverint, hoc animo à testatore incisas, ut intestatus moreretur, *d. l. ult. qua in test. del.* Quid si eidem diversa summa legata sit, puta in alteris aurei quinquaginta, in alteris centum? Proculus respondit hæredi parcendum esse, & tantum quinquaginta deberi, *l. Sempronius. 47. de legat. 2.*

*Quod interdum etiam necessarium*] *Καὶ π: 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 hæredibus venientibus ab intestato possit, l. unum. 24. hoc tit. l. si in duobus. 10. §. ult. test. quem aper.*

## TEXTUS.

## De testamento nuncupativo.

14. *Sed hæc quidem de testamentis, qua 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 firmissimumque constitutum.*

## NOTÆ.

14. *Voluntate nuncupata*] Palam & clarè pronuntiata ut à testibus exaudiri & intelligi possit, *dd. l. 1. 25. eod. M m 2 Suct.*

Suet. in vit. Horat. Decessit herede Augusto palam nuncupato. Scriptum testamentum etiam clausum offerri testibus obsignandum potest, celato nomine heredis: unde *μυστικῶς* Græcis dicitur.

## COMMENTARIUS.

1. Communia testamento scripto cum nuncupativo.
2. Qua in re præcipuè alterum ab altero distet.
3. Veteres rarius heredem nuncupare solitos fuisse, quam scribere, & quare.
4. Modi seu formæ testandi, quibus in hisce regionibus serventur.
5. An testamentum secundum statutum aut consuetudinem alicujus loci factum etiam vim habeat extra illum locum.

**H**oe §. breviter comprehensa est forma testandi sine scriptura five per nuncupationem: quæ testandi ratio tota est à jure civili: nam prætorii testamenti præcipua solemnitas consistit in obsignatione testium, cui sine testibus locus esse non potest. Cæterum prætor ut custos juris civilis, etiam secundum nuncupationem bonorum possessionem dat, l. 8. §. ult. sec. tab. l. 2. C. eod. *Septem testibus adhibitis*] Testamento nuncupativo quædam communia sunt cum scripto, veluti numerus testium, eorumque conditio, & testationis unus contextus. Oportet quoque hic æquè testes rogari, aut certè admoneri, cujus rei gratia collecti sunt, l. heredes. 21. §. pan. hoc tit. l. hac consultissima. 21. §. per nuncupationem. C. eod. Olim etiam necesse fuit, ut is, qui per nuncupationem testaturus erat, formalibus verbis testes præmoneret, se ideo eos convocasse, quod sine scriptura testamentum facere constituisset. Sed cum ex ipsa nuncupatione satis appareat, qua forma quis testari cogitet, Justinianus id sustulit l. in testamentis. 26. C. eod. Quid vero, si de eo dubitetur? Finge, unum aut alterum è testibus adhibitis, cum testator ex scheda, in qua memorie causa voluntatem exceperat, recitato testamento heredem pronuntiasset, subsignasse & subscripsisse. Et vulgo rectè placuit, propter superfluam solemnitatem non debere vitari testamentum, quod utique omisa ea in vim nuncupationis valiturum erat. Planè, si constet, scripturam, quæ profertur, ad testamentum faciendum paratam esse, aliud dicendum erit, l. ex ea. 29. hoc tit.

2. *Et sua voluntate nuncupata*] In hoc maximè 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. si is qui. 25. hoc tit. Gloss. Basil. nuncupatio, *ἐκφώνησις ἡρῶν*. Palam autem voluntas hic 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. heredes. 21. in pr. hoc tit. d. l. hac consultissima. §. per nuncupationem. C. eod. l. ult. de jur. cod. Ita Suetonius in vita Horatii; *Decessit herede Augusto palam nuncupato, cum argente vi valetudinis non suffice-*

ret ad obsignandas testamenti tabulas. Proinde quod in testamento scripto necessarium non est. l. qui testamento. 20. §. pen. hoc tit. in nuncupativo omnino necessarium putamus, ut testes intelligentiam habeant sermonis testatoris: quo etiam *fac. l. coram. 209. de verb. sign.* eoque jure hodie utimur. Fuit quidem etiam in scriptis 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. tit. 20. §. 8.*

*Perfèctissimum*] 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 & heredum scriptorum in libris nostris mentio fit; raro nuncupationis. Cujus 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 cæterorumque 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 adhibita verborum, 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 solà per se citra novum testium adminiculum vim probandæ ultimæ voluntatis habent: nec tamen quod ita factum est, ideo mox definit esse testamentum nuncupativum, cum solius probationis gratia scriptura interveniat, non quod sit de substantia testamenti: quanquam non negaverim, habere hoc genus testamenti nonnihil, quod naturam scripti testamenti sapiat. De quo vide *Sichard. in l. hac consultissima. §. per nuncupationem. num. 2. C. hoc tit.* In his regionibus etsi nemo vetatur antiquo more ac ritu Romanorum testamentum condere, duobus tamen potissimum modis testamenta confici solent; uno coram duobus decurionibus five Scabinis & Secretario loci, in quo testamentum fit, five in agro five in oppido, quæ forma testandi respondet publicationi testamentorum apud acta judicum vel municipum. l. omnium. 19. C. hoc tit. altero coram Notario & duobus testibus. Qui modus fere solus est in usu vulgi. *Gudelin. de jur. nov. lib. 2. cap. 5. Gros. lib. 2. introd. c. 17.* Exhereditatio liberorum hoc amplius requirit, ut testes sint Scabini: quod arguit formula juramenti à Notariis in ingressu muneris præstandi: & cautum edictum quodam Caroli V. *Groomer. de ll. abr. hic.* Notarius testatorem nosse debet: sin minus, ipsi testes, quos id quoque testificari oportet. Voluntas voce nuncupata à Notario scripto comprehendi solet & in protocollum referri: unde postea petenti testatori solenne instrumentum conficiatur. *Quin* usu etiam

ceptum est, ut Notarius receptam in scheda voluntatem testatoris ipse recitet ac testibus prælegat, deinde testatorem interroget, an omnia bene perceperit, ita velit, ita jubeat, eamque supremam suam esse voluntatem agnoscat: atque approbante testatore, testamentum perfectum censetur, etiamsi neque testatoris neque testium subscriptiones aut signacula habeat. *Grosenw. d. loc. D. Jac. Coren. obs. 10.* In quo longe recessum est ab antiqua ratione testandi per nuncupationem, quæ forma requirebat, ut ipse testator singula pronuntiaret, nuncuparetque sua voce omnia, quæ post mortem suam fieri vellet. Quod sane eo diligentius observandum erat, quia ad perfectionem hujus testamenti nihil amplius jus civile desiderabat. Nunc autem admissa prælectione aliena facile testatori imponi potest. Quid enim si Notarius aliquid addiderit de suo, quod testator præsertim ægrotus non animadvertat? Hæc etiam vulgo nota sunt.

5 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 requiruntur, 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. num. 8. Cofal. ad l. 6. de evict. Anton. Perez. in C. de testam. num. 21. & secundum hanc sententiam sæpissimè judicatum. Guid. Pap. decis. 262. Tressaur. 2. quæst. for. 8. Mysf. 5. obs. 59. & 20. Gail. 2. obs. 123. Joan. à Sande lib. 4. tit. 1. de fin. 14.* Sunt tamen, qui in contrarium eant, & in quæstione proposita sic distinguendum arbitratur, ut circa res quidem mobiles & nomina admittenda sit communis interpp. sententia; at circa res soli spectandum jus ejus loci, in quo sitæ sunt. Quippo res mobiles, quoniam ubicunque sunt, ibi sint ex voluntate domini, & pro libitu ejus transferri possunt, personam sequi, non leges locorum: immobilia vero, utpote quorum cer-

tus perpetuusque situs est, regi secundum constitutiones loci cujusque possessionis, per l. 4. C. de jur. fise. l. ult. de jurisd. ita constanter Mansuor. in sua prax. tit. de success. Busf. ad l. 6. de evict. Nic. Burg. ad consuet. Flandr. rr. 6. *Christin. vol. 2. decis. 3. 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 efficiunt, ut ubicunque sit, ejus loci, ubi est, legibus obstringatur. Idemque habendum de statutis, quæ circa habilitatem personarum disponendo aliquid disponunt. *Gail. d. lib. obs. 124. & alii, ubi sup. Coras. dist. p. 3. cap. 14. Gomez. ad l. 3. Tauri. n. 20.* Quæ autem statuta disponunt circa actus solennitatem duntaxat, cum neque rem efficiant, neque personam actum celebrantis, sed ipsam solummodo dispositionem, quæ sit in loco statuti vel consuetudinis, rationi & juri consentaneum est, ut ea vim suam exerant etiam ad bona alibi sita; quoniam actuum solennia ad eorum spectant jurisdictionem, in quorum territorio celebrantur, per l. 6. de evict. l. 3. in fin. de testibus, l. 2. C. quemad. test. ap. facit l. 9. & l. ult. C. hoc tit. & alias contra rationem juris testato decedente 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. Joan. à Sande dist. de fin. 14.* ubi contraria scite expedit, & prudenter temperat novam quandam distinctionem Fachinæ. Adde, quæ nos lib. 2. solent. quæst. cap. 19. Plane, si lex expresse testatores sequi jubeat jus loci, in quo bona sita sunt, aliud dicendum est. Talis est constitutio Principum Brabantæ emissa anno 1611. cujus meminerunt *Burgund. Christin. Tuld. C. h. t. & Perexius ad. loc.*

## TITULUS XI.

## DE MILITARI TESTAMENTO.

Dig. Lib. 29. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 21.

Ratio ordinis. Militare testamentum quid hic significet.

**D**iximus 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 hic non accipimus omnia, quæ facta sunt à militibus, id est, iis, qui in numeros relati sacramento tenentur; sed quæ facta sunt jure militari. Possunt enim & milites jure communi testari, l. 3. hoc tit. imo debent, cum extra castra versantur: sed cum in expeditionibus occupati sunt, proprio jure

& privilegiario testandi facultatem habent, neglectis legibus omnibus; quæ ad solennitatem condendorum testamentorum pertinent. Itaque testamentum militis si ve militare in causa proposita id solum intelligitur, quod à milite factum est in expeditione jure militum proprio.

## TEXTUS.

De militum testamentis solennitates remissæ.

Supradicta diligens observatio in ordinandis testamentis militibus propter nimiam imperitiam eorum constitutionibus Principalibus remissa est.

Mm 3

Nam

Nam quævis si neque legitimum numerum testium adhibuerint, neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint, rectè nihilominus testantur, videlicet cum in expeditionibus occupati sunt. Quod merito nostra constitutio introduxit. Quoquo enim modo voluntas ejus suprema invenitur, sive scripta sive sine scriptura, valet testamentum ex voluntate ejus. Illis autem temporibus, per quæ citra expeditionum necessitatem in aliis locis, vel suis adibus 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.

## NOTÆ.

[Nostra constitutio] l. pen. C. h. s. id tamen & antea obtinuisse videtur, l. 1. l. 15. C. eod.

[Quoquo modo] Sive in clypeo, sive vagina, sive in pulvere, *ἐν τῷ κλύπεῳ, ἐν τῇ γαστρῇ, ἐν τῷ κλύπεῳ*, l. 15. G. eod. Synops. Attal. tit. 34.

[Suis adibus] In nonnullis est sedibus, vestib. Vigil. & Giphæ, & ita. Cont. Wes. Fabrot. Sedes militum ex adverso opponuntur expeditioni. Veget. l. 3. cap. 4. & ult. Th. *ἐν τῷ κλύπεῳ*, id est, ut Schol. §. 3. *ἐν τῷ κλύπεῳ*, in stivis aut hybernis. Sedeta sunt stationes, l. 8. C. de Episc. audi. loca, ubi milites otiose commorantur. Lapsus hic est Cujac: & consult. 49.

[Propter militiam] *tit.* proxime seq. Significat filiosfam. militantes idem jus habere, quod patresfam. stipendia item merentes: ut in expeditionibus jure militari, alias jure communi de peculio castrensi testari possint.

## COMMENTARIUS.

1. Imperitiam militum non esse causam principalem privilegii militaris, sed periculorum functionem.
2. Militibus remissa omnia, quæcunque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, sive ea ad constitutionem testamenti pertineant, sive ad infirmationem.
3. In hybernis aut praesidiis locatis jure privilegiario testandi potestatem non habere. & num. 5.
4. Vaginam, clypeum, pulverem militi charta loco esse posse, ensam pro calamo, sanguinem pro atramento, &c.
6. Etiam filiosfam. milites jure militari in castris testandi licentiam habere.

[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: imo vero cum ex imperitia nascatur simpli-

citas: hinc factum, ut simplicitas Latine interdum significet imperitiam: Ut in illo Nationis;

*Fallere credentem non est operosa puellam*

*Gloria; simplicitas autem 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 *visa Agricol. Castrensis jurisdictio obtusior est, ac plura manus agens; calliditatem fori non exerceat.* At enim vero non est hæc ratio adæquata, neque simplicitas militaris aut sola est hujus privilegii causa, aut principalis. Non sola: alioqui enim & foeminis & rusticis idem privilegium concedi oportuisset, & militibus concedi sine exceptione temporis aut loci, & cum procul dubio multi etiam legum & juris periti stipendia fecerint, hos excipi. Non principalia, quia extra castra & tempore expeditionis privilegio uti non possunt. Principalis vero causa est, quam Ulpian. expressit, l. ult. de bon. poss. ex test. mil. laborum & periculorum functio, cum in expeditionibus & castris sunt; quo tempore armorum cogitatio, pericula imminencia, & sese contemnendi 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, *de l. ult. l. ult. hoc tit.*

[Constitutionibus Principalibus] Primum Julius Cæsar, ut auctor est Ulpian. l. 1. *hoc tit.* liberam militibus testamenti factionem concessit, ceterum eam, concessionem ait fuisse temporalem: postea vero primum Titum, & post hunc Domitianum eandem libertatem iterum dedisse; ac demum plenissimam indulgentiam in milites collatam à Nerva, & qui eum secutus est, Trajana; exinde hoc perpetuo privilegio milites usos, ut quoquo modo testati essent, rata esset eorum voluntas.

[Neque aliam testamentorum solemnitatem observaverint] Puta in continuatione actus, in rogatione subscriptione & signatione testium. Itaque quamvis uno contextu actus testati non sint, quamvis testes adhibiti rogati non fuerint, quamvis per scripturam testantes non curaverint tabulas subscribi aut signari; nihilominus tamen rectè testati intelliguntur: placetque, nudam voluntatem militum non minus pro testamento servari, quam aliorum solennem dispositionem, l. 1. & passim. *hoc tit.* & C. eod. Porro autem non in eo duntaxat consistit privilegium militum, quod testamenta eorum non sint adstricta legibus, quæ ad externas illas solemnitates, numerum, rogationem, subscriptionem, ob signationem testium pertinent: sed in cæteris etiam partibus, sive illæ ad constitutionem testamentorum pertineant, sive ad infirmationem. Quæcunque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea omnia militibus remissa sunt, ut in univerfum rectè definit Duar. c. 4. *ad hunc tit.* Proinde etsi miles liberos, quos in potestate habet, sciens præterierit; l. *sciens*. 9. & seq. C. *hoc tit.* sive hæredem ex die aut ad diem instituerit, sive alios pro parte testato, pro parte intestato decesserit; l. 6. l. in fraudem. 15. §. miles. 4. l. si duobus. 37. l. miles. 41. eod. l. 8. C. eod. sive cum, quicum testamenti factio non est, hæredem fecerit; l. *idem*. 13. §. 2. eod. sive filio eman-



emancipato aut cuiuscunque extraneo in secundum casum directo substituerit, *l. 5. d. l. miles. 41. §. 4. eod.* sive hereditatem codicillis directo dederit; *l. militis. 36. eod.* sive solis liberis, non etiam sibi testamentum fecerit: *d. l. in fraudem. §. pen. d. l. miles. §. ult.* nihilominus recte testatur, & voluntas ejus prout jacet, custoditur. Lege Falcidia ultra dodrantem jure communi legare non licet, militibus licet, *l. si cartarum. 17. in fin. hoc tit. l. 12. C. eod. l. 7. C. ad leg. Falc.* Jure communi nunquam per se nuda voluntas testatoris ad infirmandum testamentum valet: invito eo multis modis infirmatur, *inf. quib. mod. test. inf.* Ex contrariis sola militis voluntas ad infirmandum sufficit, *d. l. in fraudem. §. 1.* invito autem eo, extra casum maxime aut medice capitis deminutionis, *l. 6. §. sed si quis. 6. & seqq. de injus. rupt. test.* testamentum ejus non infirmatur. Non agnitione aut quasi agnitione sui hæredis, *l. 7. & seq. hoc tit.* (quod tamen temporibus ex *l. 9. & d. l. militis. 36. §. 2. eod.*) non ipsius adoptione aut adrogatione, *l. miles. 22. & seq. eod. §. pen. inf. eod.* non alio denique testamento postea facto, si modo & prius valere voluerit, *l. quæretur. 19. eod.* Hæc summa est, quædam diligentius excutientur inferius.

*In expeditionibus*] Expeditio dicta, quod milites sint expediti ad configendum cum hoste, quandocunque casus ingruat. Itaque expeditio non est conflictus ipse; neque etiam tempus belli: sed totam illud tempus, quo milites in armis procedunt, aut sunt adversus hostem, sive eum persequantur, sive eum imminuentem expectant, 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 prælia, non debet aliis cogitationibus occupari.* Præsidia; hyberna, cæteri que loca, in quibus militem extra castra commorari necesse est, sedes appellantur. *Veget. l. 3. de re mil. cap. 4. & ult. Sallust. in Jugurth. dilucis mense Januario ex hibernis in expeditionem evocat.*

**3** *Quod merito nostra constitutio inraduxit*] *l. pen. C. hoc tit.* An igitur ante hanc constitutionem Justiniani, quamdiu milites in numeris manebant, quocunque loco & tempore jure proprio testari potuerunt? Id quidem Viglius affirmat: sed ego ambigo. Nam & in *l. 1. C. hoc tit.* quæ Antonini est, & in *l. milites. 15. C. eod.* quæ est Constantini, expeditionis expressa fit mentio: & ratio privilegii, periculorum functio, quam assertit 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. C. quib. non obj. long. temp. præscr.*

*Quoquo enim modo voluntas ejus, sive scripta sive non scripta*] Et scripta quidem valet etiam, nullis testibus **4** adhibitis: nuncupata duobus probari poterit. Quinimo militi jamjam in hostem pugnaturus vagina, clypeus, pulvis, humus, chartæ vel tabularum loco esse possunt, & notæ pro literis, *l. Lucius. 40. hoc tit.* sanguis pro atramento, ensis pro stylo, penna aut calamo, *l. militis. 15. C. eod.* Cæterum hoc casu crediderim alio quo

opus esse testimonio, ut de eo constare possit, cum vix sit, ut ex hujusmodi scriptura manus alicujus agnosci queat, aut per comparisonem literarum probari. Et si enim voluntas militis quomodocunque declarata rata efficitur tamen legitimis probationibus ostendi debet, *d. l. Lucius. quod & Joan. Faber notat.*

*Vel sui adibus*] Ita etiam legitur in utraque modo allegata constitutione, *l. ult. C. de post. rev.* in Basilicis, teste Cujacio, *co nîs idois oîngis*, Theophilus pro eo habet, *co nîs λειψυθησιν αορις οιδις nîs.* *οιδις* autem esse Hotomannus scribit, quæ Latini *stationes* appellant. Ant. Augustinus in *l. 18. C. de Episc. aud.* vertit *stationes*. Suidas *σάστα* esse tradit. Et ita, *οιδις* apud Ruffum de legib. militar. pro *φορτία*. Ego existimo, Theophilum intelligere loca omnia, in quibus milites commorandi potius, quam pugnandi causa habentur, puta hybernacula, aut ubi in præsidiiis sunt, *ἴθα δίαγει αὐρις ἀνάγει*, (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 *adibus*, sed *sedibus* Contius & Wessembecius legunt: quomodo nonnullos etiam codices habere Viglius & Giphanius testantur. Puto autem, falsum esse Cujacium, qui ex facto consultus *consult. 49.* respondit, milites etiam in hybernis & præsidiiis locatos ibidem jure privilegii sui testari posse. Nam qui sunt in hybernis aut præsidiiis, neutiquam dici possunt esse in expeditione aut castris, quod tamen expresse requiritur & hoc loco & *§. sed hætenus. 3. inf. eod.* Cessante autem causa privilegii & ipsam cessat privilegium, *per vulgat.*

*Esi filiosam. sint, &c. jure tamen communi*] Ex his verbis Porcius colligit, filiosam. jure militari testari non posse: quo nomine merito reprehenditur à Viglio. Locus planus est & apertus. Restrinxerat ante privilegium militibus datum ad ea tempora, quibus occupati sunt in expeditionibus: ne quis vero ex eo putaret, milites & maxime filiosam. alio tempore non posse testari ullo modo, subjicit, posse quidem etiam milites extra castra & expeditionum occupationes testari, & posse etiam filiosam. de quibus solis, cum à privilegio militari recesseris, juste dubitari poterat; sed non aliter omnes & filiosam. de castrensi peculio tunc posse, quam jure communi omnium civium Romanorum. Non igitur negat Imperator, filiosam. 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 quorundam, veluti Teutonicis, Rhodiis, aut Maltensibus, privilegium jure militari testandi asserunt; quasi ulla in hac causa ratio habita sit nudæ dignitatis aut militiæ honorariæ. vid. *Dnæ. in hunc tit. cap. 3.*

*Paganorum*] Pagani propriè dicti rustici, villani, *καμάρται* seu vicani. Hic autem & passim in libris nostris opponuntur militibus, eoque nomine significantur omnes

omnes *arcepi dnu.* Peculium paganum & castrense, in paganico & in castris, *ἀρκεπίδνα.* A scriptoribus Ecclesiasticis, & in constitutionibus Imp. 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 post in agris & pagis hæret religio gentilis, & reliquæ ethnicismi.

## T E X T U S.

## Rescriptum D. Trajani.

I. *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 cuius bonis apud te quæritur, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur. Ita loquutus est, ut declararet quem vellet sibi hæredem esse, & cui libertatem tribueret: potest videri sine scripto hoc modo esse testatus, & voluntas ejus rata habenda est. Cæterum si (ut plerumque sermonibus fieri solet) dixit alicui; Ego te hæredem facio. Aut, Bona mea tibi relinquo. Non oportet hoc pro testamento observari. Nec ullorum magis interest, 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. Et per hoc vera judicia subverterentur.

## N O T E.

1. *Et à non militantibus* ] Ita quoque in d. l. 24. Fabrotus mavult, *ut à non militantibus quoque*, quomodo legisse videtur verus Instit. interpres Gallicus, qui est in biblioth. Reg. verba citat Fabrot. quod valde placet. Ut autem à non militantibus jure communi, ita à militantibus jure etiam privilegiario.

*Convocatis hominibus* ] Saltem duobus, per l. 12. D. de testib. etiam sine solenni illa rogatione aut præmonitione, quæ jure communi necessaria, l. 21. §. pen. h. t. nam utique etiam sine ea constare potest de voluntate militis, quod solum requiritur. Et ideo scripta militis voluntas etiam nullis testibus adhibitis rata est, per l. 1. in fin. pr. l. 25. §. 1. eod.

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

1. *In scripto militis testamento testibus opus non esse, in nuncupativo contra.*

2. *Quot testes à milite per nuncupationem testante adhibendi.*

3. *An rogatio testium in testamento militari necessaria sit.*

**D**ivus Trajanus ita rescripsit ] Recitatur hocidem rescriptum à Florentino in l. Divus. 24. hoc tit. Sententia rescripti hæc est; voluntatem militis qualemcunque, etiam eam, quam sine scripto protulit, pro testamento observari: cæterum prius esse, ut constet appareatque, serio 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 dempta negatione, à militantibus. Quia, ut ait, alienum sit hic agere de non militantibus. Sed ratio ista tanti non est, ut propterea à consentiente omnium Codicum lectione, quæ & Pandectarum Florentinarum auctoritate confirmatur, recedendum sit. Non militantium autem ideo mentio sit, 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 solennitatem, quæ jure communi in testamento non scripto requiritur; *etiam militantibus licere debet eodem modo testari*, scilicet citra solennitatem. Nam ut ex verbis rescripti patet, consultus fuit Trajanus de testamento militis, quod hæredes ab intestato eo prætextu impugnabant, quod id sine scriptura factum esset. Atque ita quoque Theophilus, quem falso Giphanius aliter legisse existimat, Fabrotus in not. ad Theop. mavult legi, *ut à non militantibus quoque.* Quod valde placet.

*Convocatis ad hoc hominibus* ] Ex his constitutionis verbis triplex orta controversia est; una de necessitate adhibendorum testium in testamento militis; altera de numero; tertia de eorum rogatione. De prima assentior Vigilio, Cujacio, 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 etiam nulli testes à milite adhibiti sunt, 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 quocunque modo testata constet. 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 constitutum plurali numero utitur, neque unius testimonium legitimum est, quale tamen omnimodo requiritur, l. Lucius. 40. hoc tit. Hoc; quia pluralis elocutio duorum numero contenta est, l. 12. de testib. Atque ex ratione juris gentium, quod solum in testamentis militum consideratur, ad probationem alicujus actus duorum testimonium sufficit. De rogatione testium; quod tertium erat, eam non existimo in militari testamento esse necessariam. Primum, quia rogatio illa est pura putata solennitas: in militaribus autem testamentis solennitates omnes remissæ: deinde quia hæc omnium solennitatum scrupulosissima est & subtilissima, longissimeque recedit

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 Jo. de Platea & Angelum scribit, ne militem quidem sine certa testium advocacione monitorum ut ei actioni operam dent, testamentum conficere possit. Nihil certe Hotomannum juvant verba hujus text. *convocatis ad hoc hominibus*. Quippe quæ hic non dispositivæ, sed narrative tantum ponuntur, atque ut exemplo aliquo declaratur, quomodo de militis voluntate, sine scriptura testati, certo constare possit. De eo enim præcipue hic 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, præmoniti cui rei eos adhiberi placeret; constare tamen etiam potest sine formali ista sive rogatione sive præmonitione. Quid enim si miles, forte postridie in aciem educendus, in tentorio præsentibus aliquot commilitonibus suis dixerit; *Ego Titium hæredem facio, ejusque rei vos mihi testes esse volo?* Certe hic præter testium fidem nihil requiritur, aut requiri ex ratione juris gentium potest. Postremo si paganus rogandi testes necessitas in codicillis remissa est, *l. ult. in fin. C. de codicill.* quanto minus in testamento militis ea requirenda, quod iis ipsis etiam legibus, quibus codicillos constitutio civilis adstringit, solum est?

*Plerumque sermonibus fieri solet*] Puta in conviviis, circulis, ac congressionibus familiarium, ubi nonnunquam 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, quantumvis serio testibus exposita, quam ex convocacione testium & testimonii denuntiatione: cum hoc tantum hinc recte colligatur, non quemvis sermonem militis quocunque loco coram quibusvis prolatum pro testamento continuo habendum esse; sed inspicendas 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 testimonii denuntiatione. Et qui de præsentia sua falso deponunt, eadem opera se vocatos & rogatos esse mentientur.

*Veræ judicia subvertentur*] Quamobrem merito notatur Domitianus, quod alienissimas hæreditates conficabat, vel uno existente, qui diceret audisse se ex defuncto cum viveret, hæredem sibi esse Cæsarem. *Sueton. in Domitiano, c. 12.* Boni Principes ex jactatione aut nuda alicujus voce hæreditatem nunquam admiserunt, *l. ult. qui test. fac. l. pen. de har. inst. l. res qua. 22. §. 2. de jur. fisci. §. ult. inf. quib. mod. test. inf.*

## TEXTUS.

## De surdo &amp; muto.

2. *Quinimo & murtus & surdus miles testamentum facere potest.*

## COMMENTARIUS.

1. *Natura surdos & murtos 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, supra condere non posse, nisi scribere sciant.*
4. *Notatur oscitantia compositorum.*

**H**ic § male à veteribus interpretibus, Joan. Fabro Porcio, Aretino, acceptus est de eo milite, qui natura surdus & mutus est. Nimirum cum paganus, mutis & surdis, quibus non naturalis calamitas, sed morbus superveniens vocem abstulit, auresque conclusit, permissum sit testari, modo ii, quibus hoc accidit, scribere sciant; *l. discreti. 10. C. qui test. fac.* putaverunt illi, hic militibus aliquid jure singulari concedi, quod jure communi cæteris denegatum est: videlicet posse milites etiam muros & 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. Sed primum bene à Vignio cæterisque melioris ævi interpretibus observatum est, natura mutum & surdam 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. b. t. ἀπονομήδ*, inquit Theophilus, *τῶς μὲντος παρὰ δὲ αὐτῶν*. Deinde non minus absurdum est, a quod putant, eum, quem utraque illa facultate natura orbavit, testamentum facere posse: nam de signis quod afferunt, commentum est. Quæso enim, quibus signis is, cui nec audire nec loqui à natura datum est, sententiam suam de eo, quod post mortem fieri velit, alteri explicare possit, qui, ut ipse Faber fatetur, ignorat quid sit testamentum? Ac proinde etiam *μυεγιδέον* hoc Fabro videtur; nobis autem *ἀδωία*; 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 amiserunt. Et quia paganus etiam 3 casu aliquo mutis & surdis factis, si literas sciant, testari concessum est: *dict. l. discreti. C. qui test. fac.* privilegium militum isto vitio affectorum in eo consistere putat, quod iis, etiamsi scribere nesciant, testari liceat, & hæredem per notas aut signa demonstrare: quod etiam Cantiuclæ placere video. Verum enimvero qui literis non potest, quibus ille notis certam dabit (hoc enim omnino necessarium est ex constitutione Trajani) voluntatis suæ supræmæ significationem? Signis vero testari quenquam mortalium posse, uti nusquam traditum est, ita nec admittendum, ut possit. Nam cum nulla signa idonea sint ad voluntatem ultimam alteri certo significandam,

candam, in re tanti momenti fides habenda esset divinationi quorundam 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, contemptis solennitatibus juris communis, *d. l. 4. hoc tit.* ne quis fortè putaret, defectum sensus ac loquelæ solennitate juris supplendum, aut quia ob id vitium mox dimittendi sunt, privilegio uti non posse. Sed nimis evidenter hoc loco novum privilegium profertur, quod ad personas militum & potestatem testandi, non tantum ad formam & remissionem solennium pertinet. Ego arbitrator, peccatum hic aliquid esse oscitantia 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, nequè 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. discretis. 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 Justinianæ: 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.

## TEXTUS.

## De militibus &amp; veteranis.

3. Sed hætenus hoc illis à Principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militantes & 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 fecerint testamentum non communi jure, sed quomodo voluerint, post missionem intra annum tantum valebit. Quid ergo si intra annum quis decesserit, conditio autem hæredi adscripta post annum extiterit? an quasi militis testamentum valeat? Et placet valere quasi militis.

## NOTÆ.

3. Veterani] Οὐδὲν ἀλλοθιεντις ἢ στρατιώτης. Suid. qui justam missionem legitimis impletis stipendiis consecuti

sunt, *l. 2. D. de veteran. l. 1. C. de exc. vet. ἀπίστως ὀπίμυ τὸ ἄξιπτις.* Julian. *orat. 1. v. Lips. ad 1. annal. & 2. Hist. Tac.*

## COMMENTARIUS.

1. Falli tam eos, qui putant, hunc §. 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 hæc pertineant qui successoribus acceptis militare desinunt.

Nulla ratiq̄ est, cur dubitemus, utrum hic §. cum superiore connectendus sit, referendusque solum ad milites mutos & surdos, an generaliter ad omnes militia missos. Quippe cum justior causa dubitandi sit de mutis & surdis, propter incertitudinem voluntatis eorum, quam de reliquis: & quotquot sunt hac de re loci in Pand. illi generaliter loquuntur de omnibus, qui honestam vel causariam missionem meruerunt, *l. quod constitutum. 21. l. testamenta. 26. l. quod dicitur. 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 litterarum 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. discretis. C. qui test. fac.* & hoc verissimum est: falsum autem quod illi pro vero assumunt, posse ejusmodi mutos & surdos jure militari testari, ut abundè probavimus §. præc.

Post missionem vero] Huic rei obstare videtur, quod etiam is miles, qui capite damnatus est, jure militari testandi licentiam habet, *l. ex militari. 12. hoc tit.* qui tamen maximè pro misso & exautorato haberi debet. Non unum est, quod hic respondeatur. Nam primum miles capite damnatus privilegium testandi non retinet, nisi id nominatim sententia comprehensum sit, *l. si quis. 22. §. 1. de legat. 3.* aut petierit & impetraverit, ut sibi jure militari testari liceret, *l. cum hic. 32. §. si miles. 8. de don. int. vir. & ux. l. 6. §. sed etsi. 6. de injust. rupt. irr. test.* Deinde nec is miles retinet, qui ex delicto communi capite puniri meruit, sed tantum, qui ex militari, *ad. l. & l. 1. de vet. & mil. succ.* nec eo quovis: non eo, quod fidem sacramenti rumpat, *d. l. 11. hoc tit.* verum ex leviori 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 permillum sit à successione sua excludere facto testamento, id militi etiam in proposita specie permitti placuit.

Intra annum &c.] Testamentum in castris jure militiæ

## COMMENTARIUS.

1. *Testamentum non rite à pagano factum jure militia valere, si in miles postea factus & in castris degens recenti aliquo judicio priorum voluntatem comprobaverit.*
2. *Si nulla nova voluntatis declaratio intervenerit, testamentum illud ad privilegia militum non pertinere.*
3. *Ulpianus secum & cum aliis conciliatus.*

**A**liud 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 judicio, & si 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. in fraudem. 15. §. 2. hoc tit.*

*Resignavit illud, & quadam 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, à quo neque factum quicquam est, neque dictum, quod ad probationem prioris voluntatis pertineat. Enimvero non præcisè requiritur, ut miles recentem voluntatem aperte & verbis declaret, sed sufficit eam re aliqua & facto significari, unde commodè intelligi possit: cujusmodi facta sunt, si testamentum resignaverit, legeritque ac rursus suo signo signaverit, si aliquid adjecerit, detraxerit, interleverit, perduxerit, emendaverit. Alterutrum autem horum omnino necessarium est, ut hic locus aperte ostendit, & apertius adhuc Jurisconsultus *l. Tribunus. 20. §. 1. eod.* disertè scribens, si nihil eorum, quæ diximus, intervenerit, testamentum ad privilegia militum non pertinere: quibus similia leguntur in *l. quod dicitur. 38. §. 1. in fin. eod. l. 8. §. 4. de jur. cod.* Omnium autem apertissimus in hanc sententiam locus est Marcelli in *l. Titius. 25. hoc tit.* ubi sic scribit; *Testamentum, quod (Titius) ante tribunatum fecisset, nihil si postea ab eo factum dictum esse probaretur, ad jus commune pertinet. Constitutionibus enim Principum non militum testamenta, sed quæ à militibus facta sunt, confirmantur.* Cur igitur in re manifesta laboramus? Propter responsum Ulpiani, quod extat in *l. in fraudem. 15. §. 2. eod. tit.* in hæc verba; *Testamentum ante militiam factum à milite, si in militia decesserit, jure militari valere, si militis voluntas contraria non sit, Divus Pius rescipit.* Ecce, non novam hic

N p 2 voluntas

litæ factum jus suum etiam post missionem intra anni spatium retinet, vel eousque, dum institutionis conditio extiterit, *l. quod constitutum. 21. l. testamenta. 26. l. quod dicitur. 38. hoc tit.* De anni spatio hæc causa affertur, quod privilegia absentibus reipub. causa, quales etiam sunt milites, concessa post reditum usque ad annum perseverant, *§. item. 2. sup. de exc. tut.* De conditione hæc, quia conditio quandocumque existens retrotrahitur, atque exinde perinde habetur, ac si ab initio purè institutio facta fuisset, *l. si pupillus. 26. de cond. inst. l. 11. §. 1. qui pot. in pign. l. 8. de per. & com. rei vend.* Cæterum missionem intelligi oportet vel honestam, quæ emeritis stipendiis indulgetur; vel causariam, quæ propter valetudinem. Nam eorum testamenta, qui ignominie causa missi sunt, statim desinunt militari jure valere, *d. l. testamenta. 26. hoc tit.* Consule de hoc *l. 2. §. 2. de his qui not. infam. Lipsium in lib. 1.*

3 *Annal. Taciti.* Quæsitum est, an quod hic traditur etiam ad eos pertineat; qui non missione, sed successoribus acceptis militare desinunt; quales sunt duces exercitum, tribuni cohortium aut legionum, vel præfecti: nam testari quidem hos omnes jure militari posse, quamdiu exercitui, legionibus aut cohortibus præsunt, certum est, *l. tribunus. 20. l. Titius. 25. hoc tit. l. 4. C. eod.* Et Africanus respondit non pertinere, sed statim atque successorem acceperint, horum testamenta jure militari valere desinere, *d. l. quod constitutum. hoc tit.* Ait autem, non pertinere, quantum ad verba constitutionum 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? Certè Ulpianus non dubitat edictum de iis, qui notantur infamia, 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, & quadam adjecit sive detraxit, vel alias manifesta est militis voluntas hoc valere volentis, dicendum est, valere hoc testamentum, quasi ex nova militis voluntate.*

## NOTÆ.

4. *Ante militiam*] Id est, qui cum adhuc paganus esset, non jure communi testamentum fecit.

*Resignavit*] Resignare est signatum aperire, *ἄνοσιονίζεν, l. 1. §. 36. de pos. l. 6. testam. quem. ap.*

*Manifesta militis voluntas*] Utique igitur semper necesse est, ut miles postea factus tempore expeditionis nova aliqua testatione voluntatem declaret: alias id testamentum ad privilegia militaria non pertinebit, *l. 9. §. 1. l. 20. §. 1. l. 25. h. t.* Nec obstat *l. 15. §. 2. eod. ibi, si militis voluntas contraria non sit.* Hoc enim sic accipiendum, quasi J. C. dixisset, si militis voluntas, quæ postea secuta est, priori non sit contraria, sed eam confirmet.

voluntatis declarationem Jurisconsultus exigit, sed tantum ut nulla contraria voluntas secuta sit: atqui hoc etiam tunc fit, cum nulla omnino secuta est. Audicimus, Jurisconsultum loqui non de eo, qui cum paganus esset, testamentum fecit; sed de milite, qui testatus est ante militiam? Ita quidem Gloss. Joan. Fab. & alii. Sed ego hoc non capio, neque intelligo, quomodo miles dici possit ante militiam testamentum fecisse, nisi militem accipias *ut supra* *ut supra*, qui nunc miles est, cum tempore facti testamenti esset paganus: nec illa Ulpiani verba, testamentum ante militiam factum à 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, *ut supra* esse pronuntiavit, quem secutus est Anth. Matthæus. Verum enimvero si hic antinomiam admittimus, ubi non admittimus? Mille loci sunt, in quibus major in speciem cum aliis pugna est, quam in loco illo Ulpiani cum iis, quos antea allegavimus. Fatetur Hotomannus, Julianum, Marcellum, Paulum, atque adeo ipsum Justinianum hoc loco exigere argumenta recentis iudicii, & prioris apertam comprobationem: sed ait, ita jus vetus fuisse; novum autem constitutum esse à D. Pio sola taciturnitate, quasi perseverantia iudicii contento; quod jus proferatur ab Ulpiano: quam ob causam etiam Justinianum reprehendit, quod contra quam in proëmio recipit, jus obsoletum hic nobis obtruserit. Si à solo Juliano, qui cæteris 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 assessorum collega fuit; auctore Lampridio in *Alexand.* idem affirmant, nullus color relinquatur, 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.* disertè in hac eadem specie prioris voluntatis expressam approbationem, idque, ut testatur, secundum D. Pii rescriptum. Ait enim, testamentum factum à pagano, qui postea militare coepit, 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? Significantiore certè 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. in fraudem. 15. §. 2. eod.* ut proinde, eundem utrobique etiam sensum esse, licet verba diversa sint, oporteat. Quod cum dicimus, hoc dicimus, verborum in *d. l. 15. §. 2. si militis voluntas contraria non sit*; & illorum in *d. l. 9. §. 1. si hoc maluit miles*; unam eandemque esse sententiam, quemadmodum ab uno eodemque prolata esse constat, ad rem eandem significandam. Plus nimirum sensit 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 cæteris de re proposita convenire, contentionis, quam veritatis cupidores esse, tam præcipites pronuntiaverint.

## T E X T U S.

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.

## N O T A.

5. Quasi ex nova militis voluntate *l. 22. eod.* ut capitis deminutione secuta voluntas repetitur, censetur: nam jure communi requiritur nova voluntatis declaratio, *l. 11. §. 2. sec. tab.*

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

Jure communi testamentum irritum fit etiam minima capitis deminutione testatoris, puta si se adrogandum dederit, *§. 4. inf. quibus modis test. inf.* militare non item. Sed & si filiusfam. miles à patre in adoptionem datus fuerit, aut emancipatus, placet testamentum ejus valere, ne capitis deminutione irritum fieri, *l. miles. 22. & l. seq. hoc tit.* Ut autem huic quæstioni locus sit, oportet testamentum factum statuatur de bonis castrensis: nam filius quidem familias de aliis bonis testari non potest: pater autem familias et si potest, si tamen de omnibus bonis testatus sit, necesse est tale testamentum infirmari per adrogationem; quippe cum quicquid extra peculium castrense est, id acquiratur patri adrogatori: qua de causa etiam Jurisconsultus in *l. 23. hoc tit.* expressè meminit militis de castrensis duntaxat 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 castrensis testantes, *l. 1. §. exigit. 8. de bon. possess. sec. tab. l. 6. §. ult. de injust. rupt. testam.*

## T E X T U S.

De peculio quasi castrensi filiisfam. testari permittum, sed jure communi.

6. Sciendum tamen est, quod, cum ad exemplum castrensis peculii, tam anteriores leges, quam Principales constitutiones, quibusdam quasi castrensis dederant peculia, & horum quibusdam permittum fuerat etiam in potestate degentibus testari, nostra constitutio id latius extendens, permiserit omnibus in hujuscemodi peculii testari quidem, sed jure communi. Cujus constitutionis tenore perspecto, licentia est, nihil eorum, qua ad præfatum jus pertinent, ignorare.

N O

NOTA.

6. *Nostri constitutio*] d. l. ult. C. de inoff. test. l. ult. C. qui test. fac.

COMMENTARIUS.

1. *Privilegium jure militari testandi etiam nostri temporis militibus competere.*

**D**E differentia & qualitate peculii filiorumfam. actum sup. §. 1. per quas pers. cuiq. acq. hic tantum quædam nomenclaturæ propter id peculium, quod ad exemplum castrensis filiofam. concessum fuit, olim eorum quibusdam duntaxat 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 Mynfingerus existimat, sed sæpius hujus quasi castrensis peculii mentio fit, ut in l. 1. §. in filii. 6. ad senat. Trib. l. 3. §. dari. 5. de bon. poss. l. 1. §. nec castrense. 15. de colat. l. filiofam. 7. §. ult. de domas.

*Quam principales constitutiones*] Constitutiones intelligit recentiorum Imperatorum, quarum quædam etiam extant in posteriore Codice, l. velus. 7. C. de ass. l. 4. C. de adv. div. jud. 1. l. un. C. de castr. om. palat. pec. l. ult. C. de castr. pec. lib. 12.

*Et horum quibusdam*] Veluti consulibus, proconsulibus, legatis & præfidibus provinciarum, cæterisque in univèrsùm omnibus, qui positi erant in eminentiore aliquo dignitatis aut administrationis gradu: patronis vero causarum, memorialibus, agentibus in rebus, ma-

gistris 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 præcipere: cæterum jus de his rebus testandi iis datum non fuit, l. ult. C. de inoff. test. Hinc apparet, non satis validum esse argumentum, quo nonnulli filiofam. justestandi defendunt, etiam in peculio adventitio iis casibus, quibus plena ejus proprietates illis concessa est: de quo amplius sit. *proxime seq.*

*Testari quidem, sed jure communi*] d. l. ult. C. de inoff. test. d. l. ult. C. qui test. fac. Quare filiofam. omnes, qui quasi castrense peculium habent, idem per omnia in eo jus habent ex constitutione Justiniani, quod filiofam. 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 pedes mereat, an eques. In classibus omnes nautæ & remiges milites sunt, l. un. §. 1. de bon. poss. ex test. mil. Quidam negaverunt, privilegia jure militari testandi competere militibus nostrorum temporum, eo quod vetus ratio legendi & ritus assumendi militem in desuetudinem abiit. Sed hoc argumentum nullius momenti est: durat enim nihilominus causa privilegii, laborum & periculorum functio, cum in expeditionibus sunt, ubi armorum strepitus vocem juris civilis eos audire non patitur, Vigl. ad rubr. hic. Gail. 2. obs. 118. Vand. 1. g. 55. Christin. vol. 4. decis. 3. Sichard. ad rub. C. h. tit. n. 9. Grass §. substitutio. quæst. 66. Gros. 2. introd. 7. Peroz. C. de test. mil. in fin.

## TITULUS XII. QUIBUS NON EST PERMISSUM FACERE TESTAMENTUM.

Dig. Lib. 28. Tit. 1. C. Lib. 6. Tit. 22.

1. Ut testamentum conficiatur, quemam in persona testantis requirantur.
2. Damnatos capite olim certo jure testandi facultatem amisisse.
3. An novellis legibus ab eo jure recessum.

**R**editus ad jus commune. Differuit sit. 10. de forma & modo testandi: progreditur nunc ad personam testantis: quod est alterum ex tribus illis, quæ in omni testamento consideranda esse diximus sub rubr. d. sit. In persona testantis duo exiguntur: unum est, ut conditione sit civis Romanus: quod indicat prima & secundum caput legis Falcidicæ, l. 1. ad leg. Falc. proinde testamentum facere non possunt peregrini aut ad peregrinitatem redacti, ut deportati, l. 8. §. 1. & 2. h.

l. qui test. fac. l. 1. §. 2. de legat. 3. nec servi aut capti ab hostibus, d. l. 8. §. ult. l. filiofam. 16. hoc tit. §. ult. inf. eod. nec obfides, nisi eis permittatur, l. 11. eod. Ac ne is quidem, qui de statu suo & conditione incertus est, testari potest, l. 14. & seq. eod. l. 1. in pr. de leg. 3. Alterum est, ut sit sui juris, uno verbo paterfam. de quo statim in pr. hujus sit. Qui patresfamilium 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 hæresumve nominatim testari vetat, l. u. cui. 18. §. 1. l. cum lege. 26. hoc tit. l. 3. C. de apostat. l. 4. C. de hæret. & Manich. l. 6. & auth. seq. C. de incest. nupt. Olim omnes capitali crimine damnati certo jure testamenti factionem amittebant, quoniam statim atque



sententiam passi essent, libertatem & civitatem perde-  
bant, d. l. 8. §. ult. l. 6. §. sed & 6. de injus. rupt. test.  
l. 12. l. qui ultimo. 29. de pen. Ajo damnati: nam si  
quis indemnatus, quantumvis post accusationem & in  
custodia, deceisset, ejus testamentum valebat, l. 9.  
hoc sit. uti & damnati appellatione interposita, medio-  
que tempore pendente appellatione testati & defuncti,  
3 l. 13. §. ult. eod. Quæritur autem, an avellis legibus,  
Nov. 17. c. 12. Nov. 22. cap. 8. item 134. cap. ult. unde  
auth. sed hodie. C. de don. ins. vir. & ux. & auth. bona.  
C. de bon. proscript. ab eo jure recessum sit: nam his con-  
stitutionibus & servitus poenæ tollitur, & bona capite  
damnatorum non publicantur extantibus liberis & pa-  
rentibus. Sed tamen quia eis bona adimuntur, & in li-  
beros 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. constr. illust.  
96. Grass. §. testamentum. quest. 26. Clar. §. testamentum.  
quest. 21. Jac. Verwey tract. de art. testam. cap. 4. ubi  
notat, in his regionibus damnatos capite, quorum bona  
publicata non sunt, testamenti factionem retinere.

## TEXTUS.

## De filiofamilias.

Non tamen omnibus licet testamentum facere.  
Statim enim ii, qui alieno juri subjecti sunt, tes-  
tamenti faciendi jus non habent: adeo quidem,  
ut quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis  
jure testari possint: exceptis iis, quos antea enu-  
meravimus, & præcipue militibus, qui in pote-  
state parentum sunt: quibus de eo, quod in ca-  
stris acquisiverunt, permissum est ex constitutio-  
nibus Principum testamentum facere. Quod qui-  
dem jus ab initio tantum militantibus datum est,  
tam ex auctoritate divi Augusti, quam Nerva,  
nec non optimi Imperatoris Trajani: postea vero  
subscriptione divi Hadriani etiam dimissis à mili-  
tia, id est, veteranis, concessum est. Itaque si-  
quidem fecerint de castrensi peculio testamentum,  
pertinebit hoc ad eum, quem heredem relique-  
runt. Si vero intestati decesserint, nullis liberis  
vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum ju-  
re communi pertinebit. Ex hoc intelligere possu-  
mus, quod in castris acquiserit miles, qui in po-  
testate patris est, neque ipsum patrem adimere  
posse, neque patris creditores id vendere, vel ali-  
ter inquietare, neque patre mortuo cum fratri-  
bus commune esse: sed scilicet proprium esse ejus,  
qui id in castris acquiserit: quanquam jure civili  
omnium, qui in potestate parentum sunt, pecu-  
lia perinde in bonis parentum computentur, ac  
servorum peculia in bonis dominorum numeran-  
tur: exceptis videlicet iis, qua ex sacris constitu-

tionibus, & præcipue nostris propter diversas cau-  
sas non acquiruntur. Præter hos igitur, qui ca-  
strense peculium, vel quasi castrense habent, si  
quis alius filiusfam. testamentum fecerit, inutile  
est; licet sua potestatis factus decesserit.

## NOTÆ.

[Qui alieno jure subjecti] Filiifam. testamentum face-  
re non possunt, l. 6. h. t. l. pen. C. eod. & olim quidem  
vel ideo non poterant, quia nihil suum habebant. Ulp.  
tit. 20. §. 9. Hodie non possunt, quia ne nunc quidem  
quicquam pleno jure tanquam patresfam. habent, ex-  
cepto peculio castrensi & quasi: de quo ob id etiam pa-  
tribusfam. legi concessa: Paterfam. uti legasset, &c.  
Cic. ad Hæren. lib. 1.

[Quamvis parentes permiserint] Quia testamenti fa-  
ctionis juris publici est, l. 3. h. t. id est, ei soli competit,  
cui jure publico permittitur. Ex quo efficitur, ut nec con-  
sentiente patre codicillos facere, legatumve aut fidei-  
commissum relinquere filiusfam. possit; l. 6. §. 3. de jur.  
cod. l. 25. §. 1. de mort. ca. don.

[Jure communi] Id est, jure hereditario post liberos  
& fratres intestato mortui, ut est in textu, l. 3. l. 4. C.  
de bon. qua lib. jure novissimo à liberis solum, non etiam  
à fratribus parens excluditur. Nov. 118. c. 2. Exploden-  
dum igitur, quod Cujac. Pac. Fabrot. in margine no-  
tant, jure communi, id est, jura patrio, jura peculii;  
ex veteri & abrogato jure in l. 2. de castr. pac.

[Proprium ejus esse] Ita ut in eo vice patrisfam. funga-  
tur, l. 2. de SC. Mac. quod jus & quasi in castrensibus ei  
postea tributum, §. ult. tit. sup.

[Quanquam jure civili] Oratio perplexa: sententia  
tamen Justiniani ex iis, quæ antecedunt, & mox subji-  
ciuntur, satis manifesta. Vide comment.

## COMMENTARIUS.

1. Cur filiusfam. testamenti factionem non habeant.
2. Cur no patre quidem consentiente rectè testentur, cum  
ita mortis causa rectè donent.
3. An testamentum à filiofam. factum cum consensu pa-  
tris, propter adscriptam clausulam, ut id valeat  
cujuscumque ultima voluntatis vi, saltim sustineat-  
ur in vim donationis causa mortis.
4. Intestato filio mortuo peculium castrense jure Codicis  
ad patrem non redisse jure peculii: sed liberis & fra-  
tribus non extantibus jure successionis ad eum devo-  
lutum.
5. Peculio pagano adventitio cum castrensi communis.
6. Plenius ac planius, quam vulgo, ostenditur, filium-  
fam. ne de iis quidem adventitiis testari posse, quo-  
rum fructus patri non quaritur.
7. An de his codicillos facere, aut sine patris consensu mor-  
tis causa hac donare possit.
8. Quid hic moribus barum regionum receptum.

Qui alieno juri subjecti] Lex duodecim tabularum  
liberam testandi facultatem civibus concedens præ-  
cise ac definitè de patribusfam. locuta est. Extat inte-  
grum legis caput apud auctorem ad Herennium lib. 1. in  
hæc verba; Paterfamilias uti legasset super familia pecu-  
niam sua, ita jus esto. Ex eo quod Decemviri hoc jus  
nomi-

nominatim concesserunt patrifam. hoc est, civi Romano, qui sui juris est, satis intelligitur, idem eos filii-  
fam. permittere noluisse. Quinimo non potuerunt nisi  
ridiculè testandi facultatem permittere iis, qui nihil  
suum habebant, de quo testari possent: quippe notum  
est, filiosfam. olim omnia parentibus, quorum in po-  
testate erant, pleno jure acquisivisse: quæ etiam ratio,  
cur filii fam. testari non possint, reddita est ab Ulpian. in  
*fragm. tit. 20. §. filiusfam. 9.* duratque eadem etiam  
nunc: quicquid enim hodie filii fam. proprium est, in  
eo non ut filiusfam. sed ut paterfam. consideratur. Et  
peculium quidem castrense, & quasi castrense sub qua-  
litate patrisfam. ei plenissimo jure concessum est: cæte-  
rum & in adventitio quadantenus vicem patrisfam. susti-  
net: cum alioqui ne proprietatem quidem hujus peculii pe-  
nes eum esse possit, pugnatque cum conditione filii fam.  
aliquid proprium habere. Hoc autem posito, filiosfam.  
jus testamenti faciendi non habere, consequens est, eos,  
nec legatum aut fideicommissum relinquere, aut codi-  
cillos facere posse: quippe quæ iis demum permisa 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 filii fam. nihil  
habent proprium.

*Quamvis parentes eis permisissent*] *L. 6. eod.* Atque  
hoc etiam ut consecrarium ex superiori deducitur. Et-  
enim permisso illa patris non efficit, ut filiusfam. inci-  
piat esse paterfam. Lex autem duodecim tabb. non aliis,  
quam patribusfam. testandi potestatem concessit; eoque  
pertinet quod Papinianus scribit *l. 3. eod. Testamenti factio non privati sed publici juris est.* Hoc est, justesta-  
menti faciendi non privatorum auctoritate, sed jure pub-  
lico & legibus cuique tribuitur: adde quod ne sic qui-  
dem filiosfam. quicquam acquiratur, de quo testari, aut  
in quo hæredem 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 filiosfam. nec mortis causa  
donare volente patre permittendum? Ita videri potest,  
cum mortis causa donationes per omnia ferè ultimis vo-  
luntatibus comparantur, §. *1. sup. de donat. l. ult. C. de  
mort. ca. don.* Placuit tamen, posse filiumfam. permit-  
tente patre mortis causa donare: nimirum quia donatio  
mortis causa, etsi in plerisque jure ultimæ voluntatis  
censetur, in quibusdam tamen naturam negotii inter vi-  
vos & contractus habet, *l. senatus. 35. §. 3. de mort. ca.  
don.* maximeque in eo, quod ad eam perficiendam tra-  
ditione aut conventionem opus est, ut pluribus ostendi-  
mus in *d. §. 1.* ac proinde hæctenus etiam eodem jure cum  
conventionibus haberi, hoc est, privatorum arbitrio  
regi debet, perindeque habendum, ac si pater ipse per  
interpositam filii personam donasset, in eoque usus esset  
filii ministerio. *l. 9. §. 2. de donat.* Atque hanc ob cau-  
sam, etsi filii quoque persona in hac donatione specta-  
tur, tum in ea perficienda, tum infirmanda, putarem  
tamen, etiam patrem eam revocare posse, *cum Bart. in  
l. 2. §. 1. de donat. Ang. & Joan. Fab. hic.* nam quod tra-  
ditum est de testamentis, ea non debere pendere ex alie-  
no arbitrio, *l. illa institutio. 32. de her. inst.* protinus ad  
mortis causa donationes trahendum non est. Non obstat  
his, quæ diximus, argumentatio Ulpiani in *l. 1. §. 1. de  
tut. & rat. distr. concludentis*, ei, cui testamenti factio

permisa non est, nec permittendum esse mortis causa  
donare: procedit enim ista argumentatio in patrefam.  
qui bona propria habet, sed testari non potest propter æ-  
tatem & defectum iudicii, qualis est pupillus, de quo  
etiam Jurisconsultus loquitur. Hinc jam illud quæsitum  
est, si filiusfamil. testamentum cum consensu patris con-  
diderit adscripta clausula, *si non valeas jure testamenti,  
valeas jure codicillorum*: aut cujuscunque ultima vo-  
luntatu vi, num in hac specie voluntas filii sustineri de-  
beat saltem in vim donationis causa mortis. Et vulgo  
placuit, debere: quoniam appellatione ultimæ volun-  
tatis etiam mortis causa donatio continetur; & in pro-  
posito clausula illa, *aut cujuscunque ultima voluntatis*,  
in nulla alia specie ultimæ voluntatis verificari potest,  
quam in donatione mortis causa; quæ utique patris con-  
sensu facta valet, ut jam demonstratum est. Ita *D. Vigl.  
hic. n. 10. Clar. §. donatio. quasi. 6. n. 8. Tessaur. decis.  
150. Fachin. 5. contr. 64.*

*Exceptis iis, quos antea enumeravimus*] Qui scilicet  
castrense & quasi castrense peculium habent. In his  
enim bonis filii fam. beneficio Principum testamenti fa-  
ctionem habuerunt, §. *ult. prac. tit. l. ult. C. de inoff.  
test. l. pen. & ult. C. hoc tit. l. 7. §. ult. de donat.* &  
quoad cætera quoque in hoc peculio plenissimo jure pa-  
trifam. usi sunt, *l. 2. de Sen. Mac. l. 4. de judic.* ex-  
cepto quod intestati morientes in eo etiam exitum filio-  
rumfamilias patiebantur, *l. 2. de cast. pecul. de quo  
mox uberius.*

*Quod jus ab initio tantum militantibus, &c.*] Re-  
fert Imperator quibus gradibus ad summum ejus juris,  
quod filii fam. in castrensibus habent, perventum est.  
Initium ejus Augusto tribuit. (Ulpianus Julio, *l. 1. de  
test. mil.*) progressum Nervæ & Trajano, (Ulpian. *d.  
loco etiam Titi & Domitiani meminit*) patetque ex illo  
Juvenalis *sat. ult.*

*Solis præterea testandi militibus jus  
Vivo patre datur, &c.*

sub Domitiano idem obtinuisse: consummationem Ha-  
driano: quippe illi militantibus tantum, hic etiam ve-  
teranis de eo, quod in castris acquisiverunt, cæteroque  
peculio, quod militiæ beneficio adepti sunt, *l. 11. de  
cast. pec. vivis parentibus*, quorum in potestate sunt,  
testandi facultatem dedit, ita ut quod antea solum mi-  
litum erat, id bonorum privilegium rescripto Hadriani  
factum sit. Illud interest, quod veteranis non nisi jure  
communis, militibus etiam suo, id est, militari jure,  
testamentum facere permissum est. Veterani autem di-  
cebantur, qui vel exauctorati sub vexillo adhuc retine-  
bantur, cæterorum immunes, nisi propulsi hostis?  
vel qui confectis legitimis stipendiis protinus dimissi  
erant, ἀφίστασιν ἐπιπύριον πύργους. Consule commentaria  
D. Lipsii in *lib. 1. Annal. Taciti*, ubi & de annis legiti-  
mæ militiæ.

*Ad parentes eorum jure communi pertinet*] Utut pa-  
ter in peculio castrensi vivente filio nihil juris habuerit,  
ipsique filio concessum, in eo, quem vellet, hæredem  
sibi instituere: tamen diu jus vetus hæctenus patri con-  
servatum 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. hæredem ab in-  
testato haberet, *l. 2. l. 9. l. 14. de cast. pec.* Cæterum 4  
huic

huic juri posteriorum Principum constitutionibus derogatum est; & primum liberis militis aut veterani intestato mortui, deinde fratribus bona castrensis jure hæreditatis delata, & tertio ordine parentibus: id quod hic locus aperte ostendit, atque ex eo etiam perspicuum est, quod filiosam. etiam in bonis adventitiis, maternis & materni generis, lucrisque nuptialibus, eisdem hære- de habere placuit, l. 3. l. 4. C. de bon. qua lib. l. ult. C. comm. de success. quibus tamen in bonis plus patri relic- tum, quam in castrensibus. Igitur quod hic Imp. ait, filiorumfam. intestato decedentium bona castrensis, non extantibus liberis aut fratribus, ad parentes pertinere jure communi, non sic accipiendum est, ut Cujac. Hom. Pacius, Fabrotus, & ferè quotquot sunt, fecere, jure peculii secundum jus antiquum, quo filii morte etiam peculium castrense, non quasi hæreditas, sed quasi peculium & quasi à patre profectum, ad patrem redibat; verum jure successionis seu hæreditatis, quæ tertio loco parentibus ab intestato defertur ex constitutionibus Prin- cipum, 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 pos- sent jure hæreditario; sed pater tanquam jam olim sua & à se profecta statim occuparet: nisi quis putet cum Vi- glio, dici posse, liberis aut fratribus superstitibus, jus patris quietere; illis autem deficientibus, pristinum jus patri integrum relinqui. Sed hanc interpretationem prædictæ constitutiones non ferunt, quæ omnes lo- quuntur de jure & ordine successionis: add. quæ scripti ad §. ult. inf. de leg. agn. succ. Plurimum vero interest, utrum dicamus, jure peculii; an hæreditario ad patrem hæc bona pertinere: quippe illo casu, mortuo illo ipso jure apud patrem remanent, quasi perpetuo ipsius fue- rint; hoc casu sine additione nec acquiri, nec transmitti possunt: illo casu peculio tantum tenus creditoribus filii respondere tenetur; hoc, in solidum, nisi inventarium confecerit, §. 5. inf. de her. qual. Illo denique casu matrem excludit, hoc casu non item. Hodie jus liqui- dum est, atque hæc disputatio penitus sublata. Constat enim ex Nov. 118. bona filiosam. sive castrensis sive pa- gana adventitia non amplius jure peculii, sed hæredita- tis, patri deferri; nec jam ordine tertio, sed secun- do, ita ut cum eo mater simul & fratres defuncti admit- tantur.

*Ex hoc intelligere possumus &c.*] Subjiciuntur hic quædam alia jura, quæ filiosam. in castrensi peculio ha- bet, & nimirum hæc tria; primum, quod hoc pecu- lium ita filii proprium est, ut pater id ei adimere non possit: alterum superiori consequens, quod creditores patris id vendere aliove modo inquietare nequeant: ter- tium, quod patre mortuo id filius præcipuum habeat, nec cum fratribus communicare, aut his conferre cogat- ur. Quæ cuncta, aliaque plura, etiam jure veteri ob- tinuerunt: nam ut ante dictum est, filiosam. in cas- trensi peculio in omnibus jure patrisfam. fungebatur, tantum intestatus tanquam filiosam. decedebat, l. 2. de sen. Mac. l. 4. de judic. l. 4. de cast. pec. junct. l. 2. eod. Quæ autem hic traduntur, olim erant castrensis peculii 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. §. nec castren-

se. 15. de collat. idem hodie obtinet & in adventitiis, l. ult. C. eod. tit. In solo profectio peculio nihil muta- tum est, sed quemadmodum id totum patris mansit, ita potest filio id pater adimere: ita patre mortuo cum fra- tribus communicandum: ita filius pati debet, ut id cre- ditores paterni sibi habeant. Nam quod ab Ulpian. tradi- tum est l. 3. §. sed utrum. 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 questum auferre non debet, l. 2. de his qui sui vel al. jur. & fortassis debitum ~~no. & 229-~~ Jurisconsultus accepit, pro debito ex causa delicti damnato patre. Nullam certè rationem habet, quod D. Viglius putat, ex causa delicti peculium à fisco occu- pari, at non ex causa debiti: longè enim major ratio est, ut peculium filii separaretur patre damnato, quam, cum fisco venit, ut verus creditor: quippe cum in pœna nec privilegium habeat, sed creditoribus postponatur, l. 11. l. in summa. 17. l. quod placuit. 37. de jur. fsc. l. un. C. pœn. fscal. cred. præf. lib. 10. Ergo, inquis, non fisco, sed filio damnato patre actione de peculio conveniendus est, contra quam respondet idem Ulpian. l. 1. §. 4. quand. act. de pec. ann. Respondeo, fisco etiam ea actione ten- eri, sed tunc cum filius peculium repudiavit: alioqui conventum exceptione se tueri, & creditores ad filium remittere posse.

*Quamquam jure civili omnium, qui in potestate*] Perplexè & salebrose hæc traduntur. Jure civili antiquo filiosam. omnia patri acquirebat, haud secus ac servus domino, uti dictum est, §. 1. 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 tem- pore etiam adventitium, & præcipue constitutionibus Justiniani: non tamen ut per omnia eodem jure pecu- lium adventitium apud filium esset, quo castrense & quasi castrense, sed ut ille ejus proprietatem, pater u- sum fructum regulariter haberet, d. §. 1. l. cum pater. 6. C. de bon. qua lib.

*Præter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi*] Quamvis non tantum castrense & quasi castrense pecu- lium, sed quædam etiam bona filii adventitia ex confi- tutionibus patri non acquirantur; atque à Justiniano in universum adventitiorum omnium proprietates filio con- cessa sit: in duobus tamen istis generibus duntaxat jus testamenti faciendi ei permissum, non item in tertio. Non habet hæc res dubitationem, cum, quod regulare est, filius tantum nudam proprietatem in peculio ad- ventitio habet, pater usum fructum: sed cum sint qui- dam casus, quibus filio plena & solida proprietates acqui- ritur, anne tunc quidem de his bonis testari possit, non satis convenit. Casus unus jam tum erat, cum Instituti- ones componerentur. Nam in l. ult. C. de bon. qua lib. sic à Justiniano constitutum est, ut si filio hæreditas aut legatum fidei commissum delatum sit, & pater filio consentire nolit, ut hæreditatem adeat aut relicta agnoscat, filius propria auctoritate & patre invito id facere possit, & sibi hoc facto, quod relictum est, in totum acquirat. Novellis constitutionibus plures hujusmodi species introductæ. Idem enim obtinere placuit in rebus filiosam. ea lege datis, ut ne usus fructus ad patrem per- veniat:

veniat: item in hereditate fratris aut sororis, ad quam una cum filio pater admittitur: postremo etiam in iis rebus, quæ filio deferuntur patre divorcium faciente sine causa, *auth. excipitur. cum 2. seqq. C. de bon. qua. lib.*

6 An igitur ne his quidem casibus filio permissum de peculio adventitio testari? Sunt qui putant, permissum esse, & Triboniano hæc scribenti in mentem non venisse, *l. ult. §. ipsum autem. 5. vers. filiis autem. C. d. tit.* ubi Justinianus duntaxat eo casu, quo apud patrem ususfructus est, filium de bonis adventitiis testari non permittit: inde enim à sensu contrario colligunt, in altera specie adventitiorum id elicere. 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, five cum consensu, five sine consensu patris bona possideant, ac proinde five nudam five 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. Ad hæc jubet circa filiorumfam. testamenta per omnia observari legem antiquam. Nulla vero lege antiqua filiosfam. testamentum facere permissum, præterquam de bonis castrensibus & quasi castrensibus: neque concessio plenæ proprietatis mutat qualitatem peculii, quæ ex sola causa acquirendi æstimatur. Ridiculi autem sunt, qui per legem antiquam intelligunt ipsius Justiniani aliquam constitutionem & nominatim illam ipsam, quam explicat *l. ult. C. de bon. qua. lib.* Non potuit, nisi absurdissimè, antiquam appellare, quam initio *d. l. pen.* proficitur nuper à se promulgatam, nec ulla suas ipsius leges antiquas, cum nulla tunc esset biennio aut triennio vetustior. Novissimo jure etiam filiosfam. quædam alia ejusdem generis bona pleno jure proprietatis concessa sunt: nullibi tamen jus de iustestandi ei datum legimus *Nov. 117.* permittitur filio de hujusmodi bonis quovis modo disponere: at in Græco est *δομῶν*, 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, filiosfam. majori 25. annis: cæteroquin curatores ei dari jubentur; cum tamen minor 25. annis etiam, curatorem habens, post annum decimum quartum testamentum facere possit, *l. 5. hoc tit.* At, inquis, quod conceditur inter vivos, id multo

magis licere debet in ultima voluntate, *arg. tit. de leg. Fuf. 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 filiosfam. Sic etiam non procedit in filiosfam. argumentum ductum à jure plenæ proprietatis, quasi eo jure concessio omnia concessa intelligantur, quæ patrifam. in re sua, ut ejus liberrimo moderatori & arbitro, permissa sunt. Patet hoc ex eo, quod filiosfam. patroni causarum, magistri liberalium artium, &c. etiam plenam proprietatem peculii quasi castrensibus olim habebant, jus tamen de eo testandi ante Justinianum non habuerint, *§. ult. præc. tit.* Nimirum ut dictum est in præqualitas filiosfam. obstat, quo minus testari possit: ut autem possit de castrensi & quasi castrensi peculio, non ex eo est, quod simpliciter plena ejus proprietatis filio concessa; sed quia placuit id eum habere sub qualitate patrifam. 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 proprietatis, habet. Potest ex lege heredem habere, etiam 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 filiosfam. testandi facultas in una specie adventitiorum concedatur, in altera denegetur: nam sola ususfructus à proprietate separatio impedire non potest, quo minus jus sit de proprietate testandi, *inf. de her. inst. in pr. l. recte dicimus. 25. de verb. sign.* Atque hæc etiam communis est inter præsententia. Porro hoc constituto filiosfam. 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 fideicommissio constat, *§. præerea. 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 permittendam esse existimarem, & quod alias patris consensu potest, *l. tam u. 25. §. 1. de mort. ca. don.* id ei hic licere etiam sine consensu patris, *argument. Nov. 117.* & eorum, quæ diximus in exegefi verborum hujus præ. *Quamvis parentes eis permiserint. Diff. Anton. Fab. decis. 42. err. 6. & seqq.* ubi nec in bonis castrensibus donationem mortis causa filiosfam. concessam fuisse contendit, contra expressum textum in *l. 7. §. ult. de donat. vid. D. Guil. Mass. lib. 6. sing. opin. cap. 6. & seqq.* ubi ex professo argumenta omnia Fabri diluit.

*Licet sua potestatis decesserit ] L. si filiosfam. 19. hoc tit.* Est autem hoc jus generale, ut si quis tempore testamenti facti non habuerit testamenti factionem, testamentum ab eo factum non valeat, etiam postea testamenti factionem habere cœperit, *§. seq. l. 4. eod. l. 1. §. exigit. 8. de bon. possess. sec. tab.* obtinetque hic etiam regula Cætoniana,

toniana, l. 1. de reg. Cat. l. quod initio. 29. 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 piz causæ, hic favore liberorum. *Tiraquel. de priv. pia caus. cap. 78. Clar. §. testamentum. quest. 5. Tulden. hic. cap. 11. Jac. Verw. art. test. cap. 4. fac. cap. 4. de sepult. in 6. Christin. vol. 4. decis. 4. num. 6.* ubi in casu posteriore nec consensum patris requirit. Moribus harum regionum liberi omnes, qui modo ea ætate sunt, qua testamentum condi potest, de bonis maternis cæterisque adventitiis omnibus recte testantur, neque consensu patris ad eam rem opus est. *D. Elbert. Leonin. lib. 6. emend. cap. 3. in fin. Perez. C. qui test. fac. num. 10. Groenew. de ll. abrog. hic & ibi laudat. quod & in Hispania obtinet, l. 5. Tauri. & ibi Gomez. atque in Germania quoque receptum, utique si liberi seorsum à patre habitent. Rensfner. part. 2. cap. 23. num. 26. de testam. De Gallia idem testatur Lud. Charond. in memorabil. In Frisia tamen etiam in hac parte obtinet jus civile. D. Joan. à Sandt. lib. 4. tit. 1. defn. 1.*

## T E X T U S.

## De impubere &amp; furioso.

1. Præterea testamentum facere non possunt impuberes; quia nullum eorum animi iudicium 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, iure testati esse videntur: certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamentum recte factum, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.

## N O T A.

1. Præterea] l. 5. h. t. l. 19. §. 1. de capt. & postl. adde & alios ex l. 8. 9. 10. & 11. D. h. t.

Postea pubes, &c.] Propter regulam, ut jam diximus, Catonianam.

Aliud negotium] Adeo ut ne matrimonium quidem furore superveniente solvatur, l. 8. de his qui sui vel al. jur.

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

1. Impuberes nec tutore auctore testamentum facere posse.
2. Testamentum à furioso factum tempore dilucida intervalli sustineri. Et quid si de eo dubietur.
3. Cur furor postea incidens, &c. testamentum antea factum non vitiet, capitis minutio vitiet.
4. Quando locus sit regula, Quæ ab initio recte constituta sunt, resolvi, cum in eum casum pervenerunt, unde incipere non possunt.

Quia nullum eorum animi iudicium est] Impuberes intelliguntur, qui nondum annum ætatis decimum

quartum compleverunt, id est, qui nondum ad supremum anni decimi quarti diem pervenerunt. In foeminis auctus est duodecimus, l. 5. h. t. s. Horum ait nullum esse animi iudicium, nimirum nullum plenum ac solidum, nullum tale, quale requiras in eo, qui de omnibus facultatibus suis una perpetua dispositione statuere cogitat. 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 iudicium requirant, ut hic etiam quod impuberis iudicio deest, tutoris prudentia suppleatur? Nequaquam. Nam aliarum actionum periculum tutores præstant, & finita tutela earum rationem pupillis eorumve heredibus reddunt; hujus vero reddere non possunt. Deinde testamentum non arbitrio alieno non præcaria, sed ipsorum testatorum prudentia fieri debent, ne quid temere & inconsulto per aliorum molimina in præjudicium familiarum & agnationis statuatur, & alieni potius quam 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. h. t. s. l. Aurelio. 20. §. 1. de lib. leg.

Item furiosi] Furiosi quid à mente captis differant, docui sup. tit. de curat. §. sed & 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, agitur & fertur præceps. Cæterum 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. Titia. 13. in fin. de inoff. test.

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. qui testamento. 20. §. 4. hoc tit. Cæterum ut valeat testamentum, necesse est, ut id uno eodemque tempore remissionis perficiat: nam si cepto testamento & necdum perfecto furor eum iterum invaserit, nihil actum est, etiam si postea remissus denuo furore id, quod cœpit, perficiat, d. l. 9. Quid si proferatur testamentum conditum à furioso, quem certum est habuisse dilucida intervalla, incertum autem sit, quo tempore id fecerit? Et siquidem id ita ordinatum fuerit, ut quivis paterfam. sanæ mentis sic dispositurus fuisse iudicetur, pro testamento respondendum & credendum intervalli tempore factum D. Viglius censet: cui assentior. Pertinet huc quod Val. Maximus lib. 7. cap. 8. refert de Tuditani hominis certæ ac notæ infantiæ testamento; quod à centum viris confirmatum ait, magis quid scriptum esset in tabulis, quam quis scripsisset, considerandum existimantibus, add. Boet. decis. 23. num. 81. Myns. 4. obs. cent. 2. Mantie. de conj. nlt. vol. lib. 2. c. 2. n. 7. Christin. vol. 4. decis. 4. n. 8. Diod. Tulden. comm. hic. c. 3. Grass. §. testamentum. quest. 21.

Eo,

*Et, quod ante fecerint, testamento valente] d. l. qui testamento. 20. §. 4. hoc tit.* Similiter nec interdictio bonorum succedens, nec auditus sermonive amissio testamentum ante factum vitiatur, §§. *seqq. l. 6. §. 1. l. is cui. 18. eod.* Palam igitur est, his casibus unum tantum tempus inspicere testamenti facti, ac sufficere eo tempore testatore non habuisse testamenti factionem, etsi tempore mortis non habuerit. Proinde cum Jurisconsultus in *l. 1. §. exigit. 8. de bon. poss. sec. tab.* ait, Prætores exigere, ut is, ex cujus testamento bonorum possessio petitur, utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, & cum faceret testamentum & cum moreretur, intelligere debemus, cum 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 & fortuna testatoris contingit, cujusmodi sunt superiora. Quod si qua mutatio postea incidit, per quam capite testator minuatur, puta si servus fiat, in insulam deportetur, si se adrogandum det, testamentum infirmatur atque irritum fit, §. *4. inf. quib. mod. test. inf. l. 6. §. irritum. 5. & seqq. de injust. rups. 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, quo minus heredem ex testamento antea facti 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 cæteris quoque negotiis quin idem juris sit, dubitandum non est, si rem suam ante furorem alienaverint, de quo nemo ambigit; quoniam negotia perfecta & penitus consummata nullo eventu infirmari possunt: si stipulanti aliquid promiserint, aut alias se obligaverint, licet hic aliquid desit ad consummationem negotii: sed hoc à curatore expediri potest. Neque enim in omnibus probata est sententia eorum, qui ea, quæ ab initio recte atque utiliter constituta sunt, resoldi putaverunt, cum in eum casum incidissent, à quo incipere non poterant, *l. existimo. 98. l. pen. §. 2. de verb. obl. l. in ambiguis. 85. §. 1. de reg. jur. §. ex contrario. 14. inf. de legat.* sed tunc tantum cum casus incidens impedit, quo minus, quod conceptum est, perfici atque ad finem suum perducatur, ut eventus incidente capitis demutatione testatoris. *Qua de re fortassis pulchra ad d. §. ex contraria.*

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.*

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. his qui. 12. in fin. de tut. dat. ab his.* quam ob causam placuit hujusmodi hominibus bonorum administratione interdici: qua interdictione & testamenti factio ipsi adempta intelligitur; quippe qui non saniore iudicio, quid de rebus suis post mortem fieri velint statuti creduntur, quam eas tractarent, si libera earum administratio ipsi permitteretur. *l. is cui. 18. hoc tit.* Puberum minorum 25. annis non eadem ratio est: neque enim his bonorum administratio interdicta est, ut male Don. ad *l. 6. de verb. obl. m. 9.* sed si velint, curatores accipiant; quibus quidem tum administratio permittitur, nec jam amplius ipsi minoribus: sed in hunc maximè finem, ne minores in contrahendo circumveniantur; quod in testamento non metuitur.

*Quod ante fecerit] d. l. is cui.* Testamentum enim, quod interdictione vetustius est, eadem ratione valere debet, qua quod factum est ante furorem. Imperator *Leo Nov. 39.* prodigo permittit *τὴν οὐκ ἐπιεικῆ διοίκησιν*, ea facere, quæ ipsi conducunt; & ratum quoque testamentum ejus esse jubet, in quo mores prodigi non apparent. Quod Viglio videtur naturale æquitatem habere. Forte id admittendum fuerit, si quædam non levia argumenta saniorum morum præcesserint. Per *l. 1. de cur. fur.* Vid. *Sande lib. 4. tit. 1. defm. 3. Groenew. de ll. abr. hic.* Hic autem locus confirmat, quod supra § *furiosa. 3. de curat.* asseruimus, prodigum, quod attingit rerum administrationem & effecta juris civilis, non statim censeri eum, qui ipso facto prodigus est, sed tunc demum, cum ei bonorum administratio interdicta est: interdici autem non ipso jure, sed causa cognita decreto magistratus.

TEXTUS.

De surdo & muto.

3. *Item surdus & mutus non semper testamentum facere possunt. Utrique autem de eo surdo loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit. Nam & mutus intelligitur, qui eloqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Sepe enim etiam literati 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 permessa sunt. Sed si quis post testamentum factum, adversa valetudine aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse cœperit, ratum nihilominus manet ejus testamentum.*

COMMENTARIUS.

olim et si 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 quicquam à Principe impetrare possit,

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. discretis. 10. C. hoc tit.* Sic vero ille constituit, ut si quis mutus & surdus simul sit, siquidem natura, is omnino testamentum facere non possit; sin casu, ut possit; si modo ante literas didicerit; ut scripto voluntatem supremam exprimere queat. At si quis tantum mutus sit, aut surdus tantum, sive tales sint natura, sive morbo, his jure testari liceat eo modo, quo per rerum naturam voluntatem suam declarare possunt aut scripto aut lingua. Quod ne muto quidem 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 eadem 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, & sermone usum ablatum; necesse naturaliter surdos, qui non iidem sint & muti. Quod etiam Plinius testatur *lib. 10. c. 69. Alex. Aphrodis. problem. 1. 138.*

*Qui omnino non exaudit, &c.]* Hæc plana sunt. Notum enim est, eum, qui tarde aut difficulter exaudit, non surdum, sed surdaltrum dici, *ὑποκωφον*, subsurdum: & eos, qui graviter aut *ἀσπερῶς* loquuntur, non mutos, sed blæfos, balbos, *μυγαλάγες*, appellari; mutos autem dici elingues & fandi impotes, *ἀλάγες*. Plane muti etiam illi habendi sunt, qui *ἀσίμως* loquuntur, hoc est, sine ulla certa significatione vocis, *ἀνάθεον φωνῆ. l. mutum. 9. de adil. edict. l. 7. in fin. de supell. leg.*

*Sed si quis post testamentum factum, &c.]* Ob eandem rationem, ob quam placere diximus testamentum furiosi aut prodigi, quod furore aut interdictione bonorum vetustius est, non infirmari.

## T E X T U S.

## De cæco.

4. Cæcus autem non potest facere testamentum, nisi per observationem, quam lex Divi Iustini patris nostri introduxit.

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

**I**N 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. Cæterum forma nunc accuratior præscripta, & quædam singularia in testamento cæci, ut fraus omnis, cujus hic major metus evitetur, constituta sunt lege illa Iustini, quæ hic commemoratur, & extat *l. hac consultiissima. 8. C. hoc tit.* Sententia legis est, ut cæcus hæredem 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 scriptura exci-

piat, cui deinde testes omnes & tabularius subscribant; eamque obsignent, uti sit in testamentis scriptis: aut si prius testamentum suum scripto comprehendi curavit, ut tabularius coram testibus eam scripturam palam legat; eaque lecta cæcus testetur hanc suam voluntatem esse; deinde omnes subscribant & signent. Ubi hæc singularia notanda. 1. Quod non sufficit voluntatis nuncupatio, nisi & scriptura accedat. 2. Adhibitio octavi testis, qui testamentum scribat, aut antea scriptum recitet. 3. Quod is testis debeat esse tabularius publicus, si ejus copia est. 4. Omnium subscriptio & subsignatio.

## T E X T U S.

## 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.

## N O T A.

5. *Quamvis redierit]* *l. 8. b. t.* nam postliminio non vitatur Catonis regula. Codicilli autem scripti in captivitate ab eo, qui in civitate testamentum fecerat, eo reverso convalescunt, quia principium eorum jam in civitate constitutum erat, nempe testamentum, quo confirmati sunt, *l. 12. §. 5. de capt. & postl.* simile est in *l. 25. eod.*

*Ex lege Cornelia]* Postliminii & legis Corneliæ fictio in omnibus partibus juris servatur, passim *D. & C. eod. v. §. 5. sup. quib. mod. jus patr. pot.*

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

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 à Turcis, &c. capti fuerint.*

**Q**ui 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 vitatur regula Catoniana. Sed nec obsides, nisi eis permittatur, testamentum facere possunt, quia velut pignoris jure tenentur, & fiscus eorum bona occupat, *l. 11. hoc tit. l. Divus. 31. de jur. fisc.* Qui autem à prædonibus capiuntur, quia liberi manent, *l. 19. §. 2. de capt. & postlim.* testamenti factionem retinent, ut & illi, qui apud externos legatione funguntur, *l. 11. in pr. & §. 1. hoc tit. & ib. Cujac. add. Grass. §. testamentum. quest. 25. Vasq. 3. contr. 103. num. 1.*

*Sed quod dum in civitate, &c.]* Testamentum ante captivitatem recte factum, etsi re ipsa irritum sit 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 tri-



tribuant 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. in bello. 12. §. codicilli. 5. de capt. & postl.* Eadem ratione placuit, si uxor cum marito capta fuerit, eaque in captivitate ex marito enixa sit, etiam liberos ibi natos jus postliminii habere, & reversos cum parentibus justos liberos esse, *l. Divi. 25. d. tit.* nimirum quia nati sunt ex matrimonio in civitate legitime contracto. Illud nullius momenti est, quod Aretinus movet, esse regulam, *media tempora non nocere. l. 6. §. 2. l. si alienum. 49. §. 1. de her. inst. §. in extraneis. 4. inf. de her. qual.* ac proinde videri supervacuum fictionem juris postliminii ad testamenta conservanda. Quippe illa definitio ad hæredem 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 cæteris omnibus & postliminii & legis Corneliæ fictio servatur,

*l. 5. §. 1. d. l. in bello. 12. §. 1. l. retro. 16. l. in omnibus. 18. & passim. de capt. & postlim. & C. eod. §. si ab hostibus. sup. quib. mod. jus pat. solv.* Postliminio æquiparatur restitutio capite damnati, *l. 6. §. pen. de injust. rupt. test.*

*Ex lege Cornelia] L. lege Cornelia. 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. Hodie in orbe Christiano nullus hujus §. 2. 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. si quis. 2. §. 1. de capt. & postlim.* nunc inter Christianos consuetudine generali invaluerit, ut bello capti servi hostium non fiant, sed liberi & cives maneat, ac jus sit pretio eos redimere, poterunt etiam dum apud hostes sunt testari, *arg. l. 13. hoc tit. Alc. ad l. hostes. 118. de verb. sign. Duar. ad tit. qui test. fac. pag. 318. Grass. d. quest. 25. Zypa. not. jur. Belg. de testam. Sande lib. 4. tit. 1. defn. 2.* Nonnulli idem juris habere etiam à Turcis captos existimant. *Covar. c. peccatum. p. 2. §. 11. num. 6. Cyprian. cens. Belg. Groenew. de ll. abrog. hic.* Illud etiam observatur, quod transfuga jus testandi non habeat, quoniam jura civium amittit, & hostium numero habetur, *l. postliminium. 19. §. transfuga. 4. de capt. & postlim. Jac. Verwey art. test. cap. 4. Sande ubi sup.*

## TITULUS XIII.

## DE EXHÆREDATIONE LIBERORUM.

*Dig. Lib. 28. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 28. 29. Nov. 115.*

*Ratio ordinis, & argumentum tituli.*



Athenus de personis, quibus jure publico potestas testamenti faciendi data aut denegata est; item de modo testandi, sive externis testamenti solennitatibus, comparatis ad firmandam testationis fidem. Sequitur tertium, res quas in ipso testamento inseri & caveri oportet, ut justum ratumque habeatur; quam intrinsicam testamenti solennitatem appellare possumus. Estque duplex; una communis omnium testatorum, hæredis scilicet institutio; altera quorundam duntaxat propria, & maximè parentum, qui liberos in potestate habent, videlicet eorum liberorum exhæredatio, si ipsi hæredes non instituantur: de quo idcirco etiam inter cætera, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, præcipiendum fuit, *l. inter cætera. 30. hoc tit. de lib. & posth. her. inst. vel exhæred.* Existimaverat aliquando Hotomannus inscriptionem hujus tituli corrigendam esse, legendumque, *De institutione vel exhæredatione liberorum.* Quod & Wesembecius tacite secutus est. Verum postea idem Hotomannus ab hac sua sententia recessit. Mihi quidem nulla mutatio necessaria videtur. Cæterum si secundum priorem sententiam Hoto-

manni inscriptio concipiatur, non eo minus proba erit, quod ostendit *ἡμῶν* ejusdem argumenti in Pand. & *d. l. inter cætera.* In præcepto quoque legis disjunctio est; *Pater filium, quem in potestate habet aut hæredem instituito, aut nominatim exhæredato.* Exhæredare est eum, qui alioqui hæres futurus erat, ab hæreditate repellere. Et de solis suis hæredibus propriè dicitur, qui nisi removerentur, ipso jure hæredes existerent, & vivo adhuc patre quodammodo domini existimantur, *l. in suis. hoc tit. de extraneis per abusionem.* Jure civili antiquo non erat in omnibus liberis, etiam iis qui in potestate erant & sui hæredes, exhæredatio æque necessaria, nec omittæ 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 exhæredationis habet. Continet autem hic titulus principia magnarum & difficillimarum quæstionum juris, qua veteris, qua novi, coque diligentem atque accuratam desiderat partium omnium interpretationem.

## T E X T U S.

## Jus vetus, de liberis in potestate.

Non tamen, ut omnino valeat testamentum, sufficit hac observatio, quam supra exposuimus: sed qui filium in potestate habet, curare debet, ut eum heredem instituat, vel exheredem eum nominatim faciat. Alioqui si eum silentio praterierit, inutiliter testabitur: adeo quidem, ut si vivo patre filius mortuus sit, nemo haeres ex eo testamento existere possit: quia scilicet ab initio non constiterit testamentum. Sed non ita de filiabus, & aliis per virilem sexum descendantibus liberis utriusque sexus antiquitati fuerat observatum: sed si non fuerant scripti haeredes scriptivae, vel exherediti exhereditave testamentum quidem non infirmabatur, jus tamen accrescendi eis ad certam portionem praestabatur. Sed nec nominatim eas personas exheredare parentibus necesse erat, sed licebat inter ceteros hoc facere. Nominatim autem quis exhereditari videtur, sive ita exheredetur, Titius filius meus exhaeres esto, sive ita; Filius meus exhaeres esto, non adjecto proprio nomine, scilicet, si alius filius non extet.

## N O T A.

[De exheredatione] Exhereditatio est hereditatis lege data ademptio: unde solis de suis haeredibus proprie dicitur, de aliis per abusionem. Aliis hereditas defertur tantum, fuis etiam datur, §. 2. *inf. de har. qual.*

[Non sufficit hac observatio] In modo sc. testandi & solennitatibus comparatis ad firmandam testationis fidem, de quo *sup. tit. 10.*

[Vel exheredem faciat] De quo idcirco etiam inter cetera, quae ad ordinanda testamenta pertinent, praecipendum fuit, l. 30. *h. s. de lib. & post.*

[Inutiliter testabitur] d. l. 30. Plane si filius patri superites bonis paternis se abtineat, voluntas ex bono & aequo sustinebitur, l. 17. *de injust. rupt.*

[Vivo patre mortuus] l. 7. *h. s.* propter regulam Catonianam, l. 1. *de reg. Cat. l. 29. l. pen. de reg. jur.*

[Non ita de filiabus, &c.] Diversi juris rationem indicat Ulp. l. 8. §. 1. *de injust. rupt.*

[Nominatim autem] v. l. 1. l. 2. & 3. *D. h. s.*

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

1. Filio, qui in potestate est, praterito, testamentum jure civili prorsus inutile & nullius momenti esse: ac quatuor consecutaria inde deducta.
2. Filia & nepotibus ex filio prateritis jure antiquo testamentum substituisse, dato his jure accrescendi scriptis haeredibus.
3. Ad quam portionem ha persona praterita scriptis haeredibus accreverint.
4. An eas prateritas ad bonorum possessionem contra tabulas prator admisit.

5. Filiam & nepotes ex filio exheredatas, licet non nominatim, neque jura accrescendi habuisse, neque a pratore ad contra tab. bon. possessionem vocatos; modo cetera leges exheredationis observate fuissent.
6. An testamentum, in quo filius prateritus est, prorsus inutile sit & jure pratorio.
7. Filio praterito se abstimente praterem habere rationem testamenti, etiam cum extranei instituti sunt.

R Efertur hic differentia, quae in re proposita olim observabatur in sexu & gradu liberorum jam natorum. Meliore caeteris jure erat filius in potestate constitutus: siquidem hic solus a patre necessario aut haeres instituentus aut exheredandus erat, ut testamentum subsisteret, quod alioqui jure civili prorsus inutile erat & nullius momenti, l. *inter cetera. 30. hoc tit. l. filio. 17. de injust. rupt. test. & hoc test.* Huic autem juri consequens est, primum, quod etiam hic expressit Justinianus, ex tali testamento haeredem non posse existere, etiam si filius prateritus vivo adhuc patre decesserit, propter regulam Catonianam, quae sic definit; *Quae 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. §. an servus. 32. inf. de legat. & generaliter quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, l. quod initio. 29. de reg. jur. §. 2. inf. de inut. stip. 2.* Per hujusmodi testamentum non rumpi id, quod antea a patre legitime factum est, l. 7. *hoc tit. §. 2. & pen. inf. quib. mod. test. inf. 3.* Non sustineri hoc testamentum ob id, quod pater filio legatum, quantumvis amplum reliquerit: nam utrum filius prateritus sit, nec ne, non ex legati datione, sed ex institutione aut exheredatione aestimatur, prateritique omnes in hac materia habentur, qui neque haeredes instituti, neque ut oportet, exhereditati sunt, §. *eadem. 12. inf. de har. ab int. 4.* Quod etiam si filius vel ante testamentum vel in ipso testamento prateritioni consenserit, nihilo tamen magis subsistere possit. Verum enim non est, quod Clar. §. *testamentum. q. 43. n. 3.* existimat, jus hoc ob solum favorem filii constitutum esse, cui ille renuntiare possit. Imo forma patrum testamenti jure publico praescripta id modis omnibus exigebat: quod jus privatorum consensu mutari non potest, l. 3. *hoc tit. junct. l. jus publicum. 38. de pact. cum simil. vid. tamen Ant. Fabr. C. suo de lib. pret. de fin. 6. Christin. vol. 4. decis. 19. n. 4.*

[Exheredem eum nominatim faciat] Non quævis exhereditatio summovebat liberos ab hereditate patris, sed quæ ritè facta esset; non ritè exhereditati pro prateritis habebantur, l. 8. §. 2. *cont. tab.* In ritu autem discrimen non faciebat sexus aut gradus, nisi quod hoc propriè in filio observandum erat, ut nominatim exheredaretur, quod in reliquis non erat necessarium, ut statim audiemus. Cicero *lib. 1. de Orat. quem pater neque haeredem neque exheredem scripsit nominatim.*

[Sed non ita in filiabus & aliis per virilem sexum descendantibus] Non uti olim filio, ita & filia, aut nepote neptevæ ex filio (ex filia nati huc non pertinent, §. *ult. inf. eod.*) prateritis testamentum inutile erat: sed firmo manente testamento jus accrescendi ad certam portionem his dabatur, ut, quasi & ipsi scripti scriptæve essent, numerum haeredum augerent, l. *ult. C. hoc tit. Ulp.*

Ulp. tit. 22. §. 12. 15. & 16. Accrescebant autem hæ personæ hæredibus scriptis cum damno, hoc est, portionem hæreditatis accrescendo iure auferebant; ut longè diversum hoc jus fuerit ab eo jure accrescendi, quo res accrescunt; quod fit cum emolumento, cum scilicet non petentium partes accrescunt petentibus, seu portio omiſſa portioni agnitæ; de quo, volente Deo, tractabimus §. si eadem. inf. de legat. Ad quam partem hæredibus institutis accreverint, docet Ulp. d. tit. 22. §. ex sua. 14. Scriptis, inquit, hæredibus accrescunt, suis quidem hæredibus in partem virilem, extraneis in partem dimidiam; atque ita quoque Cajus lib. 2. tit. 3. §. 1. & Theop. 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 hæredem institutum; hic filia, si præterita erat, singularis 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 femissem, 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 hæredibus institutis si præterita accrescat, tantum suo avocabit, quantum extraneo. Si vero duo sint filii instituti, suis tertiam, extraneis dimidiam tollit.* Cum igitur filiiab & nepotibus ex filio præteritis hoc remedio consultum fuerit jure civili, quaeritur an etiam eo omiſſo bonorum possessionem contra tabulas petentes admiserit prætor. Et D. Bachovius putat, magis esse, ut prætor eos excluderet: quod peripicue falsum est. Etenim prætorem nihil aliud considerasse legimus, quam an liberi præteriti essent, an exheredati, immotisque exheredatis præteritos omnes, insuper habito discrimine sexus & gradus, admisisse, l. 1. in pr. & §. 1. de bon. poss. cont. tab. junct. l. 2. sec. tab. quod & Justinianus significat, §. sed hæc. 5. inf. eod. cum ait, prætores in dandis bonorum possessionibus jus successione ab intestato, quod liberi omnes sine discrimine sexus aut gradus ex lege duodecim tabularum habent, secutos. Sed quid argumentis opus est? Textus est apertus in l. ult. circa pr. C. hoc tit. verba sunt, *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 substantia filia præterita accipiebat, &c.* Ait autem nunc semissem, quia ante dixerat constitutione Antonini beneficium prætoris coarctatum fuisse ad quantitatem portionis, quam jure civili filia præterita accipiebat, scriptis hæredibus accrescentes. At cur filius præteritus testamentum valere non patiebatur, filia & nati ex filio non rumpebat? Differentia rationem subobscurè indicat Ulpian. l. 8. §. 1. de injust. rups. 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 præteriti filiam nepotemve ex filio patiatur, quam filium: quippe filium ætiori 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 una de potestate exeunt: videlicet,

quæ notavimus ad §. præterea. 6. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.

*Licebat inter ceteros hoc facere] Græci ἀερίσμος, hoc scilicet modo, Titius filius meus hæres esto: ceteri exheredes sunt.* Gregor. Naz. in suo testamento οὐδὲ λαμπρὴ πάντως ἔπαυσι διακληρονομίῳ. Effectus hic erat, ut ita exheredati exheredatæve scriptis hæredibus non accrescerent, quod præteritis tribuebatur, nec à prætore ad contra tabulas bonorum possessionem vocarentur, l. 8. cont. tab. in pr. Tantum supererat, ut testamentum inofficium dicerent, si nec quartam debite portionis accipissent, l. 8. §. quoniam. 8. de inoff. test. l. ult. C. hoc tit. Cæteras leges exheredationis, ut purè fiat, l. 3. §. 1. eod. junct. l. sed sub. 18. cont. tab. ut simpliciter, non ex certa, l. cum quidam. 19. hoc tit. ut ab omnibus gradibus, d. l. 3. §. 2. & seqq. eod. vid. D. Perez. in C. hoc tit. n. 9. & 10. etiam in filiabus & natis ex filio locum habuisse existimo, iisque neglectis non ritè exheredationem factam & pro præteritione habitam fuisse. Illud constat, non eo minus exheredationem ritè 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 relinquere querelam inofficium. An vero id à Justiniano mutatum sit Nov. 115. c. 3. alibi disputabimus.

*Si alius filius non extet] Nam si plures sint filii, benigna interpretatione potius à plerisque responderetur, nullum exheredatum esse, l. 2. hoc tit. Demonstratio autem ac definitio sufficit, quamvis nomen taceatur, aut etiam filium dicere pater pepererit; veluti si ex Sejanum dixerit, aliterve eum descriperit, vel cum convitio, l. 3. pr. eod. Nam sermo omnis, ut in universum dicam, quo dilucide designatur persona, de qua quis loquitur, exheredationem nominatim facit, arg. l. nominatim. 34. de cond. & dem. Summa igitur discriminis, quod inter liberos jam natos fuit, hæc est; quod præterito filii testamentum infirmabat; quod non nominatim exheredatus pro præterito habebatur; at ceteri præteriti manente testamento scriptis hæredibus accrescebant, & quamvis non nominatim exheredati, tamen si cætera observata essent, pro ritè exheredatis habebantur. Nondum me hinc abire sinunt interpretes. 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. tab. Clar. §. testamentum. quasi. 43. n. 1. Gomez. 1. var. ref. c. 11. n. 5. quam sententiam prolixè tuctur 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 tab. test. null. ext. quasi nec prætor hic ulla tabulas agnoscat. Sed verior est sententia Gloss. in d. l. 2. C. cont. tab. quam & Bart. ibid. probat; item D. Vigl. hic. Govean. 1. var. lect. 5. Vasq. 3. contro. illust. 100. & lib. 2. de succ. creat. §. 28. num. 138. & seqq. tale testamentum jure prætorio nullum non esse. Rationes hæc*

hæ sunt. 1. Quoniam filius præteritus rectè petit bonorum possessionem contra tabulas, l. 1. de bon. poss. cont. tab. §. 1. inf. de bon. poss. ut proinde necesse sit tabulas aliquas jure prætorio intelligi. 2. Quia scriptis in eo testamento hæredibus datur bonorum possessio secundum tabulas, l. 2. in pr. de bon. poss. sec. tab. 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 scriptum testium signis signatum sit, licet solemnia quædam jure civili requisita desint, Ulpian. tit. 28. §. etiam si. 4. Quia prætor vix majorem suorum, quam emancipatorum rationem habet; quod ex eo patet, quod etiam emancipatos institui aut exhæredari jubet, §. 3. inf. eod. & tamen si præteriti sint, testamentum jure prætorio subsistit. 5. Huc fac. l. posthumus. 12. in fin. pr. l. filio. 17. de injust. rupt. test. l. 12. §. 1. de bon. poss. cont. tab. 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 successivè: & 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 facturam putavit, si tunc scriptis hæredibus daret secundum tabulas. Quin & suos præteritos, qui jure civili testamentum nullum dicere possunt admittit ab intestato ex capite unde liberi, ut cunctos & administrator juris civilis, l. ult. hoc tit. l. 1. §. ult. unde liberi. Planè si filius præteritus ultro se bonis paternis abstineat, hic jam fatentur interpretes prætorem hujus testamenti rationem habere, & scriptis in eo hæredibus dare bonorum possessionem secundum tabulas, quamvis subtili juris civilis ratione non eo magis consistat, l. filio. 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. quest. 43. n. 3. Verissima sententia, sed à plebisque aut non intellecta aut non bene explicata. Veram esse ostendunt tum cætera, quæ disputavimus, tum evidentissimè d. l. 2. in pr. sec. tab. quo loco jurisconsultus scribit, Prætorē velle, si bonorum possessio contra tabulas à liberis præteritis occupata non sit, eam secundum tabulas reverti ad hæredes scriptos, sine ulla qualitatibus eorum distinctione. Ita vero est, Prætor ut simpliciter scriptis hæredibus bonorum possessionem pollicetur, ita petentibus eam denegare non potest: sed sæpè accidit, ut ea sine re sit & inutilis: tum etiam in modo & effectu haud parum interest, extranei scripti sint, an qui amoto filio ab intestato succederent. Etenim sciendum est bonorum possessionem secundum tabulas aut cum re dari, hoc est, cum effectu, ut is, qui accepit, bona retineat; aut sine re, cum alius jure civili evincere hæreditatem possit, Ulp. tit. 23. §. si septem. 5. & tit. 28.

§. ult. Finge ergo, scriptum hæredem in petenda bonorum possessione prævertisse filium, qui præteritus erat, bonorum possessio, quam petens à Prætor accepit, efficietur sine re, sive proximus ab intestato sive extraneus scriptus sit, ubi scilicet filius jure suo uti volet, quippe cujus potestus est, quam hæredis scripti, etiam ipsi Prætori. Et ideo ne res sit sine effectu, solet ferè prætor differre secundum tabulas dare, d. l. 2. sec. tab. Finge, filium præteritum jure suo non uti, sed hæreditate patris abstinere; hic quidem etiam extranei hæredes in tabulis scripti secundum eas bonorum possessionem petere possunt: cæterum & hæc sine re futura est, si agnati proximi hæreditatem jure civili vindicabunt ab intestato, Ulp. d. tit. 23. §. si septem. Verum enim est, eo jure testamentum nullum esse. Sed & prætorē existimo proximis hic prælaturum ex edictis. Unde legitimi & Unde cognati. Quapropter rarissimè & uno duntaxat casu fit, ut extranei bonorum possessionem cum re consequantur, si videlicet proximi ab intestato suo jure uti nolent: quæ causa est, quod in hac disputatione conditio additur in fin. pr. d. l. posthumus. 12. de injust. rupt. test. si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit. Atque ad hunc fermè modum etiam discessit D. Bachov. in §. non tamen. inf. quib. mod. test. inf. Ant. Faber parum hic sibi constat, ut videre est lib. 1. conject. 19. & lib. 9. c. 14.

## TEXTUS.

## De posthumis.

1. Posthumi quoque liberi vel hæredes institui debent vel exhæredari. Et in eo par omnium conditio est, quod & filio posthumo, & quolibet ex cæteris liberis, sive fœminini sexus sive masculini, præterito, valet quidem testamentum, sed postea agnatione posthumi sive posthuma rumpitur, & ea ratione totum infirmatur. Ideoque si mulier, ex qua posthumus aut posthuma sperabatur, abortum fecerit, nihil impedimento est scriptis hæredibus ad hæreditatem adeundam. Sed fœminini quidem sexus persona vel nominatim vel inter cæteros exhæredari solebant: dum tamen, si inter cæteros exhæredarentur, aliquid eis legaretur, ne viderentur præterita esse per oblivionem. Masculos vero posthumos, id est, filios & deinceps, placuit non aliter rectè exhæredari, nisi nominatim exhæredarentur, hoc scilicet modo, Quicumque mihi filius genitus fuerit, exhæres esto.

## NOTÆ.

1. Posthumi] Posthumi, vel potius postumi, ut scribendum docet Grot. spar. flor. sup. ad tit. qui test. sus. dar. dicuntur, qui post mortem patris nascuntur, l. 6. de inoff. test. l. 3. §. 1. de injust. rupt. Plutarch. in Coriol. & Syll. Amm. Marcell. lib. 21. Uxorem pregnantem reliquit, unde edita posthuma.

Totum

*Totum infirmatur*] Neque hoc mutatum *Nov. 115. e. 3.* ut falso existimat Pac. igitur posthumi cujuscunque sexus aut gradus præteriti agnascendo rumpunt: filix & nepotes præteriti non rumpunt, sed accrescunt scriptis: filius præteritus testamentum valere non patitur, *l. 1. l. 3. l. 8. §. 1. de injust. rupt. l. 30. h. r.* Quod si posthumus præteritus vivo patre natus decefferit, datur scripto hæredi bonorum possessio secundum tabulas. *l. 12. de injust. rupt.*

## COMMENTARIUS.

1. *Cur in posthumis non distinguatur sexus & gradus, quoad necessitatem exhæredandi.*
2. *Cur placeat posthumis præteritis testamentum ab initio valere.*
3. *Quam rationem habeat, quod filia posthuma inter cæteros non rectè exhæredabatur absque legato.*
4. *Quam item, quod nepotes posthumi etiam nominatim exhæredandi.*

**D**ICTUM est de liberis suis hæredibus, qui tempore testamenti facti jam nati sunt: sequitur de posthumis, quo verbo hic intelliguntur omnes, qui nondum nati sunt eo tempore, quo parens testamentum condit; quamvis eo adhuc vivo postea nascantur, *l. 3. §. 1. l. 12. in pr. de injust. rupt. sef.* Inter hos & liberos jam natos quadruplex discrimen hic animadvertitur. Primum est, quod posthumis præteritis, cujuscunque gradus aut sexus sint, testamentum ab initio jure consistat, cum præterito filio superstitite testamentum injustum sit & nullum, *l. 1. & d. l. 3. §. 3. de injust. rupt.* Secundum, quod posthumi omnes, sive masculi sive fœminæ, si hæredes non instituantur, exhæredandi sunt; præteriti agnascendo testamentum rumpunt & totum infirmant; filix autem natæ & nepotes ex filio præteriti non rumpunt, sed scriptis hæredibus ad certam portionem accrescunt, ut dictum §. *prec.* Tertium, quod posthumis filiabus inter cæteros exhæredatis pater aliquid legare cogitur, jam natis non item. Quartum quod posthumi masculi non tantum primi gradus, sed etiam inferiorum, nominatim exhæredandi sunt, quod non est necesse in nepotibus tempore testamenti natis.

*Valet quidem testamentum, sed postea agnatione rumpitur*] In hoc cernitur differentia filii posthumi præteriti, & jam nati, qui præteritus testamentum subsistere non patitur: item filiarum nepotumque posthumorum, & superstitum, qui præteriti testamentum non rumpunt, *l. 8. §. 1. de injust. test. Cæjus lib. 2. tit. 3. §. 2.* Cur vero sexus & gradus non æquè in posthumis distinguitur, ut in liberis natis, placetque non minus, agnatione filix posthumæ præteritæ, aut nepotis, quam filii, testamentum rumpi? Nimirum cum benignè atque humaniter, quoad fieri potest, de parentum in liberos voluntate sentiendum sit; judicatur consulti testatorem vel ignorasse conceptionem, vel conceptum & nondum editum per oblivionem præteritisse. Adhæc incertum est, filius in utero sit, an filia.

*Abortum fecerit*] Hinc petenda ratio, cur posthumo præterito placeat testamentum ab initio valere: nimirum quia fieri potest, ut non nascatur, abortum faciente muliere ex qua sperabatur, *l. 2. C. de post. her.* Atque hæcenus ergo nec pro nato habetur; frustra que objicitur, cum, qui in utero est, quoties de commodo ejus

agitur, pro eo qui in rebus humanis sit, haberi, *l. 7. l. pen. de stat. bom.* 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 retrahitur. Quamdiu vero quis in utero est propriè 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 nunquam filius appellari potuit, *l. qui mortui. 129. de verb. sign.* Sed etiam mulier monstruolum 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. bom.*

*Sed fœminini quidem sexus persona, &c.*] Quanquam ad necessitatem exhæredandi quod attinet, par omnium posthumorum conditio erat, nec sexus in posthumis distinguebatur; in forma tamen exhæredationis aliqua erat jure antiquo differentia inter mares posthmos & fœminas: nam illi omnes non nisi nominatim rectè exhæredabantur; hæ poterant & inter cæteros. Atenim si inter cæteros exhæredatæ essent, non aliter ritè exhæredatio facta intelligebatur, quam si quid eis legatum fuisset, *Ulp. tit. 22. §. posthumus. 17.* Qua in re etiam elucet insignis differentia inter exhæredationem posthumorum & filiarum superstitum: hæ enim & sine legato inter cæteros exhæredari poterant; illæ non poterant, ne ut ait hic *Imp.* viderentur præteritæ per oblivionem; Quippe pro posthuma dici potest, generalem clausulam ad eam non pertinere, cum potius præsumendum sit patrem ignorasse eam esse in utero; & ideo ignorantie potius præteritisse, quam, clausula illa, *inter cæteros*, voluisse exhæredari: uti semper benignè judicandum est de patrum erga liberos voluntate, quoad facultas fert. De filia autem superstitite; quam natam pater novit, dubitari non potest, quin pater cogitaverit, & tacitè eam comprehenderit sub simplici & indeterminata exhæredatione: uti & de posthuma, cui inter cæteros exhæredatæ legatum relinquit, quod præsumptionem oblivionis penitus tollit. Ex iis autem, quæ modo dicta sunt, manifestum est, rectè judicare D. Cujacium ad *l. 4. hoc tit.* de interpolatione principii, *l. 3. de injust. rupt.* & quod Ulp. scripserat, *Posthumi viriliu sexus nominatim exhæredandi sunt*, Tribonianum, ut inserviret constitutioni Justiniani, de qua dicendum infra §. *sed hac. 5.* sic immutasse, *Posthumi per virilem sexum descendentes.*

*Filios & deinceps*] Certum est verbo *deinceps* intelligi nepotes posthmos ex filio, & eos quidem solos, qui nati sui hæredes 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 rectè exhæredari, nisi nominatim.* Igitur nec si legatum adscriptum fuerit, valebit, ne in nepote quidem exhæredatione non nominatim, sed inter cæteros facta. Atque hic jam notandum, primo diversum jus hac in parte observatum fuisse in nepotibus nascituris & natis. Etenim natos jam nepotes non tantum nominatim, sed inter cæteros quoque exhæredare licebat: quin & salvo testamento præterire: ejusdemque omnino conditionis erant; cujus & superstitites filix, §. *prec. Ulp. d. tit. 22.* Nepotes autem

posthumi utriusque meliores: quippe qui non modo non præteriri, sed nec inter cæteros tuto poterant exhæredari. Quæ juris varietas non aliam rationem habet, quam eam, quæ modo dicta est filiam posthumam à nata separare. Deinde notanda etiam differentia inter posthumos nepotes & posthumas filias, quæ inter cæteros rectè exhæredabantur, utique legato honoratæ; cum nepotis posthumi exhæredatio nominatim faciendâ esset, nec sufficeret inter cæteros exhæredato legatum adscripsisse. Atenim inquires, cum nepotes nati eodem jure cum filiabus natis uterentur, cur non similiter placuit, nascituros eodem jure uti, quo utebantur filiarum nascituræ. Jason apertè, & cum eotacitè Viglius, fatentur, se hujus rei rationem ignorare: & sane, quod D. Hotomanus putat, ubi legatum adscriptum est, non potest esse locus benignæ præsumptionis de alia voluntate parentis, quasi hunc posthumum nepotem non tam excludere voluisse videri debeat, quam per errorem præterivisse. Una illa ex pluribus, quas affert D. Wesembecius maximè probabilis est, quod etfi legatum avus adjecerit, nisi tamen nominatim posthumum nepotem exhæredaverit, videri possit & debeat de posthuma filia potius nascitura (quæ inter cæteros cum adjæctione legati exhæredari solita erat) quam de posthumo masculo cogitasse, spe propagationis nominis & familiarum suarum: cujusmodi voluntatis conjecturam non admittunt nepotes nati. Quid ergo est, quod Ulpian. *d. tit. 22. §. nepotes. 18.* scribit, nepotes & pronepotes cæterosque masculos posthumos præter filium, vel nominatim, vel inter cæteros cum adjæctione legati exhæredandos: sed tutius tamen esse nominatim eos exhæredari, atque id observari magis? Nimirum ex ratione juris, quod nepotes & filias ferè eadem vult esse conditione, *l. 8. §. 1. de injust. rupt.* posse & nepotes posthumos sic ut filias posthumas exhæredari: cæterum propter benignam illam, quam dixi, in dubio voluntatis interpretationem aliud receptum fuisse.

*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 posthumus demonstrari nequeat. An adhuc hodie posthumi, & præsertim post *Nov. 115. c. 3.* exhæredari cum aliquo effectu possint, alibi videbimus.

## TEXTUS.

## De quasi posthumis.

2. *Posthumorum autem loco sunt & hi qui, in sui hæredis locum succedendo, quasi agnascendo fiunt parentibus sui hæredes: ut ecce, si quis filium, & ex eo nepotem neptemve in potestate habeat, quia filium gradu præcedit, is solus jura sui hæredis habet; quamvis nepos quoque & neptis ex eo in eadem potestate sint. Sed si filius ejus vivo eo moriatur, aut qualibet alia ratione exeat de potestate ejus, incipit nepos neptisve in ejus locum succedere, & eo modo jura suorum hæredum quasi agnatione nanciscitur. Ne ergo eomodo rumpatur ejus testamentum, sicut ipsum fi-*

*lium vel hæredem instituere vel nominatim exhæredare debet, ne non jure faciat testamentum; ita & nepotem neptemve ex filio necesse est ei vel hæredem instituere vel exhæredare, 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 exhæredationis modus ad similitudinem posthumorum demonstratur.*

## NOTÆ.

2. *Quamvis nepos quoque*] *§. 2. inf. de bar. qua ab int. §. 2. inf. de bar. qual.* & ideo firmum manet avi testamentum, in quo hic nepos præteritus, si vivo filio nec capite minuto, avus decesserit, *l. 6. pr. de injust. rupt. l. 7. si tab. test.*

*In ejus locum succedere*] Successio hæc velut quædam agnatio est, propterea quod successione in locum sui hæredes fiunt.

*Legè Julia Velleja*] Cujus legis caput secundum, reflatum in *d. l. 29. §. 30.* interpretati Cajus *d. l. 13.* & Justinianus hic. In casu *d. l. 29. §. pen.* qui ad neutrum caput legis seorsum pertinet, Julianus quoque induxit, ne rumpatur testamentum, quasi duobus capitibus legis commisit: belle Fabrot. *ad Th.*

## COMMENTARIUS.

1. *Quasi posthumorum varia genera.*
2. *Qui agnascendo, qui succedendo seu quasi agnascendo rumpant.*
3. *Cur plus tributum nepti quasi posthuma, quam filia aut nepoti, qui tempore testamenti avo proximus est.*
4. *Jus antiquum circa institutionem & exhæredationem posthumorum.*
5. *Quid Gallus Aquilianus circa nepotis posthumi institutionem introduxerit.*
6. *Quid lex Velleja permiserit non permissum jure antiquiore.*

**S**I cui religio est scribere posthumus, is per me licet sine H. scribat posthumus, cum Cujacio *lib. 3. obs. 4.* & in *comment. ad l. Gallus. hoc tit.* Illud tamen tenendum est, posthumos à veteribus propriè 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, posthumos à Romanis appellatos τὰς ὑστερὰ τὸ πατέρα πλεονεξίας ἄπορρητους, uti & in *Coriolano*. Et ideo Græcis interpretibus dicti νεοφαισθητοι, quod mortis parentum tempore in utero fuerint. At post legem Juliam Vellejam, qua & alii liberi, iique nati vivo adhuc parente testatore, hæredes instituendi aut exhæredandi sunt, ne agnascendo aut succedendo testamentum rumpant instar posthumorum, coeperunt duo quodammodo esse posthumorum genera; unum eorum, qui verè & propriè posthumi sunt & dicuntur, videlicet qui nascuntur post mortem parentum, alterum, qui impropiè & secundum quid, nempe quoad effectum rumpendi testamentum, si non sint instituti aut exhæredati, quos quasi posthumos & posthumos Vellejanos appellare possumus. Sed & in his, qui post factum testamen-

mentum adoptantur, quæ in manum conveniunt, in filio, qui ex prima secundæ manumissione in potestatem patris revertitur, similitudo quædam agnationis suorum hæredum est, & præteriti instar posthumorum testamentum rumpunt, *Ulp. tit. 23. §. 2. Cæjus lib. 2. tit. 3. §. 3. l. filio. 23. hoc tit. junct. §. 1. inf. quib. mod. test. inf.* Est & posthumus Cornelianus, qui capto ab hostibus patre natus est in civitate: de quo in *l. 15. de injust. rupt. test. l. qui bona. 22. §. ult. de capt. & postlim. Ans. Fab. 10. conj. 9. & 10.* ubi disputat, an hic posthumus & Vellejanus dici possit. Descriptus ferè ad verbum hic locus est ex Cajo *l. posthumor. 13. de injust. rupt. test.*

*In sui heredis locum succedendo, quasi agnascendo]*

- 2 Nepotes præteriti, qui demum post factum testamentum nascuntur patre mortuo, avo testatore superstite, non succedendo in locum patris & sui hæredis, sed agnascendo testamentum rumpunt. Nascuntur enim sui hæredes, non fiunt successione, & 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 hæres obstat, quominus & ipsi jura sui hæredis habeant, illi inquam præteriti, si vivo adhuc avo pater eorum suus hæres esse desierit, testamentum rumpunt succedendo, hoc est, subeundo locum patris prædefuncti aut emancipati; non agnascendo (quoniam agnasci propriè dici non possunt, qui ante testamentum nati sunt) sed quasi agnascendo, propterea quod successione in locum sui hæredis sui hæredes fiunt: nimirum quemadmodum velut posthumus aut posthumi loco habetur, qui in jus sui hæredis succedit, ita & successio ejus velut quædam agnatio. Illi ad primum legis Vellejæ caput pertinent, *l. 29. §. 12. b. r. hi ad secund. d. l. 29. §. 13. l. 13. de injust. rupt.*

*Quia filius gradu præcedit]* Fieri potest non in persona filii, sed in persona nepotis, ut in avi potestate sit, nec tamen inter suos hæredes numeretur, eo quod pater eum in causa successione præcedat: neque enim ad hoc ut quis jus sui hæredis habeat, sufficit in potestate esse, nisi simul primum à defuncto gradum obtineat, hoc est, nemo cum in suo ordine antecedit, *§. 2. inf. de her. qual. & diff. §. 2. inf. de her. qua 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 avo moriatur]* Filio de familia sublato, statim nepos ex eo in locum & gradum ejus succedit, atque ita succedendo in familia avi jus sui hæredis quasi agnatione nanciscitur: quapropter si eo se tempore præteritum deprehendat, exemplo posthumi testamentum rumpit. Unde qui filium atque ex eo nepotem in potestate habet, ei, si omnino securè testari velit, necesse est etiam hunc nepotem, similiter ut filium, hæredem 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 nepotem ex filio]* Plus igitur tribuitur huic nepti, quam filix, quæ præterita jure antiquo testamentum non rumpit, *sup. eod. in pr.* Hoc ne cui mirum videatur, animadvertendum est agi hic de nepte,

quam pater tempore facti testamenti præcedebat, & quæ postea in illius sublato locum succedit instar posthumæ. Itaque quod juris erat in filia posthuma, ut præterita testamentum rumpere, id producendum erat ad hanc neptem, quasi posthumam, simili conjectura pietatis; quippe quam, ut credi par est, hæredem avus fecisset, si tempore testamenti primum ab eo gradum obtinisset. 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. h. 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 posthumæ, sufficere debet indefinitè eam exheredari, utique cum adjunctione legati: quandoquidem non plus juris habet filia posthuma. Enimvero nepotem, quem posthumi jure uti placuit, eadem forma, qua filium, exheredandum esse arguunt, quæ Imperator dixit in calce *§. præc.*

*Legè Julia Velleja provisum est]* Legis hujus duo præcipua capita fuisse docet nos Scævola, *l. Gallus. 29. §. nunc de. 11. & si qq. hoc tit.* quorum uno permissum fuit institui posthumos etiam alienos, dummodo sui nascerentur, licet vivo adhuc testatore: altero cautum, ne nepotes in locum sui hæredis succedentes testamentum rumpere, in quo ipsi instituti essent, vel exheredati: cujus posterioris capitis explicatio à Justiniano hoc loco tradita est verbis Caji in *l. posthumorum. 13. de injust. rupt. test.* Nihil adhuc intelligimus, nisi sciamus, cur in eas res lata fuerit lex Velleja, & quid ea permisisset non permissum jure antiquiore. Exponam autem paucis, quid in re obscura sentiam. Cum lego duodecim tabb. ita cautum esset; *Uti quisque legasset sua rei, ita jus esto, l. verbis. 120. de verb. sign.* hæc legis verba, *ut legasset*, 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 hæres institui, neque legatum ex testamento capere poterat, *§. incertus. 25. de legat. inf. Ulp. tit. 22. §. 3.* ubi & eandem 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 hæredem potuisse institui, utpote qui & ipse persona incerta habebatur, aut ut Theophilus loquitur *§. alienus. 26. inf. de legat. Titus tunc in iuris consuetudinis*, propterea, credo, quod incertum est, an nasciturus aliquando sit, nec ne; masculus, an femina; unus, an plures nascitur. Et quoniam quod ad legitimas hæreditates posthumus pro jam nato semper habitus est, *l. pen. de stat. hom.* id tamen ob rationem, quam diximus, non obtinebat in hæreditate testamentaria. Cum igitur ea ratione eveniret, ut five



institutus, five exheredatus, five præteritus esset is posthumus, qui suus hæres testatori nasciturus erat, testamentum agnascendo rumpere, & intotum voluntatem testatoris everteret, paulatim disputatione fori introductum ad conservanda suprema hominum judicia, ut & in testamentaria successione posthumi sui, hoc est, qui si tempore testamenti nascerentur, inter suos hæredes futuri & præteriti testamentum omnimodo rupturi essent, pro natis haberentur, instituique atque exheredari possent: quod Cajus quodammodo significat lib. 2. tit. 3. §. 2. ubi de institutione & exheredatione posthumorum agens ait, in ea etiam re legitimè conceptos pro natis haberi. In alieno posthumo nihil visum, cur à ratione juris veteris recederetur; quippe cujus institutio necessaria non est, cum natus testamentum nunquam rumpat. At enim vero 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 nativitas inspicitur) Gallus Aquilius induxit, (non legem ferens, ut perperam Viglius, sed quod nemo ante eum observaverat, ostendens) posse etiam eos posthumos, & nimirum nepotes, qui testamenti quidem tempore alieni sunt, subducto autem patre sui hæredis avo nascerentur, hæredes institui sine fraude ejus juris, quo placebat posthumos alienos hæredes institui non posse. Quam in rem concept hujuscemodi formulam; *Filii mei hæres esto. Si filius meus vivo me morietur: tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus erit, hæres esto, l. Gallus. 29. b. tit.* Dices, nepotem hic institutum esse posthumum alienum. Fatebor, si simpliciter consideretur ut posthumus; quia si tempore testamenti facti nasceretur, non esset suus hæres avo testatori. Negabo, si ut posthumus Aquilianus, five 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 posthumi vivo testatore nati institutio inutilis erat. Etenim cum ut posthumos hæredes instituere liceret, eatenus duntaxat 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. Postro nec is posthumus, qui tempore testamenti alienus erat, purè 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, quo minus in patris remoti locum postea succedens testamentum rumpere: fortassis quia visum est non sufficere institutum esse tanquam extraneum eum, qui tempore mortis testatoris reperitur suus. Tandem etiam in istis omnibus testamentorum securitati prospectum est lege Julia Velleja: cujus legis, ut ante quoque diximus, duo capita fuerunt; quorum primo permittitur eorum posthumorum institutio, qui vivis nobis sui nascituri sunt, ut etiam purè institui possint;

capite altero cavetur, ne nepotes jam nati tempore testamenti facti, succedentes vivo testatore in locum sui hæredis testamentum rumpant, in quo ipsi sunt instituti aut exheredati, d. l. Gallus. §. nunc de. 11. cum seqq. hoc tit. Plura qui nosse desiderat, adeat commentaria, quæ in d. l. extant doctissimorum hominum, Salomoni, Goveani, Cujacii, Duareni, Alciati lib. 3. *paradox.* cap. 2. & seqq. Ant. Fabri lib. 9. *conj. per tot.* & multis *cap. lib. 10.* sed nostra hæc ut præluceant.

## TEXTUS.

## De Emancipatis.

3. *Emancipatos liberos jure civili neque hæredes instituere, neque exheredare necesse est: quia non sunt sui hæredes. Sed prætor omnes, tam fœminini sexus, quam masculini, si hæredes non instituuntur, exheredari jubet; virilis sexus nominatim, fœminini vero inter ceteros: quia si neque hæredes instituti fuerunt, neque ita (ut diximus) exheredati, promittit eis prætor contra tabulas testamenti bonorum possessionem.*

## COMMENTARIUS.

1. *Emancipatos sub colore quodam sunitatis à prætore vocari ad bonorum possessionem.*
2. *Prætozem in modo exheredandi secutum distinctionem sexus & gradus, quam jus civile fecit.*
3. *Absurdum non esse, quod filia emancipata melioris conditionis jure prætorio fuerint, quam non emancipata jure civili.*

**Q**uia non sunt sui hæredes] Liberi emancipati exeunt è familia & potestate patris, §. *prætera. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.* ac sui juris ita effecti propriam familiam habere incipiunt, l. *pronuntiatio. 195. §. 2. de verb. sign.* Itaque jus omne, quod in familia patris antea habebant, amittunt: desinunt esse sui hæredes & agnati, quos solos ad successionem ab intestato lex vocat propter familiarum conservationem: denique pro alienis & extraneis jure civili habentur, l. 6. §. 1. *de bon. poss. l. 7. de cap. min. §. 3. inf. de bar. qual. §. emancipati. 9. inf. de bar. 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.

*Prætor si hæredes non instituuntur, exheredari jubet]* Quamvis jure civili deficiant liberi, qui propter capitis deminutionem, hoc est, emancipationem desierunt esse sui hæredes; tamen prætor naturali æquitate motus, & partim etiam ratione civili, (quippe emancipati non minus natura liberi sunt, & masculorum foboles, quod ex parte jus civile considerat, quam non emancipati) rescindit eorum capitis deminutionem, l. 6. §. 1. *de bon. poss. & si testamento facto præteriti sunt, pollicetur eis bonorum possessionem contra tabulas, l. 1. & passim. de bon. poss. cont. tab. & cum suis quoque hæredibus ab intestato eos vocat ad bonorum possessionem unde liberi, §. emancipati. 9. inf. de bar. ab int. d. l. 6. §. 1.* Itaque, cum effectū juris emancipati beneficio prætoris tantum con-

consequantur, quantum sui, (bonorum enim possessio re ipsa & effectu juris ab hæreditate nihil differt, l. 1. l. 2. de bon. poss.) ideo ait, jubere prætorem emancipatos quoque liberos hæredes institui aut exheredari. Et notandum quod Jurisconsultus in d. l. 6. §. 1. eod. tit. ait, prætorem rescindere eorum capitis deminutionem post mortem patris. Ex quo intelligimus emancipatos non simpliciter ut emancipatos, sed sub colore quodam fuitatis à prætore admitti, quasi de potestate nunquam existissent. Etenim rescissio capitis deminutione quodammodo in integrum & in pristinum statum restituuntur, fac. l. 3. §. si emancipatus. 5. cont. tab. & ibi Glossa.

Fæminini sexus inter ceteros] Cujac. Hotom. Wesemb. & inter ceteros, quod magis placet: quasi dicat Imperator, vel nominatim, vel inter ceteros; aut, ut Ulp. tit. 22. §. mancipatos. 19. Masculos nominatim, fæminas 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 filias non emancipatas jure civili: quippe cum illæ præteritæ testamentum in totum jure prætorio rescindere, hæ non rescinderent, sed salvo testamento ad certam duntaxat portionem scriptis heredibus jure civili accrescerent. Quod minime absurdum est, licet id existimet D. Bachovius: siquidem filias, 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 evertent. Quanquam post constitutionem Antonini non plus per bonorum possessionem contra tabulas consequerentur, quam quantum jure civili capiebant per jus accrescendi, l. ult. circa pr. C. de lib. præ. & omnino verisimile est, post eam constitutionem nec emancipatas per eandem bonorum possessionem plus accepisse, quam accepturæ fuissent, si mansissent in potestate: quod & Theophilus pro certo tradidit.

Promittis (ita legendum, non permittis, l. 7. C. comm. de succ. in Basil. ἐπιτάφη) eis prætor bon. possessionem contra tabul.] 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. præf. cont. tab. neque aliud remedium emancipati præteriti habent. Cur vero suis præteritis, qui vel jure civili, vel ex edito unde liberi ab intestato succedere possunt, nihilominus hoc etiam remedium à prætore detur, dicemus suo loco tit. de bon. poss. lib. 3. Quod detur, satis argumentum est, tale testamentum jure prætorio non esse nullum: est enim remedium hoc natura sua rescissorium; quod autem nullum est, rescindi non potest, l. 5. de injust. sup. test. de quo copiosius disseruimus in pr. hujus tit.

## T E X T U S.

De adoptivis.

4. Adoptivi liberi, quamdiu sunt in potestate

patris adoptivi, ejusdem juris habentur, cujus sunt justis nuptiis questis. Itaque heredes instituendi vel exheredandi sunt, secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus. Emancipati vero à patre adoptivo neque jure civili, neque eo jure, quod ad edictum prætoris attinet, inter liberos connumerantur. Qua ratione accidit, ut ex diverso, quod ad naturalem parentem attinet, quamdiu quidem sunt in adoptiva familia, extraneorum numero habeantur, ut eos neque 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.

## N O T A.

4. Ejusdem juris] Extra nuptias questis huc non pertinent. Legitimi tamen pertinent, §. 9. inf. de her. qua ab int. Nov. 89.

Neque jure civili, &c.] Non jure civili, quia defunctus esse sui hæredes: nec jure prætorio, quia simul nomen quoque liberorum amittunt, l. 4. si tab. test. l. 1. §. 6. l. 3. §. 2. cont. tab.

Extraneorum numero] Tantum tertio loco ab intestato à prætore admittuntur in ordine cognatorum, §. 13. inf. de her. ab int. l. 1. §. 4. unde cogn.

Cum vero emancipati, &c.] Scil. vivo patre naturali, §. 20. inf. d. t. Hoc enim casu, ne utriusque parentis excederent successione, voluit prætor eos jus naturale liberorum recuperare, l. 4. si tab. test.

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

1. Insignis error Hotomanni notatus.
2. Jura liberorum adoptivorum emancipatione in totum dissolvi.
3. Adoptivos, quamdiu sunt in familia adoptiva, jus liberorum in familia patris naturalis non habere.
4. Emancipatos à patre adoptivo jus familia naturalis, quod emancipati beneficio prætoris habent, recuperare.

C Um adoptio æque liberis adoptatis tribuat jus & nomen filiorumfam. suorumque heredum, ac natura naturalibus; l. 1. & passim, de adopt. §. 2. inf. de her. qua ab int. l. 5. C. de jus & leg. 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 infirmata, quod naturales habent, l. 1. in pr. cont. tab. Naturales autem liberos hic intelligimus eos, qui ex justis nuptiis procreati sunt: sic enim passim in collatione adoptivorum appellantur, ut notavimus ad pr. sup. de adopt. Cæterum legitimi 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. inf. de her. ab int. Nov. 89. De his dictum §. ult. sup. de nupt.

Secundum ea, quæ de naturalibus exposuimus] Et igitur filii adoptivi nominatim exheredandi, nepotes & fi-

liæ vel inter cæteros. Item filio adoptivo præterito aut non rite exheredato testamentum iplo jure nullum est; filia & nepote præteritis firmum manet, sed præteriti institutis heredibus accrescunt ad eam portionem, ad quam præteritæ filiz & nepotes naturales, secundum ea, quæ tradita sunt initio hujus tit. Dormitavit ergo Hotomannus, cum putavit, majus jus fuisse filiz adoptivæ, quam naturalis; quasi illius præterito testamentum rupisset, hujus non rupisset, per l. 8. in pr. de injust. rupt. test. Alioqui certe vidisset, Ulpianum loqui eo loci non de præteritione filiz, quæ jam ante à testatore adoptata fuerat, quam testamentum faceret; verum de adoptata vel adrogata demum post factum testamentum: quæ cum utatur jure posthumæ, & in posthumis sexus non distinguitur, quod ad effectum rumpendi attinet, §. 2. sup. eod. 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: ea per emancipationem dissoluta nullum amplius jus habent, sed penitus extranei sunt patri quondam adoptivo, sive jus civile spectes, quia deserunt esse sui heredes: sive honorarium, quia & nomen liberorum amiserunt, ut cesset ratio naturalis & æquitas edicti, l. 4. unde liberi, l. 1. §. & sui. 6. l. 3. §. 2. cont. tab. Et igitur nec testamento facto præteriti contra tabulas admittuntur. Hoc text. & §. eadem. 12. inf. de her. qua ab int. nec ad bonorum possessionem unde liberi ab intestato, l. 1. §. liberos. 6. d. l. 4. unde lib. §. minus ergo. 11. & d. §. eadem. inf. 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 eundem jus filii cum effectu succedendi obtinere in bonis duorum patrum. Quamobrem, qui in adoptiva familia sunt, quo tempore naturalis parens moritur, ii præteriti, neque jure civili testamentum nullum dicere possunt, nec jure prætorio bonorum possessionem contra tabulas petere, nec quasi liberi ab intestato, §. at hi. 10. cum seqq. inf. de her. ab int. fac. l. ult. unde lib. tantum tertio ordine hoc casu admittuntur, ut cognati, §. admonendi. 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 familiaris naturalis 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 à 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. §. at hi. 10. inf. de her. qua ab int. def.

## TEXTUS.

## Jus Novum.

5. *Sed hac quidem vetustas introducebat. Nostra vero constitutio inter masculos & feminas in hoc jure nihil interesse existimans; quia utraque persona in hominum procreatione simili natura officio fungitur, & lege antiqua duodecim tabularum omnes similiter ad successionem ab intestato vocabantur, quod & prætores postea sequenti esse videntur: ideo simplex ac simile jus, & in filiis & in filibus & in cæteris descendens per virilem sexum personis, non solum jam natis, sed etiam posthumis, introduxit; ut omnes sive sui sive emancipati sint, vel heredes instituuntur, vel nominatim exheredentur: & eundem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmamanda, & 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, qua in nostra constitutione, quam super adoptivis tulimus, continetur.*

## NOTÆ.

5. *Nostri constitutio*] l. 4. C. b. t. ex qua petenda interpretatio hujus §.

*Lego 12. tabularum*] l. 14. C. de legit. her. ubi hæc eadem iisdem fere verbis exponuntur.

*Per virilem sexum*] Quippe matri & avo materno in causa institutionis & exheredationis liberi extranei sunt tam jure prætorio, quam civili, inf. §. ult.

*Ut omnes*] Tam filiz & nepotes nepotesque quam filii: & tam nascituri, quam jam nati. Tollitur igitur hic differentia, quæ oriebatur ex sexu & gradu tam in suis, sup. in pr. quam emancipatis, sup. §. 3. tam in jam natis, quam in posthumis, §. 1. sup. Differentia autem inter suos & emancipatos non tollitur, hoc est, emancipati liberi non exæquantur suis, ut & ipsis præteritis testamentum jure non subsistat.

*In utero constituti*] Ut & filiz postumæ non nominatim exheredatæ agnascendo rumpant, licet legatum acceperint: quod secus erat jure antiquo, §. 1. sup.

## COMMENTARIUS.

1. *Sublatio differentia circa effectum præteritionis. & modum exheredationis liberorum, ratione sexus.*
2. *Eorundem circa eadem exæquatio ratione graduum.*
3. *Sublatio discriminis, quod circa eadem erat in sexu inter posthumos.*
4. *Falli qui putant hoc §. tolli differentiam suorum & emancipatorum.*
5. *Quid novi circa liberos adoptivos induxerit Justinianus.*

**H**Uc usque relatio juris antiqui: sequitur novum introductum constitutione Justiniani, quæ extat l. ult.

*l. ult. C. hoc tit.* qua ille constitutione sustulit veterem in re, de qua disputamus, differentiam, sexus & gradus liberorum, natorum & posthumorum, iussitque omnes, sive mares sint, sive feminae, sive filii, sive nepotes, sive jam nati, sive adhuc nascituri, æquabiliter vel institui vel exheredari, sive de jure civili quærat, sive de jure prætorio. Triplicem autem hoc loco causam asfert, quæ motus novum hoc ius constituerit; quæ tamen in summa una est, favor sexus femine.

*Quia utraque persona simili natura officio* ] Prima ratio introducendi novi juris, quod feminae in procreatione liberorum eodem cum maribus officio naturæ fungantur. Et ideo in constitutione sua insurgit in auctores istarum differentiarum, quasi naturæ accusatores existant: quæ cur, inquit, non totos masculos generavit, ut unde generetur, non fiant? Cæterum 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 tanquam iniquum mutari debuerit: sane non ideo dicendus est naturam accusare, qui masculos à feminis in successione parentum sive testamentaria sive ab intestato fecerit: 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 successione, 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, leg. 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 desit, *l. 1. §. 2. & 4. de suis & legit. §. 2. & 6. inf. de her. ab ins.* & tamen distinctio inter sexum & gradum testamento factio est ex ratione ejusdem legis, *arg. l. 8. §. 1. de injust. rupt. testam.* & 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 factio filiabus inter cæteros exheredatis contra tabulas bonorum possessionem nec prætor dedit, non magis quam emancipatis aut filiabus posthumis, quibus inter cæteros exheredatis legatum adscriptum erat, *§. 1. & 3. sup. junct. l. 8. in pr. cont. tab.*

*Et in filiis & in filiabus & in cæteris, non solum jam natis, sed etiam posthumis* ] 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 hæc exæquationes ad utrumque jus, prætorium & civile) jubenturque tam filiz quam filii, si hæredes non instituuntur, 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 pos-

sessionem contra tabulas. Itaque quod in *pr. hujus tit.* ex jure veteri traditum est, filiabus, quæ in potestate erant, præteritis testamentum non fuisse nullum, sed præteritis salvo testamento ad certam portionem accrevisse hæredibus scriptis, hic jam abrogatur, & testamentum jubetur esse inutile. Uti & illud, quod eodem loco refertur, potuisse & inter cæteros filias hæc exheredari, eo scilicet effectu, ut & jus civile eas repelleret à jure accrescendi, & prætor à bonorum possessione contra tabulas, *l. 8. cont. tab.* Nullumque aliud remedium eis superesset, præter unum querelæ inofficiosi, *arg. d. l. 8. junct. §. ult. inf. hoc tit.* Nunc enim post constitutionem Justiniani et si exheredatæ sunt, dum tamen non nominatim, sed inter cæteros, testamentum jure civili non magis subsistit, quam si filius inter cæteros exheredatus sit; patebitque eis, ut præteritis, etiam prætorium, quod dixi, remedium, cessante querela inofficiosi testamenti, *d. l. 8. §. 2. cont. tab. junct. §. 2. inf. de inoff. test.* Denique & illud, quod prætori satis erat ad denegandam filiabus emancipatis bonorum possessionem contra tabulas, si inter cæteros essent exheredatæ: nunc enim tanquam præteritæ à prætore admittendæ sunt instar filiorum emancipatorum, quos non nominatim exheredatos pro præteritis & olim prætor habuit, *§. emancipatos sup. eod.* 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, itque 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 clausulâ exheredatos tanquam 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. tabul.* Tertio tollitur differentia inter natos & posthumos, & simul quæ in sexu quoque erat inter ipsos posthumos, jubenturque & filiz posthumæ & neptes ex filio institui aut nominatim exheredari, perinde ut liberi jam nati, & posthumo masculi: idemque jus datur filiabus & neptibus posthumis præteritis vel non specialiter exheredatis, quod posthumi masculi habent, scilicet ut agnascendo testamentum rumpant, etiamsi legatum acceperint: quod secus erat jure veteri, *§. 1. sup. eod.* quo jure cum nec prætor bonorum possessionem contra tabulas daret, *d. l. 8. cont. tab.* necessaria hoc casu erat posthumis feminis querela inofficiosi testamenti, *§. 2. inf. de inoff. testam.* nunc autem & jure civili tanquam præteritæ rumpunt, & à prætore non negliguntur. Atque hanc esse hujus loci sententiam eum sequentia demonstrant, tum apertissimè *dict. l. ult. vers. sancimus. & seq. C. hoc tit.*

*Ut omnes sive sui, sive emancipati sint, &c.* ] Hal-  
lucinatur *Barz. in auth. ex causa. C. hoc tit.* & cum eo ferè interpretes vetustiores, qui teste Curtio Jun. *in d. auth. num. 43.* & Jul. Claro *§. testamentum, quest. 42. num. 2.*

*num. 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 foemineum, cum gradu primo gradus inferiores: ac proinde non hoc velle Justinianum, ut emancipati sublata necessitate auxilii prætorii redigantur ad conditionem filiorum suorum: verum ut filiarum, nepotes, nepes, & deinceps per virilem sexum descendentes, redigantur ad conditionem filiorum, sui & suarum ad suorum, & jus, quod illi habent jure civili; alii aliarum ad emancipatorum, & jus, quod illi habent jure prætorio; ut sui suarum, præteriti præteritarum, aut nominatim non exheredati exheredatarum, adinstar filii sui testamentum ipso jure evertant, alii aliarum adinstar filii emancipati per contra tabulas bonorum possessionem stare hoc non patiantur. Quibus ferè verbis ipse Justinianus utitur in *d. sua constitutione. vers. sancimus*. Thalelaus ad l. 1. §. 1. *C. comm. de man.* ibi, *in aliis penè omnibus nulla est inter liberos discretio*. Καλῶς εἶπεν, τὸ γινῶν, ἐπειδὴ οἱ μὲν ἐπιπέσοι, præteriti γυρόδροιο ἀφανίζουσι παντὶ ὄντι ἀεὶ ἴσῳ, εἰ δὲ ἐμμανῆται, contra tabulas ἴχουσι. Nihil pro Bart. facit, quod Justinianum impulit ad novi juris constitutionem simplex & æquale liberorum jus in successione ab intestato. Imò contra. Nam ut in causa intestati lex duodecim tabularum non distinguebat sexum & gradum in suis, prætor non distinguebat in emancipatis: ita nunc similiter in causa testamenti eandem 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. Et alioqui sequeretur, nepotem ex filio emancipato in potestate retentum post constitutionem Justiniani non potuisse amplius succedere in locum patris sui, & jura suorum hæredum nancisci in familia avi, nec ab avo præteritum rumpere testamentum. Quæ omnia perspicuè falsa esse constat. Et demùm longo tempore post in successione ab intestato Justinianum emancipatos suos exæquasse appareret ex *Nov. 118. c. 1.* quæ tamen exæquatio sic rectè accepta est, ut nihil amplius tribuat emancipatis, quam ut jure civili hæreditatem 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 hæredibus præteritis concedi debeat.

*Circa adoptivos certam induximus divisionem* ] *L. pen. C. de adopt.* Cujus sententia refertur §. 2. *sup. de adopt.* Et iterum plenius §. *sed ea. 14. inf. de her. qua ab intest.* Quid, quamobrem, hic Imperator constituerit, tribus verbis indicabo. Olim qui à patre naturali in adoptionem dabantur, transibant sine ulla distinctione in familiam & potestatem patris adoptivi: unde, quamdiu constabat adoptio, pro extraneis erant patri naturali, in tantum, ut nec à prætorè jure liberorum censerentur, sed cognatorum duntaxat. Emancipati autem à patre adoptivo recipiebant jus naturale liberorum, quod be-

neficio 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 hæredibus semel delata aut quæ sita hæreditas auferretur, §. *ut hi. 10. inf. de her. ab int.* Unde cum fieri posset, ut hic filius utriusque patris hæreditate excideret; patris naturalis, quod eo moriente 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 transant 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 instituenti 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 instituturæ vel nominatim exheredare, perinde ut antea juris erat in omnibus adoptivis; & denique hunc nepotem patri suo naturali interim pro extraneo esse, §. *præc.* Hæc autem ad nos non pertinent, quibus adoptionum jura incognita, *vid. sup. de adop.* Sed neque necessitatem exheredandorum liberorum naturalium, si hæredes non instituantur, agnoscimus; quoniam suos hæredes non habemus: valetque in his regionibus testamentum ipso jure, etiamsi filius in eo præteritus sit: eique duntaxat succurritur remedio querelæ inofficiosi. *Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 5. Gros. lib. 2. manud. cap. 18.* de quo pluraliter.

## TEXTUS.

## De testamento militis.

6. *Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat, & liberos suos jam natos vel posthumos nominatim non exheredaverit, sed silentio præterierit, non ignorans, an habeat liberos, silentium ejus pro exheredatione nominatim facta valere, constitutionibus Principum cautum est.*

## NOTÆ.

6. *Constitutionibus Principum* ] Gordiani in *di. l. 9.* & Philippi in *l. 10. C. de test. mil.*

## COMMENTARIUS.

1. *An testamentum militis subjaceat querela inofficiosi.*

**M**ilitibus jure militari testantibus non solum remissæ sunt solennitates illæ externæ, numeri testium, rogationis, obsignationis, subscriptionis, contextus, quas cives omnes jure communi testamentum facientes observare tenentur: sed etiam intrinseca hæc, quæ ad parentes testantes pertinet, liberorum scilicet vel institutio vel exhereditatio; placetque præteritionem militis, dum non ignoret se liberos habere, aut uxorem prægnantem esse, obtinere vim exheredationis, *l. 9. C. l. seq. C. de test. mil.* ad quem effectum respiciens Ulpianus, dixit, militem silentio exheredare, *l. 12. de bon.*

*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 rescriptum est l. 9. C. de inoff. test. filios queri non posse de inofficioso testamento militis vel jure militari vel civili facto. Nam ut de inofficioso agi possit, necesse est, ut testamentum rectè factum sit & jure subsistat: at testamentum jure communi factum non subsistit, in quo liberi præteriti sunt, aut si de emancipatis quærat, necesse est, ut prætor eos non agnoscat; si de posthumis, 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. de test. mil. l. 1. C. od. Ut autem voluntas exheredandi obscura non est, ubi quis scit se habere liberos, iisque silentio præteritis alios hæredes instituit; ita contra deesse illa voluntas intelligitur, ubi cum id nesciret, fortè 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 hæredes scripturus fuisset, d. l. 9. & l. seq. C. od. tit. l. si filiusfam. 33. §. 2. od. Quapropter pro diversitate liberorum per ignorantiam à milite præteritio, aut testamentum hoc nullum dici poterit, aut rescindetur remedio prætorio, aut rumpetur agnatione, & in tantum, ut nec legata ex eo præstanda sint, l. militis. 36. §. 2. de test. mil.

*Pro exheredatione nominatim facta*] Sequitur ergo nec liberos suos scienter à patre milite præteritos testamentum posse nullum dicere, nec emancipatos admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, nec posthumum præteritum agnoscendo rumpere. An ne igitur saltem querela inofficiosi dabitur, quod unum est exheredatis per fugium? Nequaquam, l. si instituta. 27. §. 2. de inoff. test. l. 9. l. testamentum. 24. l. ult. C. od. Plane legitimam eos petere posse per conditionem ex lege, *argum. auct. Presbyteros. C. de Episc. & Cler.* Glossa & Cyn. in d. l. 9. tradiderunt. Hoc autem totum jus cum sit singulare & militum duntaxat ex privilegio, nulla ratio est, quamobrem cum Claro, §. testamentum. q. 40. n. 6. Grass. §. testamentum. q. 7. n. 3. & interpp. vulgò 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 aut exheredationis liberorum. Quod etiam D. Viglius hic, post Lud. Roman. in d. l. 9. observavit, & tandem rediligenter inspecta probat. D. Tuldén. in C. de testam. milit. n. 6. item D. Perez. ibid. n. 12. add. Vasq. lib. 3. de success. crent. §. 24. n. 51.

## T E X T U S.

De Testamento matris, aut avi materni.

7. Mater vel avus maternus necesse non habent, liberos suos aut hæredes instituere, aut exheredare: sed possunt eos silentio omittere. Nam

*silentium matris aut avi materni, & ceterorum per matrem adscendentium tantum facit, quantum exheredatio patris. Neque enim matri filium filiamve, neque avo materno nepotem nepotemve ex filia, si eum eamve hæredem non instituat, exheredare necesse est, sive de jure civili queramus, sive de edicto prætoris, quo prætor præteritis liberis contra tabulas bonorum possessionem promittit: sed aliud eis adminiculum servatur, quod paulo post vobis manifestum fiet.*

## N O T A.

*Silentium matris, &c. tantum facit*] Et hoc etiam si mater ignoraverit se liberos habere. Sed hoc casu legata & libertates non interdicunt, quia color dementiæ hic obtendi nequit, l. 27. §. ult. & l. seq. de inoff. test.

*Sive de jure civili*] Quo jure soli sui hæredes præteriti, sive quod nunc idem valet, non nominatim exheredati testamentum tollunt aut rumpunt, §. 5. sup.

*Edicto prætoris*] Quo liberi emancipati, sive qui sui esse desierunt, præteriti, vocantur ad contra tabulas bonorum possessionem; non qui nec sui sunt, nec esse desierunt, d. §. 5. l. 1. l. 4. §. 2. cont. tab.

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

1. Quod matris præteritio vim exheredationis habeat, id facere conditionem liberorum.
2. Propter eandem conditionem præteritos à matre jus antiquum scriptis accrescendi non habuisse.
3. Explicatus locus Pauli l. 4. §. 2. cont. tab.
4. Quodnam sit illud adminiculum, cujus in calce hujus text. fit mentio.

Q uod 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. infr. de her. qual. Nimirum lex civilis, quæ magis familiarum conservationem spectavit, quam naturam, non eodem modo maternâ bona liberis addidit, ut paternâ; non sic ut filius maternæ quoque dotis vivâ adhuc eâ dominus quoddammodo existit, uti bonorum patris est. Quapropter si eâ alium hæredem instituat filio præterito, nullam quod ad eam legem attinet, injuriam filio facit; cum suum ei non adimat; & ideò frustra etiam requiratur exheredatio; imò nec propriè dici possit filium exheredare, cum exheredare sit suam filio hæreditatem adimere: siquidem ubi non est habitus, ibi non potest esse privatio. Igitur quia mater suos hæredes non habet, & nepotes ex filia non sunt sui hæredes avo, ideò silentium matris & avi materni tantum facit, quantum exheredatio patris. Et hoc etiam si ignoraverint se liberos habere, contra quam in milite prætereunte jus est, l. si instituta. 27. §. ult. & l. seq. de inoff. test. facit huc l. 4. §. 2. de bon. poss. cont. tab. l. nulla. 13. de suis & legit. her.

*Sive de jure civili*] Quia, uti diximus, non sunt sui hæredes, hoc est, non tales, qui vivo adhuc parente jus aliquod habeant, quod post mortem illius in iis continetur, nisi expressè exheredes esse jussi sint: l. in suis, hoc tit. Quamobrem nec ad jus civile antiquum pertinent,

nent, quo solus filius suus præteritus testamentum infirmabat, cæteri liberi, sed sui item duntaxat, præteriti, portionem scriptis hæredibus accrescendo auferant: *sup. pr. huius tit.* nec ad jus novum, quo omnes quidem liberi sui, sed soli præteriti, sive quod nunc idem valet, non nominatim ex hæredati, nullum dicunt aut rumpunt, §. *sed hac. 5. sup. eod.*

*Sive de edicto prætoris*] Paulus l. 4. §. 2. *cont. tab.* scribit, edictum contra tabulas bonorum possessionis non pertinere ad testamenta fœminarum, addita hac ratione, quia fœminæ suos hæredes non habent. Quæ tamen ratio videri potest non esse sufficiens: non enim ad suos tantum hæredes, sed etiam ad emancipatos, quos constat suos hæredes non esse, & vel maxime, id edictum pertinet; utpote quorum causa principaliter comparatum est, §. 3. *sup. eod.* Verum amplius quid significare Paulus voluit, nempe edictum istud non pertinere ad eos liberos non suos, qui & nunquam sui fuerunt: matrem autem, ut suos hæredes non habet, ita nec posse desinere habere: quod idcirco etiam à Cajo expressum videtur l. nulla. 13. *de sui & legit. her.* Nimirum prætor, quo minimum à ratione juris civilis recederet, eorum duntaxat, qui ex masculis progeniti essent, rationem habuit, & jus fuitatis, quod emancipatis abstulerit capitis deminutio, rescissa ea restituit, l. 6. §. 1. *de bon. poss.* Atque ita jus à se introductum specie quadam

fuitatis coloravit, cujusmodi colore tegere ex fœminis natos non potuit.

*Aliud eis adminiculum servatur*] Potuisset totidem verbis adminiculum istud indicare. Intelligit autem que-<sup>4</sup>relam inofficiosi testamenti. Quod remedium cum initio tantum competeret liberis, qui eo quod à patre ex hæredati essent, neque civili jure, neque prætorio testamentum turbare poterant, l. 8. *in pr. cont. tab.* postquam ex Senatusconsulto Orficiano etiam matris successio liberis delata est, datum quoque est ex hæredatis, sive, quod hic eandem vim habet, præteritis à matre, suadente id eadem pietatis ratione. Agitur de hoc remedio *inf. tit.* 18. quo loco simul discemus, id etiam parentibus inique ex hæredatis vel præteritis, nonnunquam & fratribus dari. Cætera quoque in eundem locum examinanda rejicimus, quæ ab interpretibus disputari solent; veluti, an adhuc post *Nov. 115. cap. 3.* præteritio matris & per matrem ascendentium pro ex hæredatione sit; an liberis à patre præteritis testamentum adhuc sit irritum tam quod ad legata & cæteros articulos, quam quod ad institutionem: an formæ ex hæredationis aliquid adjectum, quo non observato testamentum, quod jure veteri substitisset, nunc sit nullum; aliaque ex eodem fonte manantia: & postremo etiam jus harum & vicinarum regionum, quod etiam à novissimo Justiniano, quoscunque interpretes sequare, multum ostendemus recedere.

## T I T U L U S XIV.

## D E HÆR E D I B U S I N S T I T U E N D I S.

*Dig. Lib. 28. Tit. 5. C. Lib. 6. Tit. 24.*

*Ratio dispositionis, & argumentum tituli.*

**D**ictum hæcenus de iis rebus, quas parentes cavere debent & testamento suo complecti, si id iustum ratumque esse velint: sequitur nunc ipsum testamenti formale, hæredis scilicet institutio. Ea caput & fundamentum testamenti esse dicitur, §. *auto. 34. inf. de legat.* propterea quod siæ ea testamentum consistere non potest. Dicitur & testamentum ex ea sola robur ac firmamentum capere; quia ad vim testamenti nihil aliud requiritur, quam ut quis hæres institutus sit; utique extra necessitatem instituendi aut ex hæredandi certas personas. Inde dictum, eum, qui neque legaturus quid est, neque quenquam ex hæredaturus, posse tribus verbis testamentum facere, ut dicat, *Lucius hæres esto, l. 1. §. 3. hoc tit.* Hæredem instituere, est scribere vel nuncupare testamento, quem tibi velis bonorum & universi juris successorem esse. Quibus verbis institutio fiat, parum refert; modo per ea liqueat voluntatis intentio, l. *quoniam. 15. C. de testam.* quo loco Constantinus abrogat differentiam, quam faciebat antiquitas inter verba directa & inflexa, auctore *Ulp. tit. 21.* Titulus hic noster tres partes continet; quarum in prima agitur de iis, qui hæredes institui possunt; in altera de quota hæreditatis, quam vel unus vel plures instituti habere debeant ex ratione juris aut voluntate defuncti; in tertia de forma seu modo instituendi, atque iis, quæ institutioni bene aut perperam adjiciuntur.

## T E X T U S.

Qui possunt hæredes institui.

*Hæredes instituere permissum est tam liberos homines, quam servos; & tam proprios, quam alienos. Proprios autem olim quidem secundum plurimum sententias non aliter, quam cum libertate, rectè instituere licebat. Hodie verò etiam sine libertate ex nostra constitutione eos hæredes instituere permissum est. Quod non per innovationem induximus, sed quoniam equus erat, & Attiliano placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quam ad Plantium scripsit, refert. Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. Est tamen casus, in quo nec cum libertate utiliter servus à domina hæres instituitur, ut constitutione, divorum Severi & Antonini caveatur. Cujus verba hæc sunt: Servum adulterio maculatum non jure testamento manumissum ante sententiam*

ab.



ab ea muliere videri, quæ rea fuerat ejusdem criminis postulata, rationis est. Quare sequitur, ut in eundem à domina collata hæredis institutio, nullius momenti habeatur. *Alienus servus etiam si intelligitur, in quo usufructum testator habet.*

## NOTÆ.

*Hæredes instituere*] Scribere vel nuncupare. l. 1. §. 1. D. eod. Est autem hæredis institutio caput & fundamentum testamenti. §. 34. *inf. de legat.* neque enim sine ea testamentum potest consistere. §. 2. *inf. de fid. har.* Quibus verbis nunc fiat, parum refert, modo per ea liqueat voluntatis intentio. l. 15. C. de testam.

*Quam alienos*] Si modo eorum servi sint, quos ipsos hæredes instituere possumus: nam ex persona domini cum servis testamenti factio est, d. l. 31. Ulp. tit. 22. §. 8. l. 12. §. 2. de legat. 1.

*Sine libertate*] Ita & sup. §. 2. qui & ex quib. caus. man. id est, omiſſa libertatis datione. Constitutio extat in l. pen. C. de serv. nec. har.

*Non per innovationem*] Quia jam olim idem quibusdam placuerat, ut mox subjicit. Quod autem obtinet, ex nova est Justiniani humanitate. Ita concilia hunc locum cum d. §. 2.

*Adulterio maculatum*] Apud Marcian. l. 48. h. tit. Unde hic descriptus, legitur *accusatum*. Sed legendum arbitror *maculatum*, ut hic; ne obſtet l. 8. C. ad leg. Jul. de adul. Græci quoque ἄνοχον ὄντα τῆ μισχίας, non κατηγόρησαν. Et ad l. 1. C. qui non poss. ad lib. ὑποθητικῶν ἐπι τῆ μισχίᾳ, *suspectum*, &c.

## COMMENTARIUS.

1. Qui olim & in quantum hæreditatem capere non poterint.
2. Qui & in quantum hodie hæredes institui videntur.
3. Institutionem servi alieni sustineri ex persona domini, propriis ex consequentia libertatis.
4. Quid juris in servo communi ab uno à dominis hæredes instituto.
5. Quid in instituto à domino nuda proprietatis.
6. Quam rationem habeas casus specialis hic relatus.
7. Quid si servus hæres institutus sit à fructuario.

**T**Am liberae homines, quam servos] Ἰσοελογία: nam dicendum potius erat, tam servos, quam liberos, hoc est, non minus servos, quam liberos; quomodo hoc expressit Cajus l. non minus. 31. hoc tit. quoniam de liberis res certior. De liberis autem hominibus nihil amplius hic traditur, quam quod hæredes institui possunt. Et an ergo possunt omnes promiscuè & 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 sententiam severitatem ad peregrinitatem redacti sint, l. 6. §. 2. hoc tit. l. 1. C. eod. fac. l. sunt quidam. 17. §. 1. de pæn. Peregrinorum numero erant & dedititii; erat & Latinus Junianus, nisi quod hic capere hæreditatem poterat, si mortis testatoris tempore civis Romanus factus esset, Ulp. tit. 22. §. 1. & 2. Cæterum Justinianus differentias libertinitatis sustulit, data libertinis omnibus civitate, §. ult. sup. de libert. Sed nec qui cives sunt,

omnes institui aut olim poterant, aut nunc possunt. Lege Voconia cautum erat, ne, qui census esset, virginem, neve mulierem supra quadrantem suorum bonorum hæredes institueret, Cic. Verrin. 3. de pras. urb. & in orat. pro Balb. Dio. lib. 56. Gell. lib. 20. c. 1. Lege Julia de maritandis ordinibus vetabantur coelibes, nisi qui genere essent proximi, quicumque ex testamento civis Romani capere, Ulp. d. tit. §. 2. ita tamen, nisi intra centum dies legi parerent, hoc est, matrimonium contraherent: idem Ulp. 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, conjugum ex conjugis testamento capere licebat, quam relictorum partem decimam, idem Ulpian. tit. 15. & seq. Hinc natæ cautiones illæ de instituendis in tempus capiendæ hæreditatis iis, qui vel omnino quicumque, vel solidum ex testamento capere legibus istis prohibebantur, vid. l. in tempus. 62. l. qui non vult. 78. §. ult. hoc tit. l. cum ei. 42. l. si Titio. 55. §. 1. de legat. 2. l. 6. l. 11. de vulg. & pup. subst. l. 16. §. si qui. 15. ad senat. Treb. l. 13. §. ult. de jur. fisc. cum similib. quæ nisi hinc lucem accipiant, intelligi non possunt. Postea poenæ coelibatus, orbitatis, & leges decimariæ sublatae sunt, l. 1. & l. 2. C. de infirm. pæn. calib. 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. l. 13. l. 14. de his quæ ut indign. Add. D. Christin. vol. 1. dactif. 200. Liberi naturales ex concubina nati, qui olim non minus, quam cæteri cives, non ab extraneis tantum, sed etiam à patre, idque in solidum, hæredes institui poterant, l. Lucius. 45. de vulg. & pup. l. 16. §. 1. de his quæ ut indign. l. ult. de jur. delib. (vid. Palaos. de noth. spurvisq. fil. c. 35. & seq. & contra sentientes Alciat. 4. parerg. 5. Ant. Fab. jurisp. tit. 9. pr. 2. ill. 1.) ex constitutione Justiniani Nov. 89. c. 12. unde auth. licet. C. de nat. liber. uncam tantum unciam ex patris testamento capere possunt, si superstites sint liberi legitimi; octo uncias, si soli superstites testatoris parentes. Quæ 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. Palaos. d. loc. Constitutione Leonis & Anthemii vetatur conjux conjugi secundo plus relinquere, quam uni ex liberis prioris matrimonii, & quidem cui minimum relinquit, l. hac editali. 6. C. de sec. nupt. Porro Principum Christianorum constitutionibus vetantur hæredes institui apostatæ, l. 3. C. de apostat. item hæretici. l. 4. C. de heret. & Manich. quod tamen non de omnibus, qui pro orthodoxis habiti non sunt, accipiendum esse arguit constitutio Justiniani Nov. 115. c. 3. ubi ἰσοελογίαν ponit inter justas causas exhæredationis, & exclusionis à successione ab intestato. Rationis autem est, ut qui ab intestato succedere potest, etiam hæres rectè instituitur. Hæc non debeuerat Tribonianus intacta relinquere, qui de servis tam accuratè differit.

*Et tam proprios, quam alienos*] Cum servis, quæ servis, non est testamenti factio, sed quatenus per eos hæreditas perventura est ad cives Romanos, aut ipsi cives futuri. Igitur in servo alieno persona domini spectatur, & sustinetur institutio, si dominus civis Romanus sit,

& jus capiendæ hæreditatis habeat, perinde quasi ipse per servum institutus esset, *l. non minus. 31. l. si paterfam. 40. hoc tit. l. 10. de acq. rer. dom.* Quod si mihi cum domino non sit testamenti factio, puta quia peregrinus est, aut capere ex meo testamento vetatur, nec cum servo ejus erit, *arg. d. l. non minus. hoc tit. fac. l. 12. §. 2. de legat. 1. l. si Titio. 55. §. 1. de legat. 2. Ulp. tit. 22. §. alienos. 8.* Vide tamen, quæ notamus ad §. in extraneis. 4. inf. de her. qual. & diff. In servo autem proprio instituto eadem ratione defendi non potest, ut icilicet 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 rectè hæredem institui, quam cum libertate; non ausi per consequentiam datæ hæreditatis libertatem servo defendere, ob rationem, quam indicavimus *sup. qui & ex quib. ca. manum. §. 2.* Justinianus vero etiam omiſſa libertatis datione institutionem valere voluit, & perinde haberi, ac si simul liber esse jussus esset, *l. pen. C. de nec. serv. bar.* quod cum humanitas & favor libertatis suadet, tum etiam voluntati testatoris consentaneum est: quippe qui hoc ipso quod servum suum hæredem esse vult, non obscure significat, velle se etiam ut liber sit; cum absque eo nec hæreditatem obtinere possit. Et cur, quod in servo proprio tutore sine libertate dato veteres admiserunt, ut hoc ipso, quod tutor datus est, libertas quoque ei imposita videatur, *l. quæro. 32. §. 2. de test. tut. §. 1. sup. qui test. tut. dar.* non admittatur itidem in servo simpliciter hærede scripto eadem voluntatis conjectura? Ita argumentatur Justinianus *d. l. pen.* In tutore dato accedit quidem & favor pupilli, *l. 10. §. ult. de testam. tut.* Cæterum quem testator hæredem instituit, eum vicissim majore 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. §. illo. 2.* quantumvis & legatum sine libertate inutile sit, *l. servus. 76. hoc tit.* neque enim hic idem favor est, & ex d. constitutione Justiniani voluntas testatoris aliquo modo exitum habere potest.

*Quod non per innovationem*] Supra tamen §. 2. *qui & ex quib. caus. man.* proficitur, se id nova humanitatis ratione constituisse. Utrumque suo sensu verum est. Nihil innovavit, quatenus spectamus sententiam paucorum, inter quos & Atilicius 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 hæredem institui posse, *Ulp. tit. 22. §. 10. & sententia istius abrogationem.*

*Proprius autem servus etiam, &c. in quo nudam proprietatem*] Servus proprius vel in solidum est, sive unus domini proprius, vel pro parte & pluribus proprietate communis: & iterum vel proprius est pleno jure, vel nudatenus proprietate. Videamus ergo, an quod hic constitutum est de servo proprio hærede instituto, etiam ad servum communem ab uno è dominis institutum, & ad eum quoque, in quo alius usumfructum habet, per-

tiñeat. 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 hæreditas acquisita fuit, si is servus simul hæres ab altero institutus fuisset, Justinianus autem, quod soli milites ex speciali concessionem habebant, 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.* Postquam constitutionem certum est servum communem, quem unus è dominis & liberum & hæredem esse jussit, & libertatem & hæreditatem consequi, pretio partis, quam alter in eo habet, oblato. At nihil definit constitutio de servo communi simpliciter ab uno hærede instituto, non facta mentione libertatis. An dicemus, & hic libertatem perinde pro adscripta haberi, ac si servus in solidum proprius hæres simpliciter institutus sit, *arg. hujus loci?* & id quidem D. Viglio placere video. Sed vereor, ut defendi possit. Nam ut omittam tritum illud de non admittenda extensione in correctoriis, verba ipsa constitutionis in fin. §. 1. *& hoc moriturus 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. verum. 63. §. si servo. 9. pro soc. l. Plautus. 49. in pr. ad leg. Falcid.* idem dicimus de servo communi hærede simpliciter instituto, socium nimirum per eum servum videre institutum & hæredem fieri? De servo, in quo testator nudam proprietatem, alius usumfructum habet, ait hoc loco Justinianus eum etiam proprium intelligi testatoris, idque convenienter rationi juris, *l. rectè dicimus. 25. de verb. sign.* Et ergo etiam hic servus à domino nudæ proprietatis hæres institutus, sive cum libertate sive simpliciter, ex constitutione Justiniani & liber & hæres erit, *d. l. pen. C. de nec. serv. bar. inf.* Neque enim quod de servo communi simpliciter instituto diximus, socium per eum hæredem fieri, locum habet in fructuario, cui hæreditas acquiri non solet, §. *de iis. 4. sup. per quas pers.* Quid ergo fiet de fructuario? An liber factus nihilominus operas fructuario interim præstare tenebitur, atque ex re ejus acquirat, quamdiu durat usumfructus; an vero pretio usumfructus dato defungetur? Illud, si sequimur constitutionem *l. 1. C. comm. de man.* Hoc, si putamus, ad hunc servum etiam pertinere, quod paucis tempore post de communi servo constitutum est *l. 1. C. de com. serv. man.*

*Est tamen casus, &c.*] Refertur hic ex *l. bis verbis. 48. §. 2. hoc tit.* casus singularis, quo servus proprius hæres institui non potest, ne cum libertate quidem, cui locus est in muliere adulterii postulata: Hæc prohibetur servum suum suspectum criminis ante finitam cognitionem manumittere: quod idè provisum est, ne mancipium per manumissionem quæstioni subducatur, *l. proſpexis. 12. qui & à quib. man.* Cum igitur lex manumissionem & libertatem impediatur, nec institutio hæredis in hujusmodi servum collata valere potest. Ait, *servum adulterio maculatum*, id est, suspectum, famæ & opinione vulgi inquinatum: siquidem duos adulterii reos simul marem & foeminam ex eadem causa fieri lex

Julia

## COMMENTARIUS.

1. *Servo proprio hærede instituto, quis circa acquirendam hereditatem institutionis effectus, & num. 2.*
3. *Quid circa idem instituto servo alieno.*

**H**Oc constituto, non minus servos posse hæredes institui, quam homines liberos, porro nunc quaeritur de effectu institutionis servi circa acquisitionem 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 hærede instituto ait, *Siquidem in eadem causa manserit, sit ex testamento liber hæresque necessarius.* In eadem causa, hoc est, in eadem conditione servitutis, ut neque à domino post factum testamentum manumissus, neque alienatus fuerit. *Hæres necessarius*: ideo sic dictus, quia sive velit, sive nolit, post mortem domini protinus liber & hæres sit, §. 1. *inf. de her. qual.* Quod cum in eorum gratiam initio institutum esset, qui cum solvendo non essent, ignominiam bonorum venditionis in hæredes suos derivare, quam suæ memoriæ reservare malebant, §. 1. *sup. qui & ex quib. ca. man.* postea generaliter obtinuit, ut ostendit hic locus. Ratio autem hujus rei haud dubiè hæc est; quod cum honori testatoris non nihil decedat, si repudietur ejus hæreditas, visum sit, id servo licere non debere, in quem testator simul cum hereditate contulit inestimabile beneficium libertatis. Quin etiam ex constitutione juris civilis libertas & hæreditas ita conjuncta sunt, ut neutrum separatim servo adimi possit, neque libertas sola, neque sola hæreditas, l. 13. §. 1. *de lib. & posthum.* l. 6. §. ult. h. t.

Julia vetabat; ordine tantum peragi poterant, l. 8. C. ad leg. Jul. de adult. ac proinde etiam in d. l. 48. §. 2. unde hæc sumpta sunt, eodem modo, ut hic, legendum esse arbitror; non ut ibi, *adulterii accusatum.* Theophilus vertit, *ἡροπον ὄντα τῆ μοιχείᾳ, obnoxium, implicitum*, non dixit, *καταγορησθέντος.*

7. *Alienus servus, in quo ususfructus, &c.*] Igitur hic servus à fructuario hæres institutus, nec hæres nec liber erit, sed hereditatem acquirat proprietario, ad instar servi planè alieni, §. seq. *vers. alienus quoque.* Et verò post mortem fructuarii finitur ususfructus & consolidatur cum proprietate. Sed etsi liberum simul eum esse jufferit, adhuc idem dicendum est: quoniam alieno servo libertas inutiliter datur: neque huc accommodari potest pars constitutionis Justinianæ, l. 1. *vers. sin autem. C. comm. de man.* de servo à vivente fructuario manumisso, ne scilicet is cogatur servire proprietario, quamdiu constat à ususfructu; 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 hæres institutus, siquidem in eadem causa manserit, sit ex testamento liber, hæresque ei necessarius. Si verò à vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitrio adire hereditatem potest; quia non sit hæres necessarius, cum utrumque ex domini testamento non consequatur. Quod si alienatus fuerit, jussu novi domini adire hereditatem debet, & ea ratione per eum dominus sit hæres: nam ipse alienatus neque liber, neque hæres esse potest, etiamsi cum libertate hæres institutus fuerit: destitisse enim à libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit. Alienus quoque servus hæres institutus, si in eadem causa duraverit, jussu ejus domini adire hereditatem debet. Si verò alienatus fuerit ab eo, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam adeat, debet jussu novi domini adire. At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo antequam adeat, suo arbitrio adire potest hereditatem.*

## NOTÆ.

1. *Destitisse à libertatis datione*] Quod si testator eum postea redemerit, reviviscit libertas & institutio, l. 9. §. 16. l. 50. *cod.* Hinc autem intelligimus regulam juris civilis traditam l. 13. §. 1. *de lib. & post.* solum procedere, cum servus in eadem causa manet.

*Jussu novi domini*] l. 62. §. 1. *de acq. her.* l. 2. §. ult. *de bon. poss. sec. tab.* ubi hereditatem sive bonorum possessionem cum domino ambulare Ulp. ait.

*Quod si à vivo testatore manumissus, &c.*] Casus contrarius, quo scilicet servus proprius hæres institutus in eadem conditione non mansit, duplex est; vel quia post factum testamentum manumissus est; vel quia alienatus. Manumissus suo arbitratu hereditatem adibit: quia non sit hæres necessarius, qui hereditatem duntaxat, non etiam libertatem ex testamento domini consequitur, l. *antepon. hoc sit.* l. 6. §. 3. *cod.* Utique tamen probè facturus est, si pro beneficio libertatis ante adeptæ hanc gratiam patrono referat, ut suscipiat ejus hereditatem. Alienatus nec liber nec hæres sit, etiamsi cum libertate hæres fuerit institutus: hoc enim ipso quod alienatus est, mutata voluntas domini, & revocata datio libertatis intelligitur, ut jam perinde haberi debeat, ac si jam tempore testamenti facti alienus fuisset; ac proinde jubenti novo domino hereditatem acquireret, l. 9. §. *servus.* l. 16. l. *servum.* 50. *hoc sit.* l. *servo.* 47. *de cond. & dem. l. quasitum.* 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 sit.* 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 hæredem institui posse: cæterum sustineri institutionem non ex persona servi, sed ex persona domini, civis sc. Romani, quasi ille ipse mediatè perscr-

vum 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. non minus. 31. hoc tit. l. debitor. 82. §. 2. de legat. 2.* Nunc hic itidem de effectu istiusmodi institutionis quaeritur, quemadmodum paulo ante quaesitum fuit de effectu institutionis servi proprii.

3 *Si in eadem causa, &c.*] In alieno servo hærede instituto iidem casus distinguuntur, qui in proprio: nam aut manfit in eadem causa, & dominum suum hæredem facit, nempe si iussu ejus adierit, §. 3. *sup. per quas pers.* aut non manfit, vel quia alienatus est, & jubenti ei domino hæreditatem acquirit, cujus in potestate est tempore aditionis, *l. Antifimus. 62. §. 1. de acq. her. l. 2. §. ult. de bon. poss. sec. tab.* quo loco Jurisconsultus ait, hæreditatem sive bonorum possessionem ambulare cum domino: vel quia manumissus est, quo casu suo arbitrio hæreditatem adire eamque sibi acquirere potest, *Ulp. tit. 22. §. 11.* Et igitur licet persona domini in huiusmodi institutionibus inspiciatur, ut sit cum servis testamenti factio: videtur tamen simul & personæ servi ratio haberi, *fac. l. debitor. 82. §. 2. de legat. 2. l. 5. de serv. legat. l. si paterfam. 40. hoc tit.* Illud notandum est, servum alienum cum libertate frustra hæredem institui in tantum, ut et si is postea testatoris esse coeperit, nihilominus liber aut hæres fiat, *l. si alienum. 49. hoc tit.*

## T E X T U S.

## De Servo hæreditario.

2. *Servus etiam alienus post domini mortem recte hæres instituitur: quia & cum hæreditariis servis testamenti factio est. Nondum enim adita hæreditas persona vicem sustinet, non hæredis futuri, sed defuncti: cum etiam ejus, qui in utero est, servus recte hæres instituitur.*

## N O T A.

2. *Post domini mortem*] Non ita, *Stichus post mortem Titii domini sui hæres mihi esto*, ut malè Th. icd ita, *Stichus servus Titii defuncti hæres mihi esto.*

*Nondum adita hæreditas persona vicem*] Ratio dubitandi, quia tempore facti testamenti servus nullus est, *l. 64. h. t.* Ratio decidendi, quia jacens hæreditas personæ defuncti locum interim obtinet, & pro domino habetur, *l. 31. §. 1. eod. l. 34. l. 61. de acq. rer. dom. inf. de stip. serv. in pr.*

*Non hæredis futuri, sed defuncti*] *ad. loc. cum similit.* Imo non defuncti, sed hæredis futuri, *l. 24. de nov. Solv.* hæreditas quæ jacens considerata defunctum representat, ut actus ex personâ ejus vires capiat, *l. 52. h. t. l. 33. §. ult. de acq. rer. dom. adita vero videtur retro representasse personam hæredis, cui soli eventu inspecto acquiritur, d. pr. inf. de stip. serv. fac. l. 73. §. 1. de verb. obl. l. 28. §. ult. l. 35. de stip. serv.*

*Ejus, qui in utero est, servus*] Hoc eandem planè rationem habet, *l. 64. h. t.*

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

1. *Diversa consideratione recte dicitur, jacentem hæreditatem*

*tem representare & personam defuncti, & personam hæredis.*

2. *Cur servus posthumi alieni hæres institui poterit, ipse posthumi alienus non poterit.*

Cum servi alieni institutio, ut dictum est, sustineatur ex persona domini, quaesitum est, an servus alienus rectè hæres instituitur etiam post mortem domini, hoc est, servus hæreditarius. Dubitandi causa ex eo, quod in proposito persona domini, qui nullus est tempore facti testamenti, *l. ejus servum. 64. hoc tit.* servo accommodari non possit. Placuit tamen nihilominus, rectè hunc servum hæredem institui, quasi per interpositam hæreditatem a defuncto adhuc, ut ita dicam, personetur: quippe hæreditatem jacentem defuncti locum interim obtinere, & pro domino tantisper fictione juris haberi, *l. non minus. 31. §. 1. hoc tit. l. hæredis ad. 34. l. hæreditas. 61. de acq. rer. dom. l. 13. §. 2. ad leg. Aquil. l. 15. de inter. in jur. l. 9. C. de pos. cum similit.*

*Non hæredis futuri, sed defuncti*] Hoc totidem quoque verbis traditur *q. l. 34. de acq. rer. dom.* alibi simpliciter dicitur, hæreditatem obtinere defuncti locum, *d. l. 31. hoc tit. & inf. de stip. serv. in pr.* Apud Pomponium tamen contra inscriptum legitimus, hæreditatem interim sustinere personam hæredis, *l. novatio. 24. in fin. de novat.* quod & ratio juris efficere videtur; siquidem qui postea hæres extitit, ex mortis tempore defuncto successisse intelligitur, sive, quod idem valet retro agitur hæreditas, quamvis postea adita, & cum tempore mortis continuatur, *l. hæres. 54. de acq. her. l. omnia. 138. l. omnia. 193. de reg. jur.* Sunt, qui putant, non satis inter veteres hac de re convenisse, inter quos & D. Hotomannus est. Nolimego temerè eo decurrere. Videamus, an non utrumque rectè dici possit, hæreditatem representare & personam hæredis & defuncti, diversa consideratione. Etenim si eventum spectamus aditæ hæreditatis, persona hæredis representari, rectè dicitur; hac enim consideratione servus hæreditarius rectè stipulatur hæredi futuro, *l. si ex re. 28. §. ult. l. servum. 35. de stip. serv.* nullamque vim habere dicitur stipulatio servi hæreditarii, nisi adita sit hæreditas, *l. interdum. 73. §. 1. de verb. obl.* item per servum acquiri hæreditati, ac per hoc etiam hæredi postea facta, *inf. de stip. serv. in pr.* At si inspicimus tempus illud, quo servus hæreditarius hæres instituitur, nimirum jacentis hæreditatis, si actum valere volumus, necesse est, dicamus, hæreditatem sustinere personam defuncti: neque enim actus in suspenso esse potest: & incertum est, an is, qui scriptus est, unquam hæres extiturus sit: idque Cajus significat, *l. in eo. 33. §. ult. de acq. rer. dom.* cum ait, quotiens servus hæreditarius stipulatur, vel per traditionem accipit, actum ex persona defuncti vires sumere. Eademque consideratione Paulus in *l. servum. 52. hoc tit.* servum hæreditarium institui posse ait, si modo testamenti factio cum defuncto fuerit, licet cum hærede instituto non sit. Et igitur hæreditas, qua jacens considerata defunctum representat; adita retro, videtur representasse personam hæredis.

*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 posthumi alieni; nam & hunc servum ait rectè hære-

hæredem institui. Javolenus contra, hoc ex illo probat, *l. ejus servum. 64. hoc tit.* Hic iterum videtur obstare ratio juris, utique veteris, quo jure posthumus alienus hæres institui non potuit. *inf. de bon. poss. in pr.* Hoc enim posito, consequens omnino esse videtur, nec servum hujus posthumi rectè hæredem 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 & hæres factus erit: institutionem vero vires capere non ex persona ejus, qui in utero est, sed defuncti cum quo sufficit testamenti factionem fuisse, etiam si cum hærede scripto non sit, *l. servus. 52. hoc tit.* Adhæc in universum institutio servi alieni non ita comparata est, ut institutus semper dominum, in cuius potestate est tempore facti testamenti, hæredem faciat; nam alienato eo novus dominus hæres fit; manumissus ipse ad hæreditatem admittitur: quod & tunc obtinet, cum servus ejus qui capere non potest, institutus est, *l. servus. 82. de acq. har.* atque hinc clarissimè patet, verum esse quod diximus, *sub §. præc.* in his servorum institutionibus etiam servorum, qui instituantur, personam spectari.

## T E X T U S.

## De servo plurium.

3. *Servus autem plurium, cum quibus testamenti factio est, ab extraneo institutus hæres unicusque dominorum, cujus jussu adierit, proportionem domini acquirat hæreditatem.*

## N O T A.

3. *Ab extraneo*] Ab uno ex dominis institutus, acquirit cæteris per *l. 63. §. 8. pro soc. l. 49. ad leg. Falc.*

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

**D**E servo communi hærede instituto ab uno ex dominis egimus in explicatione principii hujus tit. sub fin. Hic agitur de servo plurium, qui hæres institutus est ab extraneo. Ait, hunc servum unicuique dominorum, cujus jussu adierit, hæreditatem acquisera, idque non pro parte virili, sed dominica. Jussum domini præcedere debere constat, ac sine eo servum hæreditatem adeundo nihil agere: de quo *sub §. 3. sup. per quos pers.* Quid ergo, si unius jussu adierit? Ne sic quidem hunc interim pro majore parte, quam dominicâ, hæredem faciet: cæterum fociis postea non jubentibus adire, tacito jure partes ei accrescunt, *l. servus. 67. de acq. har. add. l. ult. de vulg. & pup. l. si servus. 50. de legat. 1. §. ult. inf. de stip. serv.*

*Cum quibus testamenti factio*] Hoc additum, quia, ut jam sæpe diximus, quos ipsos hæredes instituere non possumus, eorum nec servos possumus, *l. non minus. 31. hoc tit.* Excepto quod servi eorum, qui non absolute incapaces sunt, sed *modò* duntaxat, cujusmodi olim erant foeminae, orbi, coelibes, *vid. sup. pr. instituti ab eo*, ex cuius testamento domini capere non possunt, & antequam dominorum jussu hæreditatem adiant, alienati, novum dominum hæredem faciant; manumissi ipsi ad hæreditatem admittantur, modo nihil in fraudem legis

factum sit, *l. si servus. 82. de acq. har. fac. l. si Titio. 55. §. 1. de legat. 2.*

## T E X T U S.

## De numero hæredum.

4. *Et unum hominem, & plures, usque in infinitum, quot quis hæredes velit, facere licet.*

## N O T A.

4. *Usque in infinitum*] *Εἰς ἀπείρονον.* Th. Sententia est, certum numerum hæredum instituendorum nemini præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti.

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

**U**Sque in infinitum] *Εἰς ἀπείρονον.* Infinitum autem accipe pro indefinito incertoque hæredum numero, non pro multitudine, quæ extremis careat: quomodo & alibi sæpe hoc verbum usurpatur, *l. qui restituere. 68. §. 1. de rei vind. l. 4. §. 2. de in lit. jmt.* Sensus igitur hujus §. est, posse testatorem tot hæredes instituere, quot ei placuerit: nimirum certum numerum hæredum instituendorum nemini lege præscriptum esse, sed totum hoc arbitrio testantis permitti. Inepti autem sunt, qui ex hoc loco colligunt, posse quem instituere omnes homines, qui in mundo sunt, talis enim institutio exitum reperire non potest, neque est hominis, qui suæ mentis est compos, *vid. Gomez. 1. var. resol. 2. n. 2.* Planè illud crediderim defendi posse cum D. Viglio, rempub. institutam videri, si quis simpliciter cives universos instituerit; & valere hujusmodi institutionem, quando permissum est rempub. aut civitatem hæredem instituere. Non enim idem hic semper jus obtinuit. Legimus, reges aliquot exteros populum Romanum sibi hæredem instituisse. Idem fecit & Flora meretrix. Plinius vero *lib. 5. epist. ad Calvisium* scribit, palam esse, nec hæredem institui nec percipere rempub. posse. Ab eo jure postea interdum recessum: confer *Ulpian. tit. 22. §. 4. & tit. 24. §. 26. l. 2. l. senatus. 20. de reb. dub. l. omnibus. 26. ad sen. Trebell. l. civitatibus. 122. de legat. 1. l. 12. C. hoc tit.*

## T E X T U S.

## De divisione hæreditatis.

5. *Hæreditas plerumque dividitur in duodecim uncias; quæ assis appellatione continentur. Habent autem & hæ partes propria nomina ab uncia usque ad assen; ut puta hæ, sextans, quadrans, triens, quincunx, semis, septunx, bes, dodrans, dextans, deunx. Non autem utique semper duodecim uncias esse oportet: nam tot uncie assen efficiunt, quot testator voluerit: & si unum tantum quis ex semisse (verbi gratia) hæredem scripserit, totus assis in semisse erit. Neque enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas intestando spectatur. Et e contrario potest quis in quantas-*

cunque

cunque voluerit plurimas uncias suam hereditatem dividere.

## NOTÆ.

5. In duodecim uncias ] Hæc solennis est hereditatis distributio. l. 13. §. 1. h. t. quia perfectus est numerus duodenarius. Diod. Sic. eclog. 40. Galen. de cui an. pec. nos. & med. πλειότες σύμβολον, Hermias in Phad. Plat. τὰ ἀριθμῶν μουσικῶν. Aristid. ἐξί μυσ. add. Cujac. ad d. l. 13. Duar. 2. disp. 36. Fabrot. ad Th.

Non semper duodecim uncias ] Non est necesse, ut semper distributio fiat in 12. uncias: sed potest testator vel in plures vel in pauciores uncias hereditatem dividere, d. l. 13. §. 1. 2. 3. & ult. l. 18. eod. l. 13. C. de lib. & post. Paul. 3. fem. 4. Potest & in partes naturales dividi, puta in duas dimidias, tres tertias, &c. l. 2. §. 7. de collat. l. 76. de acq. her.

Unum ex semisse ] Vel ex una aliqua alia parte hereditatis. Idemque est, si quis institutus ex re certa, veluti ex fundo: perinde enim habetur, ac si rei mentio facta non esset, l. 1. §. 4. l. 9. §. 13. h. t. l. 41. in fin. de vulg. & pup. nisi cohæredem habeat indefinitè aut ex parte hereditatis scriptum, tunc enim legatarii loco est. l. 13. C. h. t.

Ex parte testatus ] l. 7. de reg. jur. Ex postfacto tamen vi ipsa pro parte quis intestatus fieri potest, rescisso vid. pro parte testamento, l. 15. in fin. l. 24. de inoff. test.

Nisi sit miles ] Miles etiam ab initio pro parte tantum testatus decedere potest. l. pen. §. 2. de cast. pec. l. 6. l. 19. de test. mil. l. 2. C. eod. quippe qui hic duorum velut hominum personam sustineat, l. 17. §. 1. eod. Igitur si miles unum tantum v. g. ex semisse hæredem scripserit, quantum ad alterum semissem intestatus decessisse intelligetur, & locus fiet legitimis hæredibus. l. 19. l. 37. de test. mil. & ita etiam in specie, l. 6. eod.

## COMMENTARIUS.

1. Assis, 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 hæres fiat, magis esse ex subtilitate juris, quam ex defuncti voluntate.
4. Quam rationem habeat, quod jus civile non patitur eundem testato & intestato decedere.
5. An testator possit prohibere jus accrescendi.
6. In militaribus testamentis regula superiori non esse locum.
7. Quantum mores hodierni dissident à jure civili Romanorum.

**S**equitur pars altera hujus tit. in qua agitur de eo, quod vel unus vel plures hæredes scripti ex ratione juris & voluntate testatoris consequantur: quæ res ut commodius proponi, & perfectius intelligi possit, ante docere voluit, in quot partes hereditas plerumque dividatur, civili scilicet & solenni distributione, earumque partium indicare nomina, quo ea in numero haberent studiosi discipline juris: idque fecit verbis Ulpiani in l. si servum. 50. §. ult. h. t.

In duodecim uncias, qua assis appellatione ] As in re nummaria est minimus æris nummus. Hinc illa, ad assen reddere, ad assen omnia perdere. Cum sermo est de ponderibus, de divisione hereditatis aut fundi; solidum, id est, totum quid sive integrum significat, constans ex duodecim uncias, & nimirum idem, quod in ponderibus libra aut pondo. Unde illa, ex assen possidere, l. pen. qui satisd. cog. in assen vindicare, l. post emancipationem. 40. §. 1. de legat. 3. Hæres ex assen, pro quo etiam libella dixit Cicero lib. 7. ad Attic. & alia plura ejusdem generis. Scribit Voluf. Metianus lib. de ponderib. in pr. necessariam cognitu esse assis in suas partes distributionem, non solum propter institutionem plurium hæredum, sed etiam propter innumera alia. 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. minor. 39. §. 2. de evict. item rerum incorporalium ut obligationum & actionum, §. si quis una. 9. inf. de fideic. her. Usuras quoque Romani partibus assis distinguebant, easque partiebantur in uncias, sextantes, quadrantes, trientes, quincunces, semisses, beses, &c. ut videre est l. 7. §. qua autem. 10. in fin. l. Titium. 47. §. 4. de adm. tut. l. liberti. 21. §. 4. de ann. legat. l. 3. §. ult. ad leg. Falc. l. creditor. 102. §. ult. de solut. l. eos. 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 ἕξ, καὶ διμυσιον, καὶ τρίμηλον, ἕξ τε καὶ δωδεκάτην. 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 scilicet, 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. subfin. nominum rationem reddit, originemque explicat. Voluf. Metian. de ponderib. sed melius Salmas. de mod. usur. pag. 251. illud sciendum est, hereditatem etiam dividi in partes naturales, veluti in duas dimidias, l. 2. §. si duo. 7. de collat. in tres tertias, in quatuor quartas, §. videamus. inf. eod. in sex sextas, l. sssu. 76. de acq. her.

Quot testator voluerit ] Licet solennis & 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 hæredes scripserit, singulos ex quincunce, rata est patrisfam. voluntas, ut substantiam suam partiti in quindecim uncias. Et si duos tantum, unum ex triente, alterum ex quoadante, hæredes scripserit, videbitur in partes septem hereditatem divisisse, d. l. 13. §. ult. l. Sabinus. 18. eod. l. 13. in pr. de lib. & post. Atque hac eadem ratione defenditur, quod rescriptum est in l. 3. C. de

*de test. mil.* militem, qui filiam ex uncis duabus, uxorem ex una uncia instituit, nec de residuis portionibus quicquam significasset, in tres partes videri voluisse hæreditatem 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 hæreditas revolvitur, *d. l. 13. §. 1. hoc tit.*

*Si unus ex semisse, totus ac in semisse*] Quando unus tantum hæres scriptus est, licet ex certa parte hæreditatis, puta triente, semisse, vel etiam minima, is perinde ac si ex toto esse institutus esset, omnium bonorum hæreditatem consequitur. Cæterum magis, ut opinor, ex subtilitate juris & propter regulam, qua nemini partim testato, partim intestato decedere permittitur, quæ etiam mox pro ratione subjicitur, 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 hæreditatem divisisse: quod secus est, si unum tantum institutum proponat in quadrante sive quarta hæreditatis 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 d. regulam, quæ non militum, sed paganorum potestatem coercet, & uno tantum hærede in certa assis parte instituto à pagano, hanc partem reliquas ad se trahere; si à milite, residuum hæredes ab intestato laturos, rectè judicavit D. Viglius: quod & in Græcis Institutionibus disertè expressum est, & tantum non etiam in *l. quæribatur. 19. de test. mil.* Quod si quis solus institutus fuerit, non ex parte aliqua hæreditatis, sed ex re certa, puta ex fundo, perinde quasi simpliciter ac sine ulla rei mentione scriptus esset, & hic bonorum omnium hæreditatem obtinebit, *l. coheredi. 41. in fin. de vulg. & pup.* Nam cum harum rerum quedam inter se pugna sit; successione universi juris cujusmodi est hæreditas, & acquisitionis rei singularis, potestate juris detrahatur rei mentio, & hæredi sic, quasi universaliter institutus esset, succurritur, *l. 1. §. 4. l. 9. §. si duo. 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.*

*Ex parte testatus, ex parte intestatus*] Jus nostrum non patitur, inquit Pomponius, eundem in paganis testato & intestato decessisse, *l. 7. de reg. jur.* quasi hæc duo, testatus & intestatus, inter se naturaliter pugnent, tanquam agentia & negantia, & ideo eidem inesse, aut de eodem subjecto verè pronuciari non possint, ex regula logicorum de oppositione. Et quidem sine manifesta & naturali rerum pugna dici non potest, unum atque eundem in totum aut secundum eandem partem & testatum & intestatum decessisse: at nihil prohibet lex oppositionis, quominus dicamus, eundem testatum & intestatum decessisse, non secundum idem, sed secundum partes diversas. Verum ut hic quoque pugna sit, efficit subtilitas juris civilis, per quam hæres fingitur repræsen-

tare & sustinere personam defuncti: quæ repræsentatio ut est totius personæ, ita & totalis, atque ut est unius, ita & uniformis esse debet: hoc est, ut defunctus pro parte repræsentari non debet, ita nec debet per hæredes diversi generis partim ex testamento partim ab intestato: sed quisquis hæres est, debet in totum subire locum & vicem demortui, eumque repræsentare uno ac simplici successione genere, vel in totum ex testamento, vel in totum ab intestato. Et hoc est, quod scribit M. Tullius *lib. 2. de invent. unius pecunia plures dissimilibus de causis hæredes esse non posse: nec unquam factum esse, ut ejusdem pecunia aliis testamento, aliis lege heres esset.* Cujus rei hanc rationem assertit Gomez. *1. resol. 3. num. 3. & 10. num. 27.* quod absurdum sit per qualitates contrarias, quæ in uno & eodem homine natura esse non possunt, unum & eundem per fictionem, quæ naturam imitatur, §. *minorem. sup. de adop. l. 5. de acceptil. repræsentari, vid. & D. Hotom. hic.* 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 natura 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 testamento militum. Ex hac porro regula descendit, quantum non tanquam ex causa proxima aut adæquata, jus accrescendi inter plures hæredes testamentarios, videlicet ut uno deficiente pars ejus accrescat cæteris, qui hæredes extiterunt, *l. un. C. bis ita. 10. de cad. toll. l. liber homo. 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 factò pro parte intestatus vi ipsa efficiatur, heredique scripto portio emolumenti auferatur, rescisso pro parte testamento per querelam inofficiosi, *l. 15. in fin. l. circa. 24. & l. seq. §. 1. de inoff. test.* Cæterum hoc regulam non subvertit: quippe cui satisfactum est, si ejus, qui testamento jure ab initio factò decessit, hereditas ex testamento adita fuerit; ad ea, quæ postea fiunt, non pertinet, *per l. pen. §. 2. de cast. pec.* Et igitur si quis solus ex certa parte institutus sit, is nihilominus in integrum assensu potestate juris vocatur. 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 cast. pec.* ita nemo quoque in suo testamento cavere potest, ne leges in eo locum habeant, *l. memo. 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. §. si duo. hoc tit. & in l. si quis. 29. ad SC. Treb.* totum testamentum ob eam prohibitionem collabi; utique tamen hæredes ab intestato teneri quasi ex fideicommissò partem testamento expressam restituere heredi scripto, *vid. Gomez. 1. resol. 10. n. 10. & seq. vel rato manente testamento prohibitionem insuper habendam, residuasque partes quantumvis 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. hic. Clar. §. testamentum. q. 74. Christin. vol. 4. decis. 11. n. 6.* Non obstat huic sententiæ, quod *Ulpianus in l. 9. §. si duo. hoc tit.* scribit, & *Vasquius lib. 1. de succ. creat. §. 3. num. 6.* obicit, 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 hanc hereditatem accrescere institutis, ob id aut vitari 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 æquinatæ essent, *d. l. 9. §. si duo. & 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 eriscundæ, *l. ex factio. 35. in pr. eod.* Est tamen & media sententia, quam proponit & tuetur *Salicetus* in *l. 13. C. de her. inf.* & à qua non abhorret doctissimus *Bachovius*, nimirum prohibitionem supra dictam non efficere quidem quominus heres scriptus ipso jure ex asse hæres fiat: cæterum hanc ejus vim esse, ut heres ille partes reliquas, quas accrescere testator noluit, tanquam ex fideicommissio teneatur restituere iis, qui ab intestato ad hereditatem ejus venissent, ducto argumento à simili, quale proponitur *l. 7. l. 17. & l. si quis. 29. ad sen. Treb. & §. 3. 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. §. si duo.* de qua paulo ante. Mediam sententiam excogitavit & *Viglius* noster: sed ille dum fervare 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.

*Nisi sit miles, cujus sola voluntas*] Quæcunque subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent, ea in militaribus testamentis, eorumve interpretatione locum non habere ostendimus supra *tit. de mil. test.* Inter hæc autem est & regula proposita, quæ prohibet eundem 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 sit legitimis heredibus, *l. 6. de test. mil. l. 2. C. eod.* quod & tunc obtinere credimus, quando unus heredem scripsit ex parte aliqua hereditatis, *par. l. querebatur. 19. d. tit.* Sed et si plures heredes instituerit, & unus omiserit hereditatem, pars omissa ad alios non redibit, sed deferetur heredibus ab intestato, nisi contraria ostendatur militis voluntas, *l. si duobus. 37. eod.*

Et quod juris est in portione bonorum, hoc idem obtinet & in temporis spatio, ut usque ad certum tempus vel ex certo tempore heredem miles instituere possit, ut quo tempore heres scriptus non est, intestati hereditas deferatur, *l. 15. §. 4. l. miles ita. 41. in pr. eod. vid. Duar. ad tit. de test. mil. cap. 4. Sich. ad l. 1. 2. & 3. C. eod.* In Belgio generali consuetudine passim receptum est, ut unicuique liceat partim testato, partim intestato decedere contra dispositionem juris Romani. *D. Gros. 2. man. cap. 18. Gudolin. 2. de jur. noviss. cap. 5. Christin. vol. 1. decis. 51. num. 48. & seqq. & decis. 312. & vol. 4. decis. 10. num. 3. Zypa. nor. jur. Belg. de testam. in pr.* Unde quaesitum est, an per hoc ceteri debeant 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. querebatur. 19. de test. mil. l. 2. C. eod.* idque etiam fatetur *Christin. d. decis. 312. & Gudolin. d. loc.* quoniam, ajunt, in hujusmodi casibus jus accrescendi non ex conjunctione aut voluntate testatoris, sed ex legis potestate proficiscitur. Idemque hæud 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 *§. si eadem. 8. inf. de legat.* Ego idem dixerim & si singulis singule 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 legitimis heredes pertinere. Sed & si, verbi gratia, plures simpliciter instituti sunt, aut in eandem partem hereditatis vocati, & unus defecerit, adhuc dicendum videtur, non aliter partem deficientis jure consuetudinario cæteris 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. si duobus. 37. de test. milit.* 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 quaeritur, ad fratrem institutum pervenire, portio deficientis 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. Gros. 2. manuduct. c. 23. Gudolin. d. c. 5. Christin. d. decis. 51. n. 48.* ac plerisque persuasum fuit, etiam olim in testamentis militum, quamvis hi pro parte testati & pro parte intestati decedere poterant, id obtinuisse, nisi heredes legitimi de contraria voluntate testantis docuissent, *arg. l. 1. C. de test. mil.* in dubio enim hanc præsumptionem fuisse. Quod miles uti voluerit jure communi. Qui perspicuus error est: nec veterum hanc sententiam fuisse apparet, ex *d. l. 37.* Nam positum, quod jus accrescendi ideo in militis testamento cessat, quia militi

milli concessum, ut possit pro parte testato & pro parte intestato decedere; etiam ubi iure communi id permilsum est, idem est dicendum, *uid. Anton. 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. num. 100. & lib. 3. de succ. creat. §. 24. num. 41. & multa sequq.*

## TEXTUS.

De portionibus singulorum hæredum. Si testator assem non diviserit, aut partes in quorundam persona non ultra assem expresserit.

6. Si plures instituuntur heredes, ita demum in hoc casu partium distributio necessaria est, si notis testator, eos ex æquis partibus heredes esse. Satis enim constat, nullis partibus nominatis, ex æquis partibus eos heredes esse. Partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, siquidem aliqua pars assignaverit, ex ea parte heres fit. Et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eadem partem concurrunt. Si vero totus as completus sit, si, 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, qua vacat.

## NOTA.

6. Nullis partibus nominatis, ex æqui] l. 9. §. 12. hoc tit. fac. l. 19. §. ult. de leg. 1. Illud tamen tenendum, conjunctos unius tantum personæ potestate fungi, v. g. si testator ita dixerit, Titius hæres esto, Sejus & Mævius heredes sunt. Aut sic, Titius & fratris mei filii heredes sunt. Hic conjuncti unum semissem, Titius alterum habebit, l. 15. pr. l. 59. §. 2. hoc tit. l. 34. de leg. 1. l. un. §. 10. C. de cad. toll. nisi celeritatis gratiâ conjunctio facta doceatur, l. 66. hoc tit.

Si verò totus as completus] l. 17. pr. §. 3. & 4. eod. Breviter, qui sine parte scriptus est, vacantem portionem, vel alium assem occupat, l. ult. sec. tab.

In dimidiam partem] Id est, in semissem reducta ratione ad solennem assis distributionem: alias in alterum assem: eadem enim proportio est.

## COMMENTARIUS.

1. Inter institutos sine partibus pariter hereditatem dividi, etiamsi testamento non factò inæqualiter fuissent successuri.
2. Quantum, expleto dupondio, qui sine parte scriptus est, habere debeat.
3. Perperam Hotomannum in l. 17. §. ult. hoc tit. pro scripente substituere tressem.
4. Qua in re error Hotomanni maximè conspicuus.

Intelleximus, quid juris sit, si unus tantum hæres scriptus proponatur, nimirum eum & solum hære-

dem fore, atque ex toto asse; non tantum, si simpliciter aut sine parte scriptus sit, verum etiam, si ex parte duntaxat hæreditatis, atque aded, si ex certa aliqua re. Pergit nunc hoc §. & 2. sequq. docere Imperator, quid fiat pluribus hæredibus 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 hæreditatis instituti, quidam indefinitè seu sine partibus: tertius, si omnes partibus expressis.

Nullis partibus nominatis ex æquis partibus] Hic primus articulus est, qui omni caret scrupulo propter evidentiam voluntatis testatoris, qui, si institutos voluisset impariter succedere, partes utique expressisset, l. 9. §. hæredes. hoc tit. qua de causa idem quoque servatur in re pluribus non expressis partibus legata, l. 19. §. ult. de legat. 1. Quia etiam eandem voluntatis interpretationem, æqualemque partitionem sequimur, & si qui sine partibus instituti sunt, non factò testamento in stirpes aut portionibus inæqualibus, ab intestato fuissent successuri: quia testamento factò jam non jure proximitatis aut representationis veniunt, sed titulo & jure institutionis ex iudicio & 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. Mamie. 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. planè. 34. de legat. 1. l. un. §. his ita. 10. vers. fin. verò. C. de cad. toll. veluti in hac institutione; Titius hæres esto; Sejus & Mævius heredes sunt; semissem Titius & tantum Iolus feret, quantum duo conjuncti, Sejus & Mævius, l. liber homo. 59. §. 2. hoc tit. Conjuncti etiam, & vel maximè, sunt, qui nomine colectivo instituuntur, l. 13. in pr. eod. l. ult. in fin. C. de impub. & al. subst. de cujus conjunctionis potestate Mamie. d. loc. num. 12. & 2. sequq. Vasq. lib. 3. de success. prog. §. 21. num. 33.

Partibus in quorundam personis expressis] Hic articulus secundus est, & complexitur tres casus: nam partes adscriptæ aut non exæquant assem, aut exæquant, aut superant: duo priores hic tractantur, tertius, §. 8. Primum quod attinet, ait, si partibus in quorundam personis expressis adhuc aliquid assignaverit, id quod superest, eum vel eos, quibus pars appositæ non est, habituros; verbi causa, si duo scripti sint ex quadrantibus, tertium sine parte scriptum, quod ex asse reliquum est, & nimirum semissem, ablatum. Hoc & Ulpian. l. item quod. 17. in pr. eod. atque omni dubio hic item casus caret. Secundus est, si partes nominatæ assem exæquant sive expleant; de quo sic breviter hic Imperator; Si totus as completus sit, si, qui nominatim expressas partes habent, in dimidiam partem vocantur, & ille vel illi omnes in alteram dimidiam. Nimirum cum asse expleto alius sine parte hæres scriptus est, hic, quia ad nullam residuam assis partem restringi potest indefinitè scripti institutio, verisimile est testatorem ad novum assem sive ad dupondium transire voluisse, atque in uncias 24. hæreditatem distribuere. Et consequenter ergò, qui sine parte scriptus est, in alium illum assem venit, aut si plures, omnes in eundem, d. l. 17. §. 3. & 4. vel si dupondius ad assem revocetur, quo respexit Justinianus,

nus, venient indefinitè scripti in semissem: eadem enim utrobique proportio est. Similiter si quis dupondium distribuerit, & tertium sine parte hæredem scripserit, ad tripondium transitum fecisse intelligitur: & idèd, qui sine parte institutus est, in tertium assem veniet, si ve re ad unum assem revocata in trientem, §. 8. *inf. eod.* 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, si ve qui distributione testatoris ad solennem unius assis rationem redacta efficiat semissem totius hæreditatis, 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 duntaxat, quæ, ratione ad unum assem revocata, efficiat illius assis trientem, atque in distributione testatoris si ve in tripondio uni assi si ve 12. tantum uncias ἀνάλογως respondeat. Non est igitur ferenda Francisci Hotomanni confidentia, qui locum istum Jurisconsulti mendosum esse contendens, pro trientem reponi vult tressem, vel tripondium; quasi Jurisconsultus ita scripserit, *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 si ve pro uncis 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 quandam sententiam, cujus junior adhuc auctor fuit, & quam refricuit jam senior, summaque ope defendere conatus est, lib. 8. *obs. c. 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 cum, qui sine parte scriptus est, tripondio ad assem revocato semissem ferre debere; nec rationem pati, ut hic tantum trientem, ille semissem ferat. Igitur Hotomannus cum huic opinioni suæ videret obstare d. 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 proportionem suam 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 discribitur, eo minus singuli ex toto ferant necesse est. Accidit hoc item in distributione hereditatis: ac proinde si hereditas distributa fuerit in uncias si ve partes 36. ut in quaestione 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 solennem reducta unam unciam proportionem respondere duabus in dupondio, tribus in tripondio si ve tresse? Sumamus exempla facillima & prope puerilia cum Hotomanno. *Primus ex 12. uncis heres esto. Secundus heres esto.* Hic Secundus sine parte institutus habebit duodecim uncias. *Primus ex duodecim uncis, Secundus item ex 12. uncis heredes sunt.* Tertius quoque heres esto. Hic Tertius itidem habebit 12. uncias, sed quæ in asse juris non tantum efficiant, quantum casu priori: illic enim singulæ semunciam, hic binas solum sextulas si ve tertiam uncie partem valent. Error Hotomanni in reductione & deductionibus 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 uncie 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 deductionem cum cæteris pati debet: ideoque in proposito si tres asses distributos ad unum redigere volumus, binæ reductiones, totidemque gradatim & pares in singulorum portionibus deductiones fiant. Prima fit tripondii ad dupondium, in qua singulis detrahenda pars tertia, id est, uncie 4. altera dupondii ad assem, in qua singulis, ut as relinquatur, detrahenda est dimidia. Denique eadem ἀνάλογως ratio est, cum dupondio superato aliquis sine parte scribitur, & cum dupondio non superato, sed expleto tantum: itaque ut illic in id, quod tertio assi deest, sine parte scriptus vocatur, l. *Sabinus. 18. eod.* ita hic integrum quidem assem tertium, at nihil amplius capere debet, *add. Ant. Fab. 5. conj. 20. Bachov. in Transl. vol. 2. disp. 11. thes. 4.*

## T E X T U S.

Si pars vacet, aut exuperet.

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 tacitè pro hereditaria parte accedere, & perinde haberi, ac si ex tertiis partibus heredes scripti essent. Et ex diverso, si plures heredes scripti in portionibus sint, tacitè singulis decrescere; ut si*

(verbi

(verbi gratia) quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sint, perinde habeatur, ac si unusquisque ex quarta parte heres scriptus fuisset.

NOTÆ.

7. Ex quarta partibus] Id est, singuli ex quadrante, seu tribus unciiis. Et ita quoque, quod mox sequitur, ex tertiis partibus, id est, ex tricientibus, sive unciiis quatuor.

COMMENTARIUS.

1. Explicatur constitutio Justiniani in l. 23. C. de legat.

**H**ic locus pertinet ad articulum tertium, cum heredes omnes instituti sunt ex certis partibus. In hoc articulo si testator solennem assis distributionem fecerit, 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, queri 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 unciiis. Ait, vacantem partem. Id est, quadrantem reliquam, sive tres uncias, quæ assis desunt. Pro hereditaria parte. Hoc clarius apparet, cum adscriptæ fuerint inæquales; veluti si testator ita dixerit, Titius ex quadrante, Maevius ex semisse heredes sunt. Hic enim ex tribus unciiis, quæ assis explendo desunt, una Titio, duæ accrescunt Maevio, 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.

Si quatuor ex tertiis partibus, &c.] Hoc est, si quatuor instituti sint singuli ex triente sive ex unciiis quatuor. Tacite singulis decreverat. Pro parte item hereditaria, ut quadrantem singuli in asse ferant. Et igitur si duo scripti sint, Primus ex 12. Secundus ex 6. unciiis, Primus ex sententia veterum habebit hereditatis bessem, Secundus trientem, d. l. 13. §. sed si. 4. hoc tit. Et ἀνάλογως, si Primus ex 12. Secundus ex 8. aut 9. scripti sint, portio Primi major erit sesquuplo vel epiritito, quam Secundi: à qua tamen veterum sententia videtur recessisse Justinianus, l. cum quaestio. 23. C. de legat. nisi dicamus cum Donel. lib. 6. comm. c. 22. interesse utrum asse sive duodecim unciiis Primo relicta, mox semis aut sex uncia Secundo relinquatur simpliciter, an sex uncia ut dimidia nominatim ejusdem rei aut totius quod relicta est. Et hoc posteriore casu locum duntaxat esse constitutioni Justiniani, qui & initio speciem ita proponit; priore non item. In quo Donello assentior; nam prior casus, de quo nulla inter veteres dissensio, Justiniani decisione non indigebat. Illud addo, posse & aliam rationem in re proposita iniri, ut progressus fiat ad dupondium, & singulis pro portione 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. si ita. 47. §. 1. l. ex unciiis. 87. hoc tit.

TEXTUS.

Si plures uncia quam duodecim distributæ sunt.

8. Et si plures uncia, 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 plurimum unciarum.

COMMENTARIUS.

1. Casus aliquot hic omitti reconsultur.

**R**ectius hic §. subjectus foret §. 6. propter convenientiam propositorum in utroque casuum, qui ad eundem articulum, atque ex tribus, in quos præfens dispositio divisa est, ad secundum pertinent, nempe cum quidam definite, quidam indefinite scripti sunt, ut in explicatione nostra illic videre licet.

Quod dupondio deest] Eadem ratio est in secundo asse, quæ in primo: & ideo quemadmodum asse non expleto, is qui sine parte scriptus est, vocatur in id, quod deest assis, 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 ex unciiis VIII. Secundus item ex VIII. Heredes sunt. Tertius heres esto. Hic Tertius, item octo uncias, quot dupondio desunt, feret. Eadem ratione, si ita scripserit; Primus ex sex, Secundus ex octo heredes sunt. Tertius heres esto. Tertius decem, quæ supersunt in dupondio, habebit, l. ex unciiis. 87. hoc tit. Quod si partes, uti fit, ad unum assem revocamus, in priori specie singuli trientem, in posteriore Primus quadrantem, Secundus trientem, Tertius sine parte scriptus quincuncem feret.

Idemque erit, si dupondius expletus sit] Expletus videtur dixisse pro superato; neque enim hic de expleto asse aut dupondio queritur, sed de superato; qui casus ab illo diversus est: quanquam utriusque eadem ratio, l. 17. §. ult. eod. & tam is, qui asse aut dupondio expleto alium sine parte 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. Sunt & alii casus, qui ad institutam disputationem pertinent, à Triboniano omitti, & 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. coheredi. 41. in fin. de vulg. & pup. de quo dixi §. 5. sup. eod. 2. Si plures instituti omnes item ex re certa: atque hoc casu similiter mentio rei & partium quoque nominatarum potestate legis detrahitur, etiam tunc cum ex partibus rei inæqualibus instituti sunt, nisi aliud suadeat manifesta voluntas testatoris: tunc enim partium

expressio valebit ad rerum divisionem, ut officio iudicis familiarē erciscundæ pro rata portionis, quam cuique in rebus assignavit testator, hereditas singulis adjudicetur, l. 9. §. si duo. l. 10. junct. l. ex factis. 35. in pr. eod. 3. Si plures instituti, eorumque quidam ex re certa, quidam simpliciter aut ex parte hereditatis. Hoc casu placuit solos hæredes fieri, qui simpliciter aut ex quota, uti loquuntur, scripti sunt, ex re singulari scriptos legatariorum loco esse, l. 13. C. eodem. 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 cogit, ut mentionem rei, ex qua unus aut plures scripti sunt, detrahamus, cum rem illam habere possint tanquam 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 ante mortui sint, tunc ex communi opinione Doctorum diff. 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. num. 13. Grass. §. institutio. quest. 22. num. 3.

## TEXTUS.

## De modis instituendi.

9. Hæres & purè & 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 hæres esto. Denique diem adjectum haberi pro supervacuo placet, & perinde esse, ac si purè hæres institutus esset.

## NOTÆ.

9. Sub conditione] V. C. Titius hæres esto, si Mavianam uxorem duxeris. Hic institutio, in pendenti est, & si quidem extiterit conditio, vires capit, ac conditionis eventus retrotrahitur ad tempus mortis, ut perinde habeatur, ac si pure facta esset institutio: si conditio defecerit, institutio evanescit, deferturque hæreditas ab intestato. l. 26. de cond. inst. fac. l. 8. de por. & com. rei vend. l. 11. §. 1. qui pos. in pign.

Ex certo tempore, &c.] Ratio est, quia regula, quæ vetat eundem in paganis testato & intestato decedere, etiam in spatio temporis locum habet. l. 41. de test. mil. l. 8. C. eod. ubi quod traditur, est ex prærogativa privilegii militaris. Cessat autem in conditione, cujus eventus retrotrahitur. Conditionem facit etiam dies incertus, l. 75. de cond. & dem.

Usque ad calendas] Occurrit hic etiam specialis ratio, quia juri nostro non convenit temporalem hæredem habere, l. 7. §. 10. de minor. l. 88. h. 1.

## COMMENTARIUS.

1. Captatoria institutio qua veteribus dicta.
2. Svos heredes omnes sub alia conditione institui non posse, quam qua in eorum sit potestate.
3. Diem certum institutioni adjectum, sive ut terminum à quo, sive ut terminum ad quem, pro supervacuo haberi.
4. Cur dies certus institutioni adjectus, ut terminus à quo, non suspendat institutionem similiter, ut adjecta conditio.
5. Moribus hodiernis hujusmodi subtilitates insuper haberi.
6. Intestamenti diem omnem incertum conditionem facere.
7. 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 indicat. Ante quorum explicationem movendi sumus, ad formam institutionis omnino pertinere, ut ea verbis fiat, usque idoneis, ut ex iis liquere possit voluntatis intentio; quamvis quibus verbis fiat, imperativis sive directis, an inflexis nihil referat, l. 15. C. de testam. & ibi DD. Deinde ita fieri debere, ut de persona heredis certo constare possit, vel ex nomine, vel ex indubitabili signo; alioqui vitari institutionem, l. 9. in pr. junct. §. si quis. 8. & saq. l. in tempus. 62. §. 1. hoc tit. l. 4. C. eod. Item inutilem esse institutionem, si testator non certo consilio heredem scribat, aut quid alienum captet. Unde improbata veteribus tum institutio, quæ in alienam voluntatem confertur, veluti, si quis dixerit, Quos Titius volueris, heredes sumo. l. illa institutio. 42. l. si quis. 68. eod. tum captoria, quæ fit captandæ alienæ hereditatis causa, cum testator suam hereditatem tanquam in hamo defert, ut allecet alienam; puta hoc modo, Quæ ex parte Titius me heredem faciet, ex eadem mihi hæres esto, l. captatoria. 70. cum l. saq. eod. l. captatoria. 64. de legat. 1. cujusmodi institutiones etiam in testamentis militum improbantur, l. 11. C. de test. mil. Hoc autem modo concepta institutio valet, Quæ ex parte Titius me heredem fecit, ex eadem hæres esto. Quoniam in præteritum collata est, neque ad captandum, sed ad remunerandum comparata, l. illa autem. 71. l. Clemens. 81. §. 1. h. tit. Sed nec institutiones, quæ mutuis affectionibus judicia provocaverunt, pro captatoriis habentur, d. l. captatoria. 70. eod. Valent itaque haud dubie & mutue conjugum institutiones. D. Taldem. in C. de test. mil. n. 9. ubi obiter refellit Jo. Deckherum hanc sententiam oppugnantem lib. 1. differt. 7. De captoria institutione eleganter Menoch. consil. 408. Ans. Fab. C. suo de hered. inst. desin. 31. post Cujac. 16. obs. 11. Duar. c. 3. hoc tit. Nunc accedamus ad explicationem textus.

Sub conditione institui potest] Conditio est adjectio, quæ in futurum eventum, quod dari, aut fieri volumus, suspenditur: eaque vel possibilis est, vel impossibilis. Impossibilis inutiliter institutioni adjicitur & pro non scripta

scripta habetur, de qua 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. Solum persona filiiam excipitur, qui vetatur sub alia conditione heres institui, quam quæ in illius potestate sit, nisi sub contraria conditione exheredetur, ne, si conditio deficiat, reperitur contra legem præteritus, l. 4. §. 6. l. jam dubitari. 86. hoc tit. l. 15. l. ult. de cond. inst. Tantundem nunc dicendum de cæteris liberis, qui in potestate sunt, & sui heredes, postquam hi omnes filiam exæquati, §. 5. sup. tit. Falluntur ergo DD. qui putant, ita nunc jus 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. quoniam. 32. C. de inoff. testam. Non enim animadvertunt agi isto loco non de liberis institutis, sed exheredatis, quibus aliquid pro legitima relicta sit. Nam Justinianus cum in l. omni modo. 30. §. 1. seq. C. cod. jussisset cessare querelam inofficiosa, si quid liberis, omnino relicta esset, supplerique, si minus relicta, 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 arbitrato repletur, in d. l. quoniam. Quæ mox sequitur, superiorum sanctiones temperat, easque sic vult obtinere, ut liberi portionem legitimam plenam consequantur, & sine ullo gravamine aut mora. Novissime voluit & ritulo institutionis legitimam relinquere. Nov. 115. c. 3. de quo plura tit. 18.

Ex certo tempore aut ad certum tempus non potest] Hujus rei explicatio plus difficultatis habet. Ait, Ex certo tempore, &c. quibus verbis tacite inauditur 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 illico videbimus. Certum dicimus, cum certum est & venturum esse, & quando venturus sit. Hic dies bisariam institutioni forte apponi potest; vel ut terminus ad quo, veluti, Post quinquennium quam moriar, heres esto; vel ut terminus ad quem, veluti, Usque ad quinquennium heres esto. Neutro autem modo apponitur utiliter. Et 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. hereditas. 34. hoc tit. Hereditas, inquit, ex die vel ad diem non recte datur, sed visio temporis sublato manet institutio. Quod dies tollitur, benevolentia est, ne pereat ultima defuncti voluntas. Quod die non sublato subsistere nequeat institutio; ex regula, qua vetatur idem in pagani testato & intestato decedere, proposita & ad nobis exposita. §. hereditas. 5. sup. cod. Neque enim ad portionem bonorum tantum, verum etiam ad temporis spatium ea regula pertinet, l. miles ita. 41. in pr. de test. mil. Peculiaris quoque ratio est, cum dies adijcitur tanquam terminus ad quem; quia juri nostro

non convenit, temporalem heredem habere; sed is, qui semel heres extitit, semper heres maneat necesse est, l. 7. §. sed quod. 10. de minoribus. l. si qui. 88. hoc tit. De altero illo quæserit 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 adijcitur, jurisque effectum suspendat, ea deficiente nihil actum ut intelligatur, existente perinde habeatur, ac si ab initio res sine conditione gesta esset. l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 11. §. 1. qui pot. in pign. Proinde cum heres sub conditione institutus est, in pendentem est tota dispositio testatoris, & siquidem defecerit conditio, nulla dispositio facta intelligitur, statimque defertur hereditas ab intestato; si extiterit, eventus ejus retrahitur ad tempus mortis, ut quod sub conditione dispositum est, pure dispositum intelligatur, l. si pupillus. 26. de cond. instir. Dies vero certus diversæ naturæ est, primum in hoc, quod nunquam suscipit vim aut effectum juris; tantum ad hoc utile rei alicui, veluti legato aut stipulationi, adijcitur, ut remoretur executionem, §. 2. inf. de verb. obl. l. cedere diem. 213. de verb. sign. l. 17. de reg. jur. l. si dies. 21. quand. dies legat. Quod si ergo heres ex certo tempore institutus præter id tempus heres esse impediatur, dies operatur præter & contra suam naturam suspensio juris effectum, ideoque statim potius admittendus, præsertim cum certum sit, diem extitutum esse, quod secus est in conditione. Ita post Jacob. de Arst. Barr. & Bald. disputat Gomez. 1. resol. 2. n. 8. Deinde & in eo differentia est, quod dies non ita, ut conditio, existens retrahi potest, hoc est, quod aditio post diem existentem facta non potest conjungi & continuari cum tempore mortis testatoris, quam tamen continuationem jus requirit, l. heres. 54. de acq. her. l. omnis. 138. de reg. jur. nisi toto intermedio tempore subducto: nam si id tempus manere volumus, ut adjectum utiliter, jam non suspendimus institutionem, ut nullus interim heres sit; sed causæ intestati interim locum facimus: quod juris ratio non patitur. Nostri & Gallorum mores hujusmodi subtilitates averfantur: sed uti receptum est, ut unicuique pro portione bonorum & testato & intestato decedere liceat, ita & ad tempus quisque heredem facere potest, & ex certo tempore, ut aut post tempus, aut antequam dies veniat, intestati hereditas deferatur; quod juri civili Romanorum solummodo ex privilegio obtinebat in testamentis militum, l. 15. §. 4. l. miles. 41. in pr. de test. mil. vid. notat. sub §. hereditas. 5. sup. cod. Hæc dicta sunt de die certo. Dies incertus aut prorsus & simpliciter talis est, eum scilicet neutrum horum apparet, nec an venturus sit, nec quando; veluti si ita testator dixerit, Titius heres esto, cum consulatum inieris; cum uxorem duxeris, aut secundum quid, cum alterutrum incertum est; & vel ignoratur, an venturus sit duntaxat: veluti si ita scriptum sit, Titius cum eris annorum quatuordecim, heres esto: vel 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. dies. 75. de cond. & dem. cujus definitio-

finitionis hæc sententia est, ut conditio testamento adjecta non detrahatur sed suspendit dispositionem, ita & dies incertus; atque ut existente demum conditione vires accipit dispositio, ita & existente demum die incerto. Et siquidem vel utrumque ignoretur, an dies venturus sit, & quando, vel etiam unum illud, an sit venturus, dubium non est, quin hujusmodi dies pro conditione sit, *l. si dies. 21. & l. seq. quand. dies leg.* At si certum sit, extitutum esse, ignoretur autem quando; hic referre puto, utrum dies appositus sit extraneo, an ipsi hæredi. Si extraneo, puta hoc modo, *Titius hæres esto, cum Sempronius morietur*, diem pro conditione esse; quia fieri potest, ut hæres scriptusante Sempronium moriatur: quo argumento tale legatum conditionale esse defenditur, *Hæres meus, cum morietur, Titio decem dato, l. 1. §. 2. de cond. & dem. l. 4. in pr. quand. dies leg.* Si vero ipsi hæredi adscriptus sit, veluti, *Titius, cum morietur, hæres esto*, non puto conditionem facere: quia nec si legatario adscribitur, facit *d. l. 4. §. 1. l. hæres meus. 79. in pr. de cond. & dem.* & ideo institutioni adjectum quasi diem certum, qui vivente adhuc hærede omnimodo extitutum 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. hæres meus. 79. de cond. & dem.* & in *d. l. 4. §. 1. quand. dies leg. cod.* Singularis casus institutionis ex die incerto est, cum quis instituitur in tempus capiendæ hæreditatis, *l. in tempus. 62. h. t.* qui tamen casus à doctioribus omnibus restringitur ad eos qui non simpliciter incapaces sunt, sed secundum quid; quales sunt orbi, cœlibes; quos procul dubio hæredes 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. in tempus*. sic temperandum existimat, ut locum habeat, cum incapacitas est ex parte instituti duntaxat, non etiam simul ex parte testatoris: nam spuriam hoc modo; *cum capere poteris*, à patre institui non posse. De illo quæsitum est, si, verbi gratia, uxori bonorum omnium usufructus legatus sit, & post mortem ejus Titius hæres institutus, an legatum valeat. Et multis visum est, tale legatum esse inutile; quoniam dies usufructus legati non prius cedit, quam hæreditas adita sit, *l. un. §. 2. quand. dies usufr. leg. cod. l. 2. & 3. quand. dies legat. l. un. §. libertatibus. 6. C. de cad. toll.* in proposito autem hæreditas adiri nequit, quamdiu uxor vivit, eo quod dies incertus pro conditione est; nec potest confirmari legatum usufructus adita post mortem uxoris hæreditate, quia usufructus morte extinguitur. Pluribus tamen visum est valere, quibus assentior. Et enim in casu proposito institutio hæredis conditionalis non est, sed pure in proprietate facta ex mente testatoris intelligi debet, utpote qui legatum purè debere voluit, nec credendus est elegisse viam, per quam dispositio ejus evertatur, contra *l. Gallus. 29. §. 1. de lib. & post. l. 3. de test. mil.* Poterit itaque hæres institutus statim hæreditatem adire eamque transmittere, quia mortis tempus adjectum non est ad infringendam institutionem, sed ne hæres interim turbet uxorem in usufructu. Quid si hæ-

res institutus adire vivente uxore nolit? Possè eam in casu proposito de facto uti & frui Baldus respondit in *l. extraneum. C. hoc tit.* sed tutius est, ut iudicis officium super hoc imploret, *vid. Covar. 2. var. res. 2. num. 5. Gail. 2. obs. 143. n. 2. Grass. §. legatum. q. 23. n. 2. Mant. de conj. ult. vol. lib. 4. tit. 5. num. 22. Jo. del Castill. tract. de usufruct. cap. 8. num. 23. & seq. D. Jac. Coren. consil. 15.*

## TEXTUS.

## De conditione impossibili.

10. *Impossibilis conditio in institutionibus & legatis, nec non in fideicommissis, & libertatibus, pro non scripta habetur.*

## NOTÆ.

10. *Impossibilis conditio*] Cui similis, quæ quid continet, quod pugnat cum bonis legibus aut moribus, *l. 14. & seq. de cond. inst.* perplexa tamen, *ἀνυπό* vitiat institutionem, *l. 16. cod.*

## COMMENTARIUS.

1. *Conditionem ἀνυπό, aut difficilem propter persona cui apposta est, qualitatem, &c. pro impossibili non haberi.*
2. *Ultimas voluntates appositione conditionis impossibilis non vitari; conventiones contra & cur tam vana.*
3. *Dispositionem hujus §. auctore Grotio, non convenire moribus nostris.*
4. *Conditioni impossibili similem esse eam, qua quid turpe continet, & ideo hanc quoque pro non scripta haberi in ultimis voluntatibus.*

**I**mpossibilis conditio est, definitore Justiniano, cui natura impedimento est, quo minus existat; veluti, *si digito caelum tetigeris, §. impossibilis. inf. de iur. stip.* Sed & quæ facta natura & per se possibilia sunt, postulat casu ut adjectione temporis fieri impossibilia: veluti, exigere pecuniam, monumentum facere, Gadibus Romam pervenire, sunt *divani*. at exigere pecuniam à se, monumentum post mortem testatoris in triduo proximo facere, biduo Gadibus Romam pervenire, *adivani*. 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, *l. 1. l. 6. l. mulier. 20. de cond. inst.* nisi fortè conditio sit *ἀνυπό*, 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. si Titius. 16. de cond. inst.* Sed & in alia quavis ultima voluntate, puta legato aut fideicommissio conditio impossibilis pro non scripta est, *l. 12. §. 1. l. ab omnibus. 104. §. 1. de legat. 1. l. 5. §. 4. quand. dies leg.* generaliter enim quicquid in testamento scriptum impossibile est, placet nullam vim habere, *l. si Maria. 45. hoc tit. l. 3. de cond. & dem.* Planè conditio difficilis huc non pertinet, quantumvis propter personæ, cui apposta est, qualitatem aliamve causam videatur impossibilis: sed nisi conditioni pareatur, relictum in testamento non capitur. Finge libertatem servo relictam hac con-



condicione, si heredi millies 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 tempore is, cui libertas datur, vivere vix possit; veluti si seruo quatuor annos nato libertas detur cum erit annorum centum: de quo vid. Franc. Amaya lib. 2. obs. jur. cap.

2. 11. Alio autem jure utimur in stipulationibus & conventionibus; quippe quæ nullius momenti sunt, & in totum vitiantur apposita condicione impossibili, §. si impossibilis. inf. de inut. stip. l. 7. de verb. obl. l. non solum. 31. de obl. & act. ubi etiam diversi juris indicatur ratio; nimirum quia manifestum est, eos, qui in contrahendo apponunt aut apponi patiuntur conditionem, quam sciant esse impossibilem, non esse hoc animo, ut le aut alios sibi obligent, sed joculari, ludere, omnino ea cogitatione esse, ut nihil agerent. 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 hæredi fraudi sit, cui nihil imputari potest, neve alia bene recteque constituta evertantur, arg. l. 1. de cond. inst. D. Grotio videtur hanc interpretationem minus convenire moribus nostris: Nam cum in his regionibus omnem supremam dispositionem interpretemur secundum id, quod proprius vero est sensisse testatorem, nobis hujusmodi institutionem potius pro ridicula & nulla habendam esse, ut etiam ipsi Romani in cæteris causis id intellexerunt, dempta ultima voluntate. Impossibili conditioni similis est conditio turpis, quam interpretes vulgo ut speciem impossibili subjiciunt, & appellant impossibile de jure. Ea est, quæ quid continet, quod pugnat cum pietate, bonis legibus aut moribus. Nam, ut bene & piè Papinianus noiter in l. filius. 15. de cond. inst. *Qua facta laudunt, pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & generaliter, qua contra bonos mores sunt, ea nec facere nos posse credendum est.* Et ideo etiam, si quid ejusmodi testamento insertum sit, id perinde ac si quid impossibile adscriptum esset, placet pro non scripto haberi, l. conditiones. 14. de cond. inst. veluti, *Si ab hostibus patrem suum non redemerit; Si parentibus patronove suo alimenta non præstiterit.* Paulus scribit, hujusmodi conditiones remittendas esse, l. 9. d. tit. quod effectu juris eodem recidit: capitur enim semper hæreditas legatumve perinde, ac si adjectæ non essent. Planè filius, qui in potestate est, sub tali condicione heres scriptus, testamentum patris infirmat, ac si conditio non esset in ejus potestate, d. l. 15. eod. quod etiam ad cæteros suos hæredes nunc transferendum est, per ea, quæ sub §. præc. Pacta quoque & stipulationes turpi condicione apposita nullius momenti sunt, uti juris esse diximus, cum his apponitur conditio impossibilis de facto, l. generaliter. 26. l. stipulatio. 61. de verb. obl. l. 4. C. de inut. stip.

## TEXTUS.

De pluribus conditionibus.

11. Si plures conditiones in institutionibus adscriptæ sunt, siquidem conjunctim, ut patet, Si

illud & illud factum fuerit, omnibus parendum est: si separatim, veluti, Si illud, aut illud factum erit, cuilibet conditioni obtemperare satis est.

## COMMENTARIUS.

Docent nos dialectici, copulatae 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 institutio adscriptæ sint, omnibus parendum esse, ut scilicet verificetur tota enunciatio, & institutio purificetur; quod & Paulus tradidit l. 5. de cond. inst. & Scævola de stipulatione eodem modo concepta, l. si quis. 129. de verb. obl. Ait; omnibus parendum est. Parere, obtemperare dicimur conditioni, quando eam implemus, & propriè hæc enunciantur de ea condicione, quæ posita est in nostra potestate, quam quoties volumus, implere possumus, nonnunquam tamen & ad earum conditionum impletionem referuntur, quæ positæ sunt in eventu, ut in l. 2. de cond. & dem. & sic quod hic traditur, pluribus conditionibus conjunctim adscriptis, omnibus parendum esse, etiam ad plures conditiones, quæ ex casu pendent, copulatas pertinere, sciendum est, nec sufficere ad delationem hæreditatis, unam existere aut impleri, sed omnium impletionem expectandam: quippe 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 appositis sufficere extitisse unam: arg. l. si plures. 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. si quis. 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 liber voce divulsa, id est, cui placet. Theop. et à Bule. 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. §. item si. 5. quand. dies leg. l. jura. 24. de cond. & dem. l. in jure. 161. de reg. jur. & ibi doctissimè Pet. Fab.

## TEXTUS.

De his, quos nunquam testator vidit.

12. Is, quos nunquam testator vidit, hæredes institui possunt; veluti si fratris filios peregrinantes, ignorans qui essent, hæredes instituerit. Ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit.

## COMMENTARIUS.

1. *Moribus multorum locorum nunc ad substantiam testamenti hæredis institutionem non desiderari: quibusdam in locis ne locum quidem habere.*

**E**tiam qui nobis ignoti sunt, hæredes à nobis institui possunt, modo ne ex alio capite sint incapaces, puta quia peregrini, *l. extraneum. C. hoc tit. l. quidam. 46. eod.* Poterat duplex hic esse dubitandi causa, tum quod certum esse debet consilium testatoris, certa que persona institui. *Ulp. tit. 22. §. 3.* tum quod eos ferè hæredes institui 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 optimè ei velit, vel propter sanguinis necessitudinem, ut in exemplo proposito, vel propter famam virtutis eruditionisve.

*Peregrinantes*] Peregrini, non peregrinantes, hæredes institui vetantur, *l. 1. C. hoc tit.* Notissima autem est inter hæc duo differentia: peregrini enim civibus opponuntur. Jam vero Romani privato jure constituerunt, ne quisquam qui civis non sit jus capiendæ hæreditatis habeat. Qui autem ex civibus peregrinantur, hoc est, peregre degunt, extra patriam suam in peregrinis regionibus versantur, studiorum fortè aut quæstus gratia,

vel ut diversos hominum mores cognoscant, urbes ve videant opulentas, cum hi cives esse non desinant, nulla ratio est, cur non à suis domi hæredes institui possint, licet de facie testatori noti non sint. Cujacius legit peregrinos, dictione divisa; quomodo in omnibus quoque libris manuscriptis legi testator Hotomannus, quos quidem videre illi contigit: aitque, cum ista lectione consentire & Theophilus: quo tamen nomine reprehenditur à Bachovio, quasi lectori imponat, cum etiam Theophilus habeat; *ἐπι ξίνας ἀλλοτρίως*. Verum si bona fide agit Bachovius, necesse est, valde oscitanter Theophilum ab eo inspectum esse: quippe cum Theophilus non proponat fratrem ipsum *ἐπι ξίνας ἀλλοτρίως*. hæredem institutum, sed liberos ex fratre cum peregre ageret, procreatos. Multorum locorum legibus aut moribus nunc ita comparatum est, ut hæredis institutio ad substantiam testamenti non videatur necessaria, quo sensu hodie testamenta appellamus: nam & id testamentum dicitur, in quo relictis tantum legatis nulla hæredis institutio facta est, *Jean. del Castillo Sotomayor traç. de usufr. c. 60.* Quinetiam secundum quarundam civitatum leges ne locum quidem in testamentis habet hæredis institutio. Sic enim dicunt leges Parisiensium, Aurelianensium, Gandavensium, Cortracensium, &c. quod tamen ita passim accipitur, ut si hæres institutus sit, pro legatario tantum is habeatur. *D. Gudelin. lib. 2. de jur. Nov. c. 5. D. Christin. vol. 1. decis. 247. num. 8. & decis. 305. num. 17. & seqq.*

## TITULUS XV.

## DE VULGARI SUBSTITUTIONE.

*Dig. Lib. 28. Tit. 6. C. Lib. 6. Tit. 25. & 26.*

1. *Ratio ordinis, simul quam varid verbum substitutionis à nostris usurperur.*
2. *Divisio substitutionis in directam & fideicommissariam; ac utriusque speciei explicatio.*
3. *Nomine substitutionis simpliciter posito intelligi directam: qua & perfectius definitur.*
4. *Vulgata divisiones substitutionis notantur: ostenditurque, commodissimè eam dividi in duo genera duntaxat.*
5. *Summa eorum, qua hoc tit. explicantur.*

**P**ostquam ea omnia Princeps tradidit, quæ ad testamenta rectè ordinanda & hæredum institutionem pertinent, reliquum videbatur, ut protinus disputaret, quibus modis testamenta rectè ab initio ordinata postea infirmentur: cæterum cum testatori permissum sit non tantum hæredem testamento instituire, sed etiam in locum deficientis hæredis institui alios hæredes substituere, ut primo gradu deficiente saltem ex secundo hæredem testamentarium habeat; nonnunquam & cum sibi fecit, simul alii testamentum & hæredem facere, hanc partem, quæ substitutiones continet, prius exequendam putavit. Quid in genere sit substitutio, vix commodè una generali definitione explicari potest: utuntur enim ea voce juris auctores non tantum cum lo-

quantur de institutione secundi hæredis; verum etiam cum de secunda datione legati, *l. 6. C. de legat.* item cum agunt de fideicommissis tum hæreditatis tum rerum singularum, ut videre est *in l. cohæredi. 41. §. 1. hoc tit. de vulg. & pup. l. cum proponabatur. 64. l. cum pater. 77. §. pen. l. Titia. 87. §. 2. de legat. 2. l. hæredes. 57. §. 1. & 2. ad Sen. Treb. l. 14. C. de fideic. l. 6. C. de inst. & subst.* Atque hinc vulgo substitutio dividitur in directam & fideicommissariam. Directa est, quæ fit verbis directis & civilibus; vel hæredem hæredi substituendo, veluti, *Titius hæres esto: si Titius hæres non erit, Sejus hæres esto: vel legatarium legatario; veluti; Titio fundum Cornelianum do, lego: Si Titius fundum, quem ei legavi, non ceperis, eundem fundum Sejo do, lego. l. ut hæredibus. 50. de legat. 2.* Nam hæc quoque directæ substitutio est, & ideo legatum agnoscente primo legatario evanescit, *l. 6. C. de legat.* Fideicommissaria est, quæ fit verbis precariis, cum scilicet testator vel hæredem institutum rogat, ut hæreditatem partemve hæreditatis aut rem aliquam alteri restituat; vel legatarium, aut fideicommissarium, ut restituant, quod iis relictum est. Fideicommissariæ substitutionis mentio fit cum alibi, tum in locis istis omnibus, quos modo allegavi; directæ, directis & civilibus verbis factæ, *in l. 7. l. 15. hoc tit. l. 5. l. 7. C. de impub. & al. subst. l. 14. C. de fideicom. §. pen. inf. de codicill.* Neque tamen venditare velim hanc divi-

divisionem ut perfectam; accipitur saltem ut generis  
 3 in jure habet, intelligamus. Illud equidem certum est,  
 nomen substitutionis simpliciter positum in usu juris (si-  
 ve propriè sive per excellentiam) solam denotare substi-  
 tutionem directam, atque eam, qua hæres hæredi substi-  
 tituitur; unde passim videmus, substitutionem opponi  
 fideicommissis, l. 6. §. Titius. 5. ad sen. Trib. l. tutores.  
 39. §. 3. de adm. sus. l. cum pater. 77. §. volo. 13. de le-  
 gas. 2. cum similib. quorum etiam tractatio proprium  
 finem hujus libri: in Pand. lib. 36. cum de substitutio-  
 nibus agatur lib. 28. Igitur quod ad propositum attinet,  
 si quaeratur quid sit substitutio, ea sic licet definiatur;  
 Substitutio est secundo vel ulteriore gradu facta institutio:  
 vel brevius & simplicius, est secundi hæredis insti-  
 tutio, l. 1. l. ex factis. 43. §. Lucius. 2. in fin. hoc tit.  
 Nam omnem substitutum veteres secundum hæredem  
 vocant, licet longa serie substitutio facta sit, & quis ter-  
 tio vel quarto vel ulteriore etiam gradu locove scriptus  
 reperiatur; habito scilicet respectu non ad ordinem scri-  
 pturæ, sed successione: & quia omnis substitutus col-  
 latus cum eo, cui substituitur, & ex cujus personæ re-  
 latione nomen substituti accipit, semper secundus est.  
 Vulgo hæc ratio affertur, quia omnis institutio, quæ  
 fit post primam, & in locum primi hæredis deficientis  
 rectè dicitur secunda, quemadmodum secundæ nuptiæ  
 4 dicuntur, quæcumque contrahuntur post primas. Spec-  
 cies substitutionis alii plures, alii pauciores faciunt. Do-  
 ctiores communiter quinque, vulgarem, pupillarem,  
 exemplarem, breviloquam, & compendiosam. Exem-  
 plarem vocant substitutionem mente capti: breviloquam,  
 quam alii melius reciprocam, cum hæres instituti in-  
 vicem substituuntur: compendiosam, quæ verborum  
 hoc compendio, *Quandocumque decesserit comprehen-  
 dit plures substitutionum species, plures casus & tempo-  
 ra: veluti si pater ad eum modum substituerit filio im-  
 puberi continebitur hic & vulgaris & pupillaris, & si  
 fortè filius mente captus sit, etiam exemplaris: postremo  
 militaris quoque privilegiata, si miles sit, qui substi-  
 tuitur. Gomez. 1. resol. 7. & 8. Grass. §. substitutio. q. 3.  
 q. 51. & multis seqq. Sicheard. in l. 8. C. hoc tit. Ant. Me-  
 rend. 4. cont. 6. Duarenus autem ad hunc tit. c. 3. &  
 Soar. ad Gomez. 1. resol. 3. ponunt hæc quatuor, vul-  
 garem, pupillarem, quasi pupillarem, & militarem,  
 rejectis breviloqua & compendiosa, ut modis substituendi,  
 non speciebus substitutionis. Longè rectius nostro  
 quidem judicio Vigl. Myns. Hojom. hic. Donell. 6. com. 23.  
 duas duntaxat species statuunt, vulgarem & pupillarem,  
 ad quarum alterutram formas omnes substituendi refe-  
 runt, & species revocant. Etenim si genera substitutio-  
 num à casuum differentiis distinguenda sunt, plura po-  
 ni non debent, quam duo; sicut nec plures sunt casus,  
 in quos fit substitutio, quam hi duo, unus, si institutus  
 hæres non erit, qui casus primus dicitur, & est con-  
 ditio vulgaris substitutionis, alter, si hæres erit, qui  
 secundus, & proprius pupillaris, l. 4. l. Lucius. 45.  
 b. l. 8. C. eod. potestque substitutio exemplaris, quam  
 vocant, ἀναλόγως referri ad pupillarem, & commo-  
 diore nomine appellari quasi pupillaris, de qua agitur §. 1.  
 tit. seq. Compendiosa & reciproca diversas substituendi  
 formulas denotant, conceptas semper in primum vel se-*

cundum aut utrumque casum. Quod autem miles filio  
 puberi vel etiam extraneo in secundum quoque casum  
 directo substituere potest, abnorme atque ex privile-  
 gio est: neque ob id necesse est separatam speciem con-  
 stituere. Cæterum nec hæc ipsa bipartita divisio alia est,  
 quam generis homonymi: quippe sola vulgaris substi-  
 tutio propriè substitutio est, pupillaris non tam substi-  
 tutio, quam institutio prima, utpote per quam substi-  
 tutus non testatori succedit & gradu secundo, sed pu-  
 pillo & gradu primo tanquam ab ipso primo loco institu-  
 tus. Ant. Merend. 4. contr. 6. n. 12. & 13. Obtinuit ta-  
 men ut & hæc diceretur substitutio, quia secundo loco  
 fieri debet post institutum patri hæredem, ut declarat  
 Ulp. l. 2. in fin. h. t. sive quia substitutio impuberis par-  
 est & sequela testamenti paterni, §. liberis. 5. tit. seq.  
 Hæc studiosis juris præmonstrare operæ duxi, ne docto-  
 rum scripta adeuntes in vestibulo hærerent aut offende-  
 rent. Præsenti in titulo agitur de substitutione vulgari,  
 paucis sanè & parce pro materiæ amplitudine & subtili-  
 tate. Proponuntur primo formulæ sive modi aliquot  
 vulgariter substituendi; post aliquid aspergitur de ef-  
 fectu, ut sciamus quas in partes, nullis substitutioni  
 adscriptis, substituti vocati intelligantur, & quatenus  
 extendenda substitutio. Dicitur vulgari à vulgari & usi-  
 tato substituendi modo, vel quia vulgo & promiscuè  
 omnibus hæredibus à quovis testatore fieri potest. Quid  
 ea sit, jam pene cognitum habemus, mox autem certius  
 intelligetur exposito casu & vi conditionis hujus  
 substitutionis propriæ.

## T E X T U S.

## De pluribus gradibus hæredum.

*Potest autem quis in testamento suo plures gra-  
 dus hæredum facere; ut puta, Si ille hæres non  
 erit, ille hæres esto. Et deinceps, in quantum  
 velit testator, substituere potest: ut novissimo loco  
 in subsidium vel servum necessarium hæredem in-  
 stituere possit.*

## N O T A.

*Substitutione]* Substitutio est secundi vel ulterioris  
 hæredis institutio, l. 1. hoc tit. Est autem duplex, una  
 vulgaris, quæ cuivis à quovis testatore fieri potest in  
 hunc casum, si priore gradu institutus hæres non erat:  
 altera pupillaris, quæ à parentibus fit liberis impuberi-  
 bus, quos in potestate habent, in casum contrarium,  
 si filius institutus hæres erit, & intra pubertatem de-  
 cesserit: ad quam speciem ἀναλόγως referri potest &  
 illa mente capti, de qua §. 1. tit. seq. fideicommissa-  
 riæ substitutiones huc non pertinent: de quib. inf.  
 tit. 23.

*Novissimo loco in subsidium]* Defunctorum interest, ut  
 habeant successores, l. 6. de interr. in jur. fac.

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

1. *Substitutionem in codicillis factam sustineri in vim fideicommissi.*
2. *Gradus hæredum non ex scriptura ordine, sed ex successione serie, quam testator fecit, affirmari.*
3. *Conditionem hæc, si hæres non erit, continere & ca-*

sum impotentia & noluntatis: & an uno horum expressè contineatur & alter.

4. Conditionem, si hæres non erit, diversimodè accipi pro diversa qualitate hæredum & persona insituti.
5. Suum hæredem, accepto vulgari substituto, ex necessario fieri voluntarium, salva tamen qualitate sui hæredis.
6. Substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum impotentia, sed noluntati & abstinentia.

**I**n testamento] Rectè in testamento, ut & Marcian l. potest. 36. eod. unde hæc descripta: nam in codicillis ut insitui hæres non potest, ita nec substitui; siquidem & substituto insititio est, & utroque modo hæreditas directo datur; quod in codicillis non licet, §. pen. inf. de codicill. l. quod per manus. de jur. cod. Sciendum tamen est, etsi substitutio in codicillis facta non valeat jure directo, benigna tamen interpretatione sustineri in vim fideicommissi, quasi hæres legitimus rogati videatur hæreditatem substituto restituere. Sententia communis & usu recepta non Doctorum tantum auctoritate, verum etiam legum, l. Scævola. 76. ad Sen. Treb. l. illud. 13. §. 1. 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.

Plures gradus hæredum] Hoc est, plures hæredum ordines, ut alii scribantur primo, alii secundo, alii loco tertio, & ita desinens, l. 2. §. defertur. 4. de bon. poss. 2. fac. sab. In qua dinumeratione non scripturæ ordo, sed successionis spectari debet: ut ecce, in hac formula, Titius hæres esto, si Sejus hæres non erit; Sejus hæres esto. Sejus, qui ordine scripturæ secundus est, gradu & ordine delatæ hæreditatis est primus, Titius secundus, ac proinde substitutus, l. si ita. 28. de her. inst. l. 2. §. pen. & ult. hoc tit. Nec vero etiam cohæredis adjectio gradum facit, sed omnes cohæredes 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 hæredes esse, l. cum in testamento. 37. de her. inst. nec substituto locus est, quamdiu admitti potest prior hæres insitutus, l. 3. l. quamdiu. 69. de acq. her. idque omnino postulat ordo graduum pro affectu erga hæredes à testatore descriptus, apud quem ut priore amoris gradu insitutos esse apparet, quam substitutos, ita dubium non est, quin ad illos malit, quam ad hos hæreditatem suam pervenire.

Si hæres non erit] Hic casus primus dicitur, & est conditio vulgaris substitutionis propria. Non semper autem hic casus plena oratione exprimitur, ut sit hoc loco; sed sæpè uno verbo substituendi significatur, ut si testator ita dicat, Titio Mævium substituo; aut pluribus insitutus ita: eosque invicem substituo. Casus autem iste, Si hæres non erit, generalis est, continens in se & casum noluntatis, ut loquuntur, si hæres esse nolit; & impotentia, si non potuerit hæres esse. fac. l. si quis. 56. sol. matrim. Uterque casus speciatim exprimitur l. 3. C. de her. inst. Sub casu impotentia iterum sunt inferiores & veluti species infimæ, veluti, si mortuus sit, si deportatus. Quorum omnium cum sit diversa ratio, non

facilè admittendum est, quod ex communi DD. sententia Gomez. 1. var. resol. 3. n. 10. refert & probat, uno casu speciali expresso, aut noluntatis duntaxat, aut impotentia, alterum interpretatione supplendum esse; & perinde habendum ac si uterque expressus esset: & manifestè obstat huic sententia. l. 10. de lib. & post. Sanè non dixerim, eum, qui expressè & specialiter substitutus est in casum deportationis hæredis insituti, intelligi debere etiam substitutum in casum mortis. Quod autem in institutione nepotis Aquiliani casus mortis per interpretationem producit ad casum deportationis & similia, mirum non est: quoniam omnium ex sententia Galli eadem ratio est, l. Gallus. 29. §. & quid. 5. d. tit. Idemque responderi potest de substitutione facta impuberi filio, in qua placet casum primum seu vulgarem expressum extendi etiam ad alterum seu pupillarem non expressum; & contra: nimirum sumptum hoc ex conjectura voluntatis, ut pluribus docebimus tit. seq. quam non tam prudentem interpretationem hoc jus introduxit, quam specialis constitutio D. Marci l. 4. hoc tit. add. Cujac. ad d. l. 10. de lib. & post. Duar. c. 9. hoc tit. Porro conditio hæc, Si hæres non erit, pro diversa qualitate hæredum personæque insituti & ipsa diversimodè accipitur. In extraneo hærede, qui sui juris sit, hoc significat, si neque sibi hæreditatem acquisierit, neque alium mutata conditione hæredem fecerit. In ejusdem qualitatis hærede, qui alieno juri subiectus est, eodem sermone hoc significatur, si neque ipse hæres erit, neque hæreditatem ei, cujus in potestate est, acquisierit, §. ult. inf. eod. ubi hac de re latius atque ex professo. In suo hærede eadem formula hoc significat, si se paternam hæreditatem abstinuerit, si cum effectus hæres non extiterit, eo quod se bonis paternis immiscere noluerit. Nam etsi suus hæres ipso jure hæres existit, & ideo non esse sine hærede dicitur, qui suum hæredem, licet se abstinentem, habet, l. cum quasi. 30. §. sed & si. 10. de fideic. libert. cujus rei notabilis effectus indicatur in specie l. ult. de acq. her. tamen cum de excludendo substituto quæritur, & vi atque interpretatione horum verborum, Si filius mihi hæres non erit, ex voluntate substituents, quam jus civile hic sequitur & approbat, non nuda ista existentia, sed immixtio filii cum additione hæredis extranei comparanda est: alioqui ne substitui quidem filio in istum casum posset: nam si nullo modo efficere filius potest, ut non sit hæres, frustra et substitutus datur in eum casum, quo hæres non sit, quo procul dubio continetur etiam casus noluntatis. Ac dicendum omnino videtur suum hæredem, qui in vulgarem casum substitutus accepit, ex necessario hærede fieri voluntarium, & id quidem ex ratione ipsius juris civilis, quo scilicet patri permittitur necessitatem istam, ut in suum solius favorem introductam remittere, & quam etiam tacitè remisisse intelligatur, dato filio in vulgarem casum substituto, ut quod alias filius non habuisset, nisi jure prætorio, abstinenti nimirum licentiam, id nunc habeat jure proprio acceptum à patre, ac proinde ex jure civili: per l. 12. de cond. inst. l. jam dubitari. 86. de her. inst. Doctores vulgo contendunt, per vulgarem substitutionem in totum tolli jus fuitatis, arg. d. l. 12. & l. 16. de lib. & post. Grass §. substitutio. quasi 9. num. 3. sed hoc nullo modo admitti potest: alioqui nec in pupillari substitutione expressa unquam inesse posset vulgari,

garis, nec in vulgari pupillaris; & transmissio, quæ solius fuitatis ante legem Theodosii effectus erat, per vulgarem substitutionem eo tempore fuisset impedita: quæ omnia falsa sunt, priora duo manifestè, tertium arg. l. un. § 5. & §. cum autem. 13. C. de cad. toll. ubi Justinianus demum substitutum vult admitti, cum desunt personæ, quæ hæreditatem non aditam transmittunt ex lege Theodosii, quæ unica est sub tit. C. de his qui ante ap. sub. hered. transm. Nimirum jus transmittendi, quod soli antea sui hæredes & simpliciter habebant, etiam in casu substituti extendens ad personas d. lege Theodosii comprehensas. Et vero quod omnino considerandum, in persona sui hæredis dux hæ sunt qualitates diversæ, necessarium esse & suum esse, quarum hac salva, aut saltem vulnerata tantum, illa tolli potest, uti factum videmus edicto prætoris, quod manente fuitate data est abstinendi potestas. Concludendum ergo, substitutionem vulgarem in suo hærede non operari in casum & speciem impotentis, sed in casum non voluntatis & abstinentis duntaxat; utique si filius patri superstes fuerit: nam si is vivo adhuc patre decesserit, nullis liberis relictis, qui quasi agnascendo testamentum rumpant; dubium non est, quin substitutioni locus sit. Zaf. tract. subst. cap. 1. in quarto effectum. Gomez. 1. ref. 3. n. 15. 16. & 24. Bachov. in Tremit. vol. 2. disp. 11. thes. 7. Christian. vol. 4. decis. 16. num. 4. D. Jo. à Sando lib. 4. tit. 3. Illud quoque mihi planè persuadeo, abstinente filio suo hærede, substitutum hæredem fieri jure civili, hoc est, directo ex substitutione venire, & hæreditatem adire posse ex vi formulæ, Si filius mihi hæres non erit, Sempronius hæres esto: quamvis hoc non placeat Anton. Fabro, qui substitutum non ipso jure hæredem fieri, sed à prætore tantum ad bona admitti contendit, decad. 32. err. 7.

*Novissimo loco servum necessarium*] Qui omnino legitimas successiones impedire atque in omnem casum tibi vult prospicere, ne intetati exitum faciat, is poterit in defectum priorum servum suum postremo loco instituire hæredem necessarium: quod illi quoque facere solent, quibus facultates suæ suspectæ sunt, ut auctonionis infamiam, quam metuunt deficientibus voluntariis hæredibus modis omnibus à se advertant, & quod in alios non potuerunt, in servos tandem transferant, §. 1. inf. de hered. qual. Quid si servus non loco novissimo, sed intermedio substitutus sit, aut ipsi primo instituto substitutus datus? Putarem contra Viglium cum Jo. Fabro, defendi posse, dominum videri servo remisisse adeundi necessitatem dando ei substitutum in eum casum, quo hæres non esset; utique si substitutus hæreditatem adire paratus sit, arg. l. 12. de cond. inf.

## TEXTUS.

De numero hæredum in singulis gradibus.

1. Et plures in unius locum possunt substitui, vel unus in plurium, vel singuli in singulorum, vel invicem ipsi, qui hæredes instituti sunt.

## COMMENTARIUS.

Complures sunt formæ substituendi. Substituuntur vel extranei, vel ipsi hæredes instituti. Prior species variatur quatuor modis: nam & singuli singulis, &

plures pluribus, & plures uni, & pluribus unus substitui potest. Secundus modus, hoc loco, & apud Marcianum, l. potest. 36. §. 1. eod. omisus est, fortè 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; quocunque 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 hæredes sunt, si non erunt, Decius esto: is utique apertè significat, se velle, institutos & ambos & singulos substituto præferri, atque hunc non aliter admitti, quam si neuter illorum hæres fuerit; quod ipsum disertè quoque traditum est. l. 4. C. de impub. & al. subst. Quare vix est, ut credam, apud veteres juris auctores de eo dubitatum fuisse, quamvis id persuasum fuerit Justiniano, l. pen. C. d. tit.

*Vel invicem ipsi*] L. cum in testamento. 37. §. 1. de her. inf. Hæc est substitutio, quam Modestinus reciprocam vocat, l. 4. §. 1. hoc tit. Papinianus mutuam, l. cum proponebatur. 64. de legat. 2. exemplum extat apud Suetonium in Tiberio, c. 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, ut 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 hæredes scriptos invicem substituerit, & nullam mentionem partium in substitutione habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit: Et ita divus Pius rescripsit.

## NOTÆ.

2. Ex disparibus partibus] Species: Octavius ex unia hæres esto, Nonius ex besse, Decius ex quadrante; eosque invicem substituo. Hic repudiante Decio dividitur quadrans in novem partes, ex quibus octo feret Nonius, unam Octavius, l. 24. eod. Malè exemplum posuit Theoph. in duobus hæredibus invicem substitutis: verum tamen est quod dicit, & malè carpitur à Pac.

D. Pius rescripsit] l. 1. C. eod. congruunt l. 5. & d. l. 24. D. eod.

## COMMENTARIUS.

1. Hæredes ex imparibus partibus institutos, atque invicem simpliciter substitutos; ex substitutione in partes hereditarias vocatos intelligi: & quomodo hac regula temperanda, n. 2.

Pluribus hæredibus etiam ex certis partibus institutis, si unus simpliciter substitutus fuerit, hic illis deficientibus totum affem ex substitutione feret: si plures

res pluribus eodem modo substituti, singuli ex partibus æqualibus hæredes erunt, licet inæquales adscriptæ sint institutis, quippe cum hic discerni non possit, quis cui institutus sit. At si singuli singulis, tum eam quisque partem habebit, quæ adscripta primo, cui substitutus est. Dubium quoque non habet, si testator hæredes institutos mutuo substituit in substitutione eandem partes nominatim servari voluit quas in institutione expressit, aut si alias partes in substitutione fecit, quin voluntas servanda sit. 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 D. 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. si plures. 24. hoc tit. l. 1. C. eod. & hoc text.* Optima sane ratio: neque enim verisimile est testatorem pluris eos fecisse in gradu secundo, quam in primo; cum substitueret, quam cum institueret: ut proinde partes, quæ in institutione expressæ sunt, repetitæ videri debeant in substitutione: qua eadem ratione etiam legata ab institutis relicta à substitutis repetita esse intelliguntur, *l. licet Imp. 74. de legat. 1. & clausula quoque sive conditio in institutione appositæ in substitutione repetita, utique si eadem sit, aut par utrobique ratio, arg. l. 14. de legat. 1. l. 1. C. de impub. & al. sub. Ant. Fab. C. suo. tit. 7. desin. 3. Christin. vol. 4. decif. 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, ferretque 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 substituantur, aut quidam sub appellatione heredum alicui ex coheredibus, puta hoc modo, *Si Titius heres non erit, quisquis erit, ex parte quoque Titii esto:* aut, *Cæteri quos primo loco scripsi, sunto:* sed repetitis in substitutione propriis singulorum nominibus, veluti hoc modo, *Titius ex quincunco, 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. nonnunquam. 24. ad sen. Treb. l. si heredes. 124. de legat. 1. l. si communis. 37. de stip. sero.* 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. quotiens. 23. ad sen. Treb. Gloss. in l. 1. C. de imp. & al. subst. Gomez. 1. ref. 5. n. 20. D. Tuldem. comm. bic. c. 2. Christin. vol. 4. decif. 13. n. 7.*

## TEXTUS.

Si cohæredi substituto alius substituat.

3. *Sed si instituto heredi, cohærede substituto dato, alius ei substitutus fuerit; Divi Severus & Antoninus sine distinctione rescripserunt, ad utramque partem substitutum admitti.*

## NOTA.

3. *Sed si instituto heredi*] Species: *Primus & Secundus heredes sunto: Si P. heres non erit, S. heres esto: si S. heres non erit, Tertius heres esto;* verius est, in utramque partem hic Tertium substitutum esse, *l. 27. l. 41. eod.* ex quo jure hæc regula fiat; *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

*Sine distinctione*] Id est, sine distinctione mortis & scripturæ; ut nihil interfit, prior substitutus post institutum, an ante decesserit; nihil quoque utrum ante primam substitutionem secunda facta sit, an postea hoc modo: *Primus & Secundus heredes sunto: si Secundus heres non erit, Tertius heres esto: Si Primus heres non erit, Secundus heres esto, l. 41. pr. eod.*

## COMMENTARIUS.

1. *An in specie hic proposita utraque pars defecta jure substitutionis ad secundum substitutum pertineat.*  
2. *Sævola cum Papiniano conciliatus.*

**S**I paterfamilias Titio & Mævio hæredibus institutis, Titium Mævio sine reciprocatione substituerit, & Titio Sempronium, certum est, deficientis Titii partem non accrescere Mævio cohæredi Titii, sed ad Sempronium, jure substitutionis pertinere: quippe cum verba illa; *Si Titius heres non erit*, generalia sint; & utrumque casum complectantur, sive hæres non erit ex institutione, sive non erit ex substitutione. Cæterum hæc species huc non pertinet. Et malè Hotomannus tali exemplo usus est ad hujus loci declarationem. Hic enim non tantum quæritur de parte ejus, qui cohæredi suo substitutus alium substitutum accepit, sed etiam de parte cohæredis, cui ille alius expressè substitutus non est, & nimirum si uterque defecerit, an pars utriusque ad illum uni tantum substitutum jure substitutionis pertineat. Quod hic affirmatur, & in *l. si Titius. 27. l. cohæredi. 41. in pr. hoc tit.* Ex hoc igitur jure hæc regula fiat; *Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto.*

Sine

*Sine distinctione ad utramque partem*] Si scilicet noster hæres 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, tanquam ad substitutum utriusque. Nam si verbi causa Mævii, cui Titius cohæres & substitutus datus est, ante Titium defecerit, Sempronius Titio substitutus deficiente deinde Titio; ad utramque quidem partem sine dubio admittitur, sed ideò ad partem quoque Mævii dixerit aliquis, non quod huic quoque substitutus intelligatur; sed quia vel deficientis Mævii pars Titio cohæredi, 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, quàm qui ex sua parte hæredes extiterunt, l. un. §. his ita. 10. C. de cad. toll. unde portio portioni accrescere dicitur instar alluvionis, l. si Titio. 33. in fin. de usufructu. Quod si Titium hæredem extitisse ponimus, expiravit substitutus, l. 5. C. de impub. & al. subst. Posterius teste Viglio visum est nonnullis veterum interpretum, ut Dyno, Jo. Fabro, atque ex recentioribus Lancelloto Polito, qui, etsi dicitur Sempronius in utramque partem in specie propòsita substitutus, neutiquam tamen dici posse contendit, revera substitutum esse Mævio. Sed meritò DD. 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 & ineptè talis casus proponitur, quo Titius cohæredi substitutus est, aut hoc operabitur substitutus Titii, ut Titio substitutus etiam ei, cui Titius substitutus est, tacite substitutus esse intelligi debeat. Atque hoc ipsum satis apertè 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 disertè 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 propòsito. Sed finge, præter Titium & Mævium, Cajum quoque hæredem 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 hæredem ejus, qui portionem suam agnovit, quantumvis ante decesserit, quam ipsi quicquam accresceret; substitutionem autem ad hæredem non transmitti, l. 9. de suis & leg. l. totiens. 81. de acq. her. Quid autem illud est, quod ait Imp. sine distinctione admitti? Nimirum hoc explicandum ex responso Papiniani, l. cohæredi. 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 hæredes sunt; 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. qui habebat. 47. eod. Species, quam ibi Scævola proponit, est hujusmodi; Qui filium

& filiam impuberes habebat, instituto filio hæredem filiam exheredavit; & si filius intra pubertatem decessisset, filiam eidem substituit; filix, si antequam nuberet, decessisset, uxorem suam, item sororem. Et respondet, si filia impubes prior decesserit, deinde frater ejus impubes hæreditatem filii ad uxorem & sororem testatoris jure substitutionis non pertinere. Accurcius, quem bona pars DD. sequitur, ait, Scævola sic respondisse, quia in casu illic propòsito secunda substitutio jam extincta erat pubertate filix: sic enim ille locum legit: cum filia pubes prior decesserit. Et 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 cohæres substituitur, sed filia exheredata, eandem voluntatis interpretationem non admitti, ut scilicet substituti substitutione videantur etiam substituti instituti. Atqui idem adhuc dicendum videtur favore pupilli, ad cujus utilitatem pertinere creditur, ut substitutum habeat, l. Julianus. 42. de acq. her. Deinde si in pupillari substitutione alio jure utebantur cur non simpliciter Jurisconsultus responderet, hereditatem instituti jure substitutionis ex secunda substitutione non deferri? Nisi compositorum socordia adscribendum, quod responsum Scævola in Pandectas retulerint, cum rescripto Imp. Severi & Antonini distinctio illa, qua Scævola utitur, sublata esset, mallet cum Viglio dicere, Imperatorum rescriptum loqui de duabus partibus unius hereditatis, Scævola 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.

## T E X T U S.

Si quis servo, qui liber existimabatur, instituto substitutus fuerit.

4. Si servum alienum quis patremfamilias arbitratus hæredem scripserit, & si hæres non esset, Mævium ei substituerit; isque servus jussu domini adierit hæreditatem, Mævius substitutus in partem admittitur. Illa enim verba, Si hæres non erit, in eo quidem, quem alieno juri subjectum esse testator scit, sic accipiuntur, Si neque ipse hæres erit, neque alium hæredem effecerit: in eo verò, quem patremfamilias arbitratur, illud significant, si hæreditatem sibi, vel ei, cujus juri postea subjectus esse cœperit, non acquirat. Idque Tiberius Cæsar in persona Partienis servi sui constituit.

## N O T A.

4. In partem admittitur] Th. τὸ ἴσον λαμβάνει. rectè: pars enim ἀπὸ τῶν; posita dimidiam significat, l. 43.



*de usufr. l. 164. §. 1. de verb. sign.* In specie d. l. 40. Sempronius coheres servo substitutus fuit: & ideo unum semissem Sempronius habet ex institutione, alter semis inter eum & dominum servi instituti dividitur, add. quæ ibi not. Gothofr.

*Subjectum esse testator scit*] Et hoc casu in totum excluderetur substitutus, l. 7. de acq. her. sed in proposito propter falsam opinionem & incertitudinem voluntatis testatoris, media via electa est, ut alias sæpe.

*Tiberius Casar*] Pompon. l. 41. de her. inst.

COMMENTARIUS.

1. Si filiusfam. heres institutus sit, eique, si heres non esset, substitutus datus, utrum repudiante filio pater, an substitutus admittendus.
2. Pleraque alia quæstiones, qua hic tractari solita, obiter excussa & definita.
3. Utrum in casu hic proposito inter dominum instituti & substitutum hereditas ex aquo dividenda, an sic, ut ille dodrantem, hic quadrantem duntaxat ferat.

**I**N 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 subiectus est, eodem sermone hoc significari, si vel ipse heres non erit, vel ei cuius juri subiectus est, hereditatem non acquisierit. Et igitur si patremfam. heres institutus in eum casum substitutum accepit, *Si heres non erit*, isque vel in eodem statu manens sibi hereditatem acquisierit, 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 accepit, & aut ipse mutata conditione ante mortem testatoris sibi hereditatem acquisierint, aut in eo statu manentes dominum aut patrem heredes fecerint, substitutus itidem in totum repellitur, l. si paterfam. 40. de her. inst. l. 7. de acq. her. l. 5. C. de imp. & al. subst. & hoc text. 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 præsumpta voluntas testatoris, qui non videtur domino consulere voluisse, eum heredem instituens, quem ignorabat dominum habere. 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 censo, 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 subiectus est, hunc sensum habet, si ne-

que ipse heres erit, neque eum, cujus in potestate est, heredem fecerit, quorum neutrum sit 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. §. si duo. 8. de bon. poss. sec. tab. In contrarium movetur Duarenus his rationibus. Primum quia Justinianus l. ult. §. 2. C. de bon. qualib. 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 duntaxat. 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. §. si duo. sec. tab. 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. qualib. junct. d. l. si paterfam. de her. inst. & hoc nostro §. 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 additione, ex persona propria vi constitutionis Justinianæ, quæ eum habet pro instituto, ubi scilicet alius à testatore non vocatur: nam voluntatem testatoris modis omnibus sartam ac testam 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 acq. her. l. 3. C. de her. inst. & hoc text. & alioqui etiam quis heres institutus hereditatem recusans, adire dici possit 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 acq. her. Hoc enim non eam sententiam habet, filio repudiante patrem nihilominus per eum heredem fieri: sed repudiationem filii non obitare, quominus filius jubente postea patre adire deat. Postremo hoc modo argumentatur Duarenus; Si pater & filius una eademque persona censetur, 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 remotus, etiam pater ejus remotus intelligi debet. Verum hujusmodi fictionibus juris non est abutendum ad everterendas voluntates defunctorum, quæ in testamentis totum faciunt, l. ex facto 35. §. rerum. de her. inst. Ita cum Viglio sentiunt & Salicet. in d. l. ult. C. de bon. qua lib. Polit. de vulg. subst. Fachin. 4. cont. 63. Ant. Fab. decis. 33. err. 7. Don. 6. comm. 24.

Bachov.

*Bachov. in Treutl. vol. 2. disp. 11. lib. 7. differunt cum Duareno Bart. in l. 1. hoc tit. Gloss. Cyn. Casfr. in d. l. ult. Merend. 4. cont. 8. Grass. §. substitutio. quest. 9. 2 num. 4. Solent & alia quæstiones hoc loco agitari, quas obiter excutiemus, nam instituti ratio non patitur, ut singula exequamur accuratè. Prima est, utrum indigno aliquo herede instituto, eique substituto dato in casum, quo heres non erit, fisco potior sit, an substitutus, hoc est, utrum in proposito fisco hæreditatem indigno auferat, an locus sit substituto. Ego cum Duar. d. cap. 10. & DD. comm. Grass. d. quest. 9. n. 8. pro fisco contra substitutum responderem, per text. in l. cum quidam. 12. & jus regulare s. tit. de his qui ut indigni. neque poena instituti heredis debet esse præmius substituti, ut generaliter definit Papinian. l. si sequens. 15. de senat. Situm. 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 existentis hereditatem transmittabant in heredes quoscunque, 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 ant. apert. tab. Est item & tertium genus transmissariorum, in quos non hereditas, sed jus deliberandi transfertur ex lege Justiniani, l. cum in antiquioribus. 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 existentis 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 suutatis. Sed hoc perspicue falsum est, ut ostendimus sup. in not. sub. fin. pr. eod. ubi plenissime probavimus, jus suutatis in proposito saluum manere, licet necessitas remissa intelligatur, neque substitutionem vulgarem in suo herede operari in casum impotentis; sed abinentis duntaxat. Insignis vero error est Jo. Deckheri lib. 1. Differs. 14. num. 43. asserentis, ideo per vulgarem substitutionem tolli transmissionem, quæ ex jure suutatis est, quia suus heres institutus non aliter ex testamento heres fit, quam si se immisceat: notissimi enim jus est, suos heredes tam ex testamento, quam ab intestato statim atque ipso jure heredes existere, §. 2. inf. de her. qual. l. 1. §. qui sunt. 7. si quis omiff. ca. test. l. 3. C. de jur. delib. vid. Ant. Fab. decif. 34. err. 4. Secundo, utrum substitutio potior, an transmissio ex constitutione Theodosii d. l. un. C. de his qui ant. ap. tab. Hic item pro transmissario contra substitutum responderem per l. un. §. cum autem. 13. C. de cad. toll. ubi jus transmitendi, quod antea sui heredes soli & simpliciter habebant, etiam in casu substitutionis Justinianus diserte extendit ad personas lege Theodosiana comprehensas. Duar. d. c. 10. Ant. Fab. d. err. 4. estque hæc sententia etiam communiter recepta. Grass. de quest. 9. num. 3. neque Jo. Deckherus, ubi sup. quicquam assert, quod*

me in contrarium trahat. Tertio, utrum transmissio juris deliberandi ex lege Justiniani d. l. cum in antiquioribus. C. de jur. del. excludat substitutionem, an hæc illam. Hic ego pro substituto responderem contra transmissarum Justinianum, cum Salic. in d. l. 19. Ang. Rip. in l. 1. hoc tit. Zaf. tract. subst. cap. 1. in tertio effect. vers. tertia species. Polit. de vulg. subst. num. 92. & seqq. Ant. Fab. d. decif. err. 5. Deckher. d. Dissert. num. 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. §. cum autem. 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, Diff. hic Duar. d. c. 10. & DD. comm. Gomez. 1. ref. 3. num. 25. Grass. d. quest. 9. num. 3. Christin. vol. 4. decif. 17. n. 2. Fachin. 4. cont. 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. ex contractu. 44. de re jud. l. 1. §. antepen. l. 2. §. si bonorum. 10. ad Senat. Tertyll. Gloss. Salic. Cyn. & alii in l. 5. C. de imp. & al. subst. & hanc sequuntur Ant. Fab. 3. confes. 4. Don. 6. comm. 24. sed contraria de jure verior videtur, per d. l. 5. & textus perspicuos in l. ult. de success. adit. l. 7. §. sed quod Papinianus. 10. & ib. Cujac. & Paul. Buf. de minoribus. Neque temere beneficium restitutionis extra personam minoris in alterius favorem porrigi debet. Zafius tract. subst. cap. 1. vers. secundo limitate. Duar. d. cap. 10. Ant. Merend. 4. cont. 9. Bachov. in Treutl. vol. 2. Disput. 11. lib. 7. Perez. ad tit. C. de imp. & aliis subst. num. 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.

*Melius in partem admittitur*] Non exprimit in quom: & ita quoque simpliciter scriptum est in l. & hoc. 41. de her. inst. hæreditatem dividi inter dominum instituti & substitutum. Sed utrum ex æquo, ut dimidiam partem hereditatis dominus, dimidiam item substitutus ferat; an ut ille dodraatem, hic quadrantem duntaxat; an ut Gloss. & DD. comm. voluerunt? Non ambigo, quin ex æquo. Quomodo hunc locum & Theophilus interpretatus est. Et interpretandum esse vel hoc unum argumento esse debet, quod partis nomen, nisi quid aliud adjiciatur, semper dimidiam significet, l. nomen. 164. §. 1. de verb. sign. l. etiam. 43. de usufr. Et rogo, in re dubia, ubi paria in utramque partem argumenta afferuntur, quam rationem vel in speciem habere potest inæqualis ista distributio? 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 institueret, quem ingenue putabat. Obstat tamen huic sententiæ d. l. si partem. 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; cunq; de altero semisse nihil definiat,

niat, 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. *ei quo, si heres non esset, Sempronium coheredem substitueris*. Quam lectionem verba in calce ejusdem responsi posita mire juvant. Ait enim Julianus; *Igitur in hoc casu duo semisses fiunt*. 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 quem

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 cordatior 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 quenquam hereditatem pertinere noluisse, conditio substitutionis extitit, & soli defertur hereditas substituto, l. 3. C. de her. inst.

## TITULUS XVI.

## DE PUPILLARI SUBSTITUTIONE.

Dig. Lib. 28. Tit. 6. C. Lib. 6. Tit. 26.

*Unde hæc substitutio dicatur pupillaris, & quo aspectu substitutio. Simul argumentum tituli.*



Equitur directæ substitutionis species altera, quæ à subjecto dicitur pupillaris, quia scilicet solis sit pupillis, non ut prior illa, promiscue quibusvis. Et si autem is demum pupillus dicitur, qui cum impubes sit, in potestate patris esse desit, l. pupillus. 239.

*de verbor. sign.* tamen quia vis omnis testamenti & substitutionis confertur in mortem testatoris, id est, in id tempus, quo filius pupillus futurus est, rectè hoc respectu pupillaris vocatur. Prior illa vulgaris, ut bene observavit D. Viglius, verè substitutio est, sive secunda institutio, qua testator in casum, quo primo gradu institutus hæres futurus non est, alium sibi hæredem facit; ac proinde per quam succeditur ipsi testatori. Hæc autem non tam substitutio est, 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 hæredem fecisset. Quod evidentius apparet in substitutione exhæredati. Quamobrem merito Hotomannus à Bachovio notatur, quod ille inverso modo vulgarem substitutionem magis institutionem, pupillarem autem propriè censet esse substitutionem. Cur verò cum pupillaris propriè substitutio non sit, eo tamen nomine à veteribus appelletur, dixi præcedente titulo, nempe sic appellatur ex comparatione hæredis paterni, eo quod pater sibi prius, deinde secundo loco filio hæredem instituere debet, & non à testamento filii incipere, l. 2. in fin. hoc tit. Porro substitutio pupillaris, ut genus *est*, *is*, dividi potest in propriam seu veram, & quasi, seu exemplarem. Utraque fit in eum casum, quo institutus hæres erit; propria fit liberis impuberibus, si hæredes extiterint & intra pubertatem moriantur; his ita, si hæredes extiterint & decesserint in eadem mentis alienatione. Summa eorum; quæ hoc titulo traduntur, hæc est. In principio docetur, qui quibus pupillariter & qua forma substituant, quis hujus rei effectus, & unde illud manarit. Inde agitur de substitutione quasi pupilla-

ri, sive mente capti: & mox effectus pupillaris substitutionis repetitur: dein parentibus formidolosis tutela 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 hæredes ei non extiterint, alius sit ei hæres: sed eo amplius, ut si hæredes ei extiterint, & adhuc impuberes mortui fuerint, sit eis aliquis hæres: veluti si quis dicat hoc modo, Titius filius hæres mihi esto. Et si filius mihi hæres non erit: sive hæres erit, & prius moriatur, quam in suam tutelam venerit, id est, antequam pubes factus sit, tunc Sejus hæres esto. Quo casu, siquidem non extiterit hæres filius, tunc substitutus patri sit hæres: si verò extiterit hæres filius, & ante pubertatem decesserit, ipsi filio sit hæres substitutus. Nam moribus institutum est, ut quum ejus ætatis filii sint, in qua ipsi sibi testamentum facere non possunt, parentes eis faciant.*

## NOTÆ.

*Quos in potestate*] Et idèd nec mater liberis suis, nec pater filio emancipato pupillariter substituere potest, l. 2. hoc tit. Sed nec avus nepoti ex filio, quem in potestate habet, nisi ex formula legis Vellejæ, *Si filius me vivo*

vivo suo heres esse desierit, &c. d. l. 2. Oportet autem & testamenti & mortis tempore impuberem in familia esse, l. 41. §. 2. eod.

*Veluti si quis*] Formula gemellæ substitutionis. Verum ex D. Marci constitutione substitutio simplex aut vulgaris aut pupillaris, id est, quæ alterutro casu expresso fit, in utrumque casum quæta intelligitur, l. 4. hoc tit. fac. l. 2. & l. 4. C. eod. Olim de expressa pupillari, an vulgarem tacite contineret, quæsitum in Curiano iudicio, de quo Cicer. multis locis, & Quint. 7. c. 7.

*Sive heres erit, &c.*] Hæc est conditio substitutionis pupillaris, & casus secundus dicitur.

*Si non extiterit*] Quod etiam tunc accidere intelligendum est, cum impubes patri superstes hæreditate paterna abstinet: ne nudum nomen hæredis noceat substituto, arg. l. 67. pr. de ris. nupt. l. 68. de leg. 1. Non rectè igitur Theophil. hic.

*Si extiterit heres*] Hic casus propter utilitatem pupilli extitisse intelligitur, etiamsi bonis paternis se abstinere, l. 12. hoc tit. l. 42. de acq. her. l. 28. de reb. auct. jud. & hoc est, quod vulgo interpp. dicunt, nudæ sui hæredis existentie vi confirmari tabulas pupillares, fac. l. 44. de re jud. l. 41. de acq. her.

*Ipse filio sit heres*] Non tantum in bonis, quæ à patre obvenierunt; sed etiam, quæ aliunde, l. 10. §. 5. hoc tit. exclusus filii legitimis hæredibus, & ipsa etiam matre, l. 8. §. 5. de inoff. test. c. 1. 2. de testam. in 6.

*Moribus institutum*] Ita & Ulpian. l. 2. hoc tit.

## COMMENTARIUS.

1. Neque patrem liberis emancipatis pupillariter substituere posse, neque matrem liberis omnino.
2. Nepos licet in potestate constitutus, quem pater antecedit, pupillariter substitui non posse, nisi ex formula legis Vellejæ.
3. Utrum, ut valeat substitutio pupillaris, necesse sit, liberis in potestate esse, & cum sit 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, continetur & vulgaris.
7. Responsum Favoleni expositum in l. paterfam. 28. de reb. auct. jud.
8. Quando accidat, ut pupillus heres non existat, & substitutus vi formula vulgaris admittatur.
9. Quando intelligatur pupillus patri heres extitisse hoc effectu, ut mortuo intra pubertatem heres ei fiat pupillariter substitutus.
10. Per substitutionem pupillarem excludi hæredes omnes legitimos, etiam matrem.
11. Excludi matrem à substituto pupillari, etiam quoad legitimam.
12. Ostenditur idem juris esse & in pupillari sacita, cum refutatione objectorum.
13. Cur pupillo expedire visum sit, testamentarium à patre heredem accipere.

**L**iberis impuberibus] L. 2. in pr. eod. puberibus in tantum non licet, ut etiam si ab initio facta impube-

ri substitutio sit, pubertatis tamen adventu vis ejus extingatur. § pen. inf. eod. Cur autem solis liberis impuberibus hoc modo substitui permittum sit, in fine hujus §. dicitur.

*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. si mater. 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 hæres erit, sed in primum, si hæres non erit. Vulgaris igitur illa, non pupillaris substitutio est. Pupillares autem tabulas illas Africanus appellavit, primùm ratione objecti, quia substitutio facta filio, dum adhuc esset in ætate pupillari: deindè, quia substitutio confertur in mortem impuberis, & in ea specie effectum quodammodo substitutionis pupillaris habet, saltem quod attinet ad bona matris, ut rectè monet, atque hoc Africanum responsum temperat Gajac. 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 substituitur, l. cum ex filio. 39. hoc tit. add. Duar. ad hunc tit. cap. 14. Non satis autem est, liberis in potestate esse, nisi simul proximum in familia testatoris gradum obtineant, hoc est, sui hæredes sint testatori: nam si, verbi causa, pater nepotem antecedit, 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 filiosam, cui nec puberi testamenti faciendi jus est, & de cuius 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 cap. legis Vellejæ, l. Gallus. 29. §. sequenti. 13. de lib. & post. De illo quæritur, utrum ut substitutio pupillaris valeat, necesse sit liberis 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. Graff. §. substitutio quest. 23. num. 5. sufficere credunt, qualitatem illam adesse tempore mortis. Doctissimi Jurisconsulti superioris ævi, Polit. Zaf. Govean. in d. l. 2. Vigl. bic. num. 7. Covar. in cap. Raynuz. de testam. §. 5. num. 2. Duar. comf. ad hunc tit. cap. 14. Don. 6. comm. 25. contra utrumque tempus spectandum contendunt, tam id, quo fit substitutio, quam quo testator moritur; quibus assentior. Nam & verba juris de hac substitutione constituti conferuntur in tempus præsens substitutionis, & cum qualitas aliqua requiritur ad constitutionem aliqujus actus, ea inesse debet eo tempore; quo actus geritur, l. si alienum. 49. §. 1. de her. inf. §. in extraneis. 4. inf. de her. qual. tritumque est, quod ab initio non consistit, ex postfacto non posse convalescere. Accedit præterea textus satis clarus in l. coheredi. 41. §. 2. hoc tit.

Verba sunt; *Si quis ex his mortis quoque tempore non fuit in familia, substitutio pupillaris 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 reperitur is, cui substitutio facta est. 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. filio. 23. §. 1. de lib. & postb.* ac proinde extraneo impuberi heredi vulgariter instituto, & postea in locum nepotis quasi ex filio adoptato, recte (potest enim & ex intervallo hoc fieri, *l. si quis. 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 exegefi *§. 2. sup. de exher. lib.* Cum igitur hic quærat 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 qui vis 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

Impm. Marci & Severi constitutione introductam, ut si pater impuberi filio in alterum casum substituisset, in utrumque casum substituisse intelligeretur, *l. 4. in pr. eod.* Primum igitur, quod positum est extra omnem controversiam, vulgari casu expresso continebitur etiam pupillaris; veluti si pater impuberi filio hæredi 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 eundem esse heredem filio, si filius hæres 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. Julianus. 42. de acq. bar.* In voluntate autem testatoris manifestè contraria hujusmodi conjecturis non utimur. Quapropter si ille vel nominatim alium in secundum casum substituit, vel in conditione vulgaris substitutionis personam comprehendit, cui pupillariter substitui nequeat, hic qui in primum casum substitutus est, minimè intelligi debet substitutus quoque esse in casum secundum, contra manifestam voluntatem testatoris, qui aut expressè in secundum casum substitutum dedit, *§. 3. inf. eod.* aut in conditione substitutionis eum adjecit, cui in secundum substitui non potest; quod cum sit, palam est testatorem in eum duntaxat casum substitutionem fecisse, quo utriusque hæredum substitui poterat, *d. l. 4. §. 2. l. Lucius. 45. hoc tit. d. l. 4. C. eod.* Porro etiam vice versa expresso casu substitutionis pupillaris dicimus contineri & casum vulgaris. Cæterum hic nobis litem movent *Polit. de 6 subj. pupill. quest. 8. n. 39. Vigl. hic. n. 19. Ant. 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 nunquam contineri. Nos quidem numero interpp. nobiscum sentientium longè superiores sumus, sed hoc parum est, nisi legum auctoritate vincimus & ratione. Videamus ergo, an in hac quoque parte nobis cedere debeant. Auctoritate defendimur duplici: primum verbis ipsis constitutionis Impm. 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 Impm. 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 hærede instituto puberem impuberi substituit in eum casum, quo impubes hæres 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

rum patrem, si in utrumque casum expressè impuberi substituatur, hoc apparet eum facere propterea quod in specie mutæ substitutionis, qualem ille proposuerat, nimirum cum utroque alteri substituatur, filius impubes puberi vulgariter, pubes impuberi pupillariter, voluntatis quæstio moveri posset, an non quemadmodum pater in unum duntaxat casum, hoc est, in vulgarem puberi substituatur, ita vicissim in unum quoque casum tantum, hoc est, in pupillarem videri debeat impuberi substituissè: at huiusmodi quæstioni post D. Marci constitutionem locus non est, cum non uterque alteri in casibus diversos, sed uni duntaxat, cui in utrumque casum substitui potest, substituatur 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. Imo fortior voluntatis conjectura pro illo, quam pro hoc quod etiam D. Christin. *vol. 4. decif. 15. n. 4.* notat. Nam cum pater filium hæredem instituit, quem etiam sperat sibi hæredem fore, & bona, quæ relicturus est, consecuturum, eum, quem filio hæredi facto substituatur, & ad quem consequenter mortuo filio pariter cum bonis filii postea quæsitis sua quoque pertinere voluit, magna causâ præsumptionis est, patrem voluisse etiam filio hæredem non existente sibi hæredem esse in suis solius bonis: quæ præsumptio tanto maior in hoc casu, quam in superiore, quanto magis apparet testatorem dilexisse eum, quem una cum suis bonis filii quoque bona, si quæ postea obvenirent, habere voluit, quam eum, quem expressè sibi tantum hæredem fecit. Ex quo vel solo nullo negotio refelli possunt rationes eorum, qui contra sentiunt; nam auctoritate quidem illi nulla nituntur, nisi quod

7 Ant. Faber nobis objicit Javolenum in *l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poss.* quo tamen loco longè aliam quæstionem Jurisconsultus tractat; nimirum an creditoribus paternis in substitutum impuberis, qui patris se hæreditate abstinet, actio detur, sive an substitutus æs alienum patris agnoscere & creditoribus ejus respondere teneatur; an vero hæreditates, quas nuda existentia potestate juris civilis conjunxit, possit separare. Quod si inde colligit Faber, substitutum impuberi in casum pupillarem, pupillo abstinate, hæreditatem patris adire non posse vi aliqua tacitæ substitutionis vulgaris, eadem ratione collegeris nec legitimos hæredes abstinate pupillo posse patris hæreditatem cernere. Et quidni præponendum esse dici possit, in quæstione à Javoleno proposita substitutum quoque repudiassè manifestè damnosam hæreditatem, utcumque virtute tacitæ substitutionis vulgaris sibi delatam? Ac mihi quod ad istam quæstionem attinet, idem sensissè videtur Javolenus, quod successor ejus Julianus, cujus sententia, ut pupilli utilitatem impugnans, notatur à Marcello & Ulpiano, *l. Julianus. 42. de acq. her.* Agitata fuit quæstio nostra jam olim in judicio centumvirali inter hæredes legitimos Coponii cujusdam & M. Curium, cujus rei Cicero multis in locis, & Quintilian. *lib. 7. inst. orat. c. 7.* meminerunt. Coponius posthumum hæredem instituerat, eique, si antequam in tutelam suam veniret, decessisset, Curium hæredem substituatur. Cum posthumus natus non esset, exorta de hæreditate controversia est inter hæ-

redestitatoris legitimos & substitutum. Q. Mucius defendit, legitimis hæredibus locum esse factum, quoniam Curius ita substitutus erat posthumo: si posthumus impubes moreretur; jam vero posthumum ne 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 hæredem esse oportere. Quod iudicium, 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 Imp. Marci & Severi confirmatum est. Planè in substitutione exhæredato facta eandem 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 adolefcens suæ tutelæ esse incipit, quamvis curatorum adhuc auxilio regatur. Utitur hac loquendi formula M. Tullius, cum alibi sæpè, tum *lib. 1. de Orat. & lib. 2. de invent.* Nostri passim, *Javolen. l. cum ex filio. 39. hoc tit. Nerat. l. pater filio. 54. de her. instit. Julian. l. 8. §. 1. de bon. poss. sec. tab. Paul. l. si filiam. 51. de legat. 3.* Prator in edicto suo *l. 5. §. 2. quib. ex caus. in poss.*

*Siquidem non existerit hæres filius, tunc substitutus patri sit hæres*] Quando ergo accidit, ut pupillus hæres non existat, & substitutus vi vulgaris formulæ patri hæres fiat? An tunc solum, cum pupillum ante patrem defuncti contingit, an vero etiam tunc, cum patri superstes paterna hæreditate abstinet? Et Theophilus quidem scribit, ex verbis formulæ vulgaris tunc solum substitutum venire & patri hæredem fieri, cum filius vivo adhuc patre mortuus est. Ego vero ceasse, etiam tunc, cum impubes patri supervixit, & expressè bonis paternis se abstinet, posse substitutum defendere ex substitutione patris hæreditatem sibi delatam, conditionemque hanc, *Si hæres non erit*, ex mente testatoris explicandam, ut ea extitisse intelligatur, non cum quis nudo nominatus, sed re ipsa & cum effectu hæres factus est. Sic Jurisconsulti in *l. non solum. 67. de rit. nupt. l. si post. 68. de legat. 1.* aperte negant, filium, qui se abstinet, hæredem extitisse. Nam licet etiam is, qui se abstinet, jure civili adhuc pro hærede habeatur, unde dicitur non esse sine hærede, qui suum hæredem, licet se abstinentem, habet; *l. cum quasi. 30. §. sed Crisp. 10. de fideicom. lib.* atque hæc res etiam sua habet effecta: *l. 12. hoc tit. l. filius. 41. cum l. seq. l. ult. de acq. her. l. paterfam. 28. de reb. auct. jud. poss.* tamen in proposito nudum nomen hæredis sive nudam illam existentiam considerari non oportet: alioqui nullo modo vulgariter suo hæredi substitui posset. Et cum, ut docuimus initio *tit. preced.* conditio ista, *Si hæres non erit*, etiam casum voluntatis contineat, & consequenter tanquam conditio potestativa necessitatem tollas filium hac in re ad instar redigat hæredis voluntarii, per *l. 4. in pr. l. jam dubitari. 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 abstineret; sanè in casu nostro hæreditas pro ac-

quisita neutiquam haberi debet. Rep. quæ notavimus ad  
d. princ. prac. sit.

Si vero extiterit hæres filius] Videamus item quando  
filius patri hæres extitisse intelligatur cum hoc effectu,  
ut filio intra pubertatem mortuo hæres ei fiat pupillari-  
9 ter substitutus. Ecerti juris est, si filius decesserit post  
immixtionem, substitutum admitti hæredemque fieri  
filio. Nec dubitatur, quin idem juris sit, si filius mortu-  
us sit non declarata voluntate sua super immixtione  
aut abstentione. Verum illud bellissimè quæritur, an  
etiam filio, qui expressè abstinuit, intra pubertatem  
mortuo, substituto pupillari locus fiat, & quod dicitur,  
nuda sui hæredis existentia confirmetur tabulæ patris  
& pupilli. Dixeris enim, nudam existentiam vim istam  
habere non posse, ac proinde substitutum in proposito  
excludi: quem si admittimus, nudæ existentia tribuim-  
us vim additionis: cui consequens hoc absurdum est,  
suo hæredi frustra in vulgarem casum substitui, cum  
vulgaris substitutio adita hæreditate expiret. Adhæc cum  
dicamus, in substitutione vulgari verba hæc, *Si filius  
hæres non erit*, ex mente substituentis patris sic accipien-  
da esse, si immiscere se paternæ hæreditati noluerit,  
etiam ex contrario quæ sunt pupillaris substitutionis, *Si  
filius hæres erit*, sic accipi oportebit, si bonis patris se  
immiscuerit: ut utrobique immixtio, non nuda existi-  
entia, cum additione 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  
hæreditatem patris adire, l. 11. §. 1. ad sen. Treb. Cæ-  
terum quominus ita statuimus, impedimur textu ex-  
presso l. 12. hoc tit. item his locis, l. Julianus. 42. de  
acq. her. l. paterfam. 28. de reb. aut. jud. poss. ubi dispu-  
tant Jurisconsulti, an pupillo, qui abstinuit bonis pa-  
tris, mortuo, substituto concedi debeat separatio bono-  
rum patris & filii, ut ex substitutione pupilli tantum  
hæreditatem adeat: stultè & ineptè, si substitutus abste-  
nente pupillo nullo modo ex substitutione venire potest.  
Dicendum ergo omnino est, etiam in casu præsentis,  
cum pupillus abstinuit, ex substitutione pupillari hære-  
ditatem deferri substituto, nudæque sui hæredis existi-  
entia vi confirmari tabulas pupillares: quod etiam  
perspicuè probat l. ex contractu. 44. de re jud. l. filius. 41.  
de acq. hered. Nec vero adeo absurdum videri debet,  
quod in substitutione pupillari vim additionis tribuimus  
existentia; in vulgari autem non nudæ existentia, sed  
immixtioni: non enim necesse est, ut nomen hæredis  
aut existentia in utriusque substitutionis conditione eod-  
em modo explicetur aut accipiatur. Nam ut conceda-  
mus, etiam in pupillari substitutione patrem his verbis,  
*Si filius mihi hæres erit*, de hærede, qui cum effectu hæ-  
res futurus sit, cogitasse: ratio tamen juris & favor pu-  
pilli postulant, ut sola existentia quoad effectum, de  
quo quærimus, pro additione habeatur, & sustineantur  
tabulæ pupillares. Planè si filio datus sit cohæres extra-  
neus, vulneratur fuitas; ut loquitur Porc. ad tit. de  
Attil. tur. atque hic quia vires testamenti à cohærede  
quoque pro parte pendant, ad confirmationem tabula-  
rum & substitutionis pupillaris non sufficit filium sola  
potestate juris pro parte sua hæredem extitisse, sed si  
hic se abstinerit, ut tabulæ valeant, necesse est, ut  
patris hæreditas ab extraneo adeatur, d. l. 11. §. 1. ad

Sen. Treb. Atque ita quoque explicanda l. 2. §. 1. hoc tit.  
Etenim sui hæredis nuda existentia, quæ fit *ex contractu*  
& ipso momento mortis paternæ, non potest in solidum  
confirmare testamentum, ubi eodem tempore adest hæ-  
res alius, qui adire potest, vid. Barr. in l. 12. hoc tit. &  
d. l. 11. §. 1. ad Treb. qui meo iudicio feliciter hæc ex-  
pedit, quam vel Cujac. 26. obs. 1. vol. Ant. Fab. dec. 31.  
err. 8. add. Bachov. in Treut. vol. 2. disp. 12. thes. 3.

Ipsi filio sit hæres substitutus] Et in tantum succedit,  
quantum filii fuit, cum is moreretur, sive à patre ob-  
venerit, sive quæsitum aliunde. Testamentum enim  
pupilli hic est, in quo testator non suis bonis, sed impu-  
beris hæredem substituit, l. sed si. 10. §. ad substitutos.  
hoc tit. Excipitur substitutus adrogati, ad quem nihil  
amplius ex substitutione pertinere potest, quam quod  
ad impuberem pervenit ex bonis aut beneficio adrogato-  
ris, d. l. 10. §. in adrogato. 6. Quia vero ex notissima  
ratione juris, quamdiu ex testamento defertur hæredita-  
tas, aut saltem ipse est fore, ut deferatur, hæredes ab  
intestato succedere non possunt; certum est legitimos  
pupilli hæredes, id est, eos omnes, qui citra substitui-  
tionem pupillo ab intestato successuri fuissent, à substit-  
uto hæreditatem admittente excludi, & consequenter  
etiam matrem pupilli: quamquam de ea ratio est, cur  
dubitetur. Nam mater præ reliquis legitimis hæredibus  
hanc prærogativam habet, quod à liberis præterita tes-  
tamentum eorum inofficiosum dicere possit, aut ex  
Nov. 115. ipso jure evertere, utique si vera est com-  
munis opinio; quod nunc non disputo. Cum igitur ma-  
ter hoc jus habeat, cum liberi per se testamentum faci-  
ciunt, videri potest idem jus etiam tunc matri compe-  
tere, cum non liberi ipsi sibi, sed pater eis testamentum  
faciat: nam quod quis ex persona & nomine alieno faci-  
at, majorem vim habere non potest, quam haberet;  
si ille ipse id fecisset, cujus nomine factum proponitur;  
l. minor. 51. §. 1. de proc. l. 13. §. pen. de damn. inf. l. 10.  
C. de her. inst. c. quod per alium de reg. jur. in. 6. cum  
similib. Contrarium tamen disertè ab Ulpiano respon-  
sum l. 8. §. 5. de inoff. test. est, nempe matrem impu-  
beris non posse testamentum inofficiosum dicere, adje-  
cta hac ratione, quia pater hoc ei fecit: quibus verbis  
hoc significare voluit Jurisconsultus, querelam inoffi-  
ciosi testamenti hoc colore instituendam quasi non san-  
ctæ mentis fuerit, qui testamentum ordinavit: hujus autem  
rei pupillum argui non posse, qui ipse testamentum non  
fecit, uxori vero contra mariti testamentum querelam  
non competere: quæ ratio etiam admissa communi DD.  
opinionem accommodari potest ad jus novum: quicquid  
enim novi juris à Justiniano constitutum est, ideo tan-  
tum pertinet, sicut ipse testatur, ut præteritionis & ex-  
hæredationis amoveatur injuria, quæ nulla matri à pu-  
pillo illata. Neque vero pater, cum liberis suis testa-  
mentum facit, testatur ex persona & nudo nomine libe-  
rorum, sed jure proprio atque ex persona sua, vi scilicet  
& potestate juris patrii. Hoc ipsum manifestè quo-  
que confirmat l. 9. C. hoc tit. quo loco Justinianus pro-  
hibet admitti querelam contra substitutionem mente  
capti, idque ait se constituere ad exemplum substitutio-  
nis pupillaris. Negata querela consequens omnino est, 11  
matrem à substituto pupillari excludi etiam quoad legiti-  
mam: idque constitutione Bonifacii VIII. nomina-  
tim expressum est cap. 1. in fin. de test. in 6. Licet filius,  
inquit



inquit Pontifex, *testamento suo matrem portione jure natura 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 conditione ex lege; quoniam generaliter cautum est, ex bonis liberorum matri legitimam esse relinquendam, *l. omnimodo. 30. l. quoniam. 32. C. de inoff. test. Nov. 1. in pr.* Sed jam probavimus, id verum esse, quando liberi ipsi testantur, non cum pater pro suo jure iis testamentum facit. Neque assentiri possum Menochio, qui *lib. 4. presumpt. 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, & ex hæredato quoque dat substitutum. Atque illud omnino fixum esse debet, qui suo jure queri de inofficioso non potest, quamvis ex testamento nihil consecutus sit, cum nec petere posse legitimam, ut bene disputat Fachin. *lib. 4. contr. 42.* & est communis hæc opinio, *Gomez. 1. ref. 4. n. 7. Vasq. lib. 2. de succ. prog. §. 11. n. 24. Grassi §. substitutio. qu. 12. n. 5.* 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 Imp. Marci & Veri hic non minus testamentum atque ex eo hæredem pupillus habeat, quam si expressè in casum quoque pupillarem substitutum accepisset, ratio juris efficit, ut nemo, sive mater sit, sive quis alius, ad legitimam pupilli successionem venire possit, aut per querelam testamentum evertet. Quæ sententia etsi à DD. comm. improbata est, tamen apertè satis confirmatur à sensu contrario in *l. 2. C. h. t.* in qua Imp. respondet, ideo in specie illic proposita matrem admitti, quia testator, filio impubere, & aliis quibusdam personis non ejusdem conditionis hæredibus instituitis & 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 conveniet, aliud respondendum esse: quo etiam faciunt *l. Lucius. 45. h. t. l. 4. C. eod.* Sed duo loci hic nobis objiciuntur, *l. precibus. 8. C. h. t. l. ult. C. de inoff. & subst.* Ad priorem expedita responsio est, constitutionem D. Marci non pertinere ad testamentum militis, de quo loquitur *d. l. 8.* quippe militum testamenta non regantur 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 continet tacitam pupillarem: idemque esset, etsi non mater in specie illic proposita, & decisa, sed frater aut alius pupilli legitimus hæres fuisset. In *l. ult. C. de inoff. & subst.* hic casus proponitur; Testator posthumum & uxorem hæredes scripsit, & si posthumus natus non esset, Mævium sibi hæredem esse voluit. Natus est posthumus, & impubes superstiti 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 tacite pupillaris habere adversus matrem, id est, si posthumus 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 hæc verba in hac specie, in hujusmodi casu, & quo colore alioqui Pap. & 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 hæreditatis & ipsa instituta fuit, posthumoque cohæres data, etsi posthumum nasci non contingeret. Hinc enim non levis conjectura pro matre oritur, quod scilicet testator uxorem suam, quam ita dilexit ut eam sibi quoque cum filio hæredem esse voluerit, minime credendus sit voluisse excludere à luctuosa hæreditate filii. Deinde quod substitutio facta proponitur, non in casum illum generalem & germanum substitutionis vulgaris, *Si filius posthumus hæres non erit*; sed in casum specialem, & nominatim in hunc, *Si posthumus natus non erit.* Unde iterum nova conjectura pro matre, nimirum non temerè, ubi mater in medio est, & præsertim cohæres posthumæ data, hunc casum, *Si posthumus natus non erit*, trahendum esse ad oppositum, *Si posthumus natus fuerit, & impubes decesserit*; ne fiat contra voluntatem testatoris, qui non videtur eum, quem posthumum substituit, & sibi hæredem designat nominatim in eum casum, quo posthumus natus non fuerit, & quo existente nec mater, nec filius, nec hæreditas filii intelligi potest, etiam in contrarium casum, si natus fuerit posthumus, & viva matre decesserit, ipsi posthumæ hæredem esse voluisse, exclusa matre à luctuosa filii hæreditate. Proinde concludimus, pro substituto semper respondendum esse, etiam cum mater in medio est, sive de expressa, sive de tacita pupillari quærat, quoties ex certis aut probabilibus conjecturis colligi non potest, voluntatem testatoris refragari: ita & *Vigl. hic. Don. ad l. 8. C. h. t. Vaud. 1. qu. 44. Ant. Fab. 15. conj. 9. & seqq. & dec. 33. err. 5. latè Vasq. 2. de succ. prog. §. 15. n. 55. & seqq. Diff. Gloss. & DD. comm. in d. l. 8. Gomez. 1. ref. 4. n. 8. Covar. in cap. Raynuzius. 2. de test §. 4. n. 6. Fachin. 4. contr. 40. & 41. D. Tuldon. comm. hic cap. 3. & ad C. h. t. Perez. ibid. n. 26. & 27. Christin. vol. 4. decis. 15. n. 5.* ubi etiam refert, Supremum Senatum Mechliniensem aliquando censuisse, per substitutionem pupillo factam, ne expressam quidem, matrem hodie legitima privari posse: sed hoc opinor ex eo est, quia in Belgio, utique in ple-risque Belgii provinciis, substitutioni pupillari plane non est locus: de quo plura sub §. ult. inf. eod.

*Moribus institutum*] Vulgaris substitutio confirmatur lege 12. tab. his verbis; *Uti quisque legasset 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. §. ad substitutos. 5. hoc tit.* sed substitutio hæc moribus introducta est, *l. 2. in pr. hoc tit.* & quod patri lege 12. tab. permiffum 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 eæ tate, qua ipsi testamentum facere non possunt, testamento hæredem dare, continuata vi patris potestatis etiam quantum ad bona liberorum attinet, post mortem patris usque in eam ætatem,

qua

qua jam ipsi liberi sibi testamentum facere possent, id est, usque ad eorum pubertatem, qua adveniente substitutio expiraret. Atque hoc ipsum in gratiam ipsorum impuberum introductum est, quibus non solum honorificum sed etiam utile visum, heredem testamentarium & eum, qui patris iudicio datus esset, habere, l. 42. de acq. her. Ob id autem potissimum utile, quod ea ratione fiat, ut agnatorum insidii minus exposita sit vita pupilli, quamdiu ignoratur, quis ei successor futurus sit, propter quam causam cavere olim patres solebant, ne pupillares tabulæ vivo adhuc & impubere filio aperirentur, §. *sin autem*. 3. inf. eod.

### 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 pupillaris substitutionis, certas personas substituere: sin autem respuerint, eandem substitutionem infirmari sancimus: & hoc ad exemplum pupillaris substitutionis, qua, postquam pupillus adoleverit, infirmatur.*

### NOTA.

1. *Constitutionem*] l. 9. C. de impub. & al. subst. olim opus erat speciali privilegio, l. 4. hoc tit. *Ut si qui habeant filios*] Licet non habeant in potestate, d. l. 9. ibi, *qui vel qua, testatori vel testatrici.*

### COMMENTARIUS.

1. *Qua ratione & consilio exemplaris substitutio introducta.*
2. *Utroque parente superstito & 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 cuius potestate sunt, exemplariter rectè substitui.*
5. *Eum quoque, qui exemplariter vult substituere, debere sibi prius testamentum facere.*
6. *Si plures sint mente capto liberi vel fratres, posse vel unum ex his substitui.*
7. *An etiam exhereditis exemplariter substitui possit.*
8. *An substitutio exemplaris per resipiscentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo.*

**H**oc §. 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. ex facto. 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 hæredes existerent, & in eadem constitutione mentis decederent, l. *humanitatis*. 9. C. hoc tit. Utriusque hujus substitutionis similitudo & dissimilitudo ostenditur in progressu.

*Qua ratione*] Nimirum eadem 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 scil. 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.

*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 qua testatur; testatori vel testatrici*. Poterit igitur & mater hoc modo substituere, & avia, & pater filio emancipato. Quod si mente capto uterque parens superstes sit, rationi juris consentaneum est, ut patris potius, quam matris substitutio rata sit, ut rectè Vasq. lib. 2. de succ. prog. §. 17. n. 39. & seq. Don. 6. comm. 27. quamvis receptum magis, ut cujusque substitutio valeat in bonis ab eo profectis, teste Sichardo in d. l. 9. n. 8. quod etiam probant D. Perez. in C. hoc tit. n. 31. & D. Tuld. in comm. hic. c. 10. Sed hoc neque naturæ hujus substitutionis communi cum pupillari videtur convenire, nam utraque sit bonis liberorum omnibus; & insolens est aliquem cum duobus testamentis decedere: quantum 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 ferè signa ostendens extrinsecus: & dementia plerumque vitium naturale est ac perpetuum; furor sæpè remissionem ac intervalla morbi & sanitatis habet. Hinc dubitatum aliquando, an quæ de mente capto constituta sunt, ad furiosum per interpretationem sint producenda: quæ dubitatio circa hunc quoque §. & d. l. 9. incidit, propterea quod utrobique mente capti tantum Justinianus meminit. Et vero potest aliquando justa esse causa dubitandi, veluti cum D. Marcus permisisset filio mente capto uxorem ducere, exorta apud

apud veteres dubitatio fuit, an id quoque ad furiosi filium porrigendum esset; quoniam in mente captis nullæ sunt morbi induciæ, furiosi autem plerumque intervalis quibusdam sensu saniore sunt, quod tempus expectandum videri poterat: quam tamen dubitationem sustulit Justinianus, producta D. Marci constitutione ad furiosi quoque filium, *l. si furiosus. 25. C. de nupt.* Cæterum in proposito non video, quæ possit esse dubitandi causa, cum omnino hic eadem ratio sit utriusque; & furore intermisso liberis ipsis, si in potestate non sint, testari permissum ac testamentum paternum abolere. *Fac. l. ex factis. 43. in pr. vers. nam & si. hoc tit. l. 2. C. de cur. furios.* ubi furiosus & mente captus pro eodem ponuntur. Et rectè igitur Theoph. vertit. *μηνώτες ἄνθρωποι ὄντες.* 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. Covar. in c. Raynus. §. 6. n. 1. Grass. §. substitutio. quasi. 44. n. 4. & 6.* quamvis aliud visum Viglio hic. *Goussan. in d. l. ex factis. 43. hoc tit. D. Tuld. in comm. hic. c. 10. Perez. in C. eod. n. 30. arg. l. quod vero. 14. de legib. cui occurri potest ex D. Præside loco. 79. n. 18. & seqq.* Planè ad phreneticos constitutionem non pertinere tradunt comm. DD. & probat *Vasq. d. §. 17. n. 108. per verb. constitutionis perpetuo. Grass. d. quasi. 44. n. 3.*

*Vel nepotes* ] 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 hæredem ex testamento habere possunt, *l. post. & ult. C. qui test. fac.* Quare &, si mater substituit, mortua ea, superstitè patre mente capto, evanescent substitutio secundum plerumque: ego arbitrarer, quamdiu pater vivit, ne concedendum quidem matri esse, ut substituat, de quo latè *Vasq. 2. de success. progr. §. 17. n. 43. & seqq.*

*Esti puberes sint* ] Secunda differentia, quæ principalis est inter hanc substitutionem & pupillarem. Ait, *4 esti puberes.* Licetne ergo etiam impuberibus exemplariter substitui? De patre, qui emancipavit, non queritur, nec de matre substituere volente, quoniam in his terminis sola exemplaris locum habet: sed de patre, in cuius potestate est impubes mente captus. Ratio dubitandi orta à simili. Quemadmodum enim curatio agnatorum, in qua lex 12. tabb. jubet esse furiosos, ad impuberes non pertinet, qui ex jure ordinario in tutela sunt: *l. 3. de tutel.* ita videri potest nec pertinere ad eos hæc extraordinaria substitutio, 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 hæredem men-

te capto dare queat. Quamobrem magis est, ut dicamus, posse patrem etiam exemplariter filio substituere, ut daret ea substitutio etiam post pubertatem, quamdiu manet eadem mentis constitutio, ita & *Duar. in tit. de vulg. & pup. c. 19. & DD. comm. Vasq. d. §. 17. n. 68. Grass. d. §. 9. 41. Dissens. D. Pacius in not. marg.*

*Ad exemplum pupillaris substit.* ] His verbis significatur, licere patri filio mente capto substituere in casum secundum, *Si filius bares erit*, ut receptum est in pupillari. Deinde etiam debere patrem, qui exemplariter substituit, sibi prius testamentum facere, sibi que in eohæredem instituere, quam filio substituat, perinde ut in substitutione pupillari, *§. liberis. 5. inf. eod.*

*Certas personas* ] Differentia tertia. In substitutione pupillari licet impuberi filio quovis substituere, etiam fratribus ejus præteritis: in substitutione mente capti non licet: sed in hac primum liberi, si quos habet, dein his non extantibus, fratres mente capti substituendi sunt: demum si nec fratres erunt, permissum, substituere quemlibet, *d. l. 9. C. b. r.* 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 exhæredati: nihil enim de cæteris exhæredandis exprimitur. Sed &, impune posse præteriri, ex eo licet intelligere, quod adversus substitutionem denegatur quereia inofficiosi: quod tamen in liberis mente captis 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 tantundem de propriis bonis in compensationem relicturum. Inducitur vulgo ex 7 verbis d. constitutionis & alia dissimilitudo. Nam impuberibus pupillariter substitui potest, etsi nihil eis relinquatur, dummodo exhæredentur: mente captis non aliter substitui concedit substitutio, 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 hæredes instituti fuerint, saltem in parte aux ex aliqua; quo casu si minus legitima relicta sit, id quod deest, eos consecuturos conditione, *ex l. 30. C. de inoff.* nimis enim superstitiosos esse, qui negant subsistere testamentum, nisi tota legitima relicta sit. Concludunt igitur, exhæredato non rectè, exemplariter substitui, neque rationem humanitatis pati, ut afflicto addatur afflicto, *Bart. in l. 43. n. 18. hoc tit. DD. comm. in l. 9. C. eod. Grass. d. §. qu. 44. n. 5.* Quibus assentiri non possum. Nam cum etiam liberi furiosi à patre exhæredari 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 relicta sit, modo exhæredentur ex causa ingratitudinis ante furorem commissæ, quod Bart. quoque *d. loc. num. 19. & DD. comm. concedunt: Vasq. de succ. creat. §. 21. num. 256.* non video cur non & his exhæredatis possit exemplariter substitui. Sanè verba constitutionis non refragantur. Nam quod de legitima relinquenda adjicit Justin. id non eo pertinet, ut si illa relicta non sit, testamentum ipso jure sit nullum, sed quod alias per querelam inoff. possit everti: cujus querelæ ne hodie quidem vis ulla, ubi ob justam causam ingratitudinis

dinis testamento insertam hæres docere potest, exhæredationem factam esse: & quod novissimè Imp. voluit, legitimum relinqui tit. institutionis, id non hunc habet sensum, si ita relicta non sit, utcumque ritè facta sit exhæredatio, testamentum ipso jure non subsistere, sed tunc per querelam posse reverti: de quo uberius *inf. tit. 18. Duar. ad hunc tit. c. 20. Covar. in cap. Raynutius §. 6. n. 2. & 3. Boccr. hic. n. 21.*

*Sin autem respuerint, infirmari*] Deficiente nimirum conditione hujus substitutionis: ut enim pupillaris substitutionis hæc propria est, *Si filius impubes decesserit*; ita exemplaris hæc propria, *Si mento captus in eadem constitutione mentis decesserit*: ac proinde ut illa pubertate, ita hæc finitur relapsivencia: 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. ex facto. 43. h. t.* ubi indicatur alius quoque modus, quo hæc substitutio infirmatur, sui heredis agnatio. Quid autem si filius in eadem mentis abalienationem reciderit? *Zafius 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 & *Covar. in d. c. Raynutius. §. 6. num. 11. probat. Perezius ad eund. tit. C. n. 33.* indistinctè negat, unquam convalescere. *Vasquius* contra convalescere ait, sed ita, quasi interim non extinctam, idque etiam si filius tempore mortis paternæ adhuc sit sanæ mentis, *lib. 2. de success. progress. §. 17. n. 48. & seqq.* quæ etiam est communis opinio secundum *Jafon. & alios à Vasq. & Covar. allegatos.* Ratio juris suadet, ut dicamus, cum *Donell. l. 6. comm. 27.* siquidem filius vivo adhuc patre in eundem morbum reciderit, magis esse, ut substitutio duret, *arg. l. 6. §. 2. de her. inst. §. 4. inf. de her. qual.* nisi fortè per id tempus, quo sanæ mentis fuit, ipse testamentum fecerit, *per §. 1. sup. quib. non est perm. fac. test.* Quod si tempore mortis testatoris sanæ mentis fuerit, evanescere substitutionem, *arg. l. coheredi. 41. §. 2. h. t.* quæ etiam sententia videtur *D. Viglii. hic. n. 19.* malè in contrarium allegati à *D. Perezio. Add. Mantie. de conj. ult. vol. lib. 5. c. 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 certè unum testamentum est duarum causarum, id est, duarum hereditatum.

#### COMMENTARIUS.

**R**edit Imp. ad institutam initio disputationem de substitutione pupillari. Ait, in ea substitutione duo quodammodo esse testamenta. Quæ verba captanda non sunt. Etenim non hic eorum sensus est, in pupillari substitutione, quatenus sola & per se spectatur, duo esse testamenta; quæ oratio implicaret contradictionem:

quippe in pupillari substitutione soli pupillo hæres datur, cujus idcirco etiam testamentum dicitur, licet patrem auctorem habeat, *l. 20. hoc tit. & passim*; ea vero pars, qua impubes ipse aut alius hæres instituitur, patris testamentum constituit, nulloque modo appellari potest substitutio pupillaris. Sed ita accipienda sunt, ut simul comprehendatur ipsa impuberis institutio, secundum formulam in pr. traditam: quod ostendunt verba, secundum præfatum modum ordinata. Hoc sensu rectè dicitur, duo hic quodammodo testamenta esse, alterum patris, alterum filii. Hinc enim est, quod utriusque mors expectanda, quod duæ aditiones necessariae, *l. 2. §. 1. h. t. l. 11. §. 1. ad Trebell.* duplex item apertura tabularum, si pupillares seorsum obsignatæ, *l. 8. rest. quemad. aper.* quod pater una hora sibi, altera filio hæredem facere potest, *l. 16. §. 1. hoc tit.* sibi per scripturam, filio per nuncupationem, & contra, *d. l. patris. 20. eod. l. 8. in fin. sec. tab.* quod filio substitutus, eo absintente non cogitur paternis creditoribus respondere, *l. Julianus. 42. de acquir. hered.* & apparet hoc luculentius in substitutione exhæredati.

*Unum testamentum duarum causarum*] Rectè quoque, sed sensu diverso, unum hic esse testamentum dicitur, *l. 2. §. prius. 4. d. l. patris. 20. hoc tit. l. paterfam. 28. de reb. aut. jud. poss.* nimirum tum ratione causæ efficientis, quia unum duntaxat auctorem habet; tum formalis, quia unica solennitate 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 irritato facto, simul concidit, *d. l. 2. §. 1. l. 10. §. 3. l. 16. §. 1. eod. l. 11. rest. quemad. ap. §. 5. inf. hoc tit.* Atque hinc est, quod in tabulis patris & filii una Falcidia servatur, *l. 11. §. quod vulgo. §. ad leg. Falc.* quod juri accrescendi locus est inter patris & pupilli tabularum legatariorum, ut inter re conjunctos, *l. plane. 34. §. sed si. 10. de legat. 1.* & si quæ sunt alia generis ejusdem. Consulatur *D. Hottomannus*, qui singula accurate persequutus 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 subiaceat, vulgarem quidem substitutionem palam facere, & in primis testamenti partibus ordinare debet: illam autem substitutionem, per quam, si hæres extiterit pupillus, & intra pubertatem decesserit, substitutus vocatur, separatim in inferioribus partibus scribere debet, eamque partem proprio lino, propriaque cera consignare: & in priore parte testamenti cavere, ne inferiores tabula vivo filio & adhuc impubere aperiantur. Illud palam est, non idèo minus valere substitutionem impuberis filii, quod in iisdem tabulis scripta sit, quibus sibi quisque heredem instituisset: quamvis pupillo hoc periculosum sit.*

NOTA

## NOTÆ.

3. *Proprio lino*] Vide comm. infra. Exempla substitutionis pupillariorum factæ in ima cera, sive ultima parte tab. habes in *l. ult. de fideic. libert. l. 8. §. ult. sec. tab.*

In *priore parte cavers*] Et si non cavit, voluisse tamen intelligitur, qui separatim obsignavit tabulas pupilli, *l. 8. test. qu. ap.*

## COMMENTARIUS.

**Q**uia substitutio hæc pupillo periculosa videtur, consilium hoc loco parentibus datur, ut eam in ima parte tabularum scribant, linoque proprio trajecto contractam obsignent, caveantque, ne vivo & adhuc impubere filio aperiantur.

*Periculo insidiarum subjaceat*] Vulgaris substitutio rarius periculum liberis impuberibus creat, quia adita hæreditate spes omnis successionis substituto præciditur. Potest tamen & ipsa causam præbere insidiis. Apud Ciceronem in *orat. pro Cluent.* legimus, mulierem quandam Milesiam, accepta à secundis hæredibus pecunia partum sibi medicamentis abegisse: cujus rei meminit *Triph. l. Cicero. 39. de pen.* Citius autem periculum metuitur à substituto pupillariter, si is mortuo patre, periti custode, se esse substitutum cognoscat: hic enim majorem occasionem habet vitæ pupilli struendi insidias, eumque antequam pubescat, è medio tollendi. In cuiusmodi scelus impulsus hæc occasione fuit tutor ille, quem Sergius Galba ob id cruce affecit; nimirum quod pupillum, cui substitutus hæres erat, veneno necasset. *Sueton. in Galb. c. 9.* Scilicet ea vulgo est hominum improbitas, ut spe luculentæ hæreditatis aut similis lucri, quod post obitum alicujus se percepturos certo sciunt, facile impellantur ad affectandam illius mortem. Notum est illud Persianum *satyr. 2. de improbo insidiatore pupilli, cui hæres substitutus erat;*

— *Pupillum vivo usinam, quem proximus hæres*

*Impullo, expungam.*

Eodemque pertinent illa Horatii *lib. 2. satyr. 5.*

*Arripe officiosus: & ut scribare secundus*

*Hæres, ut si quis casus puorum egeris 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. primam ceram* vocat, sicut Tranquillus in *Julio cap. 83.* partes inferiores, *imam ceram.* Cicerone *Verr. 3. extremam ceram codicis.* Quod intelligendum est è consuetudine veterum Romanorum, qui in tabulis ceratis scribere solebant. Quamvis interdum etiam chartis & membranæ uterentur, *§. nihil autem. 12. sup. de testam. ord. consulo D. Salmas. lib. de mod. usur. c. 11.*

*Separatim in inferioribus partibus*] Exempla substitutionis pupillaris factæ in infima sive novissima parte testamenti habemus apud Marcell. *l. ult. de fideic. lib. Paul. l. ult. ad sen. Trib. Ulp. l. 8. test. quem. ap.* quo loco etiam hoc scribit Jurisconsultus, prætorem non pati sine causæ cognitione aperiri tabulas pupillares, quas separatim signatas testator reliquit, quamvis expresse non caverit, ne aperiantur: quia sc. prætor existimat, id nullo modo è re pupilli futurum esse.

*Proprio lino*] Significat, testamenti tabulas diverso lino ita ligandas esse & complicandas, ut lino inciso singulæ per se commode aperiri possint. Lini, quo tabulæ ligantur, mentio fit plerisque locis, *l. Aurelius. 28. §. 1. de lib. leg. l. 1. §. pen. & ult. de bon. possess. sec. tab. l. pen. C. de testam. apud Lucian. in Timone. Sueton. in Neron. c. 17. Adversus falsarios tunc primum repertum, ne tabula nisi pertusa, ac ter lino per foramina trajecto, obsignarentur. Add. Alciat. 4. parad. 6. Cajus 2. Inst. 4. de hac cautela sic scribit; Sed pupillaris substitutio ita facta esse debet, ut ad notitiam substituti pervenire non possit, ne vita pupilli substitutus aliquis insidias moliantur. Nam in extrema pagina testamenti fieri debet, ut pars illa, in qua pupillaris substitutio scripta est, quamvis pupillus annos pubertatis egradiatur, obsignata permaneat, & prior pars testamenti, in qua hæres scriptus est, referatur.*

*Cavers, ne inferiores tabula aperiantur*] Pupillares tabulas aperiri plerumque vetabat parens, *l. 3. C. quem adm. test. ap.* aut vetuisse intelligebatur, si seorsum eas signatas reliquisset, *l. 8. ff. eod.* Quæsieris, quid juret; hæc adhibuisse cautionem, cum qui in vulgarem casum impuberi à patre substitutus est, etiam in casum pupillarem substitutus esse intelligatur ex constitutione D. Marci, *l. 4. hoc sit.* nam facta palam substitutione vulgari etiam si 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. & l. 4. C. eod.* Neque enim unquam in re manifesta aut ubi de voluntate constat, præsumptioni aut conjecturis locus est, *l. consinus. 137. §. 1. in fin. de verbor. obl.* Quamobrem cum in casu præsentis ex priore testamenti parte constet, testatorem expresse aliquem filio substituisse in imis tabulis, quas filio vivo & adhuc impubere aperiri 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, *εὐνοία, ἀνάγκη & ὑπόθεσις*; neque enim eo minus valet pupillaris substitutio, quod scripta est in iisdem tabulis, quibus testator sibi hæredem instituit. Quin etiam sibi in tabulis testamentum facere pater potest: filio impuberi per nuncupationem substituere, *l. 8. in fin. sec. tab. l. patri. 20. §. 1. h. t.*

## TEXTUS.

Quibus substituitur.

4. *Non solum tamen hæredibus institutis impuberibus liberis ita substituere parentes possunt, ut si hæres eis extiterint, & ante pubertatem mortui fuerint, sit eis hæres is, quem ipsi voluerint: sed etiam exhæredatis. Itaque eo casu, si quid exhæredato pupillo ex hereditatibus, legatisve aut donationibus propinquorum atque amico-*

rum acquisitum fuerit, id omne ad substitutum pertinebit. Quacunq[ue] diximus de substitutione impuberum liberorum, vel heredum institutorum, vel exhæredatorum, eadem etiam de posthumis intelligimus.

## NOTÆ.

4. Sed etiam exhæredat[us] l. 2. §. 2. l. 10. §. 5. hoc tit. Ulpian. tit. 23. §. 7. quia pater non suis bonis substituit, sed impuberis, videlicet jure potestatis, d. l. 10. §. 5. quo & tutorem dat, l. 4. de test. tut. Formula: Titius hæres esto: filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto.

Ex hæreditatibus legatisve, &c.] d. l. 10. §. 5. non tamen potest pater ab exhæredato legatum relinquere, l. 41. §. 3. hoc tit. neque à substituto exhæredati, l. 41. §. 3. de test. mil. Legatum onus est: hæredem habere non est.

Etiam de posthumis] l. 2. cod. exempl. in l. 46. hoc tit. l. ult. C. de instit. & subst.

## COMMENTARIUS.

1. Formula substitutionis pupillaris exhæredato facta.
2. Male in vulgatis codicibus interpungi. l. miles. 41. §. 4. de test. milit.
3. Patrem ab exhæredato filio ejusve substituto legare non posse.
4. An exhæredatio extinguat jus sunitatis. Quæstio subtilissima.

**S**ed etiam exhæredatis] Non ait, præteritis, quia sic testamentum patris ipso jure nullum esset, l. 1. de inst. rupt. l. inter cætera. 30. de lib. & posth. Exhæredatis autem rectè substituitur, l. 1. §. 2. l. 10. §. ad substitutos. 5. hoc tit. nimirum jus hoc substituendi, ut & tutores dandi, non ab institutione hæredis, sed à potestate patris pendet. Quippe qui non suis bonis, sed impuberis substituit: quo argumento utitur Ulp. d. l. 10. §. 5. Quamobrem etsi hodiè bonorum adventitiorum proprietates patri non quæritur, non eo tamen minus substitui filio exhæredato poterit. Neque in eo injuria fit exhæredato, quod pater ei hæredem dat: quin potius ad utilitatem pupilli hoc spectare creditur, l. Julian. 42. de acq. har. fac. l. 6. in pr. de interrog. in jur. Sed quibus verbis hæc substitutio concipiendâ est? Non enim potest concipi eadem formula, qua utimur in substitutione filii hæredis instituti, Si hæres erit, & intra pubertatem decedat. Nimirum posterior tantum hujus conditionis pars exprimenda. Formula hæc sit; Titius hæres esto; Filius exhæres. Si filius impubes moriatur, Sempronius ei hæres esto. Ex quo apparet, veram hic substitutionem nullam esse, ac ne vix quidem coloratam, ut monui initio hujus tituli.

Pupillo ex hæreditatibus legatisve] Nam uti modò dictum est, non suis, sed impuberis bonis testator substituit. Turbavit hic multos vitiosa lectio, l. miles. 41. §. 4. de test. mil. Sic enim is locus in vulgatis codicibus legitur; Exhæredato miles & emancipato filio substituiere potest. Verùm hoc jus in his exercebitur, qua ab ipso ad eum, cui substituit, pervenerunt: non etiam in his, qua habuerit, vel postea acquiserit. Quod si exhæredato filio à milite substitutus ea tantum accipit, quæ à testato-

re profecta sunt, nihil amplius ei tribuendum, si substitutus sit à pagano. Cæterum alia omnia ratio juris est: dicitur: nec responsum istud, si ita legas, defendi potest à summa absurditate. Quod cum animadverteret D. Viglius, ausus est, quanquam nullius fretus codicis auctoritate, locum aliter interpungere, dictioneque exhæredato, in calcem præc. §. transposita, novum sic inchoare, Miles & emancipato filio, &c. quam viri doctissimi & prudentissimi interpunctionem postea compertum est Pisani codicis auctoritate confirmari.

Ad substitutum pertinere] Hoc igitur certo constitutum est, licere patri substitui filio impuberi etiam exhæredato, atque ex hac substitutione ad substitutum pertinere adventitia exhæredati emolumenta. Sed hac occasione duo quæ sita sunt: primum, an quemadmodum pater exhæredato rectè substituit, ita etiam ab eo legatum aut fideicommissum rectè relinquat: alterum, an à substituto exhæredati legatum aut fideicommissum dare valeat. Primum quod attinet, placet, patrem à filio, quem exhæredavit, legare aut fideicommissum relinquere non posse, l. coheredi. 41. §. 3. hoc tit. alia enim ratio est substitutionis, alia legatorum five fideicommissorum. Legata & fideicommissa onera sunt: ac proinde aliis imponi non possunt, quam iis, quos defunctus honoravit, & tantum pro modo relictis, d. l. coheredi. §. 3. l. 1. §. sciendum. 6. de legat. 3. l. 9. C. de fideic. Substitutio verò onus nullum continet (neque enim onus est hæredem habere) sed est provisio, pertinet ad commodum ipsius pupilli. Atque hinc quoque judicandum de altero. Nam si ab exhæredato legari non potest, nec poterit à substituto ejus. Ratio enim non patitur, ut plus juris habeat testator circa personam substituti, quam habet in eo, cui substituit, l. qui fundum. 87. §. qui filios. 7. vers. dicit aliquis. ad leg. Falc. l. ab exhæredati. 126. de leg. 1. Planè quemadmodum filius exhæredatus, si legatum vel fideicommissum à patre accepit, fideicommissum itidem à patre gravari potest; d. l. coheredi. §. 3. ita & eo casu poterit substitutus, si juris rationem spectes, l. 5. §. 1. de legat. 3. Contrarium tamen in odium exhæredationis constituit Justinianus l. cum quidam. 24. C. de legat. ut bene observavit D. Viglius. Ne olim quidem, ut hoc obiter addam, legari à substituto exhæredati poterat; quantumvis legatum etiam amplum à patre accepisset, l. miles. 41. §. 3. de test. mil. nimirum quia ex ratione juris veteris legata à legatario ejusve hærede non rectè relinquebantur, at bene fideicommissa, inf. de sing. rob. per fideic. rel. in pr. d. l. 5. §. 1. de legat. 3.

Eadem etiam de posthumis intelligimus] Quæstionem, an hodiè post Nov. 115. c. 3. posthumus exhæredari, & consequenter, an ei exhæredato substitui possit, alii loco reservamus. Illud pro coronide hic indagare lubet, 4 verumne sit, quod nonnullis visum est, per exhæredationem tolli jus sunitatis. Nam si hoc verum est, concidit in totum doctrina hujus §. quandoquidem suis tantum hæredibus substitui potest, l. 2. in pr. hoc tit. Verum autem esse, hisce argumentis probari videtur. Primum, si exhæredati ne hæredes quidem sunt, nec sui hæredes dici possunt; cum non entis nulla sit qualitas, atque ut in scholis ratiocinantur, ab est secundi adjecti ad est tertii adjecti valeat consequentia negando. Hæredes autem non esse, testatur Jurisconsultus l. 1. §. pen. de

de suis & legit. Ratio enim juris manifesta est, quia nec ex testamento nec lege eis defertur hæreditas, ut plenius ostendimus in §. cum autem. 7. inf. de bar. qua ab int. Secundo inter suos hæredes numerari non potest, qui pro mortuo habetur: at exhæredatus habetur pro mortuo, l. 1. §. sed & si. 5. de conjung. cum emanc. lib. Postremo sui hæredis jus per exhæredationem dicitur abscissum esse, l. 9. §. 2. de lib. & posth. Ex contrario verò non tolli per exhæredationem jus suitalis, duobus argumentis perspicue evincitur. Unum petitum est à definitione: nam si sui hæredes sunt liberi omnes defuncti, qui eo tempore, quo moritur, in potestate illius sunt, & primum in familia locum obtinent, non potest non filius exhæredatus eo tempore inter suos hæredes numerari, nisi dicamus, quod inauditum est, exhæredatione solum fuisse jus patris potestatis. Nec mihi objeceris, jus suitalis non ex eo solum æstimari, quod quis in potestate sit, & primum gradum in familia teneat; verum etiam, & maxime ex causa successionis: exhæredatum autem à successione excludi. Etenim quamdiu pater vivit, exhæredationis nulla vis est, eoque etiam mortuo adhuc in irritum redigi potest, destitute vel rescisso per querelam inofficiosi patris testamento, l. filiam. 20. in pr. contr. tab. ut proinde jus filii sui hæredis per exhæredationem sublatum fuisse dici non possit. Alterum argumentum sumitur ab effectis suitalis propriis. Primum ex eo, quod, ut hoc §. docetur, filio exhæredato rectè pater pupillariter substituit. Suum autem hæredem esse oportet, cui ita substituitur, l. 2. hoc tit. Secundo, quod, cum tutor testamento dari non possit nisi ei, quem quis in suis hæredibus, cum moritur, habuit, l. quo tutela. 73. §. 1. de reg. jur. rectè nihilominus detur exhæredato, l. 4. de test. int. Tertio, quod exhæredati filii persona obstet nepoti, quominus suus hæres fiat avo, & præteritus quasi agnoscendo rumpat avi testamentum, l. 6. pr. de injust. rupt. test. l. 7. unde lib. Si enim per exhæredationem perimeretur jus suitalis, nepos protinus occuparet locum patris, atque in sui hæredis locum succedendo avi testamentum rumperet, non secus ac is rumpit, cujus pater mortuus aut emancipatus est, §. 2. sup. de exher. lib. l. 13. de injust. rupt. Postremo à jure quoque suitalis procedit, quod filio, qui in potestate est, exhæredato ad transmittendam querelam nec bonorum possessio, nec additio hæreditatis necessaria est. Cur enim alioqui contra filium emancipatum nisi ista fecerit, non videtur litem præparasse? l. 7. de inoff. testam. Neque verò adèd difficilis responsio est ad argumenta duo posteriora, quibus diximus probari videri, exhæredatione jus sui hæredis planè extingui. Etenim quod Ulpian. ait d. l. 1. §. sed & si. 5. de conjung. cum emanc. lib. patrem exhæredatum pro mortuo haberi, verum quidem est, non autem simpliciter, sed quod ad illud edictum, quo de agitur, attinet; ne scilicet pater emancipatus, exhæres 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 exhæredatus non fuisset, ex edicto filio jungeretur. Eodem modo responderi potest ad d. l. 9. §. 2. de lib. & posth. jus filii eo loco abscissum dici comparative, respectu sc. 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 sanè jus per exhæredationem patris penitus abscissum est; in tantum, ut nec defuncto ante aditam hæreditatem patre ad successionem avi admittatur, d. l. 9. §. 2. d. l. 6. de injust. rupt. test. l. 7. unde lib. que emendatio eo probabilior est, quia & sententiæ Jurisconsulti locus sic restitutus melius convenit, & lectio loci mirè variat, ut videre est apud Accurs. Bart. Alciat. & in editione Robert. Stephani. Majorem difficultatem habet argumentum, quod primo propositum fuit: utique enim, cum verum sit, exhæredatum morienti patri hæredem non existere, consequens est, nec suum esse, quo tempore pater moritur; alioqui necessario potestate juris statim hæres existeret, & obstaret hæredi instituto, quominus ipse directo hæres esse & jure civili hæreditatem cernere posset, arg. l. ult. de acq. her. quod falsum esse patet ex d. l. 6. in pr. de injust. rupt. test. l. filium. 20. de bon. poss. cont. tab. Quamobrem sic omnino statuendum arbitror, vivo adhuc patre, cui testamentum mutare licet, exhæredationem non impedire, quominus filius exhæredatus adhuc inter suos hæredes habeatur: atque ideo nepotibus ex se natis obstare quominus in locum ipsius & gradum adscendant. Sed & post mortem patris, quamdiu adhuc ab intestato succedere potest, pro suo interim haberi, quoniam rescisso aut deserto patris testamento suus hæres nihilominus patri existit, perinde ac si nulla exhæredatio intervenisset, d. l. filium. 20. cont. tab. l. 8. §. pen. de inoff. test. Verum enim vero si exhæredatio confirmata fuerit aditæ ex testamento hæreditate, hac consideratione exhæredatus amplius pro suo haberi non potest, cum verum sit, eum patri suum hæredem non extitisse, nec existere posse, d. l. 1. §. pen. de suis & legit. add. Gomez. 1. ref. 11. n. 9. Horom. 9. obs. 10. Ant. Fab. 9. conj. ult. Christin. vol. 4. dec. 16. n. 4. Bachov. hic. add. Val. Reimer. dec. 6. disp. 1. th. 4.

## T E X T U S.

Pupillare testamentum sequela paterni.

§. Liberis autem suis testamentum nemo facere potest, nisi & sibi faciat; nam pupillare testamentum pars est sequela est paterni testamenti: adeò ut si patris testamentum non valeat, nec filii quidem valebit.

## N O T A.

§. Nisi & sibi faciat] d. l. 2. §. 1. imò nisi sibi prius faciat, deinde filio, nec converso modo à filii testamento incipiat, d. l. 2. §. 4. & ult. utique si ex intervallo diversisque tabulis sibi pater hæredem scribat, & filio substituat, quod facere potest, l. 16. §. 1. l. 20. §. 1. eod. Cæterum si conjunctim, eodem tempore ac contextu utrumque fiat, licet ordinem convertere, veluti si ita scribat, Si filius meus intra pubertatem decesserit, Si jus hæres esto: Filius hæres esto, d. l. 3. §. 5.

Nec filii valebit] Fac. ratio in l. 129. §. 2. l. 178. de reg. jur. c. accessorium, eod. in 6. puto tamen hodie tabulas pupillares non infirmari, quamvis exhæredatus querela inoff. testamenti obtinuerit, per Nov. 185. c. 3. in fin.



## COMMENTARIUS.

1. Patrem prius sibi debere testamentum facere, deinde filio, nec converso modo à filii testamento incipere; nisi conjunctim unoque textu utrumque fiat.
2. Patris testamento non subsistente, & filii nullum esse, aut corrumpere.
3. Cur rescisso per querelam testamento patris substitutio pupillaris concidat, *petitum cons. tab. bonorum possessione non item.*
4. Furo novissimo etiam expugnato per querelam testamento patris salvam manere substitutionem pupillarem.

**P**ermisum quidem patri est, suo testamento perfecto, alio tempore filio testamentum facere, l. 16. §. 1. *hoc sit.* aut sibi per scripturam, filio per nuncupationem, vel contra, l. *patris.* 20. *eod.* & vel instituto filio vel exheredato. Cæterum necessarium omnino est, ut sibi quoque hæredem faciat, qui filio vult facere, l. 2. §. 1. *eod.* Incongruens enim visum est, eum, qui ipse intestatus decedere cupit, filio suo hæredem testamento dare: tantumque concessum patri sibi testamentum facienti, simul filio impuberi prospicere. Ex quo efficitur, testamentum patris principale esse, filii accessorium & paterni appendicem; ac proinde hoc sine illo non consistere, ex tritissima juris regula, l. *nihil dolo.* 129. §. 1. *de reg. jur. c. accessorium. eod. in 6.* Cæterum hoc in paganus obtinet; militi enim ex privilegio indultum ut soli filio hæredem facere possit, tamen sibi non fecerit, d. l. 2. §. 1. *in fraudem.* 15. §. *pen. de testam. milit.*

1. *Nisi & sibi facias*] Imo, nisi sibi prius faciat, deinde filio, nec converso modo à filii testamento incipiat, d. l. 2. §. *primus.* 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 hæredem 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 constat, 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. eod.* 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 duataxat revera testamentum est, quod duas quidem partes habeat, sed quarum illa, qua hæres instituitur filio, pendeat ex altera, qua hæres instituitur patri, rationem exigere, ut ea pars præcedat, quæ principalis est, sequatur altera, quæ ex priori dependet, & sine ea consistere non potest. Atque hæc ita obtinent, si ex intervallo diversisque tabulis pater sibi hæredem scribat, & filio substituat. Si verò conjunctim, eodem tempore ac contextu utrumque fiat, placet substitutionem valere, licet conversa scriptura filii testamentum factum fuerit. Veluti, si quis

ita scripserit, *Si filium meum intra pubertatem decesseris, Sejus hæres esto. Filius hæres esto, d. l. 2. §. sed si. 5.* & meritò, quia in conjunctionibus nullus ordo est, nec quicquam interest, utrum prius, utrum posterius dicatur scribaturve, teste Alfeno, l. *cum quidam.* 14. *de pecul. leg. fac. l. sita.* 28. *de her. inst.* Ad hunc modum hæc explicant *Zaf. ad d. l. 2. §. 4. n. 8. Duar. in comm. ad hunc tit. c. 14. Vgl. hic. citans Jafon. & DD. ultramontanos.* Angelus etiam communem hanc esse sententiam testatur.

*Nec filii quidem valobit*] Nam, ut dictum est, cum principalis causa non subsistit, ne ea quidem, quæ sequelæ & accessionis vicem obtinent, consistere possunt, l. *nihil dolo.* 129. §. 1. l. *cum principalis.* 178. *de reg. jur. c. accessorium. eod. in 6.* Hinc fit, ut non tantum ab initio pupillares tabulæ non subsistant, si patris testamentum ab initio nullum sit; verum etiam corrumpant, si patris testamentum, quod rectè factum erat, postea infirmetur, puta aut rumpatur agnatione vel quasi agnatione sui hæredis, l. 2. *in pr. hoc sit.* aut inofficiosum in totum pronuntietur, l. 8. §. *sed nec. 5. in fin. de inoff. test.* aut irritum fiat testatore capite minuto, aut non adita ex testamento hæreditate, d. l. 2. §. 1. l. 10. §. 4. *eod.* Plane si suus hæres testamento patris sit institutus, puta pupillus ipse, nihil amplius ad confirmationem testamenti desideratur, quam ut is mortuo patri sit superstes, licet se abstineat: nam vel nudæ sui hæredis existentia hæc vis est, ut confirmet tabulas pupillares, l. 12. *h. tit.* de quo plene scripsimus ad *pr. hujus tit.* Illud alibi mirum videretur, quod cum rescisso per querelam testamento substitutio pupillaris concidat, eam tamen placeat valere, cum præterito filio contra tabulas bonorum possessionis petita est, l. *ex duobus.* 34. *in fin. & l. seq. eod.* non enim minus sic testamentum rescinditur, reditque res ad causam intestati, quam ex causa inofficiosi, l. *ut liberis.* 17. *C. de collat.* Ego hoc ex eo esse puto, quod querelæ inofficiosi hic color prætexitur, quati testator sanæ mentis non fuerit, cum testamentum ordinaret, l. 2. l. 13. *de inoff. test.* ut proinde eo rescisso perinde omnia haberi debeant, ac si testamentum nullum factum esset, aut ab eo factum, qui testamenti factionem non habuit, nihil ut ex eo testamento valeat, l. 8. §. *pen. l. cum mater.* 28. *d. tit.* Hoc autem prætextu non petitur aut conceditur contra tabulas bonorum possessio. Occurrit etiam quod prætoriam remedia non ultra operantur, quam prætor voluit, l. *in conventionalib.* 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. Ad hæc 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 hæredibus, dat bonorum possessionem secundum tabulas, scil. si liberi præteriti, quorum causa potior est, non petant, l. 2. *in pr. secund. tab.* Ut adeo nihil mirum sit, substitutionem pupillarem, quæ edictum prætoris non offendit, salvam manere. Qua de re vide quæ superius disputavimus sub *tit. de exher. lib.* Hodie ex nova Justiniani lege, etiam si per querelam inofficiosi testamentum patris expugnatum fuerit, pupillaris substitutio

tio salva manebit, quemadmodum & legata cæteraque capita firma manent præter institutionem. *Nov. 115. cap. 3. in fin. unde antb. ex causa. C. de lib. prat. & ibi comm. DD.* Equidem scio, Dynam & Petrum à Bellapert. contendisse, ea tantum ex novella ista lege rescisso testamento salva manere, quæ institutionem hæredis non desiderant, veluti legata, fideicommissa, libertates, tutorum dationes: secus adhuc esse in iis, quæ hæredis institutionem requirunt, ut pupillaris substitutio; idque & Covarruvizæ probari in *c. Rayant. §. 6. num. 3.* Cæterum mihi verba illa *Novellæ, & alia capitula*, non ob aliam causam videtur addidisse Justinianus, quam ut omnia capita comprehenderet extra institutionem: ac licet pupillaris substitutio & ipsa sit institutio, palam tamen est illic per institutionem, quæ irrita esse jubetur, intelligi institutionem primam qua scilicet pater sibi hæredem 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 everfo per bonorum possessionem contab. testamento patris conservata fuit, *l. ex duobus. in fin. cum l. seq. hoc tit.*

## T E X T U S.

## 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 hæreditatum integrum inter eos custodiri velit.*

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

1. An postquam mater unâ cum fratribus defuncti ad legitimam hæreditatem vocata est, adhuc locus sit dispositioni hujus §.
2. An non saltem, quo mater excludatur, dici possit, fratres per fideicommissum mutuo substitutos esse.

Qui plures liberos impuberes habet, si neminem eorum intestatum decedere velit, potest singulis, quos voluerit substituere, aut ipsos invicem & reciprocè, eique, qui novissimè impubes mortuus fuerit, substituere alium aliquem, *l. si pater. 25. hoc tit.* Quod si unum tantum substituit, hic solus testatus decedet, cæteri intestati. Unde si postremo morituro tantum substituerit, jus legitimarum hæreditatum inter fratres conservare voluisse intelligitur, *l. vel singulis. 37. eod.* unde hic locus sumptus est.

[*Intestatum decedere*] Nota, impuberes etiam dici intestatos decedere, etsi ipsi testamentum facere non possunt; sicut vice versa testati decessisse dicuntur, cum pater eis testamentum fecit. Porro an propriè vox intestatus, impuberibus, furiosis & similibus personis attribuat, ita ut statuta de successione intestatorum locutionia ad eas quoque personas intelligi debeant pertinere, tractamus *inf. tit. 1. lib. 3. in pr.*

[*Jus legitimarum hæreditatum*] Nam cum cæteris nec pater testamentum fecerit, nec ipsi sibi in ætate pupillari facere possint, necessariò evenit, ut præmorientium fratrum impuberum hæreditates ex lege duodecim tabularum ad superfites perveniant: quorum tandem om-

nium bona in ultimi defuncti hæreditate reperta substitutus ejus consequetur. Unde quæritur, cum hodiè ex *Nov. 118. cap. 2.* mater defuncti unâ cum fratribus ad legitimam hæreditatem vocetur, adeoque fratres consanguineos tantum sive *impubes* excludat, utrum nihilominus adhuc in casu proposito novissimo morienti substitutus bona etiam cæterorum integra consequatur, an mater partem eorum auferat, easque duntaxat partes ferat substitutus, quæ morte fratrum ad impuberem pervenissent nulla facta substitutione. Prius illud dicere non possumus, nisi fingamus, substitutionem novissimo factam ad omnes pertinere, singulosque invicem tacitè substitutos, & postremum morientem prædefuncto. At hoc vetat hic ipse locus. Ait enim Imp. cum novissimo tantum substituitur, jus legitimarum hæreditatum inter fratres integrum custodiri. Si verò mutua hic fingatur substitutio, priorum morientium superfites non legitimi hæredes, sed ex testamento essent, omnesque decederent testati. Proinde dicendum, ut olim in casu proposito inter fratres, quippe qui soli à lege vocabantur, legitimæ hæreditates salvæ manebant, ita hodiè etiam matri, postquam ea unâ cum defuncti fratribus admittitur, jus legitimæ successione integrum manere, atque ad substitutum eas duntaxat partes pertinere, quæ in hereditate ultimi defuncti reperiuntur. 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. Titia. 87. §. 2. de legat. 2.* Species hujusmodi est, de qua consultitur; 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 fideicommissum testatorem duos videri gradus substitutionum fecisse, unum, ut is, qui ex duobus prior moreretur, alteri restitueret, quod colligit ex verbis, qui ultimus decesserit alterum, ut novissimus restitueret Sempronio. Sed non est hæc species similis nostræ. Rectè Jurisconsultus in *d. l. Titia. §. 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 duntaxat parte sua, sed de toto fundo, ac proinde etiam de parte collegatarii præmortui. Jam verò, quia hoc facere non potest, nec implere fideicommissum expressum, nisi collegatarii quoque pars ad eum pervenerit, apparet, eam defuncti fuisse voluntatem, ut qui ex collegatariis prior moreretur, superfite partem suam restitueret. In casu verò nostro nihil est, quamobrem præter substitutionem novissimi aliam aut fideicommissum inducamus: non enim in universa hæreditate, sed ultimi morientis tantum bonis substitutio facta proponitur.

## T E X T U S.

De substitutione nominatim aut generaliter facta.

7. *Substituitur autem impuberi aut nominatim, veluti, Titius hæres esto: aut generaliter,*

ut,

ut, Quisquis mihi hæres erit. *Quibus verbis vocantur ex substitutione, impubere mortuo filio, illi, qui & scripti sunt hæredes, & extiterunt, & pro qua parte hæredes facti sunt.*

## COMMENTARIUS.

1. Generali formula substitutionis solos illos vocatos intelligi, qui hæredes nominatim scripti sunt.
2. Ex eadem formula solos venire, qui patri hæredes extiterunt.
3. Eiusdem formula hunc effectum esse ut substituti eadem ex substitutione partes consequantur, quas in patri hæreditate habuerunt.

Substitutio pupillaris vel specialiter & nominatim concipitur, puta hoc modo, *Filius meus hæres esto. Si filius impubes deceaserit, Titius hæres esto.* Vel generaliter veluti, si pluribus hæredibus institutis, testator his verbis filio substituat, *Quisquis mihi hæres erit, idem filio meo impuberi hæres esto, l. 3. l. 8. l. 10. hoc tit. l. ult. C. eod.* Ad quem modum vulgaris substitutio non recte conciperetur: nam hæc formula, *Quisquis mihi hæres non erit, &c.* in infinitum producit. Non est verò eadem vis generalis & specialis substitutionis, ut in calce exegesis hujus §. ostendemus, cum cognita nobis erit potestas clausulæ generalis sive horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit, &c.* quam solam hic explicat Justinianus.

*Qui & scripti sunt hæredes, & extiterunt, & pro qua parte* Paucissimis verbis triplicem comprehendit effectum horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit.* Primus hic est, quod is verbis vocati intelligantur illi soli, qui hæredes nominatim scripti sunt, non alii, qui fortè per eos, qui scripti sunt, hæredes extiterunt. Itaque nec dominus, qui per servum; nec pater, qui per filium hæres extitit, ex hac clausula ad hæreditatem impuberis admittitur: quippe quibus non iudicio defuncti, sed vi potestatis vel dominicæ vel patriciæ hæreditas obvenit, l. 3. l. 8. §. 1. eod. Eademque ratione nec hæredis hæres admittetur, d. l. 8. §. 1. licet alias hæredis appellatione etiam hæres hæredis contineatur, l. hæredis. 65. l. sciendum. 70. de verb. sign. l. qui per successionem. 194. de reg. jur. l. ult. C. de har. inst. nec is, cui ex fideicommissio hæreditas restituta est, ut rectè docet D. Vigl. hic. Cæterum quod diximus, dominum non admitti, id intelligendum est, si hoc solo obtentu hæreditatem pupilli ex substitutione ad se pertinere contendat, quod patris bona jam apud se per servum quæsitã habeat. Non enim inspicitur, apud quem patris hæreditas sit, sed quis à patre expressè & immediatè ad hæreditatem vocatus. Ideoque si servus quæsitã domino ex institutione hæreditate, antequam ex substitutione adiret, è potestate ejus exierit, non poterit dominus ex substitutione impuberi hæres effici: sed servus vel ipse sibi hæreditatem impuberis acquireret, si fortè manumissus fuerit; vel si alienatus, novo domino, cuius iussu adierit. At verò, si existente conditione pupillaris substitutionis adhuc in eiusdem domini potestate sit, nihil prohibet, quominus iussu ejus nunc item ex substitutione pupilli hæreditatem adeat, eamque novo hoc suo facto acquirat domino; ut post Jo. Fab. hic. & DD. comm.

in l. filiosam. 11. de legat. 1. docent Vigl. & Bachov. hic. Duar. in comm. ad hunc tit. cap. 15. & fac. l. 3. hoc tit. junct. §. 1. sup. de har. inst. Simili igitur modo, si filiosam emancipatus fuerit, ipse ex substitutione hæres fiet; si in potestate manserit, patrem hæredem faciet. Alter effectus substitutionis generaliter factæ, est, quod ex ea soli veniant illi, qui patri hæredes extiterunt: proinde, si hæres scriptus paternam hæreditatem repudiaverit, nihil ei proderit ad hæreditatem pupilli consequendam, quod testamento patris hæres scriptus est: nam aliàs horum verborum, *Quisquis mihi hæres erit, &c.* nulla vis esset, cum à testatore jam antè hæredes scripti sint, qui ea conditione substituuntur, d. l. 8. in fin. pr. hoc tit. Tertius effectus est, quod generali formula substituti eadem ex substitutione partes consequuntur in bonis pupilli, quas in ipsius patrisfam. hæreditate habuerunt, d. l. 8. §. 1. in fin. Ut hic quoque locus sit regulæ traditæ in §. 2. prac. tit. testatorem eas videri in substitutione partes cuique dedisse, quas in institutione expressit. In substitutione nominatim facta, sive speciali, converso ferè modo hæc se habent. Nam primo necesse non est, ut is, qui nominatim substitutus pupilli hæreditatem vindicat, hæres à patre scriptus sit. Deinde, etsi hæres ex parte scriptus est, non eo tamen minus ex substitutione admittitur, quod patris hæreditatem repudiavit, modò utramque nunc amplectatur, nisi sub ea conditione substitutus sit, *Si hæres erit, d. l. 8. in pr. junct. l. 10. §. 3. eod.* Postremo nominatim substituti, non hæreditatis partes, id est, quæ singulis adscriptæ sunt in institutione, sed viriles sive æquales habebunt, per ea, quæ tradimus sub §. 2. tit. praced.

## TEXTUS.

Quomodo substitutio pupillaris finitur.

8. *Masculo igitur usque ad quatuordecim annos substitui potest: femina usque ad duodecim annos. Et si hoc tempus excefferint, substitutio evanescit.*

## NOTÆ.

8. *Evanescit substitutio* Quamvis longius tempus comprehensum fuerit, l. 14. eod. quod autem evanescit, nec ad causam fideicommissi proficit.

## COMMENTARIUS.

1. *Pupillarem substitutionem extinguere anno quatuordecimo 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 eâ 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 pervenerunt, qua jam ipsi testari possunt, cessante fine substitutionis, merito placuit, eam extinguere: & alias, quod iniquissimum est, civi Romano puberi testamenti factio auferretur, l. ex facto. 43. hoc tit.

Usque

*Usque ad quatuordecim annos, &c.*] Masculi enim anno quartodecimo, foeminae duobus annis maturius puberes fiunt, *sup. quib. mod. tut. fin.* à qua ætate jam ipsi testamentum facere possunt, *l. 5. qui test. fac.* Ait, *usque ad quatuordecim annos*, quibus verbis significat, omne spatium, quod est intra pubertatem, liberum esse patri ad substituendum filio, finem autem hujus arbitrii esse pubertatem. Quapropter si quis verbi causa substituit, *Si filius meus intra decimum annum decesserit*, &c. pupillusque ad eos annos pervenerit, expirat substitutio, licet postea decesserit intra annum decimum quartum, *l. si ita. 21. d. l. ex factis. 43. §. 1. eod.* At si in substituendo annos pubertatis egressus sit, finietur nihilominus substitutio pubertate, *l. in pupillari. 14. eod.*

*Si hoc tempus excefferint*] Liberi nimirum, quibus facta est substitutio, masculi annos quatuordecim, foeminae duodecim: neque enim patitur contextus, ut ad parentes, qui substituerunt, hæc referantur. Quod vero ait, excefferint, id verbum non puto præcisè hic accipiendum esse, quasi non satis sit annum quartumdecimum aut duodecimum complexisse, eoque non completo, sed superato demum extinguere substitutionem; sed potius explicandum ex iis locis, ubi ex professo agitur de ætate, qua civis 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 possint hæredem facere. Aliud tamen D. Viglio visum.

*Evanescit*] Etiam si 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 viceesimum decesserit, Titius hæres esto.* Ex hac substitutione constat, filio intra pubertatem defuncto directo jure succedi, post id tempus non item. Sed quaeritur, an non saltem post pubertatem proficiat ad causam fideicommissi, ut perinde ex eo tempore haberi debeat, ac si filius post pubertatem intra annum viceesimum moriens rogatus esset hæreditatem patris substituto restituere. Communis sententia est, testibus *Zaf. c. 5. de substit. compend. Covar. in c. Rayn. de testam. §. 9. num. 29. Zaf. in l. precibus. C. hoc tit. num. 11.* ejusmodi substitutionem pubertate ita finiri, ut nulla ejus vis amplius superfit. 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 hæreditas, 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 significatissimo *evanescere*. 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 *Mansic. 7. de conj. ult. vol. tit. 3. num. 9. Gomez. 1. resol. 7. num. 2. Christin. vol. 4. decis. 16. num. 5.* facilius ad fideicommissum trahi potest post pubertatem facta verbis directis in secundum casum substitutio, quam ea, quæ annos pupillares simul complexa puberta-

tem 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 quartum decimum annum decesserit*; ad causam fideicommissi proficere, id nobis prius quam hinc abeamus, probandum est. Non valere quasi fideicommissum, argumento sit *l. si servum legat. 108. §. si servus alienus. 9. de legat. 1. l. 9. C. de test. man.* quibus in locis servo alieno directa libertas fruitra 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. ex ea scriptura. 29. qui test. fac. l. quarebatur. 19. de test. mil. l. coheredi. 41. §. 3. hoc tit.* Sed quid opus est argumentis? Papinianus *l. 7. eod.* omnem dubitationem tollit, cum sic scribit, *Verbis civilibus substitutionem post quartumdecimum annum frustra fieri convenit*, neque enim frustra fieri diceret aut rectè diceret, si post id tempus quasi fideicommissum valeret, & verba directa inflecterentur. Non obstat huic sententiæ *l. Scævola. 76. ad Trebell.* quoniam quod Scævola ibi respondet, id in casu illic proposito favore pupilli benignè receptum est, ut ipse significat, & tamen simul ex conjectura voluntatis paternæ. Proponitur enim substitutio facta in codicillis: qui locus est 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, valeat saltem quasi codicillus ab intestato; cumque ratio juris non patiat, ut ex hac substitutione, hæredem habeat directo, ut habeat saltem ex fideicommissio, postquam patri concessum, legitimum filii hæredem fideicommissio obstringere. Cæterum sustinebitur hoc fideicommissum usque ad tempus pubertatis; cum vero pupillus adoleverit, evanescet, ne, quod propter utilitatem impuberis introductum est, puberi jam facto obstat in libertate testandi, *arg. l. si fundum. 92. §. 2. junct. l. quod fideicommissi. 93. de leg. 1. l. coheredi. 41. §. 3. hoc tit. l. ex factis. 43. §. 1. eod. junct. d. l. Scævola.* ita ferme & plerique recentiores. *Cujac. 11. obs. 25. Govean. ad d. l. 7. Paul. Bus. ad l. centurio. 15. eod. Duar. comm. in hunc tit. c. 16. Vasq. l. 1. de succ. progr. §. 1. num. 118. Ant. Fab. 15. comm. 12. & 14. Fachin. 4. contr. 44. add. Menoch. de præsumpt. part. 2. lib. 4. tom. 1. præf. 34. & 55. & qua nos sub §. seq.*

## T E X T U S.

Quibus pupillariter non substituitur.

9. Extraneo verò, vel filio puberi hæredi instituto ita substituere nemo potest, ut si hæres extiterit, & intra aliquod tempus decesserit, alius ei sit hæres: sed hoc solùm permissum est, ut eum per fideicommissum testator obliget alii hæreditatem

*eius vel totam vel pro parte restituere : quod jus quale sit, suo loco trademus.*

## NOTÆ.

9. *Vel filio puberi*] L. 7. eod. ubi Papinian. scribit, verbis civilibus substitutionem post quartum decimum annum frustra fieri: ac proinde talis substitutio, ne jure quidem fideicommissi valebit: nam quod frustra fit, nullo genere valere intelligitur.

*Nemo potest*] *Nemo* scilicet paganus: nam militi hæc concessa sunt, l. 5. l. 41. §. 4. de *testam. milit.* l. 15. *hoc tit.* l. 8. C. eod. ut & alia, quæ in paganis non obtinent, l. 2. §. 1. *hoc tit.* l. 15. §. pen. de *testam. milit.*

*Suo loco trademus*] *In fin. hujus lib. tit. 23.*

## COMMENTARIUS.

1. *Militum privilegia circa directam substitutionem in casum pupillarem.*
2. *Apud Batavos & plerosque alios Belgii populos pupillarem substitutionem locum non habere, & an locus sit exemplaris.*

Quæ hoc §. traduntur, omnia consequentia sunt iis, quæ relata sunt initio hujus tit. Nam si parentibus tantum permissum est, liberis impuberibus, & iis duntaxat, quos in potestate habent, ita substituere, ut si hæredes extiterint, & intra pubertatem moriantur, alius sit eis hæres; ex eo omnino efficitur, neque parentes posse ita substituere liberis, quos in potestate non habent, nec si in potestate habeant, & puberes sint. Postremo nec omnino quenquam alium posse vel impuberi extraneo, vel puberi hoc modo substituere, ut si hæres extiterit, & intra aliquod tempus vita decesserit, alius ei hæres sit: in 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 hæredes futuri sunt, substituere: sed tantum permissum esse testatori, ut hæredem institutum per fideicommissum obliget, &c. Cur enim requireret expressum fideicommissum si ipsa directa substitutio in proposito jure fideicommissi defendatur, quod totidem verbis indicare poterat? ut bene disputat D. Viglius hic, & *Ant. Fab. 15. conj. 12.* contra DD. vulgo: quos sequuntur *Gomez. & Mancic. ubi supra.* Solis militibus concessum est, ut etiam liberis emancipatis, aliisque extraneis qui hæredes extiterunt, directo substituatur: sed hoc jus in his exercetur, quæ à milite ad eum, cui substituit, pervenerunt, non quæ aliunde, l. 5. l. miles *ita.* §. 4. de *testam. milit.* Eiusdem privilegii est, quod miles liberis suis etiam post pubertatem directo substituere potest, sive utraque expressa certa post pubertatem ætate; ut utraque substitutio intra pubertatem valeat jure communi sive directo, l. *centurio. 15. hoc tit.* post eam ætatem ex privilegio militis jure fideicommissi, l. *precibus. C. eod.* & bona duntaxat patris contineat cum fructibus inventis in hæredi-

tate, d. l. 15. id est, ut rectè *Gouan. & Buf. ibid. Po- rez. ad tit. C. de imp. & al. subst. num. 27. & 28.* cum fructibus pendentibus, & maturis tempore mortis ipsius militis. Nam hi fructus augent hæreditatem. l. 9. ad l. *Falc.* ac per consequens in fideicommissariam hæreditatis restitutionem venire oportet: neque ad hos fructus pertinet l. in *fideicommissaria. 18. in pr. ad Sen. Trebell.* id- que etiam crebrius placuit: licet *Anton. Fab. d. loc. Duar. d. comm. c. 23. Hotoman. 1. amicab. 17. Don. in d. l. precibus.* contendat, hujusmodi substitutiones à milite factas etiam post pubertatem valere jure directo. Porro de fideicommissaria substitutione tractatur in *fin. hujus libri tit. 23.* Apud Batavos & Zelandos substituti- onem pupillari locum non esse, utpote quæ originem tra- hit à singulari illa Romanorum in liberos potestate, quæ nobis incognita, tradit D. *Grot. lib. 1. manud. ad Batav. Jurispr. c. 6. & lib. 2. cap. 19. in fin. & secundum eum judicatum est.* De cætero quoque Belgio (excipienda tam- en Frisia) idem refert D. *Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. c. 5. sub fin.* Nam etsi nos quoque potestatem in liberos nostros habemus, non talem tamen habemus, qualem Romani, quæ etiam ad bona liberorum propria ex- tendat: atque inauditum est, tantam nunc esse patriam potestatem, ut pater filio hæredem dare queat, qui suc- cedat in universa filii bona, non solum quæ à patre ipso, sed etiam quæ aliunde accepit, atque adeo dare etiam ex- hæredato: sed utimur substitutione fideicommissaria. Iidem quoque tradunt, pari ratione mores hodiernos nec quasi pupillarem substitutionem agnoscere, inauditumque esse, patrem filio mente capto ea substitutione, quam ad exemplum pupillaris Justinianus introduxit, testamentum facere, eique dare hæredem *Grot. & Gu- delin. ubi sup. Groenew. de leg. abr. hic.* Cæterum hoc non obstante nuper Curia Hollandiæ hujusmodi testa- mentum rescindere noluit, eo quod, ut allegabatur, exemplaris substitutio neque libera sit, neque à vi patriæ potestatis, ut superior illa, pendeat, sed in sola humanitate fundata sit: idemque matri & avo materno hic concessum, quod patri, nec patri minus circa liberos emancipatos, quam in potestate constitutos, *vid. sup. §. 1. eod.* Quanquam mores nostri totum hoc aver- sari videntur, dare alii, quantumvis filio, hæredem: & admissa exemplari substitutione in liberis mente cap- tis, ex ratione constitutionis Justiniani eadem porri- genda erit etiam ad liberos impuberes, etiam si sanæ men- tis sint, per ea, quæ d. §. 1. n. 3. Curiam tamen pro testa- mento pronunciasse, postea intellexi. Sed & gentis nostræ simplicitati conveniens esse multi existimant, ut substitutiones directis verbis in secundum casum factæ, puta si hæredi instituto, & in casum, *si hæres erit,* & in- tra certum tempus decesserit, alius directo substituatur, valeant jure fideicommissi, quasi factæ in codicillis, *arg. l. Scævola. 76. ad Sen. Trebell. & exemplo substitutio- num militarium, l. centurio. 15. ff. junct. l. precibus. 8. C. hoc tit.* *Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. c. 5.* Cyprian. *conf. Belg. hic. Groenew. tract. de legib. abrog. eod.*

TITULUS XVII.

QUIBUS MODIS TESTAMENTA INFIRMANTUR.

Dig. Lib. 28. Tit. 3.

Ratio ordinis.

**E**Xposita sunt ea omnia, quæ ad constitutionem testamenti necessaria, diximus initio tractatus de testamentis ordinandis. Sunt autem hæc tria; ut persona testantis talis sit, quæ testamenti factionem habeat; ut testamentum fiat adhibitis solemnitatibus tum communibus & externis, videlicet præsentibus septem testibus idoneis, &c. tum internis & quorundam testatorum propriis, scilicet ut pater testaturus liberos, quos in potestate habet, hæredes instituat, aut nominatim exhæredet. His rebus aut una earum deficientibus testamentum ab initio nullum est, l. 1. de injust. rupt. irr. fact. test. Ubi autem hæc omnia concurrunt, habemus id, quod hæctenus quæsitum est, iustum sive jure factum testamentum, l. 4. qui testam. fac. Quia vero non satis est ad defendendam ex testamento hæreditatem, id ab initio iustum esse, nisi & tale ad extremum perseveret, rectè atque ordine Imperator facit, quod prius nobis proponat modos, quibus testamenta ritè facta infirmantur, quam progrediatur ad disputationem de acquirenda vel omittenda hæreditate.

TEXTUS.

Quibus modis testamenta infirmantur.

*Testamentum jure factum usque eo valet, donec rumpatur irritumve fiat.*

NOTA.

*Donec rumpatur irritumve fiat*] Rumpi & irritum fieri privationem significant, & ideo propriè non nisi de iis, quæ jure subsistunt prædicantur, l. 5. hoc tit. de injust. rupto, &c. privatio enim, ut in scholis dicitur, præsupponit habitum. Quæ vero testamenta non jure facta sunt, injusta & nulla dicuntur, veluti ubi solemnia defunt, aut filius in potestate præteritus est, l. 1. l. 3. §. 4. l. 6. §. 1. eod.

COMMENTARIUS.

**D**onec rumpatur irritumve fiat] Ratio infirmandi testamenti non una est: nam & sententia judicis rescinditur, si querela instituta inofficiosam pronuntiatum fuerit, de quo sic. seq. & à prætorè data bonorum possessione contra tabulas, sit. de bon. poss. cont. tab. & citra factum judicis aut prætoris infirmatur sola potestate juris: idque iterum duobus, iisque distinctis modis, quorum altero rumpi dicitur, altero irritum fieri. De testamento rupto disputatur usque ad §. 4. inde de irritis adjectis in calce aliquot declarationibus. Quia vero Justinianus rem totam non plenè explicat, nos operam dabimus, ut quicquid hujus rei est, penitus percipi possit ex nostra in singulos hujus tit. §§. explicatione. De bonorum possessione contra tabulas, qua & ipsa jure præ-

torio testamentum rescinditur, demum dicemus in secunda specie acquisitionis per universitatem, inf. lib. 3. tit. 10.

TEXTUS.

Quando testamentum dicatur rumpi. Primum de adoptione.

*1. Rumpitur autem testamentum, cum in eodem statu manente testatore ipsius testamenti jus vitiatum. Si quis enim post factum testamentum adoptaverit sibi filium per Imperatorem eum, qui est sui juris, aut per prætorè, secundum nostram constitutionem, eum, qui in potestate parentis fuerit, testamentum ejus rumpitur quasi adgnatione sui hæredis.*

COMMENTARIUS.

**C**um 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 propriè dicitur, §. 4. inf. eod. Apparet igitur, in eodem statu hic dici oppositivè respectu ejus modi, quo testamentum infirmatur ob id, quod testator in eodem statu non mansit: quare expungenda est è paraphrasi Theophili negatio; & pro μη μείνωτος, legendum μείνωτος ἐπὶ τῷ αὐτῷ καταστάσει: quomodo & in duobus regis codicibus legi testatur Fabrotus. Porro ut testatoris itatu non mutato testamentum infirmetur, uno verbo, ut rumpatur bifariam contingit, agnatione sui hæredis, & 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. tit. de adopt.

*Secundum nostram constitutionem]* L. pen. C. de adopt. vide sup. §. 2. eod. qua disponit, ut si filius extraneæ personæ in adoptionem daretur, jura patris naturalis integra servarentur, si 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 hæredis; illo non item: cum olim indistinctè quavis adoptione, sicuti adrogatione, rumperetur, l. 8. de injust. rupt. test. Cæterum hi ita rumpunt, si præteriti sint: nam si qui hæ-

res antea institutus erat, postea a testatore adrogetur vel adoptetur, potest dici, ei satisfactum esse, l. si quis. 18. eod. tit. l. filio. 23. §. 1. de lib. & posthum. 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. §. si quis. 7. & seq. tab. d. l. 23. in pr. de lib. & posth. credo quia in persona extranei exheredatio inepta & nulla est, de quo consule Vigl.

Quasi agnitione sui heredis] L. verum. 8. de injust. rupt. multoque certius sui heredis agnitione vera & naturali, cum scilicet post testamentum factum testatori filius ex uxore nascitur, l. 3. §. 1. de injust. rupt. Similiter si nepos, qui tempore testamenti facti suus hæres avo non erat, patre remoto in locum sui heredis vivo avo successerit, quasi agnascendo testamentum avi, quo præteritus est, rumpit, l. posthumorum. 13. d. tit. quæ species fortè hic ideo non repetuntur, quia alibi propozitæ sunt, §. 1. & 2. sup. de exhered. lib. Huc etiam pertinent liberi naturales suscepti ex concubina, & post factum testamentum legitimati, sive insequenti matrimonio sive curæ oblatione sive per rescriptum Principis. Nam cum hi etiam jura suorum hæredum consequantur, §. 2. inf. de her. qua ab int. Nov. 89. c. 8. & 9. necesse est, ut & ipsi à patre præteriti testamentum rumpant quasi agnitione.

## T E X T U S.

## De posteriori testamento.

2. Posteriori quoque testamento, quod jure perfectum est, superius rumpitur: nec interest, extiterit aliquis hæres ex eo, an non. Hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit hæres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut conditione, sub qua hæres institutus est, defectus sit: in his casibus paterfamilias intestatus moritur. Nam & prius testamentum non valet, ruptum à posteriore; & posterius aequè nullas vires habet, cum ex eo nemo hæres extiterit.

## N O T A.

2. Superius rumpitur] Etiam si nominatim non revocetur, l. 1. l. 2. eod. l. 27. C. de testam. ea quippe voluntas rata esse debet, quæ novissima, l. 4. de adim. leg. sic etiam leges posteriores & pacta novissima derogant prioribus. Rumpitur quoque testamentum corruptis tabulis, puta deletis, incisis, cancellatis, &c. l. ult. b. t. l. 1. §. pen. l. pen. §. 2. sec. tab.

Aut conditione defectus] Etenim tam solemne ritè que per omnia factum testamentum habetur, quo hæres institutus est sub conditione, quam quo purè, §. 9. sup. de her. inf.

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

1. Vis & effectus incisionis testamenti, deletionis scripturæ, cancellationis, &c.

2. Inciso, deleto, cancellato, &c. testamento, utrum hæreditas fisco applicetur, an deferatur hæredibus legitimis.
3. An jura de incisione, induzione, &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 hæres extiterit.
9. Quibus modis fiat, ut hæres deficiat, & testamentum destituatur.

Secundus modus, quo testamentum, initio ritè factum postea rumpitur, est mutatio voluntatis testatoris. Hic modus iterum duplex est: nam & corruptis tabulis ita rumpitur, & integris manentibus. Corruptis, si testator testamentum incidit, laceraverit, scripturam induxerit, deleverit, cancellaverit, signa amoverit aut turbaverit, tit. de his qua in testam. delent. l. ult. de injust. rupt. test. l. ad testium. 22. §. 3. qui test. fac. l. 1. §. pen. l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab. l. 12. l. pen. C. de testam. nisi fortè non consulto, sed incautè quid horum fecerit, aut ignorante eo contigerit: nam tunc si legi adhuc, quod scriptum est, utcumque poterit, ratum manebit testamentum, l. 1. de his qua in test. del. d. l. pen. C. de test. Planè inductio aut cancellatio non ultra operabitur, quam scriptura inducta aut cancellata est, l. 2. & 3. d. tit. de his qua in test. del. Neque ex pluribus testamenti codicibus uno deleto aut inciso testamentum sublatum esse intelligitur, nisi hi, qui ab intestato venire desiderant, probaverint, id ideo à patrefam. factum esse, ut intestatus moreretur. l. ult. eod. tit. His autem modis testamento rupto, hæreditas non applicabitur fisco, sed deferetur hæredibus ab intestato, d. l. pen. C. de testam. l. 1. §. pen. unde liberi. l. ult. de his qua in test. del. nisi speciali odio hæredum inducta facta probetur, quo in casu tanquam ab indignis hæreditatem fisco aufert, l. 3. d. tit. l. cum tabulis. 16. §. 2. de his qua ut indign. Clar. §. testamentum. qu. 93. n. 2. Mantie. de conject. ult. vol. lib. 12. tit. 1. n. 3. Paul. Bus. ad l. 1. & seq. de his qua ut indign. Quæ de incisione aut cancellatione testamenti dicuntur, ea constat ad testamenta nuncupativa, qua talia sunt, applicari non posse. Sed an his modis item rumpantur, quæ, uti hodie moris est, per nuncupationem quidem fiunt, sed ita ut voluntas suprema jussu testatoris scripto comprehendatur à Notario in scheda, unde mox diligentius excriscibatur & in formam redigatur instrumenti, quæsitum est. Julius Clarus d. loc. existimat, incisionem aut cancellationem instrumenti ad cassationem & annulationem talis testamenti non sufficere, si protocollum notarii integrum relictum sit; quod & Viglio placere videtur, in §. pen. h. tit. cum ait, non minus talia testamenta ex verbis & voce substantiam capere, quam quæ scripta non sunt, & ideo disceptis scripturis nihilominus permanere: cujus auctoritatem Senatus hujus provincie in



in iudicando aliquando secutus est, *decif. Cur. Holl. 1. eandemque sententiam & Peckius probat, lib. 1. de test. conjug. cap. 4.* Quæ videamus an non & hæc testamenta in hoc, de quo quærimus, iure scriptorum censenda sint, cum *Paul. Castrens. in l. pen. C. de testam. n. 7. Vasq. lib. 2. de success. creat. requis. 8. num. 62. & requis. 17. n. 63. Grass. §. testamentum. quest. 85. num. 2. Bachov. in Transl. vol. 2. disput. 10. thes. 7.* Utique enim ex incisione aut deletionem certo colligitur, testatorem noluisse testamentum amplius valere: neque ratio patitur, ut destructo delevove instrumento, in quo tota vis probationis consistit, dicamus, testamentum nihilominus robur suum retinere. Sciendum namque est, postquam ex voluntate testatoris, quæ schedula continebantur, in instrumentum collata sunt, simul omnem illius vim in instrumentum collatam censerit; ac proinde, cessante jam officio schedulæ, totam vim dispositionis à solo instrumento dependere, adeo ut mortuo testatore nihil amplius ad probationem ultimæ voluntatis desideretur, uti post *Gloss. & Bart. in l. heredes. 21. de testam. plerique tradiderunt. Sighard. in l. hæc consultiissima. 21. §. per nuncupationem. num. 1. C. eod. Manlic. de conj. ult. vol. lib. 1. tit. 6. n. 6. Afflic. decif. 166. n. 2.* Neque obstat huic sententiæ *l. ult. de his qui in testam. del.* quoniam textus ille procedit, quando ex pluribus unius testamenti instrumentis æquæ principalibus unum fortè testator delevit aut incidit, non omnia, uti species proponitur, & in terminis respondet *Castr. ubi sup.* Et si autem protocol- lum notariis integrum relictum sit, ex eo tamen voluntas ultima conservata intelligi non debet: quoniam protocol- lum nihil ad testatorem, sed notarius ex officio illud conficere tenetur fidei & collationis gratia, & quia instrumentum amitti potest. Cæterum priorem sententiam & Senatus Sabaudiz probavit. *Ant. Fab. C. suo de 4. testament. decif. ult.* Integris tabulis manentibus testa- mentum rumpitur ob mutationem voluntatis, si testa- tor aliud testamentum fecerit: qui modus proponitur hoc §. & hanc rationem habet, quod unumquodque testa- mentum 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 testamen- tis unum tantum consistere possit, id valere debet ex vo- luntate ipsius defuncti, quod novissimè factum est, per vulgata. Non obstat, quod sententia iudicis prima, non postrema, rata habetur: non enim ut testantis voluntas ambulatoria est, ita & iudicis: sed iudex simul ac sen- tentiam dixit, officio suo functus est; & ideo iterum de eadem re pronuntiandi potestatem non habet, *l. ju- dex. 55. de ro jud.* Planè ut priores tabulæ jure factæ tollantur, oportet sequentes quoque jure ordinatas & perfectas esse, de quo plenius *sub §. pen. inf. eod.*

*Superius rumpitur] L. 1. l. 2. de injust. rupt. test. & quidem ob hoc solum, quod aliud testamentum postea factum est, quod Justinianus significat, l. sancimus. 27. C. de testam.* cum ait, secundo testamento perfecto prius tolli ipso jure. Non est igitur necesse, ut posteriore testa- mento mentio fiat prioris, nominatimve id revoce- tur, quod ipsius etiam rei natura satis demonstrat: ac proinde supervacua est notariorum clausula, quam po- sterioribus tabulis inserere solent, nimirum testatorem

revocare, cassare & annullare testamenta antea à se fa- cta. His autem consequens est, & codicillos, si qui facti fuerint, per posterius testamentum everti, quamvis ex- pressè revocati non sint: cum enim testamento facto codicilli jure sequantur, eo infirmato simul concidant necesse est, *l. 3. §. ult. l. ab intestato. 16. de jur. cod. l. 1. C. eod. tit.* Quamobrem non rectè Bachovius scribit, 6  
generalem clausulam, qua revocatur omnis præcedens dispositio, supervacua 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 consistenterent. Hoc enim falsum esse, & sublato priore testa- mento per consequentiam etiam codicillos corruiere, etiamsi nulla revocatio prioris voluntatis facta sit, ex locis modo allegatis perspicue patet. Planè si nullum testamentum, sed codicilli tantum antea facti propo- nantur, testamento postea facto hujuscemodi clausula otiosa non erit, postquam placuit, codicillos, qui testa- mentum præcedunt, facto postea testamento vim suam non amittere, nisi appareat, testatorem à voluntate, quam in codicillis expresserat, recessisse, §. r. *inf. de codicill.* Et fortassis hoc etiam sensit Bachovius. Sed quid si prius testamentum contineat clausulam derogatoriam posterioris voluntatis? Interpretes comm. censent, prius 7  
testamentum habens talem clausulam per posterius, quan- tumvis numeris omnibus absolutum, non tolli; ac ne- tunc quidem, quando posterius continet revocationem generalem præcedentium omnium dispositionum: sed omnino ad infirmationem primi testamenti derogatoriæ necessarium esse, ut illius specialis mentio & expressa revocatio fiat in secundo, per *l. si quis. 22. de legat. 3. Gomez. ad l. Tauri. 3. num. 92. Covar. de test. p. 2. rubr. n. 5. Vasq. de success. ref. lib. 1. §. 1. num. 29. & seqq. Clar. d. §. testamentum. q. 99. Manlic. de conj. ult. vol. lib. 12. tit. 8. Peck. 1. de testam. conjug. c. 10. Grass. §. testamentum. quest. 86. & seq. Jac. Verwey art. test. c. 13.* Quæ sententia rationi juris parum convenire vi- detur, *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. Bap. quest. 127. Papon. lib. 2. tit. de testam. ar- rest. 4. & 5. Ant. Fab. C. suo. tit. de test. defn. 9. & seqq. Joan. à Sande lib. 4. tit. 1. defn. 10.* Nec deest color, quo- tegi possit, *Grot. 2. manuduct. cap. 24.*

*Nec interest, extiterit aliquis heres ex eo, &c.] Quæ 8* sequuntur, continent ampliationem quandam regulæ initio positæ, nimirum prius testamentum tolli per po- sterioris, non tantum cum ex posteriore hæres extiterit, sed etiam eo destituto, *l. 1. l. 16. de injust. rupt. test. l. 9. de lib. & posth.* Quod hanc rationem habet, quod aditio hæreditatis ad substantiam aut perfectionem testamenti, quæ sola hic requiritur, non pertinet; nec prioris testa- menti sublatio pendet ab eventu aliquo, aut casu con- tingente post mortem testatoris, sed illud statim vivo adhuc testatore, ipso jure per posterius rumpitur; ut proinde si posteriores tabulæ jure ordinatæ sint, ut ex- iis hæreditas adiri potuerit, etiamsi contingat, ex iis

hæreditatem non adiri, priores tamen tabulæ, utpote semel ruptæ, non restituantur. Pari ratione, si posthumus priori testamento institutus, vel exhæredatus sit, posteriore præteritus, & nato posthumo posterius rumpatur, nihilo magis restituetur prius: quod exemplum hic profert Bachovius.

*Si quis aut voluerit, &c.*] Enumeratio modorum, quibus fit, ut hæres deficiat, & testamentum destituatur. 9 Id fit in summa dupliciter, vel quia hæres scriptus non vult hæres esse, repudiatque hæreditatem; vel quia hæres esse non potest: quod contingit, si vel deceaserit vivo adhuc testatore, aut post mortem ejus, antequam hæreditatem adiret, (neque enim hæreditas non adita ad institutioni hæredes transmittitur, exceptis personis comprehensis, *l. un. C. de his qui ant. ap. sab. l. un. §. in novissimo. 5. C. de cad. toll.*) vel quia conditio, sub qua hæres institutus erat, defecit. Hinc autem apparet, prius testamentum non eo minus rumpi per posterius, quod in priore hæres purè, in posteriore sub conditione scriptus est, quamvis in uno eodemque testamento subjecta puræ institutioni conditio nihil operetur, *l. si te. 27. §. 1. de har. inst.* Et enim tam solemnem riteque per omnia factum habetur testamentum, quo hæres institutus est sub conditione, quam quo purè, §. *hæres. 9. sup. de har. inst.* pendetque hoc totum à sola voluntate testatoris. Contractus verò puros per conditionales non resolvit, mirum non est, veluti si id, quod purè emi, rursus emam sub conditione: nam posteriore emptione idè nihil agitur, quia jam mihi quaesita est actio ex emptione priore, *l. 7. in pr. de resc. vend.*

*His casibus patersam. intestatus moritur*] Id est, exitum intestati facit, res redit ad causam intestati: nemine enim hæreditatem adente vis omnis testamenti solvitur, ut adeò nihil intersit, utrum aliquis testatus non sit, an hærede destituatur, *l. si nemo. 181. de reg. jur.* Sed de hoc ex professio *inf. tit. de har. qua ab int. def. in pr.*

### T E X T U S.

De posteriore, in quo hæres certæ rei institutus.

3. *Sed & si priore testamento jure perfecto posterius aequè jure fecerit; etiamsi ex certis rebus in eo hæredem instituerit: superius tamen testamentum sublatum esse, divi Severus & Antoninus Augusti rescripserunt: cujus constitutionis verbis hic inseri jussimus, quum aliud quoque præterea in ea constitutione expressum sit.* Imperatores Severus & Antoninus Augusti Cocceio Campano. Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum hæres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset: sed & teneri hæredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hæreditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissi verba, quibus ut valeret

prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. *Et ruptum quidem testamentum hoc modo efficitur.*

### N O T A.

3. *Ex certis rebus*] Nam non minus rectè instituitur hæres ex re certa, puta ex fundo, quam ex parte hæreditatis, *l. 1. §. 4. l. 9. §. 13. l. 10. de har. inst.*

*Ac si rerum mentio facta non esset*] Rei enim mentio potestate juris detrahitur, *ad. l.* quia contradictionem implicat hæredem esse rei singularis: itaque universa bona obtinebit, nisi cohæredem simpliciter aut ex parte scriptum acceperit, tunc enim legatarii loco est, *l. 41. in fin. de vulg. & pup. l. 13. C. de har. inst.*

*Ut valeret prius testamentum*] Hæc clausula cum hoc efficere nequeat, ut prius testamentum in suo robore dueret, & ita duo sint unius testatoris testamenta, sic accepta est, quasi vim prioris testamenti in causam fideicommissi & codicillorum convertere testator voluerit, *l. 19. de testam. milit.*

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

1. *Appellatione quarta Falcidia 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.*

**E** *Tiamsi ex certis rebus*] Alia ampliatio præcedentis doctrinæ ex Mæciano, *l. si quis. 29. ad sen. Treb.* decripta, qua docemur, testamentum prius rumpi per id, quod secundo loco factum est, etiam tunc cum in posterioribus tabulis hæres ex certis rebus, aut unâ aliquâ re singulari, veluti fundo, institutus est: idque efficitur certissimâ juris ratione: nam non minus rectè instituitur hæres ex re certa, quam simpliciter, aut ex parte hæreditatis; placetque hujusmodi institutionem valere, periade ac si rei mentio facta non esset, ut si quis solus ita institutus sit, is omnium bonorum hæreditatem consequatur, *l. 1. §. 4. de har. inst. l. cohæredi. 41. in fin. de vulg. & pup.* Cum igitur tale testamentum jure consistat, necesse est, ut si secundo testamento hæres certæ rei scriptus fuerit, prius rumpatur juxta regulam.

*Ac si rerum mentio facta non esset*] Si quis ex re certa hæres institutus sit, valet institutio, non ut ex ea re hæres fiat: nam hæredem esse rei singularis contradictionem implicat, cum hæres sine universitate bonorum intelligi non possit: sed ut rei mentione potestate juris detracta perinde habeatur, quasi simpliciter hæres scriptus esset, *l. 1. §. si ex fundo. 4. l. 9. §. si duo. 13. l. 10. de har. inst.* & proinde nisi cohæredem habeat, universam hæreditatem obtinebit, *l. cohæredi. 41. in fin. de vulg. & pup.* Vide, quæ scripsimus *sub. §. hæreditas. 5. & §. si plures. 8. sup. de har. inst.*

*Suppleta quarta ex lege Falcidia*] Id est, ex Senatusconsulto Pegasiano, quo quartæ ex fideicommissis hæreditatis 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, §. *sed quis. 7. inf. de fideicommo.*

*1. comm. bar.* Familiare autem & perpetuum veteribus est, ut etiam eam quartam, quæ ex Senatusconsulto deducitur, quartam Falcidiz appellent, uti videre est in *l. in ratione. 30. §. tamen. 7. l. Titia. 86. l. accepta. 93. ad leg. Falc. l. mulier. 22. §. 2. l. deducta. 58. §. 3. ad sen. Trib. l. 2. in fin. de jur. cod. l. 10. C. ad leg. Falc. cum similibus.*

Quamobrem nescio quid sibi velit Pacius, in margine lectorem monens, ne quartam Falcidiz hoc loco pro quarta Trebelliani positam somniet. Quin illa potius somniculosi hominis monitio est. In analysi sua cautior fuit.

*Quibus ut valeret prius testamentum* ] Propter hanc clausulam potissimum verba constitutionis Severi & Antonini iussu Justiniani hic inserta sunt. Certi juris est, posse testatorem ab eo, quem hæredem instituit, fideicommissum relinquere, eumque rogare, ut hæreditatem alteri restituat: proinde etsi quis in re certa institutus est, quia valet institutio, etiam fideicommissum hæreditatis utiliter ab eo relinquatur. Ut autem fideicommissum utiliter relictum intelligatur, non præcisè requirimus expressionem verborum, quæ fideicommissorum propria sunt, ut, *peto, volo, rogo, fidei tua committo*; sed plerumque etiam sine his verbis admittitur ex sententia & voluntate testatoris, *l. ubi. 19. §. 1. ad sen. Trib.* quod etiam accidit in proposito, cum testator posteriore testamento cavet, ut prius quoque testamentum valeat: desunt enim hic verba fideicommissi, sed optimè ratione ex eo quod cautum est, colligitur. Voluit testator, cum secundum testamentum ordinaret, prius nihilominus valere. Id inutiliter hæcenus cavetur, ut ad hæredes priore testamento scriptos directo hæreditas 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, & benignè sic accepta, quasi hæres posteriore testamento scriptus, rogatus esset hæreditatem restituere his, qui scripti sunt in priore. 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 expressè caverit, ut prius quoque valeat, per hoc efficitur, ut duo sint testamenta, & tam prior, quam posterior voluntas valeat jure directæ institutionis: sed si posteriore testamento verbis precariis usus fidei commiserit, ut priores tabulæ valerent, in causam fideicommissi & codicillorum vim prioris testamenti intelligitur convertisse, *l. quærebatur. 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.

COMMENTARIUS.

**H**Æcenus de primo modo infirmandi testamenti ipso jure, quo scilicet infirmatur salvo statu testatoris, & rumpi in specie dicitur. Sequitur alter, quo infirma-

tur statu testatoris mutato; qua mutatione superveniente in usu juris proprie dicitur irritum fieri, *l. 6. §. irritum. 5. l. 12. in fin. pr. de injust. rupt. test.*

*Capite deminutus* ] Nec interest, qualis capitis deminutio intervenerit: omnibus enim modis capitis deminutionis status hominis mutatur, *sup. de cap. dem. lib. 1.* & testamentum non est, nisi hominis liberi, civis Romani, & patrisfam. quæ tria duobus temporibus in testatore requiruntur, testamenti facti & mortis, §. *non tamen. 6. inf. eod.* Si vero quid postea supervenerit, quod statum & conditionem personæ testatoris non mutet, veluti si post testamentum factum in furore incidit, aut bonis ei interdictum fuerit, aliud juris est, & testamentum ratum manet. De quo actum *sup. tit. quib. non est perm. fac. test.* Et primum igitur irritum sit testamentum capitis deminutione maxima, quia per eam testator in servitutem redigitur, *d. l. 6. §. irritum.* Excipitur tamen quod factum est ab eo, qui ab hostibus captus est, ante captivitatem: quippe quod juris postliminii aut legis Corneliz commento sustinetur, *d. l. 6. §. pen. l. 12. qui test. fac. §. ult. 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 è numero civium Romanorum tollitur, & ea omnia, quæ juris civilis sunt, amittit, §. *5. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv. l. sunt quidam. 17. §. 1. de pen.* Quod autem Jurisconsultus *d. l. 6. §. ejus. 7. ait*, testamentum ejus, qui deportatus, non statim irritum fieri, sed tunc demum cum factum Princeps comprobavit, id explicandum ex *l. 2. §. 1. de pen. l. 6. §. 1. de interd. & releg.* atque ad præsidem referendum est, quibus deportandi non habet: proconsul enim & præfectus urbi habent, *ad. l.* Postremo & minima capitis deminutione testatoris testamentum ejus irritum fit, puta si se adrogandum dederit, *l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab. §. non tamen. 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 §. *denique. sup. de mil. test.* Atque hic casus à testatore venit. Est & alius, qui venit ab hærede, quo & ipso superveniente testamentum irritum fieri dicitur, scilicet si ex testamento nemo hæres extiterit: defectu enim hæredis etiam irritum dicitur fieri testamentum, *l. 1. de injust. rupt. irrit. fact. test. l. filium. 20. de bon. poss. conp. tab. & in fragm. Ulp. tit. 23. §. 3. & recte quidem: nam in hæredis aditione atque existentia consistit vis omnis atque effectus testamenti. Cæterum sæpius hoc casu testamentum dicitur destitui aut deseri, §. *cum autem. 7. & seq. de har. qua ab int. l. 9. §. 2. de lib. & posth. l. ult. de cond. inst.* Nonnunquam etiam distinguitur hic casus à testamento irritato facto, restricto scilicet irriti vocabulo ad ea testamenta, quæ infirmantur statu testatoris mutato, *l. 1. in pr. de suis & legit. har. inf. de har. qua ab int. in pr.* Nec videtur hic modus proprius esse hujus loci, in quo id solum quaeritur, an idoneum sit testamentum ad deferendam hæreditatem. Raro etiam hodie contingit, ut testamentum destituatur, postquam Justinianus aliis etiam personis potestatem adeundi fecit, *Novell. 1. cap. 1. de quo D. Grot. lib. 2. manuduct. cap. 24. vers. 300. Joannet.**

## TEXTUS.

## Cur dicatur irritum.

5. Hoc autem casu irrita fieri testamenta dicuntur, quum alioqui & qua rumpuntur, irrita fiant, & ea, qua statim ab initio non jure sunt, irrita sint. Sed & ea qua jure facta sunt, & postea per capitis deminutionem irrita fiunt, possumus nihilominus rupta dicere. Sed quia sane commodius erat, singulas causas singulis appellationibus distingui: ideo quadam non jure facta dicuntur, quadam jure facta rumpi vel irrita fieri.

## NOTA.

5. Hoc casu irrita ] Etiam irritum fieri testamentum dicitur, si ex eo nemo hæres extiterit, l. 1. h. t. l. 20. cont. tab. Ulp. d. loc.

## 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 qua rumpuntur, irrita fiant ] Rarissime autem hæc à nostris confunduntur, quamquam tamen aliquando. Ita non attenda hac distinctione ulve speciali horum verborum, irritum testamentum fieri dicitur, cujustabulæ incisæ aut inductæ sunt, l. 3. circa fin. l. ult. de his qua in test. del. l. in fraudem. l. 5. §. 1. de test. mil. quo tamen calu testamentum proprie rumpi dicitur, si specialem verborum significationem spectamus.

Qua ab initio non jure sunt, irrita sint ] Testamentum, quod ab initio non jure factum est, injustum nostri appellant, ut apparet ex inscriptione & l. 1. tit. de injust. rupt. irrit. fact. testam. Hoc recte quidem & irritum dici potest, at ruptum nequaquam. Et notandum quoque, quod ait, quæ ab initio non jure sunt, irrita esse, non irrita fieri: nam irrita esse ea recte dicimus, quæ nunquam 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 ] Ενεργον ναιδου, singula vitia, ut hæc appellantur juris auctores, l. 1. §. 3. de tab. exhib. l. 2. C. de edict. D. Hadr. toll. l. 11. C. de probat.

## TEXTUS.

## Quibus modis convalescit.

6. Non tamen per omnia inutilia sunt ea testa-

menta, qua ab initio jure facta, per capitis deminutionem irrita facta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt, potest scriptus hæres, secundum tabulas testamenti, bonorum possessionem agnoscere: si modo defunctus & civis Romanus, & sua 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 hæres secundum tabulas bonorum possessionem petere.

## NOTA.

6. Irrita facta sunt ] Sed neque in causa testamenti rupti semper obstat vitium, quo minus ex eo bonorum possessio peti possit, veluti si posthumus præteritus vivo testatore decesserit, l. 12. de lib. & post. item si testator supremas tabulas incidit, ut priores supremas relinquere, l. pen. §. 2. sec. tab. Sed & si filius præteritus abstineat, voluntas ex æquo & bono sustinetur, l. 17. hoc tit. Non idem est, si testamentum non consistat propter inhabilitatem personæ testatoris aut defectum solennium, l. 1. §. 8. sec. tab. l. 12. C. de testam.

Et sua potestatis ] In eo qui testamento facto se adrogandum dedit, non satis est ad obtinendam ex eo bonorum possessionem, quod postea sui juris effectus decesserit, sed requiritur etiam nova aliqua voluntatis, à qua in alienam familiam transeundo recessisse videtur, confirmatio. d. l. pen. §. 2. sec. tab.

## COMMENTARIUS.

1. Notatur Tribonianus negligentia.
2. Testamentum ruptum natiuitate posthumi præteriti, eo ante patrem mortuo vires recipere.
3. Cancellatione incisioneve posterioris testamenti restitui prius, cujus tabula integra manserint.
4. Testamentum irritum factum maxima & media capitis deminutione testatoris, eo restituito convalescere etiam absque nova voluntatis declaratione; sed si testator se adrogandum dederit, & postea sui juris factus decesserit.

Hic locus declarationem continet §. quarti. Meretur autem 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 Rom. & 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

has peti possit, *l. 1. §. exigit. 8. sec. tab.* Idemque est, si testamentum nullum sit ob defectum solennium 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, prateritus est, non convenit, an quemadmodum id jure civili nullius momenti, ita quoque omnino nullum sit & maneat jure pratorio. Sed verius est, tale testamentum jure pratorio omnino nullum non esse scriptoque in eo hæredes, si prateritus se bonis paternis abstinuit, posse accipere bonorum possessionem secundam tabulas, *arg. l. posthumus. 12. in fin. pr. l. filio. 17. de injust. rupt. l. si duobus. 12. §. 1. cons. tab. l. 2. in pr. sec. tab.* quod prolixè contra communem defendimus *sub. tit. 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. Videamus ergo de rupto, & de eo prius, postea cognitari de altera specie, qua de hic agitur. Didicimus, testamentum rumpi duobus modis, agnatione sui heredis, & mutatione voluntatis. Fingamus igitur, posthumum prateritum vivo patre decessisse: quæritur, an testamentum ruptum natiuitate posthumi, eo vita deinde ante patrem functo, vires recipiat. Et responsum est, si testamentum signatum fuerit, posse hæredem scriptum bonorum possessionem secundam tabulas accipere, & cum effectu, ut rem obtineat, licet scrupulositas juris refragetur, *l. posthumus. 12. de injust. rupt.* Unde intelligimus, jure quidem civili testamentum non restitui, sed tamen prætorem ex bono & æquo voluntatem testatoris tueri. Additur in responso, hoc ipsum etiam confirmatum esse rescriptis Imperatorum: quæ confirmatio ideo fortassis accessit, quia potestatem prætoris excedere videri poterat, quod ex testamento intrinsecus vitioso defenderet hæredi scripto bonorum possessionem cum re, contra eos, qui alioqui rem ab intestato auferrent. Planè si posthumus prateritus nascatur post mortem testatoris, licet illico decedat, testamentum non restituitur nec omnino cum decedit patre jam mortuo: nam cum suus hæres sit patri, statim patri ipso jure hæres existit, & moriens hæreditatem sibi jure quæsitam transmittit ad quosvis hæredes legitimos: ad cuiusmodi speciem pertinet *l. 2. C. de posth. her. inst. Cujac. ad l. 7. de lib. & posth.* Fingamus rursus, testatorem testamentum, quod secundo loco fecerat, ac proinde quo prius ruptum erat, incidisse aut cancellasse. Quæritur, an restituitur prius, cujus tabulæ integræ manserunt. Papinianus respondit, si id hoc animo à testatore factum sit, ut priores tabulas supremas relinqueret, voluntatem, quæ defecerat, recenti iudicio rediisse, & posse secundam tabulas priores bonorum possessionem peti, *l. pen. §. 2. sec. tab.* At, inquires, an non sic testamentum citra ullam solennitatem 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 iudicio & simplici voluntate testatoris non constitui novum testamentum, sed si scriptus priore testamento hæres agat & hæreditatem vindicet, eique obijciatur exceptio mutatae voluntatis, posse cum hanc exceptionem elidere replicatione voluntatis reverte, si constat, testatorem hoc animo posterius testamentum incidisse, ut prius iterum valere vellet. Utique enim hic animus ab hærede scripto omnino probandus est, per codillos puta aut alias literas, quibus testator palam declaraverit, se velle priores tabulas valere, alioqui eum, tanquam quem utriusque voluntatis pœniterit intestatum potius decedere voluisse interpretabimur, *d. l. pen. §. 2.* Unum tamen adhuc obstat, quod prius testamentum dicitur rumpi ipso jure, *l. sancimus. 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, etiam si testator prius non revocaverit. Et 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 deleta ea mente, ut prius iterum valeat, prius quoque vires recipiat: quippe cujus tabulæ integræ relictae sunt, & utique jam postremæ: nam quod jus extinctum reviviscere negatur, id non obtinet, cum à re, quæ, ut DD. nostri loquuntur, essentiam suam formalem & materiam retinuit, removetur impedimentum. *D. Menoch. conf. 176. lib. 2. Fachin. 5. cons. 93. D. Tulden. comm. hic. cap. 5. Jo. Deckher. 2. diff. 3. num. 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 iuxta tabulas prætor spectat, an testamentum septem testium civium Romanorum signis signatum sit, *l. posthumus. 12. in pr. de injust. rupt. Ulp. tit. 23. §. 5. & tit. 28. §. 5.* ita enim ob signatum esse oportet, ut jure prætorio valeat, seu eo jure, quo ob signatio introducta est, *§. 2. sup. de test. ord.*

*Si modo civis Romanus & sua 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, ommissa eleganti distinctione, quam nobis suppeditat Papinianus *l. pen. §. 2. sec. tab.* 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 cause est, cur ad convalescentiam testamenti plus desideremus, quam ut testator pristinum statum receperit, *l. 6. §. pen. de injust. rupt.* Putarem etiam, testamentum damnati capitis, & indulgentia Principis postea restituti, ita convalescere, ut non solum jure prætorio valeat, sed jure etiam civili, propter

per comparationem horum testamentorum cum eorum testamentis, qui capti ab hostibus postliminio redeunt, aut ibi decedunt, quorum testamenta jure civili vires recipere beneficio postliminii aut confirmatione legis Cornelie constat, d. l. 6. §. pen. nisi quis putet, comparationem istam pertinere duntaxat 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. Et merito: quoniam qui se dat in adrogationem, non obscure à priori voluntate recedit, cum sciat, se una cum capite fortunas quoque suas in alienam familiam transferre, ut disputat Papin. d. l. pen. §. 2. *sec. tab. ex quo loco explicandum quoque & supplendum est, quod simpliciter item Paulus scripsit, testamentum valere, l. 8. §. 3. de jur. cod. ita ferme & Bart. in d. l. 6. §. pen. Mysf. & Schneid. hic. Connan. 9. tom. 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. §. exigit. 8. de bon. poss. sec. tab. 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 preventus, aut quia eum ejus rei pœnituit, id non perfecerit, divi Pertinacis oratione cautum sit, ne alias tabula priores jure facta, irrita fiant, nisi sequentes jure ordinata & perfecta fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est.*

## NOTA.

7. *Id noluerit valere] Nisi post lapsum decennii à condito testamento voluntatem revocaverit ad minimum coram tribus testibus, l. 27. C. de testam.*

*Usque adeo] L. 2. b. t. l. 18. de leg. 3. l. 21. §. 2. C. de testam. excipe imperfecta testamenta militum & parentum inter liberos, item nisi in posteriore testamento imperfecto scripti, qui ab intestato veniunt, d. l. 2. b. t. d. l. 21. §. 1. cum auth. seq. & §. 2. C. de testam.*

## COMMENTARIUS.

1. *Nuda contraria voluntate testamentum rite factum non infirmari, quantumvis 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. *Temperamenta superioris doctrina.*

**H**ic §. rectius in continenti subjectus fuisset §. secundo aut tertio, quorum continet declarationem. Docuit ibi Imp. prius testamentum rumpi per posterius, quod jure perfectum est. Unde etsi per se satis intelligitur, neque nudam revocantis voluntatem ad infirmationem testamenti sufficere, neque adeo prius rumpi, etiamsi secundum fieri exceptum sit, nec absolutum: latius tamen utrumque explicare voluit, & omnino latius adhuc à nobis explicandum est.

*Quod testator id noluerit valere] Si quem prioris voluntatis poeniteat, malitque nunc intestatus decedere, parata ei est expeditissima ratio, tabulas incidat, delet, cancellat, signa revellat, l. 1. §. pen. unde lib. majorem enim vim facta habent, quam verba, integrisque tabulis relictis nuda contraria voluntatis declaratio testamentum solenniter factum non infirmat, l. mitti. 36. §. 3. de testam. mil. l. sancimus. 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. §. testam. quest. 91. Grass. §. testamentum, quest. 84. num. 2. Jac. Verwey. art. test. cap. 13. Angel. Vigl. Mysf. Schneid. hic. Et 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 potentis operari debet simplici voluntatis declaratione. Hoc ipsum quoque manifeste probat l. sancimus. 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, ut 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 abhibitos. 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 hæcenus 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 eum 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 solennis revocationem. Quæritur autem hujus juris ratio. Nam iniquum videretur eum bona defuncti obtinere, quem ea habere noluit: ac proinde*

proinde et si concedamus, ex summi juris ratione hæredes scriptos bona vindicare posse, cur tamen non dicimus, eos repelli posse exceptione finitæ defuncti voluntatis? Resp. Periculosum est æquitatem prætexere contra expressam juris auctoritatem; quod haud dubie hac ratione nititur, quod non videatur satis serio improbasse voluntatem solenni testamento comprehensam, qui nuda eam revocavit, tabulis testamenti integris servatis. Si enim testamentum omnino valere noluisse, poterat tabulas incidere, delere, poterat aliud testamentum condere; quod cum non fecerit, præsumere licet, eum revocationis poenituisse; ut non sine ratione defendatur, majorem oportere vim esse testamenti, quod integrum & in suo statu testator reliquit, quam nudæ illius declarationis contrariæ, *fac. l. militis. 36. § 3. de test. mil.* Ex quo loco simul discimus, ita jus esse, cum quaeritur de institutione hæredum: legatarios autem revocata voluntate exceptione doli mali removeri. De cujus loci sententia vid. *Aut. Fab. dec. 39. err. 8.* His ita constitutis, videamus, an non falsa sit opinio Bartoli in *l. si jure. 18. de legat. 3.* & DD. quos allegant & sequuntur *Clarus §. testam. quest. 92. Vigl. Mysing. Schneid. hic.* qui interesse putant, qua formula testator in revocando testamento usus sit, utrum simpliciter dixerit, *nolo testamentum à me factum valere*; an causam adjecerit & hæc verba, *quia nolo decedere intestatus*. Nam et si simplicem revocationem non sufficere fatentur, causatam tamen valere volunt, modò facta sit coram septem testibus. Quo jure etiam nos uti refert *Grot. lib. 2. introd. cap. 24.* Verùm nihil interesse, hac an illa formula testator utatur, aperte evincit *d. l. militis. 36. § 3. de test. mil.* Et verò si hoc ipso, quod quis testamentum revocat, tacitè & per quandam necessariam consequentiam intelligitur velle decedere intestatus, causæ illa adjectio (quippe quæ non impedit, quo minus aliud testamentum postea condatur) facere non potest, ut majorem vim revocatio habeat, quam si causa adjecta non esset. Et rectè Mantica *lib. 2. de conj. ult. vol. tit. 15. n. 19.* ex Socino refert, distinctionem istam Bartoli captiosam esse vulgaribus testatoribus, qui causam nesciunt dicere, *quia intestatus decedere volo*, arbitranturque, id necessarium ex hoc ipso sequi, quod testamentum revocant. Sed non debebat vir alias incomparabilis hoc argumento moveri, ut statueret cum eodem Socino, Bald. Salic, in *d. l. sanctimus, C. de testam.* & aliis, quos allegat, ad revocandum testamentum sufficere quamlibet simplicem voluntatis contrariæ declarationem factam coram septem testibus: quæ sententiam abunde jam confutavimus. Unicum supradictæ distinctionis firmamentum affertur *l. 1. §. pan. si tab. test. null. ex. ex verbis, Vel, quia aliq. 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, inquisitioni aut cancellationi, puta si testamentum induxerit, laceraverit, resignaverit, &c. Habemus hujus sententia defensores *Aut. Fab. dec. 39. err. 6. Bachov. in Trautl. vol. 2. disp. 10. thes. 7. Ant. Merend. 3. cons. 45.* Planè ad infirmationem testamenti nuncupativi putarem sufficere simplicem voluntatis revocationem factam coram legitimo testium numero, *arg. l. nihil. 35.*

*da reg. jur. cum Comm. 9. comm. 7. Wilsomb. in banc §. Groenew. de legib. abrog. hic.*

*Usque adeò*] Amplificatio. Dixerat modò, nuda voluntate testamentum infirmari non posse: id nunc usque adeò verum esse pronuntiat, ut nec cum voluntate revocandi concurrens novi testamenti incepto vim corrumpendi prioris habeat: sed ita demum superius testamentum ritè factum tollatur, si inferius æquè jure perfectum fuerit. Hic verò itidem ut in casu præcedenti, æquum esse videri potest, ut saltem hæredibus ab intestato detur exceptio adversus priore testamento scriptos hæredes, quos utique voluntate testatoris, aliud testamentum facere aggressi, mortuique antequam illud perficeret, destitui constat, *per l. pen. §. 2. sec. tab.* Verum obstat hic quoque legum auctoritas, *l. 2. l. 11. de injuss. rupt. l. si jure. 18. de legat. 3. l. hoc consultiissima. 21. §. 3. C. de testam. & hic taxat.* 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, hæreditatem ex imperfecto testamento obtinere non possunt, ne convellantur jura omnia, quæ de ordinandis testamentis tam diligenter constituta sunt, & quævis voluntas vim testamenti habeat, quos aliquando hæredibus ab intestato prætulit, eos etiam adhuc iisdem præferri voluisse existimandus est; atque in hunc eventum tabulas priores integras reliquisse, ut si posteriores non consisterent, ex prioribus hæreditas adiri possit. Atque hoc est, quod scribit Pomponius *d. l. si jure. 18. de legat. 3.* credibile esse, testatorem ita demum à priore testamento velle recedi, si posterioris vulturum sit.

*Moralitate præventus*] Hujusmodi testamentum imperfectum dicitur ratione voluntatis. Quippe duplex est imperfectio testamenti: una, ratione solennium, puta si pauciores, quam septem testes intervenerint, aut si testes non signaverint subscripserintve, vel quid aliud, quod ad solennitatem 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. si is qui. 25. qui test. fac. l. 9. C. eod. Bald. in l. hac consultiissima. 21. §. 1. num. 1. 2. 3. C. de testam. Sibarid. ibid. num. 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. num. 62.*

*Divi Pertinacis oratione*] Solebant olim Principes orationes in Senatu habere, aut scriptas ad Senatum mittere, in quarum sententiam Senatusconsulta concipiebantur: *l. oratione. 16. de rit. nupt. Tacit. lib. 11. Ann. c. 25.* Orationem principis secus patrum consulto primò *Ædus senatorum in urbe jure adepti sunt.* Atque hæc Principum orationes etiam Senatusconsulta nominantur, quandoque etiam leges, Sic oratio Divi Hadriani de petitione hæreditatis, *l. si & rem. 22. de hered. pet.* Senatusconsultum passim appellatur, *l. item veniunt. 20. §. pratorum. 6. & multis seqq. eod. tit.* Jul. Capitolinus hanc ipsam orationem Pertinacis legem, mox etiam Senatusconsultum nominat in Pertinace. *Legem sane tulit*, inquit, *ut testamenta priora non prius essent irrita, quam alia perfecta*



*ita offens, neve ob hoc sscus aliquando succederet. Et paulo post; Addiditque Senatusconsulto, &c.*

*Jure ordinat & perfecta fuerint*] Quæ legitimomodo fiunt, legitime quoque solvi debent, *l. 35. de reg. jnr.* Hac ratione utitur etiam Harm. *5. tit. 5. §. 17.* 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. ejus. 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 ritè factò, mirum videri non debet, quia etiam post missionis animum, irritum constituitur. Testamentum imperfectum factum à parente inter liberos & ipsum non minus ex privilegio valet, quam militis, *l. hac consultißima. 21. §. 1. C. de testam.* Quare si pater, qui testamentum prius jure fecerat, postea aliud fecerit inter liberos, quamvis posterius hoc imperfectum 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 tanquam testamentum, sed tanquam voluntatem ultimam intestati, *d. l. hac consultißima. §. 3.* cujus voluntatis hic erit effectus, ut nulla quarta deducta ab hæredibus, priore testamento, quod infirmatum est, scriptis, ad hæreditatem admittantur scripti posteriore, easque portiones per arbitrum familiaræ eriscundæ singuli consequantur, quæ cuique adscripse sunt. Sed quid 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 solennitas, quæ tantum jure civili præcisè requiritur, non item jure prætorio, veluti si testes non subscripserint, si filius institutus aut ex hæredatus non sit: nam etiam hac ratione testamentum imperfectum rectè dicitur. Atque ita appellatur in *l. 12. §. 1. cons. tab.* quoniam inter cætera, 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 & effectu bonorum possessione, *arg. d. l. 12. §. 1. cons. tab.* quem locum diligenter & accurate hic interpretatus est D. Bachovius.

## T E X T U S.

Si Princeps litis causa, vel in Testamento imperfecto institutus fuerit.

8. *Eadem oratione expressit, non admissurum se hæreditatem ejus, qui litis causa Principem reliquerit hæredem: neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam hæres institutus erat, probaturum: neque ex nuda voce hæredid nomen admissurum; neque ex ulla scriptura, cui juris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum hoc divi Severus & Antoninus sapissimè rescripserunt.* Licet enim, *inquunt*, legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus.

## N O T A.

8. *Litis causa Principem, &c.*] Capitol. *ubi sup.* hoc enim invidiosum est, *l. pen. de har. inst. Plin. Paneg. Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.*

*Ob eam causam*] Quod tabulæ non essent legitime factæ, ut rectè Cujac. & Fabrot. quod non percepit Th. nec Accurs. nam Princeps nec legitime factas probat, in quibus ipse litis causa hæres scriptus est.

*Legibus soluti*] Princeps legibus civilibus solutus est, *l. 31. de legib. l. 3. C. de testam. Dio lib. 53.*

*Attamen legibus vivimus*] Impp. *l. 2. C. Th. de cond. & proc. dom. Aug. Scribimus quidem leges, sed sequimur. Plin. Paneg. Ipse re legibus subjecisti. vid. & l. 23. de leg. 3. l. 4. C. de legib. d. l. 3. C. de testam.*

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

1. *An Principes Romani legibus soluti fuerint: & in universum, an & quatenus sint Principes, qui absoluta jura majestatis habent.*

**E**adem oratione expressit] Ipseque, inquit de Pertinace loquens Capitolinus d. loc. professus est, *nulius se aditurum hæreditatem, qua aut adulatione alienius delata esset, aut lite perplexa, ut legitimi hæredes & necessarii privarentur.* Addiditque Senatusconsulto hæc verba: *Sanctius est, P. C. inopem rempublicam obtinere, quam ad divitiarum cumulum per discriminum asque doctæorum vestigia pervenire.* Procul dubio hac oratione sanctissimus senex senatui declarare voluit, se longè aliâ ratione rempublicam 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 alienissima hæreditates, vel existens uno, qui diceret, audivisse se ex defuncto, cum viveret, hæredem sibi esse Casarem.* Extat adversus hujusmodi improbitatem edictum Honorii & Theodosii in *l. nolimus. 20. C. de testam.*

*Qui litis causa Principem*] Lex est, non debere cuiquam conditionem deteriore fieri factò alieno, nec cuiquam obijci duriorē aut potentiorē adversarium, *tot. tit. de alien. jud. mut. ca. & tit. C. ne lic. potens.* Huic legi se submitit Imperator Pertinax, professus hoc amplius, se non admissurum hæreditatem, quæ litis causa Principi delata esset, minus hic sibi permittens, quam

quam cuiquam privato, l. 8. §. 2. de alien. iud. mus. ca. Quippe invidiosum esse existimavit; Principem litis causa, hoc est, in re controversa & perplexa heredem institui, quo alii, nomine Principis territi sui suum indefensum relinquunt, ac nefas esse, calumniae facultatem ex Principali maiestate capere; l. pen. de her. inst. Paul. 5. sent. 12. Plinius Panegy. Non tu falsis, non tu iniquis tabulis advocaris.

Neque tabulas non legitime factas] Lex est, heredem iusto 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. Secundum quod sepius constitutum est, ex imperfecto testamento nec Imperatorem hereditatem vindicare posse, l. 3. C. de testam. Ait, in quibus ipse ob eam causam. Nempe quod tabulae non essent legitime factae; 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 haeres nuncupari non possit, aut haeres esse cum & ἀπαρὸν διαθήκης, ut somniat Theoph. sed ex nuda voce, id est, ex nuda voluntate sine juris solemnibus.

Neque ea: nulla scriptura, cui juris auctoritas desit] Clausula generalis, legata quoque & fideicommissa, non legitimo testamento relicta completans. Ex imperfecto testamento, ait Paulus l. 23. de legat. 3. legata vel fideicommissa Imperatorem vindicare inverequatum est. Huc etiam referendum, quod idem Paul. 4. sent. 5. & Ulpian. l. 8. §. 2. de inoff. testam. scribunt, testamentum, in quo Imperator haeres scriptus est, inofficiosum argui posse.

Licet legibus soluti simus] Principes Romae legibus solutos esse, scribit Dio lib. 53. atque id ipse sic interpretatur, ut dicat, eos liberos esse ab omni legum coactione, nec ullā scriptā lege teneri. Apparetque ex eodem loco, quemadmodum temporibus liberæ reipublicæ aliquando usurpatum, ut populus aut senatus civem aliquem ob heroicam indolem ac singularem virtutem unā aliquā lege solveret, putā, ut ante ætatem legitimam magistratum gerere, aut intra ætatem constituta eundem repetere liceret, sicut de Pompejo, Africano, Octaviano, aliisque permultis factum legimus: ita Principem postea, cum civibus omnibus excellentior haberetur; legibus omnibus solutum fuisse, lege in eam rem semel expressē lata; quæ lex regia in l. 1. de const. Princ. lex imperii in l. 3. C. de testam. appellatur. Quod etiam significare arbitror Ulpianum in l. Princeps. 31. de legib. Quanquam necesse non erat, hoc caput legi inferre: quandoquidem ex hoc ipso, quod alio capite ejusdem legis populus jura maiestatis omnia abdicative in Principem transfudit, d. l. 1. de const. Princ. necessariò sequitur, Principem legibus non obligari. Etenim Princeps, qui absolutā jura maiestatis habet, nihil supra se cernere potest, neque hominem neque legem, ut ait

Alber. Gentilis in quaestionib. regiiis. Deus, inquit Justinianus, leges ipsas Principi subiecit, eumque legem animatam misit hominibus. Nov. 105. c. 2. in fin. Jam vero qui supra leges est, cui leges subjete sunt, is necessario legibus est solutus, id est, legibus non tenetur; alioqui non illi leges, sed ille legibus subiecit, & qui ipse lex est, in eum lex ferri non potest. Unde Plinius in Panegy. Leges, inquit, Principi nemo scripsit. Neque, cum hoc dicimus, intelligimus solum cum D. Thoma q. 96. art. 5. part. 1. quem multi sequuntur, Principem legibus solutum esse, quoad vim coactivam, sed etiam quoad vim directivam. Quin ad hanc solam quaestio pertinet; cum si neget, secundum vim dirigentem Principem legibus solutum esse, statuas, Principem legibus obstringi, tanquam quæ ipsi quoque latae sunt. Alia autem quaestio est de modo coercendi & puniendi nec obediētes. Cæterum 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 solent. De quibus legibus Bodinus lib. 1. de repub. c. 8. sic scribit: Quantum ad leges imperii attinet, cum sint cum ipsa maiestate conjunctæ, Princeps nec eas abrogare, nec iis obrogare 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 latae sunt. Quod significat Paulus l. ex imperfecto. 23. de legat. 3. his verbis: Decet quim tantæ maiestatis, 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. digna vox. C. de legib. & illud Plinii in Panegy. ad Trajan. Legibus so subiecit, quæ nemo Principi scripsit. Item illa, Non esse Principem supra leges, sed leges supra Principem. Nimirum Princeps imperio maximus major est exemplo, ut ait Paterculius lib. 1. & Plin. d. loc. Vita Principis, inquit, perpetua censura est: ad hanc dirigimur: nec tam imperio nobis opus est, quam exemplo. Τις δ' ἀνὴρ ἡγεῖται ἀπειθεῖν, ὅραν τὴ βασιλεία κειμένη; inquit Xenophon. in laudib. Agesilai. Claudianus in Panegy. de quarto consulatu Honorii, his verbis Principem hujus officii commonefacit:

In commune jubes si quid, censesve tenendum,  
Primus iussa subi: tunc observantior aequi  
Fit populus, nec ferre negat, cum videris ipsum  
Auctorem parere sibi. Componitur orbis  
Regis ad exemplum: nec sic inflatere sensus  
Humanos edicta valent, ut visa regentis.

LIB. II. TIT. XVIII.  
 TITULUS XVIII.  
 DE INOFFICIOSO TESTAMENTO.

Dig. Lib. 5. Tit. 2. C. Lib. 3. Tit. 28.

*Continuatio, & argumentum tituli. Unde nomen inofficiosi: tum,  
 quorum de hac quaestione cognitio.*



**E**xplicatur hic altera ratio infirmandi testa-  
 menti, cum scilicet non ipso jure, sed per  
 sententiam judicis rescinditur, ex causa de  
 inofficioso contra testamentum pronuntian-  
 tis: quod est illud adminiculum, quod su-  
 perius dixit paulo post nobis manifestum  
 fore; in calce *tit. de exheredatione lib.* Locus hic late pa-  
 tet, quanquam concisus est Justinianus, ut passim in hoc  
 libello. Initio indicat ille causam introducendam de inof-  
 ficioso querelæ, & quo colore proponatur; mox qui-  
 bus ea competat, aut non competat, ostendit: sequun-  
 tur postremo nonnulla, quibus intervenientibus testa-  
 mentum inofficiosum argui atque ex ea causa rescindi  
 non potest. Nobis, quibus propositum est rem totam  
 planam facere, licebit in explicando esse prolixiores.  
 Memini etiam, nonnulla me recepisse interpretantem  
 §. ult. d. tit. de ex. lib. quæ in hoc tempus dilata, nunc  
 exolvenda sunt. De nomine inofficiosi hoc primum mo-  
 nendi sumus; quamvis omne testamentum inofficiosum  
 rectè dicatur, in quo testator contra officium, quod al-  
 teri debebat, fecit, quemadmodum scimus, hominem  
 inofficiosum dici, qui officium prætermittit, aut con-  
 tra officium, quod alteri debet, facit; & ideo si verbi  
 causa testator cognatis suis aut personis de se bene me-  
 rentibus, quibus ob id remunerationem debet, nihil in  
 testamento suo reliquerit, huic etiam testamento appella-  
 tio ista conveniat: tamen per excellentiam ea demum  
 testamenta inofficiosa dicta sunt, quibus officium in li-  
 beros; parentes & fratres neglectum est, seu in quibus  
 liberi, aut parentes, aut fratres, vel exheredati sunt  
 immerito, vel immerito præteriti. Quocirca his etiam  
 solis potestas permitta de inofficioso querendi, postulan-  
 dique, ut, si officium violatum esse constiterit, testa-  
 mentum rescindatur. Cognitionem hujus quaestionis ad  
 centumviros pertinuisse constat ex *Cic. lib. 1. de orat.*  
*Val. Max. lib. 7. c. 7. & 8. l. Titia. 13. l. qui repudian-*  
*tis. 17. h. tit. uti & simplicis petitionis hereditatis, l.*  
*ult. in pr. C. de pet. her. quod tamen non usque adeo per-*  
*petuum fuit, quin partes aliquando negotio ita ferente*  
*a prætore remissa fuerint ad judicem pedaneum: ut li-*  
*quet ex l. 8. §. pen. hoc tit. l. 3. §. si emancip. 5. de bon.*  
*poss. cons. sab.*

T E X T U S.

Ratio hujus querelæ.

*Quia plerumque parentes sine causa liberos suos  
 exheredant, vel omittunt, inductum est, ut de  
 inofficioso testamento agere possint liberi, qui que-  
 runtur, aut iniquè se exheredatos, aut iniquè  
 præteritos; hoc colore, quasi non sana mentis fue-*

*runt, cum testamentum ordinarent. Sed hoc dici-  
 tur, non quasi verè furiosus sit, sed rectè quidem  
 testamentum fecerit, non autem ex officio pietatis.  
 Nam si vere furiosus sit, nullum testamentum est.*

N O T A.

*Sine causa] Ex justis causis permitta exheredatio, l. 7.  
 de bon. damn. quas causas ex arbitrariis certas fecit & no-  
 minavit ad 14. completus est; Just. Nov. 115. c. 3. vo-  
 luit autem unam saltem ex his inseri testamento, eam-  
 que ab hærede probari; secus ac jure veteri, l. 5. §. 1.  
 hoc tit. l. 28. C. cod.*

*Exheredant vel omittunt] Illud ad parentes omnes &  
 propriè ad patrem pertinet, hoc ad matrem cujus silen-  
 tium pro exheredatione est, §. ult. sup. de ex. lib. &  
 ita intellige l. 3. h. t. de Nov. 115. c. 3. Exheredatis  
 igitur omnibus, & matre etiam præteritis hoc remedium  
 necessarium. Ex privilegio autem est, quod de inoff.  
 militis testamento nemo queri potest, l. 8. §. 4. l. 27. §. 2.  
 hoc tit. l. 9. l. 24. C. cod.*

*Quasi non sana mentis] l. 2. l. 9. §. 1. cod. ac proinde  
 quasi testamentum facere non potuerint, l. 17. §. 1. cod.  
 Hoc colore seu titulo quaesito tegitur iniquitas exhered-  
 ationalis; & quidem ob hanc causam olim rescisso per  
 querelam testamento nihil ex eo valebat, l. 8. §. pen. l. 28.  
 cod. hodie autem quantum ad institutiones solummodo  
 evertitur; legata & cætera capita salva manent, Nov. 115.  
 c. 3. in fin. auct. ex causa. C. de lib. praes.*

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

1. *Quibus liberis & quando querela necessaria.*
2. *Etiam ob causas non nominatim expressas, Nov. 115.  
 c. 3. dummodo æquè graves, aut graviores, exhered-  
 ationem rectè fieri.*
3. *Quamvis exheredatio facta sit sine elogio, tamen se-  
 stamantum adhuc ipso jure hodieque subsistere, at-  
 que ad id rescindendum opus esse querelæ, contra  
 comm.*
4. *Præteritionem matris & avi, matris etiam jure, non  
 viximo vim exheredationis habere.*
5. *Contraria obiter repulsa; addito jure patrio.*
6. *Utrum querela ipsa sit actio sive petitio, an remedium  
 aliquod ab actione separatum.*
7. *An liberis à patre præteritis, legata & cætera capita,  
 præter institutionem beneficio novæ legis conserven-  
 tur.*
8. *Cur querela inofficiosi colorem dementia veteres præ-  
 xuerint: & num idem adhuc hodie.*

**Q**uia plerumque] Rectè monet D. Pacius in margi-  
 ne, particulam plerumque non afficere verbum ex-  
 heredant, sed verbum sine causa: ut hic sit sensus; cum  
 paren-

parentes liberos suos exheredant vel omittunt, id eos plerumque facere sine causa: puta falso instimulatos, novercalibus delinquentis instigationibusque corruptos, l. 3. §. 4. hoc tit.

*Sine causa liberos suos exheredant vel omittunt*] Ait, sine causa: nam ex iustis & meritis causis exhereditatio semper permixta fuit, l. 7. de bon. damnat. Ait, exheredant vel omittunt, illud ad parentes omnes, & proprie ad patrem avumque patrum, hoc ad matrem & avum maternum pertinet: nec supervacuo hic expressum, ut censet D. Wesemb. etiam enim matris prateritio vim & effectum exhereditationis habet; non est tamen revera exhereditatio, §. ult. sup. de exher. lib. In patre exhereditatio necessaria est; ut querela locus sit: si enim pater filium, quem in potestate habet, praterierit, testamentum ipso iure nullum est; si emancipatum, datur praterito bonorum possessio contra tabulas, sup. d. ult. in pr. §. 3. & 5. Quam nec quævis exhereditatio querela locum facit; sed ea demum, quæ rite facta est: quæ secus facta, id est, non nominatim, non pure, non à tota hereditate, pro prateritione censetur l. 8. §. non quævis. de bon. poss. cont. tab. Matre autem sive pratercunte, sive quovis modo exheredante, semper ad infirmamandum testamentum querela opus est, cum & iure civili firmum sit, nec à pratore infringatur: quippe qui exhereditatione, cuius vicem etiam prateritio matris obtinet, notatos non putavit ad contra tabulas bonorum possessionem admittendos d. l. 8. in pr. cont. tab. d. §. ult. sup. de exher. lib. Et igitur exhereditatis omnibus, à matre etiam prateritis, hoc remedium necessarium est. Causæ exhereditationis iure antiquo certæ legibus definitæ non erant, sed ab arbitrio pendebant iudicam, qui de inofficioso cognoscebant, quorum erat merita exhereditati perpendere, l. 2. §. si emancipatus. 5. cont. tab. Val. Max. lib. 7. c. 8. Justinianus ex arbitrariis eas certatas fecit, & nominatim Nov. 115. c. 3. complexus est ad quatuordecima: cumque antea etiam simpliciter exhereditatione facta, permixtum esset hæredi instituti allegare & docere ingratitude, id idem Imp. primum hæcenus mutavit, ut non aliter liceret hæredi ingratitude querelationem movere, quam si testator expressè addidisset, se idem filium exheredare, quia fuerit ingratus, l. unum modo. 30. in pr. C. hoc tit. Postea ne hoc quidem satis ei visum, sed insuper voluit, testatorem iustam aliquam ingratitude causam, & saltem unam ex illis, quas ipse recenset, testamento exprimere, imposito quoque hæredi onere elogium probandi, cum olim ita jus esset, ut nisi hæres ultro probationem suscepisset, causam aliquam certam allegando, (quo refer l. 22. §. d. l. 30. C. eod.) ipsi liberi docere tenerentur; se morigeros atque obsequentes semper fuisse, l. 5. §. 1. eod. l. liberi. 28. C. eod. Hinc duplex exorta questio. 1. An nullas alias ob causas, quantumvis patres aut majores, quam quæ d. Novell. 115. c. 3. expressæ sunt, exhereditatio permittenda. 2. Utrum si exhereditatio facta sit sine elogio, id est, sine causæ expressione, testamentum ex d. constitutione ipso iure nullum sit, an iure adhuc subsistat, atque ad illud rescindendum querela etiamnum sit opus.

1. Primam questionem quod atinet, quamvis sententia Connani, lib. 9. comm. 10. Viglii ad §. ult. sup. de exher. lib. aliorumque, qui eos sequuntur, negantium, ob alias causas, licet æque graves aut graviores, exher-

edationem fieri posse, verbum d. Novell. convenire videatur: tamen mihi persuadere non possum, eam fuisse mentem Justiniani, quam illi esse censent: & sententia ratio suadet, ut contra sentiam. Etiam si verbi gratia manus parenti filius ipse non intulerit; secundum d. Nov. cap. 3. §. 1. sed inferre passus sit, cum facile prohibere posset, idemque sine do. injuria, §. 2. Patrem ipse non accusaverit, iuxta §. 3. sed accusationem instruxerit, juverit pretio, consiliis, probationibus. Insidiatus ipse patri non sit, §. 4. insidiatus autem, cum posset, non detexerit. Falsum testimonium ipse non dixerit, ser. §. 8. at qui dicerent, subornavit. Quid si thorsum fratris violare ausus sit. Quid si lenocinio palam quæstum faciat? &c. Quis hæc aut atrociora filium patrantem dignum neget, qui fulmine feriatur exhereditationis? At inquis, odiosa est exhereditatio, ac proinde interpretatione non est adjuvanda, l. cum quidam. 19. de lib. & posth. c. odia de reg. jur. in 6. Immo contra vel magis odiosum, patrem cogi ut impio & indigno filio bona sua relinquat. Equidem concedo, ubi de hypothese quaeritur, de scriptura testamenti, de facto exhereditati, de voluntate exheredantis, cum similibus, exhereditationem adjuvandam non esse: cæterum ubi sententia 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. seq. l. ideo. 27. de legib. Neque hinc excipiuntur leges penales: nam & illæ utique leges sunt; & obvia passim responsa Jurisconsultorum, etiam leges publicorum iudiciorum, ad hunc, quem diximus, modum interpretatum, l. 11. de pen. l. 13. de testib. l. 7. §. 2. de jurisd. l. 7. ad leg. Fal. maj. §. 3. Tria. 2. jurispr. exempl. c. 5. pag. 202. ubi distinguit utrum pater & eadem sit ratio, an similitudo tantum; l. 3. de leg. Pomp. l. 2. §. 28. §. seq. ad Tertul. Junct. l. ult. §. ult. qui per. l. 8. de scriptur. viol. l. 1. de iur. Dixeris, hoc admisso, Imperatorem non assequi scopum suum, sed causas adhuc incertas manere, nec quatuordecim tantum, sed infinitas fore. Respondeo, ex his constitutionis verbis, ut prater ipsa nulli liceat ex alia lege ingratitude causam opponere nisi quæ in hujus institutionis 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 d. constitutione non continentur. At tales causæ non sunt; quæ vel majores sunt, vel pares expressis, sed leviores duntaxat, aut dispares: quippe cum de similibus semper ut de expressis habendum: facit huc c. 1. §. 2. vers. sed quia natura. lib. 2. feud. tit. 24. quæ suis prim. ca. bon. amitt. Atque hæc sententia etiam communis est, ulsque apud omnes recepta DD. in anth. non licet. C. ad lib. prae. Clar. §. testamentum. quest. 41. n. 2. Gomez. 1. resol. 11. Schneid. hic. n. 15. Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. cap. 8. Christin. vol. 4. decis. 19. n. 5. Gros. lib. 2. manud. cap. 18. ubi notat, in his regionibus illud quoque semper obtinuisse, ut filia minor 20. annis, nubens citra consensum patris aut matris, ab eodem patre aut matre ob hanc causam exhereditari possit: convenit art. 25. cap. 2. statut. Zeland. In altera questione numero vincunt, qui ad validitatem testamenti negant sufficere ex-

hære-

hæredationem simplicem seu factam sine causæ insertio-  
ne, & ad hoc omnino requirunt qualificatam: quod si  
verum est, nullus usus querelæ reliquitur in linea re-  
cta, præterquam unico illo casu, cum exheredationi  
aut præteritioni additum est elogium: quæ sententia  
fuit Johannis, relata à Glossâ in l. 5. b. tit. probata ple-  
risque interpp. in aush. ex causa. C. de lib. præs. Clar. d.  
§. testam. quæst. 40. Gomez. d. c. 11. Covar. in c. Raynu-  
sius, p. 1. n. 7. cap. 16. Wesamb. par. hoc tit. n. 7. & no-  
3 yissimè latè defensa à D. Bachovio hic. Cæterum ut plu-  
ribus hæc sententia placeat, non desunt tamen, qui eam  
taxent, ut constitutioni Justiniani minimè consentaneam:  
& sanè non immerito, meo quidem iudicio. Nam qui diligenter eam constitutionem evolvet, comperiet  
ex tenore, Imperatorem non agere de iis, quæ ad  
internam testamenti solennitatem ritumque exhereda-  
tionis pertinent, sed de causis, ob quas facta exhereda-  
tio iuste vel iniuste facta intelligatur: at iniustitia exhereda-  
tionis non vitiat testamentum ipso iure. 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 elo-  
gio, qui nunquam in potestate fuerunt; ut posthumi  
exheredati natiuitate rumpatur testamentum; ut infan-  
tium atque adeo impuberum ferè omnium exhereditio  
nullius momenti sit: denique ut tantum non liberi ma-  
tribus, parentes liberis sui hæredes fiant. Atque ita de-  
letur bonorum possessio contra tabulas: deletur §. in  
mancipatis. 3. item §. sed hæc quidem. 5. & §. ult. sup. de  
exhar. lib. Delentur maxima ex parte tit. Paud. C. &  
Inst. de inoff. testam. item l. ult. C. de lib. præs. Quis ve-  
ro credat, tot capita juris veteris à Justiniano tacitè ab-  
rogata, qui nunquam solet quicquam ex jure veteri mu-  
tare, nisi cum expressa mentione ejus juris, quod abro-  
gare constituit, & commendatione novi? Refragantur  
etiam verba d. constitutionis. cap. 3. circa fin. & cap. 4. ubi  
cum iussisset Imperator, si exhereditatio aut præteritio  
facta esset cum elogio, idque elogium probassent hære-  
des, firmum manere testamentum, sive, ut est in au-  
thentico, *εἰ τῆ ἰδία ἰσχύϊ ἀποδοῦναι, τῶν ἰδίων ἔχον ἰσχύϊ*,  
subjicit, si hoc observatum non fuerit, testamentum  
irritum reddi atque everti: utitur enim verbis ἀνουρεῖται &  
ἀνατρέπεται: quæ de iis tantum prædicari constat, quæ ab  
initio constituerunt: & quod notandum, everti non in  
totum, sed quoad institutionem duntaxat, cætera capi-  
ta firma manere. Ergo in totum ab initio subsistit. At  
quo remedio evertetur? Non alio haud dubiè, quam  
querela inofficiosi, quæ una exhereditatis supererat. Ar-  
guit hoc accurata illa causarum ingratitudinis, de quibus  
in querelæ iudicio agitur, definitio; quæ causam novæ  
constitutioni dedit. Ad hæc si dicimus, liberis omnibus,  
sine elogio exhereditatis aut præteritis, testamentum po-  
testate d. constitutionis nullum esse, non liberis tantum  
consulimus, sed extraneis etiam defuncti legitimis hæ-  
redibus: quippe ad quos tum, liberis aut repudiantibus,  
aut ante parentem, aut priusquam hæreditatem adierint,  
mortuis, hæreditas defuncti ab intestato perventura sit,  
exclusis scriptis hæredibus, qui alioqui ex testamento  
iisdem rebus intervenientibus venturi essent. Justinia-  
nus autem liberis duntaxat prospicere voluit, ne his no-  
ceret exhereditatio, non consulere aliis contra scriptos tes-  
tamento heredes. Postremo ut ex dictis liquet, non fuit

ei propositum tollere inofficiosi querelam, sed præ-  
norem atque expeditorem ei viam facere; unique po-  
tissimum rei asserre remedium, ne scilicet liberi exher-  
redati aut præteriti, ob difficultatem probandi se semper  
inofficiosos fuisse, parentum hæreditate exciderent. Cum  
ergo duplicem effectum exhereditatio jure veteri habeat:  
unum hunc, ut absolvat internam testamenti paterni so-  
lennitatem, ut nullum sit ob præteritionem, ad quod  
sufficit ritè factam esse, etiam iniusta sit: alterum, ut  
exhereditatum submoveat ab hæreditate, ad quod insuper  
exigitur, ut facta sit iustus de causis: posteriorem effe-  
ctum tantum Justinianus restringere voluit, priori in suo  
statu relicto. Sive igitur nulla causa à testatore expressa  
sit, sive aliqua, quæ tamen non fit ex iis, quæ d. Nov.  
l. 15. cap. 3. continentur, aut ex iis quidem, sed in cu-  
jus probatione hæres deficiat, utiliter & cum effectu ex-  
hereditatus de inofficioso hodieque agat, & postulabit,  
ut testamentum rescindatur, resque redigatur ad cau-  
sam intestati. Idemque erit, si liberi præteriti sint, ab  
iis sc. 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 æquè nullum esse testamen-  
tum, ac si pater præterisset, nisi præteritioni addita sit  
causa ingratitudinis; necessitatem quodammodo exher-  
redandi contra rationem juris illic introducentes, ubi non  
est sinitas, l. 11. de lib. & postb. l. 4. §. 2. cons. tab. Ita con-  
cludimus cum Fulgos. & Donell. in d. aush. ex causa.  
Vigl. ad rubr. hic. Duar. c. 3. ad hunc tit. Cujac. ad No-  
vell. 18. Fachin. 4. contr. 9. Vasq. lib. 2. de succ. creat.  
§. 20. n. 162. & seqq. Perez. ad C. de lib. præs. num. 13.  
Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 4. Atque ita in utraque Cu-  
ria Hollandiæ iudicatum refert Neostad. decis. supr. sem.  
99. contra quam Curia Frisicæ apud Sand. lib. 4. tit. 2.  
des. 2. Argumentis, quæ pro contraria sententia affer-  
runtur, ex his, quæ dicta sunt, nullo negotio occurrere  
potest; & sunt pleraque ex eorum genere, quæ Græci  
ἀνουρεῖται vocant, id est, quæ in ipsos auctores retor-  
queri possunt. Postremo minimi pretii sunt, quæ illi pos-  
sunt 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 posthumis aut infantibus exhereditatis, §. 2. inf. l.  
si quis. 33. §. 1. C. hoc tit. item ex constitutione Justinia-  
ni l. omnimodo. 30. C. eod. liberis omnibus exhereditatis,  
non addito, quia ingrati fuerunt, actio de inofficioso  
datur: quoniam nunquam non possunt vincere. Consi-  
derare debuerant, non frustra esse, quod leges testamen-  
tum consistere volunt, ut saltem iis casibus, quos modo  
commemoravi, incidentibus voluntas defuncti exitum  
habeat. Eiusdem ponderis est argumentum, quod Ba-  
chovius producit vice corollarii, nempe legitimam re-  
linquendam esse liberis titulo institutionis. Ne sit relicta  
isto titulo, an propterea sequitur, testamentum ipso iu-  
re nullum esse? Sed de eo plura inferius. In hisce regio-  
nibus passim necessitatem exheredandorum liberorum,  
si hæredes non instituuntur, non agnoscimus; utpote  
quæ suorum tantum hæredum propria est, quales hære-  
des nos non habemus: sed præteritio non matris tan-  
tum, verum etiam patris pro exheredatione habetur,  
exemplo militarium testamentorum. §. sed si. 6. sup. de  
exhar.

*causar. lib.* Intelligo ut ipso jure valeat testamentum, non quia tanquam inofficiosum rescindi possit, & res ad causam intestati pronuntiatione iudicis redigi. Nam querelam inofficiosi modis omnibus etiam nos retinemus, si inique & contra officium pietatis exhereditatio facta proponatur; *vid. Gudelm. lib. 2. de jur. noviss. cap. 5. Grot. lib. 2. manduct. ad jurispr. Bat. cap. 18. Christ. vol. 4. dec. 20. n. 8. Groen. de ll. ahreg. hic.*

*Inductum est*] Verbum *inducere* plurimum refertur ad jus non scriptum, aut ad id jus quod ex interpretatione prudentum profuxit, *l. 2. §. 5. de orig. jur. l. de quibus. 32. de legib. l. Gallus. 29. de lib. & posth. l. 2. de vulg. & pup.* Unde 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 iudicio concessa fuit, l. 1. hoc sit. à lege autem si foret, certæ personæ expressæ essent, quibus hæc actio competere. Adhæc si lex aliqua de hoc iudicio lata esset, nihil opus fuerat, colorem aliunde querere, cuius 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 jureconsultis. Denique si lege aliqua hoc iudicium constitutum esset; procul dubio mentionem illius legis fecisset *Val. Max. lib. 7. c. 7.**

*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 iudicium designatur, quam querelæ. Estne ergo querela & ipsa actio, an remedium aliquod ab actione separatum, sive imploratio tantum officii iudicis nobilis, ut loquuntur, eo pertinens, ut testamentum rescindatur, quo rescisso demum agi & hæreditas peti possit? Non est, quod dubitemus affirmare, quod tot locis manifestè traditum est, querelam ipsam actionem & petitionem esse, perque eam sic impugnari testamentum, ut simul vindicetur hæreditas. Qui dicit inofficiosum, cum Papinianus ait hæreditatem petere, *l. 8. §. quoniam. hoc sit.* Scævola petitionem hæreditatis exercere, *l. qui de. 20. eod.* Paulus *l. eum qui. 21. §. ult. eod.* ait, per querelam inofficiosi evinci hæreditatem. Ulpianus vindicari facultates, *l. si instituta. 27. §. 3. eod.* Triphonius *l. pen. in fin. pr. cont. tab. filium exhereditatum ex causa querelæ inofficiosi movendæ admitti ad petitionem hæreditatis.* Justinianus hæreditatis petitionem ex nomine de inofficioso constituit, *l. si quis. 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. eod. l. 2. C. eod.* Hoc enim non alio pertinet, quam ut is, qui ex causa inofficiosi hæreditatem petit, hæres esse videatur: quanquam in suis hæc possessio non est necessaria, *d. l. 7. uti nec aditio, l. 14. de suis & legib. de quo consule *Figl. in rubr. & §. 2. hoc sit. Duar. cap. 8. ad hanc sit. Govean. 1. var. lect. a. 5. Vasq. lib. 3. de succ. resol. ad l. 2. C. eod. Vaud.**

*2. quass. 24. Don. 19. comm. cap. 3.* Interpretes comm. & cum his *Sicharr. in rubr. C. hoc sit. num. 3.* existimant, querelam esse iudicium præparatorium, quo aditus patet ad iudicium universale seu petitionem hæreditatis; sicut actio ad exhibendum præparatoria est rei vindicationis; atque ita duo hic esse iudicia; quorum alterum, scilicet querela, præcedat; alterum, petitio hæreditatis, sequatur; quod falsum est: nam ipse titulus inofficiosi causa est, ex qua vindicatur hæreditas, *l. 3. C. de pos. her.* neque duo hic iudicia sunt, sed unum, quo & testamentum impugnatur & simul petitur hæreditas; sicut per actionem usucapionis rescissoriam & usucapio rescindi petitur & simul res vindicatur: de quo sub *§. 5. inf. de actionib.* Planè etsi querela quoque petitio hæreditatis est; in multis tamen disertè à petitione hæreditatis simpliciter, de qua post *sic. de inoff. test. in Pand. & C. generalis titulus datur, quæ hic congerere nimis longum foret. Duo solum argumenta refellam, quibus effici videtur querelam inofficiosi hæreditatis petitionem non esse. Primum tale est: Petitio hæreditatis datur solum adversus eum, qui cum hæres non sit, pro hærede prove possessore possidet, nunquam adversus hæredem, cumve, qui pro hærede sit, bonorum scilicet possessorem aut fideicommissarium, *l. 9. cum seqq. de her. pos.* At querela datur adversus hæredem scriptum, contra fideicommissarium, *l. 1. C. hoc sit.* contra præteritum, qui accipit bonorum possessionem contra tabb. *l. pen. cont. tab.* Respondeo, scriptum testamento inofficioso hæredem, hæredem non esse, utique cum eo agi, tanquam qui hæres non sit, utpote scriptus ab eo, qui testamenti actionem non habuisse iudicatur, *l. qui repudiantis. 17. §. 1. hoc sit.* & proinde eum teneri, quasi pro hærede ad pro possessore possideret, ut disertè rescriptum est de eo, cui ex testamento inofficioso restituta est hæreditas, *l. 1. C. eod.* Alterum est hujusmodi: Omnis petitio hæreditatis aut ex testamento sit oportet, aut ab intestato, *l. 1. & 3. de her. pos.* 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. quamdiu. 39. de acq. her.* Sed patet ex responsione ad objectionem præcedentem, querelam inofficiosi esse petitionem quandam hæreditatis ab intestato, quia prætenditur color dementiæ testatoris, uti & revera si iudex contra testamentum pronuntiaverit, res ad causam intestati redit, retroque verus perinde omnia habentur, ac si hæreditas nunquam adita fuisset, *l. 6. §. 1. l. eum qui. 21. §. 2. hoc sit.* Stet igitur hæc sententia, querelam etiam ipsam esse actionem, & nimirum speciem quandam petitionis hæreditatis, qua vindicatur hæreditas, tanquam ab intestato delata, ex causa inofficiosi testamenti: cum qua sententia ferè vi ipsa convenit, quod *Jo. Fab. & alii* hic notant, posse querelam cum petitione hæreditatis cumulari. Obiter addo, & per modum contradictionis seu exceptionis querelam induci posse, veluti si exhereditatus sit in possessione hæreditatis, & hæres scriptus hæreditatem petat, *l. 8. §. si filius. 13. eod.* adeoque liberum etiam esse exhereditato, simplici petitione hæreditatis experiri, deque titulo excipienti reponere, se queri de inofficioso, atque ita querelam inducere per modum replicationis. *Paul. 4. sent. 5.**

*Aut iniquè se exhereditatos, aut inique præteritos]*

Zz

Rursus

Rurfus hæc duo conjungit, exheredare, & præterire, ut paulo ante, & *Marcell. l. 3. eod. nimirum* quia non exheredatis solum, sed etiam præteritis de inofficioso agere licet; præteritis sc. 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. Quod ideo iterum hic moneo, ut appareat, nullam esse causam, cur interpp. vulgo ex eo, quod auth. *ex causa. C. de lib. præ.* generaliter & indefinitè ab Itherio concepta est, hoc modo, *Ex causa exheredationis vel præteritionis irritum est testamentum, quantum ad institutionem: cætera 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 duntaxat nullum esse quoad institutionem, non quoad cætera capita puta legata, libertates, dationem tutorum: atque hæc etiam in proposito jus vetus mutatum, *l. 1. l. filio. 17. de injust. rupt. cum similib.* Etenim animadvertere debuerant, Justinianum in *Nov. 115. c. 3.* unde dicta auth. sumpta est, non aliter loqui, quam hoc ipso loco. Sancit enim, non licere patri vel matri liberos suos exheredes facere aut præterire, nisi forsitan probantur ingrati, &c. quæ prædicata propriis subjectis attribuenda sunt, ut exheredes facere non liceat patri, matri non liceat præterire; quemadmodum hoc loco alterum propriè ad patrem, alterum ad matrem referri constat. Liqueat hoc ex eo, quod *d. Novell. c. 5.* apertè profitetur, hoc solum sibi propositum esse, ut injuriam exheredationis & præteritionis à liberis avertat. Jam vero injuria ea propriè est, quæ vel exheredatione vel ea præteritione infligitur, quæ vim exheredationis habet, *l. 8. in pr. hoc tit. l. 4. vers. quod si fuisset. circa mod. C. de lib. præ.* 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 obsequentiis, 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 hæreses institui vel exheredari. Cæterum quia illata per exheredationem aut præteritionem injuria satis tollitur rescissa institutione, sufficere etiam ei visum fuit, institutionem solam rescindi salvis cæteris capitibus, cum olim querela omnia rescinderet. Nihil hoc pertinet ad præteritionem paternam, ex qua causa testamentum aut ab initio nullum est, aut rumpitur agnatione sui hæredis, 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 *Jaf. in d. auth. ex causa. n. 1.* sequitur *Cujac. in l. filio. 17. de injust. rupt. Govean. in l. 1. de vulg. & pup. n. 27. Wesemb. ad §. 5. sup. de exher. lib. diff. vulgo DD. & ex recentioribus Duar. in tit. de injust. rupt. c. 3. Donell. 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 corruiere, nisi adjecta sit clausula codicillaris: hoc autem sive posteriore casu legata & fidei-

commissa firma manere: quæ sententia præjudicis curiarum supremæ jurisdictionis robur accepit, *Ant. Fab. C. suo de lib. & posth. desin. 1. Christin. vol. 4. docif. 9. & probatur D. Tuldeno in comm. hic. c. 1.* Cæterum vide, quæ sup. num. 5.

*Hoc colore quasi non sana mentis fuerint* ] *L. 2. l. 5. §. 1. l. Titia. 13. eod.* ac proinde quasi testamenti factionem non habuerint, *l. qui repudians. 17. §. 1. eod.* Unde etiam est, quod cum contra testamentum pronuntiatum esset, nihil ex eo testamento valebat, *l. 8. §. pen. d. l. Titia. l. cum mater. 28. eod.* Quæritus autem hic color fuit, ne sani hominis testamentum impugnari videretur contra auctoritatem legis duodecim tab. quæ liberam undique potestatem testandi patrifam. concedit, *l. verbis. 120. de verb. sign.* Maximè autem liberis hoc colore iniquitatem exheredationis tegere convenit ob verecundiam. Bartolus in *d. l. Titia.* putat, colorem istum demetitæ 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 hærede non probetur. Nunquid falsam causam obijcere filio immerenti contra officium pietatis propè furiosi hominis esse videtur? Planè dicendum hodie est, colorem istum furoris tantum prætendi ad rescindendam institutionem, quod testamenti principale est; cum cætera capita tanquam à sano homine facta beneficio novæ legis conserventur, *d. auth. ex causa*, ita contra Bart. Viglius & Myns. hic disputant.

*Non quasi vero furiosus sit* ] Cujus testamentum inofficiosum arguitur, quasi demens, non verè demens dicitur, *l. 2. l. 5. §. 1. h. s.* 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 attentò recta succeditur ab intestato.

*Non ex officio pietatis* ] *Και αὐτῆς τῆ φύσεως ἡδὲν ἐξελθὼν ἀπὸ τοῦ πατρὸς, τὸ φιλόστοργον, τὸ ἡμερον, &c. ἰψαμὴν δεσφενὸν naturam, οὐκὸν nomen patris, &c.* quod probe à furore abest.

## TEXTUS.

## Qui de inofficioso agunt.

I. *Non autem liberis tantum permittitur, testamentum parentum inofficiosum accusare, verum etiam liberorum parentibus. Soror autem & frater turpibus personis scriptis hæredibus ex sacris constitutionibus prælati sunt. Non ergò contra omnes hæreses agere possunt. Ultra fratres igitur & sorores cognati nullo modo aut agere possunt, aut agentes vincere.*

## NOTÆ.

I. *Inofficiosum accusare* ] Pro eodem dicunt nostri, agere, queri de inofficioso, arguere, accusare, dicere inofficiosum. Una autem eademque actione & rescindit testa-



testamentum petitur, & vindicatur hæreditas tanquam ab intestato, l. 8. §. 8. l. 20. l. 21. §. ult. l. 27. §. 3. eod. Cujac. par. C. eod.

*Etiã parentibus*] l. 1. eod. quippe quibus turbato ordine mortalitatis, non minus, quam liberis pie relinqui debet, l. 15. eod. l. 7. §. 1. si sab. test. Datur autem querela non patri solum, sed etiam matri, d. l. 1. l. 14. & seq. eod. nec interest, exheredati sint, an præteriti, dummodò injustè. Nam ex justa causa, una illarum octo, quæ enumerantur Nov. 115. c. 4. cum effectu exheredari possunt, modò exheredationi addatur elogium.

*Soror & frater*] Hebræorum jure uterini pro fratribus non habebantur. Mos. Maimonid.

*Aus agentes vincere*] Si tamen egerint, & nemine eos repellente obtinuerint, prodest eorum victoria proximis ab intestato, l. 6. §. 1. eod.

## 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 ceruant.
4. An jure novissimo fratres unà cum parentibus ad querelam admittendi, aut illis saltem profut horum victoria.
5. An fratres uterini bodiè cum consanguineis concurrere debeant, aut his vincensibus illi quoque ad successionem ab intestato venire.
6. An spurii in questione proposita pro turpibus personis habendi.

**N**ON 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 hæreditatem addicit, velut ad debitam successionem eos vocando, l. 7. de bon. damnat. daturque liberis omnibus cujuscumque sexus aut gradus sint, & tam emancipatis, quam in potestate constitutis, l. 7. hoc tit. l. 8. in pr. cons. sab. item qui nunquam in potestate fuerunt, §. ult. sup. de exher. lib. tam adoptivis, quam ex nuptiis quæsitis; servata tamen distinctione, l. pen. C. de adopt. In impubere arrogato speciale est, quod queri non potest, quia quartam habet ex constitutione D. Pii. l. 8. §. quis. 15. hoc tit. Datur & legitimatis per §. 2. inf. de her. qua ab int. Nov. 89. Datur non tantum liberis jam natis, verum etiam posthumis & tam alienis quam suis, l. 6. in pr. eod. §. seq. in fin. ubi plura. Illud pene supervacuum, monere, querelam competere its liberis duntaxat, qui jus succedendi habent: nam qui non habent, cum his neque legitima debeat, de inofficioso queri non possunt. Proinde liberi illegitimi, sive vulgo quæsi sive nati ex concubina patris, testamentum inofficiosum non dicunt: de matris autem agere possunt, l. si suspecta. 29. §. 1. eod. vid. de her. Salio. Castr. in l. pen. C. ad sen. Orfic. Ex privilegio est, quod de inofficioso testamento militis nemo queri potest, l. Papinianus. §. si quis. 4. l. si instituta. 27. §. 2. eod. l. 9. l. testamentum. 24. C. eod. DD. plerique in d. l. 9. tradunt, hodie etiam militum testamenta querelæ esse obnoxia, & ita usu servari. Autumn. ibid.

*Liberorum parentibus*] Post liberos secundo loco querela datur parentibus. Nam etsi parentibus non debetur filiorum hæreditas propter votum parentum & naturalem erga filios caritatem: turbato tamen ordine mortalitatis non minus parentibus, quam liberis pie relinqui debet; ut bene & pie Papinianus in l. nam et si. 15. hoc tit. Id autem hanc habet sententiam: etsi naturæ ordo parentumque affectio & votum hoc fit, ut liberi supervivant & succedant parentibus, atque idcirco non sic parentibus, quos sola ratio miseracionis admittit, liberorum debeat hæreditas, uti liberis parentum, quos admittit naturæ simul & commune parentum votum, ut idem Papinianus scribit in l. 7. §. 1. unde lib. tamen turbato ordine mortalitatis, id est, si contingat liberos prius ex hac vita evocari, & præpostera atque immatura morte abripi vivis adhuc parentibus, rationem pietatis seu miseracionis exigere ut ne parentes à luctuosa liberorum suorum hæreditate 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 fœminis, l. 1. l. 14. & seq. eod. l. cum filium. 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 ascendentium & collateralium non differunt. Cæterum 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 permixit Justinianus, testamento inferenda, Nov. 115. c. 4. Causæ autem hujusmodi admixtæ octo tantum, quæ ordine enumerantur d. c. 4. §. 1. & seqq. nimirum pauciores hic causæ sunt, quam in liberis, propterea quod parentibus multa conceduntur in liberos, quæ à liberis in parentes commissa poenam merentur. Illud difficultate non caret, quod parentes statim post liberos ad querelam admittimus, sive veteris juris rationem consideramus, sive novi Justiniani. Nam ante novellam Justiniani legem fratrum prior atque potior in querela, quam parentum causa fuisse videtur, arg. l. 4. C. de bon. qualib. l. z. C. ad Tertull. l. ult. C. comm. de success. princ. sup. quib. non est perm. fac. testam. 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 causa successionis, eo majorèm exheredatus aut præteritus patitur injuriam. Facergo, verbi causa, Titium, cum patrem & fratrem haberet, utroque præterito hæredem instituisse in bonis castrensibus: quid tam absurdum est, quam si dicamus, patrem solum queri de inofficioso posse, exclusoque fratre hæreditatem consequi, ad quam testamentum non factò solus frater venisset excluso patre? d. princ. vers. si vero. sup. 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, quòd in Pand. relatam est,

queratur, filiusfamil. hæredem ab intestato habere non poterat, sed pater jure peculii bona, quæ filii fuerant, (alia autem, quam castrensia, & quasi castrensia non erant) occupabat, l. 2. l. 9. de cast. 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 sit. Cæterum sustulit Nov. 115. cap. 4. in pr. ut verba illa, in quibus habent testandi licentiam, manifestè ostendunt. In successione autem filii emancipati pater manuissor præferebatur defuncti fratribus, & omninò jure patris potior erat, ut mirum non sit, in querela quoque fratribus prælatum fuisse: quæ omnia à me copiosius tractata sunt sub §. ultim. infr. de leg. agn. success. Mater ex Senatûconsulto Tertulliano ad legitimam hæreditatem liberorum vocata fuit, ita tamen, ut fratres consanguinei matrem excluderent, §. 3. infr. de sen. Tertull. Unde sequi videtur, eos etiam ad querelam ante matrem admissos fuisse. Nihil tamen definitio. Novissimò jure, postquam placuit fratres defuncti unà cum parentibus admitti ad hæreditatem, 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. Ut ut 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 *Joan. Fabian. Ang. Baro & Mynsing. hic.* licet aliud Viglio & D. Tuldano ad tit. de hered. qua ab int. cap. 8. videntur, putantibus, hoc pacto fraudem legi fieri: sed falso; cum maximè sit ex sententia legis, ut fratres unà cum parentibus ab intestato succedant, d. Nov. 118. cap. 2. Neque novum est, ut quis aliquid commodi propter tertium percipiat, quod per se ipse non habuisset, l. cum hæreditate. 55. de acquir. hered. l. 10. §. ult. contr. tab. l. 3. in fin. quæ res pign. dar. l. 10. quemad. serv. am. l. 5. §. 2. ad SC. Tertull. Apud nos iisdemum in locis parentes ad querelam admittuntur, ubi vocantur ad successionem: de quo sub d. tit. de her. qua ab int. add. D. Coren. ob. serv. 10. num. 8. & seqq.

*Soror autem & frater* l. 1. hoc sit. l. fratris. 21. C. eod. Fratres autem & sorores hic intelliguntur germani aut consanguinei sive *οἰκονομοί*; nam uterini ab actione de inofficioso contra testamentum fratris aut sororis penitus arcentur, l. fratres. 27. C. eod. Hodie verò cum fratres uterini in successione concurrant cum fratribus consanguineis, consequens est, ut etiam in querela cum iisdem concurrant, aut saltem vincantibus illi simul ad successionem intestati veniant.

*Turpibus personis* d. l. fratres. 27. C. hoc sit. l. 3. C. Theod. eod. Itaque fratribus querela datur, non simpliciter; ut præteritis, sed ut postpositis turpi personæ; atque adeo odio scripti hæredis. Cum autem turpis persona definiatur à Constantino, *qua vel turpitudinis vel infamiae vel levis nota macula aspergitur, d. l. fratres.* Quæsitum est de spuriiis, num & illi talium personarum numero habendi. Spuriorum causam cum DD. comm. defendunt Gabriel Paleot. tract. de nobis spuriiisq. lib. 6. 55. & seqq. Hartm. Pistor. lib. 1. quæst. 30. n. 26. &

*seq. D. Talden. hic. c. 3.* quia ajunt, neque jure infames sunt, neque ipsi quicquam admiserunt, quod extinctionem eorum lædat apud bonos viros: *crimen autem paternum nullam maculam filio insigere posse, l. crimen. 26. de pœn. natiuitatem, qua vitio aut culpa viti nemini potest, pœna esse non debere: undecunq. homines nascuntur, si parentum vitia non sectantur, honestos esse. Augustin. cap. undecunq., dist. 56.* Cæterum ut hæc vera sint, negari tamen non potest, quin labes aliqua & macula spuriiis adhæreat, non quidem ex factò sic nascitur, ceu pœna iniusta; sed ex vitio ac defectu natalium contracta: unde eos opprobria per omnem vitam comitantur, quæ nullo modo elui possunt, ut scribit Plut. lib. de educ. lib. vixque est, ut defendi possit, eum, qui ex vulgiva Venerè & improbatâ gentibus omnibus conjunctione natus est, qui nec gentem, nec familiam, nec patrem habet, pro integra & legali persona, ut loquuntur, habendum esse. Qua de re eleganter differit vir doctissimus Arnizæus lib. 2. de repub. c. 2. sect. 13. Illud equidem minime concedo, quod Gov. 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 turpitudinis, quæ postea intermittitur, l. 43. §. 4. de rit. nupt. utique manet adhuc litura prostitutæ quondam pudicitie; at excluduntur à fratre, qui vel levis notæ macula adspersuntur. Pœnitentia quidem & vitæ emendatio abolent delicti notam coram Deo: at non in hujus seculi tribunalibus, l. 65. de furt. l. 5. vi bon. rapt. Ut autem turpis persona instituta sit, non tamen statim frater ad querelam admittitur. Quid enim si ipse eadem turpitudine, qua hæres scriptus laboret? Nihil hic habet frater, quod hæredi objiciat, arg. l. 11. C. hoc sit. l. cum mulier. 47. sol. matr. Removet præterea fratrem & ingratitude ex tribus causis expressis, Nov. 22. c. 47. easque causas opponi ab hærede & probari sufficit, etiam si à testatore objectæ non fuerint. Nihil enim juri veteri in hoc derogatum est. Gudelin. de jur. Nov. lib. 2. c. 8.

*Ultra fratres & sorores, &c.* Cognatos, qui sunt ultra fratrem, Ulpianus in l. 1. hoc sit. hortatur, ne se sumptibus 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. fratris. 21. C. eod. neminem eorum qui ex transversâ linea veniunt, exceptis fratre & sorore, ad inofficiosam 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. c. 3. ubi cum fratribus defuncti ad successionem admittit fratrum demortuorum filios: de hac autem quæstione idem, quod de præcedentibus, judicium esto.

## T E X T U S.

Qui alio jure veniunt, de inofficioso non agunt.

2. *Tam autem naturales liberi, quam secundum nostra 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. Posthumi quoque, qui nullo alio jure venire possunt, de inofficioso agere possunt.*

## N O T A.

2. *Naturales liberi*] Id est, justis nuptiis quæsit: v. *sup. de adopt. in pr.* quibus ex æquati & qui postea facti legitimi. *Nov. 89.* Matris autem testamentum etiam spurii inofficiosum dicunt, l. 29. §. 1. *cod.*

*Nostri constituit. divisionem*] Adoptati ab ascendente queri possunt, ab extranea persona non possunt. Constitutio est l. *pen. C. de adopt.*

*Alio jure veniunt*] Igitur impuberes adrogati queri non possunt, quia quartam habent ex constitutione D. Pii, l. 8. §. 15. *b. r.* nec sui nec emancipati præteriti à patre, quia illorum præteritio patrem intestatum facit, hi habent contra tab. *sup. de exh. lib. quæ ob causam querela dicitur ultimum adjutorium, l. ult. C. de lib. præ. in qm. bothea. Th.*

*Posthumi qui nullo alio jure*] Ac proinde non aliter, quam si sint exheredati: nam & posthumi sui & quasi posthumi præteriti, agnascendo aut quasi agnascendo testamentum rumpunt: ex filio concepti post emancipationem bonorum possessores efficiuntur, l. 1. §. 1. l. 3. *pr. cont. tab. §. 1. 2. & 5. sup. de exhib. lib.* Cæteri posthumi alieni aliud remedium non habent, l. 6. *hoc tit.*

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

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 posthumi querela necessaria: & num idem ad hoc hodie.*

**S**ecundum nostra constitutionis divisionem] Intelligit constitutionem, quæ extat in l. *pen. C. de adopt.* cujus crebra in hisce libris mentio, §. 2. *sup. de adopt. §. 5. sup. de exh. lib. §. 1. sit. præ. §. sed ea. 14. inf. de her. qua ab int.* Significat autem, ex sua constitutione eos duntaxat liberos à patre naturali in adoptionem datos queri de inofficioso patris testamentum 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 significantur liberi ex justis nuptiis procreati, l. 1. §. *liberos. 6. unde lib. 1. 1. §. 2. de suis & legis. sup. de adopt. in pr. §. 2. inf. de her. qua ab int.* quamquam matris testamentum etiam naturales illegitimi, adeoque spurii, inofficiosum dicunt, l. *si suspecta. 29. §. 1. hoc tit.*

*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 quæsit colore cæcitatem mentis obtendit, revera nec humane, nec piè fecisse arguit. Estque querela remedium extraordinarium & subsidiarium; cujusmodi concedi non solet ei, qui communi & ordinario auxilio munitus est, l. *in causa. 16. de minorib.* Proinde, qui testamentum nullum, ruptum aut irritum dicere potest, inofficiosum non dicit; nisi fortè justà causâ sit dubitandi, an alio remedio æquè cautum sit agenti: tunc enim eligere licet, l. 8. §. *si quis. 12. hoc tit. fac. l. 7. §. 3. de dol. & si quis, exempli gratia, nullum dixerit, nec obtinuerit, non prohibetur postea de inofficioso queri, l. contra. 16. & ibi Sichard. C. cod.* Pari ratione liberi emancipati præteriti, quia jure honorario ad bonorum possessionem contra tabulas admittuntur, de inofficioso agere non possunt, l. *si pona. 23. cod.* 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. præ. in qm. bothea, Theoph.* Sed hic jam quæret aliquis, cur igitur patri à filio emancipato præterito querela datur inofficiosi, cum bonorum filii possessionem contra tabulas petere possit? *tit. si à par. quis man.* In promptu responso est, hanc bonorum possessionem non dari patri, tanquam patri, sed tanquam manumissori & patrono: nam emancipati à parente in ea causâ est, ut in contra tabulas bonorum possessione liberti exitum patiat, l. 1. *in pr. d. sit.* ut patronus igitur contra tabulas agit; ut pater, querela inofficiosi. Et longè diversa est ista bonorum contra tabulas possessio ab ea, à qua excluduntur exheredati & similes exheredatis præteriti, l. 8. *in pr. cont. tab.* quæ ad parentes non pertinet, sed tantum ad liberos à patre præteritos & maxime emancipatos, l. 1. *& pass. d. sit.* Considerandum quoque est, bonorum possessionem, quæ ad exemplum patroni patri datur, non esse remedium ejusdem potestatis, nec æquè plenum, ac querela: cum querela totum testamentum rescindat, bonorum autem ista possessio constitutæ tantum partis plerumque detur, l. 3. *si à par. quis man.* Nocere autem parenti non debet, quod jura patronatus habeat, cum sit & pater, uti disputat Jurisconsultus d. l. 1. §. *ult. cod.* & tralatitium 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 gratiâ querentibus erat necessaria, ut justo titulo niti, & hereditatem petere viderentur, l. 6. §. *ult. l. 7. l. 8. in pr. hoc tit.* Cæterum ea bonorum possessio sine re & effectu erat: neque enim idem scriptis hæredibus bonorum possessio auferrebat, l. 2. *C. cod.* cujus rei etiam supra meminimus ad §. *pr. hujus tit.*

*Posthumi quoque, qui nullo alio jure*] Constat, jure 3 veteri liberos omnes exheredatos pari hac in re conditione fuisse, ut nec jure civili nec prætorio testamenta parentum turbarent, unamque tantum illis superfuisset querelam inofficiosi testamenti, l. 8. *in pr. cont. tab.* Idque ita erat, sive causæ ingratitudinis testamento adscriptæ essent, sive non essent; sive constaret liberos ingratos

non fuisse, five constaret ne ingratos quidem esse potuisse: ideoque in infante quoque exheredato valebat testamentum, necessariaque erat exheredatio inofficiosa querela: quod jus à Justiniano quoque confirmatum, *l. si quis. 33. §. 1. C. hoc tit.* Posthumo non tantum exheredato, verum etiam præterito valebat ab initio testamentum: sed præteritus alio jure venebat, quia nativitate ejus rumpebatur testamentum: exheredatus non rumpebat, sed ad rescindendum testamentum non ei minus, quam cæteris liberis exheredatis, querela opus erat. Hoc itidem jus confirmavit Justinianus *l. omnimodo. 30. §. 1. C. eod. & hoc nostro §.* Pro exheredatione reputamus etiam eam præteritionem, quæ à matre aut avo materno facta est, *§. ult. sup. de exher. liber.* Cæterum non perstitisse in eo jure Imperatorem, totumque hoc abrogasse, *Nov. 115. c. 3.* plerisque interpretum nostrorum visum fuit. Qui sic ratiocinantur: Si ex *dist. 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 & posthumo, testamentum his exheredatis nullum erit, aut agnatione posthumi rumpeatur: ac proinde cum alio jure ex *d. Nov.* veniant, ad querelam non debent admitti. Mihi verò contra videtur sententia ista constitutioni Justiniani planè adversari. Jubet quidem Justinianus, liberos exheredari justis de causis, easque adscribi; cæterum non ut testamentum ab initio constet, sed ut si contra factum sit, rescindatur, ne exheredatio noceat; caveatque nominatim, ne noceat solis liberis, non ut aliis ea proficit; quod futurum est, si, testamentum non rescinditur, sed nullum esse, dicimus. Quamobrem statuimus etiam, post *d. Nov.* dummodò liberi, quicumque erunt, ritè sint exheredati secundum formam juris veteris, quamvis nulla sit causa exheredationis, aut non sit adscripta, jus antiquum manere, & querelam solam exheredatis dari, etiam posthumis & infantibus. Pluribus argumentis, quibus hæc sententia stabilitur, usus sum ad *pr. hujus tit.*

## T E X T U S.

De eo, cui testator aliquid reliquit.

3. *Sed hæc ita accipienda sunt, si nihil eis penitus a testatoribus testamento relictum est. Quod nostra constitutio ad verecundiam natura introduxit. Sin verò quantacunque pars hereditatis, vel res, eis fuerit relicta, de inofficioso querela quiescente, id quod eis deest, usque ad quartam legitimam partis repleatur; licet non fuerit adjectum, boni viri arbitrato debere eam compleri.*

## N O T A.

3. *Nostri constitutio ad verecundiam natura.* Ipsorum parentum gratia: nam cujus testamentum inofficiosum dicitur, ejus opinio læditur & pudor suggillatur, dum infimulatur dementiæ. *Plin. 5. Epist. 1.* constitutio est, *l. 30. C. hoc tit.*

*Quod deest repleatur.* Conditione ex *d. l. 30.* quæ actio diversa est ab illa de inofficioso. Condicio illa per-

petua est, atque ad hæredes transmittitur; querela finitur quinquennio, *l. 8. §. ult. & l. seq. eod. l. 34. C. eod.* nec transmittitur, nisi præparata, *l. 6. §. ult. cum 2. l. seq. eod.* illam excludit agnitio relicti; hanc non item.

*Licet non fuerit adjectum.* Quod adjici olim ad excludendam querelam necessarium, *l. 25. eod. l. 4. C. Th. eod.* Alioqui etiam hæres in minore parte institutus queri poterat, *l. 3. C. eod.* excepto quod fratribus coheredibus adjectis quartæ petebat supplementationem. *Paul. 4. tit. 5.*

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

1. *Jus veteris, & quatenus ab eo paulatim recessum constitutionibus Justiniani.*
2. *Auctio portionis legitima, & an ea quoque ad parentes & fratres pertineat.*
3. *An ut augeri & minui legitima potest, ita & in totum tolli.*
4. *Si minus legitima relictum, quæ actione, quod deest, petatur: & quibus rebus ea actio differat à querela inofficiosa.*

**I**N hoc loco explicando multum operæ Wesembecius posuit; alii, ut *Vigl. Mynf. Hotom.* leviter tantum eum perstrinxerunt. Difficilem sanè reddidit crebra juris mutatio. Veteres juris auctores putaverunt, testamentum, in quo debita legibus portio iis, qui queri possunt, relicta esset, pro inofficioso aut contra pietatem factò habendum non esse. Cæterum, ut id ab expugnatione immune esset, totam legitimam, id est, quartam integram debitæ portionis ab intestato, ex judicio defuncti, eos habere voluerunt, sive in hæreditate, sive in legato aut fideicommissio, *l. 8. §. si quis. 6. & §. 8. hoc tit.* Si minus relictum esset, querela iis non denegabatur, nisi judicium defuncti agnitione relicti aut quavis ratione comprobassent, *d. l. 8. §. conditioni. 10. l. si pars. 10. §. ult. l. nihil. 12. l. filius. 22. l. pen. §. 3. & 4. l. ult. eod.* Planè si expressè in hoc aliquid datum fuisset, ut in quartam haberetur, neque id quartam æquaret, boni viri arbitrato repleti poterat, *l. si non mortis. 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 secus 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 arbitrato hæredem supplere debuisse, *l. 4. C. Theod. eod.* Illud igitur hic apprimè notandum, olim ita jus fuisse, ut non tam ipsa exheredatio aut præteritio querelæ faceret locum, quam quartæ sive legitimæ portionis per exheredationem aut præteritionem ademptio: atque hinc evenisse, ut & is, cui exheredato pars legitima relicta esset, à querela repellatur; & is, qui ex minore parte, quam quæ legitimam conficeret, hæres institutus esset, datis coheredibus, admitteretur ad querelam, ut perspicue probat *d. locus Pauli, & Ulpiani quoque in d. l. 8. §. quarta. 9.* quod quia in principio omisum est, hic annotare libuit. Videamus nunc quatenus Justinianus ab hoc jure recesserit ea constitutione, cujus hic meminit, & quæ extat in *l. omnimodo. 30. C. hoc tit.* Is vetera jura intacta servari expressè voluit, id est, querelam inofficiosi locum habere, cum nihil exheredatis aut præteritis testamentum reli-

relictum est, §. 1. d. l. omnimodo. & l. seq. At fidei, qui queri poterat, aliquid relictum sit vel in hæreditate, vel in legato aut fideicommissio, id satis Imperatori visum est ad excludendam querelam confirmandumque testamentum; jubetque hoc casu id quod deest, usque ad portionem legitimam suppleri, licet testamentum adjectum non fuerit, ut boni viri arbitrato suppleretur, d. l. omnimodo. in pr. quod etiam repetit l. qua nuper. 31. & aliquos seqq. C. eod. & exprimit hoc §. Loquitur generaliter, proferturque se hoc constituisse, ut amputaret innumerabiles occasiones subvertendi ultimas hominum dispositiones, atque in eo respuerit ad verecundiam naturæ. Ac proinde Weseembecio assentiendum non est, qui arbitratur, in una tantum specie, cum scilicet nominatim aliquid in quartam seu pro legitima relictum est, correctioni constitutionis & suppletioni locum esse: sin autem simpliciter quid relictum sit, queri etiamnaum ex hæredatis licere, nec d. constitutionem refragari. Alia constitutione Imperator sancivit, ut etsi quis relictum aut inter vivos sibi donatum, ut id ei in quartam imputaretur, post obitum defuncti agnoverit, aut retinuerit, non idcirco tamen impediretur actione expletoria id, quod legitimæ deest, persequi; nisi agnoscens adjecerit, nullam sibi superesse de repletione quaestionem. l. si quando. 35. §. 2. & 3. C. eod. Novissimo jure non tam debitæ portionis per exheredationem ademptio, quam ipsa exheredatio per se querelam inducit: adeo ut quamvis quartam liberi aut parentes habeant, si tamen immerenter reperiantur exheredati, conqueri non prohibeantur. Novell. 115. cap. 3. 4. & 5. de quo accuratius sub §. ult. inf. eod.

*Ad verecundiam naturæ*] Ne scilicet temere atque irreverenter liberi proflant ad impugnanda ac rescindenda testamenta parentum, quorum ut persona, ita & voluntas sancta iis esse debet: & in universum, ut aliorum quoque pudori consulatur, nec tam crebra sit occasio suprema hominum judicia evertendi, tanquam impia atque inhumana, quaesito colore ac prætextu furoris, d. l. omnimodo. in pr. C. hoc tit. Nam is, cujus testamentum inofficiosum dicitur, dementiæ videtur insimulari: ejus certe opinio læditur, & pudor suggillatur. Plin. 5. epist. 1. Igitur post introductam actionem ad supplementum neque institutis in parte aliqua hæreditatis, neque iis, quibus exheredatis per legatum aut fideicommissum aliquid relictum esset, quantumvis minus legitima portione, querela amplius competiit; sed iis solis, quibus nihil omnino relictum erat neque in hæreditate, neque in realia, d. l. omnimodo, & 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 legitimam partis*] Legitimam partem hic vocat totam illam portionem, quæ jure legitimæ successione ex bonis defuncti liberis, parentibus, fratribus debetur. Plerumque tamen ipsa quarta, ad quam in proposito repletionem fieri vult, legitima dicitur; item de-

bita portio, & debitum bonorum subsidium, l. 8. §. unde. 11. b. t. l. 5. C. de inoff. don. Græcis τὸ νόμιμον μίση. 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 paterfamilias intestatus decessisset, l. 8. §. si quis mortis. 6. eod. Quo primùm tempore aut quæ 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 aush. 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. consr. 28. quanquam neutrum horum aut inscriptioni tituli, aut præfationi constitutionis, aut ratione constituentis mentive convenit; neque temere admittenda videtur extensio, cum utique major sit ratio liberorum. Neque verò verbis generalibus, quibus clauditur c. 1. d. Nov. 18. comprehenduntur parentes & fratres, sed diversæ liberorum personæ designantur, videlicet filii, nepotes, pronepotes, posthumi omnes, tum in paternam tum in maternam lineam, adeoque in hac etiam liberi naturales, uti titulus aperte significat, & benè observavit Vaudus lib. 1. var. quæst. 50. Usus tamen augmentum admisit in parentibus. Porro hæc constitutio Justiniani occasione DD. dedit querendi, utrum quemadmodum legitima augeri & minui lege civili potest, ita possit & in totum tolli. Vulgò sic censent, liberorum & parentum legitimam mutari tantum posse, tolli non item; fratrum posse & tolli: utunturque hoc augmento, quod liberis & parentibus legitima debeatur jure naturæ, fratribus ex sola dispositione juris civilis. Myns. 5. obs. 43. & 6. obs. 44. Gail. 2. obs. 122. Covar. in 4. decretal. p. 2. cap. 8. §. 6. num. 5. Grass. §. legitima. quæst. 2. Chifflet. de port. leg. cap. 3. Schneid. hic, numero 10. Sed primum insubtile est, quod quaestionem 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 quaerendum 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 supra est, tolli potest, non repugnante natura. Deinde male in proposito parentes liberis exquant. Tota igitur disputatio & quaestio 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 hæreditatem. Ratio naturalis, inquit Paulus Jurisconsultus, quasi lex quadam sacra li-

beris

beris parentum hereditatem addicit, velut ad debitam successione[m] eos vocando, l. 7. de bon. damnar. cui simile est, quod Plutarchus in libello elegantissimo de prolis amore scriptum reliquit, liberos hereditatem, ut sibi debitam, αἰσθητικῶς, expectare. Sanguini honorem reliquit, ait Val. Maximus 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 naturam simul & parentum commune votum; id est, liberos sequi hereditatem partim ob praeclarum 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, quae ad vitam suavius honestiusque transigendam pertinent, quam uberrime voluisse prospectum. Quae cum ita sint, lex civilis efficere non potest, ut liberi in totum & simpliciter a successione parentum excludantur. Ceterum non est iniquum, ut hic tribuatur aliquid rationi civili & studio familiarum conservandarum, ac propterea alii aliis potiore conditione in successione censeantur, & masculi foeminis agnati liberis emancipatis, & liberis in successione matris anteponanur, dum ne liberi fraudulentur necessariis alimentis, quae praecise natura debentur. Parentes vero, quos ad bona liberorum non naturae & liberorum commune votum, sed sola ratio miserationis admittit, dist. l. 7. in fin. unde lib. l. 15. in pr. de inoff. test. facilius excludi possunt. Nam & ante Senatusconsultum Tertulianum mater non admittebatur, & post id Senatusconsultum eam excludebant fratres consanguinei, & parentibus onanibus aliquando fratres praetati, non consanguinei tantum, verum etiam uterini, l. 4. C. de bon. qua lib. l. 2. C. ad Senatus. Tertull. & apud nos in parte Hollandiae Australi, altero parente mortuo, parens superstes excluditur a successione liberorum a cognatis per defunctum parentem, juxta illud, quod vulgo dici solet, Paterna paternis, materna maternis. Similiter & fratres removeri a successione possunt, admissis aliis, sicut pater olim non tantum ut manumissor, sed etiam ut pater, in successione filii emancipati fratribus praetatus fuit, qua de re uberius agemus inf. lib. 3. tit. 1. & 3. seqq. De altero sic censeo, posse tale jus constitui, ut parentes & fratres, quamvis ad successionem ab intestato vocentur, impune praeteriri aut summoveri possint, neque necesse esse his aliquid pro legitima aut in alimenta relinquere, nisi lex aliqua humana id jubeat: quippe cum haec non sic parentibus & fratribus, uti liberis, debeantur; sed tantum ratione officii & commendatione pietatis. Neque verum est, quod post DD. vulg. Mynsing. 6. obs. 44. asserit, parentum legitimam ita causam habere radicatum 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 a tota sua successione repellere, ad quam lex naturalis, quasi debitam, & quidem praecise ratione alimentorum, eos vocat, arg. d. l. 7. de bon. damn. junct. l. 6. de just. & jur. add. Oswald. Hillig. in lib. 19. comm. Donnell. cap. 4. & ibi alleg. Paul. Bus. ad l. 8. §. si quis mortis. numero 11. & sequentibus. hoc titul. Gros. 2. de jur. bell. & pac. cap. 7. numero 4. & sequentibus.

Repletur] Qua vero actione repletio ejus quod deest petetur, utrum actione ex testamento, an qua alia, puta petitione hereditatis, aut judicio familiarum erciscundae, aut potius conditione ex lege Justiniani? Et si quidem filium ponimus exheredatum adscripto legato, certum est actionem familiarum erciscundae aut petitionem hereditatis hic competere non posse. Probabiliter autem defendi potest, agi posse ex testamento, & quod deest tanquam legatum peti, maxime si testator id suppleri iussit: quanquam etsi nihil dixerit, idem probari potest, quasi hic potius voluerit, quam testamentum rescindi. At si institutus sit filius, quod ad excludendam querelam hodie necessarium esse docebimus §. ult. inf. eod. hic si ex parte aliqua hereditatis institutus sit, poterit & petitione hereditatis & judicio familiarum erciscundae nomine supplementi experiri, quia scilicet pro parte heredes est: si institutus sit in re certa, quod eodem loco ostendemus nunc sufficere ad excludendam querelam, hic non videtur locus esse judicio petitionis hereditatis aut familiarum erciscundae, sed tantum actioni ex testamento: quoniam qui certae rei heres scriptus est, dato cohæredæ, legatarii loco habetur, l. 13. C. de her. inst. Ceterum dubitationis omnis tollendae causa, tutius fortassis erit admittere conditionem ex lege. Quod etiam crebrius placuit. Vulgo conditionem 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. seq. hoc tit. l. 16. l. si quis. 34. in fine. l. pen. §. 2. C. eod. haec actio sive conditio ex lege, ut favorabilis, perpetua est; id est, durat annos triginta; qui terminus est actionum omnium in personam. l. 3. C. de praescr. 30. an. decis. 3. Cur. Holland. Altera, quod querela (quippe quae instar est actionis injuriarum, l. 8. in pr. hoc tit.) excepto casu d. l. si quis. 34. C. eod. in heredem non transmittitur, nisi praeparata; actio haec etiam non praeparata transeat. Tertia, quod qui agnoscit, quod sibi testamento relicta est, querelae renunciasse intelligitur, l. 10. §. 1. l. 12. in pr. eod. non autem huic actioni ad supplementum, l. si quando. 35. §. 2. C. eod. Primam differentiam non admittit Bartolus, sed reliqui omnes admiserunt, testibus Vigl. Mynsing. & Wisemb. hic. Gail. lib. 2. obs. 120.

## TEXTUS.

Si tutor cui nihil à patre relicta, pupilli nomine legatum acceperit.

4. Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerat, ex testamento patris sui legatum acceperit, cum nihil erat ipsi tutori relicta à patre suo: nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere.

## NOTAE.

4. Si tutor, &c. legatum acceperit] Repellitur ab inofficioso querela, qui exheredatus legatum ex testamento percepit aut petenti advocacionem praebuit. Agnovisse enim judicium defuncti videtur, l. 8. §. 10. l. 10. §. 1. l. 12. l. ult. eod. l. 8. §. 1. C. eod. Tutorem autem necessitas officii excusare debet, qui id totum alii

alii administravit, d. l. 10. §. 1. l. 22. de his qua ut indign.

## TEXTUS.

Si de inofficioso nomine pupilli agens succubuerit.

§. Sed si è contrario pupilli nomine, cui nihil relictum fuerat, de inofficioso egerit, & superatus est; ipse tutor, quod sibi in testamento eodem relictum est, non amittit.

## NOTA.

§. Sed si è contrario] Qui voluntatem defuncti five suo five alieno nomine dicit inofficiosam, legatum sibi relictum perdit: impugnavit enim iudicium defuncti, l. 8. §. 14. hoc tit. sed necessitas officii & fides tutoris hic etiam excusata, l. 30. §. 1. eod. Qui negat testamentum patris jure factum esse, non intelligitur iudicium impugnare, & ideo retinet defuncti voluntatem, l. 24. de his qua ut indign.

## COMMENTARIUS.

1. Effecta agnitionis & oppugnationis iudicii defuncti.
2. Hac effecta ad eos non pertinere, qui ex necessitate officii alieno nomine agnoscunt aut impugnant.
3. Collatio juris veteris & novi, atque in hac parte differentia.

Qui iudicium defuncti agnoscit, puta quod sibi datum est, percipiendo, hoc ipso testamentum comprobare intelligitur & querelæ renuntiare, l. 8. §. si conditioni. 10. l. 10. §. 1. l. 12. l. si ponas. 23. §. 1. l. pen. §. 3. & 4. l. ult. hoc tit. l. 8. §. 1. C. eod. l. 5. in pr. de his qua ut indign. Atque ex contrario, qui voluntatem defuncti impugnat, ut inofficiosam, is legatum sibi relictum perdit, & id filio vindicatur, quasi indigno ablatum, d. l. 8. §. meminisse. 14. Nec interest, utrum quis nomine proprio iudicium agnoverit, inofficiosumve dixerit, an alieno, dummodo id fecerit sponte, nec ulla necessitate officii cogente, veluti si advocacionem præberit, dict. l. ult. in pr. Cui non obstat, quod filius patroni, qui advocacionem accusatori liberti præstitit, non repellitur à bonorum possessione liberti, l. qui cum. 14. §. si patroni. 9. de bonor. liberti. nam jus bonorum possessionis liberti, quod patrono & liberis ejus ex edicto competit, non aliter patronus aut liberti ejus amittunt, quam si ipsi libertum accusaverint. Quod intelligitur ex ratione, qua Jurisconsultus d. loco utitur; neque enim, inquit, advocatus accusat. Legatum vero amittit advocatus ex hæredati, non quia accusare testamentum intelligitur, sed quia accusationem opera juvando intelligitur improbare iudicium defuncti; quod satis esse visum est ad amissionem legati, advocato relictæ ab eo quem furoris 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 qua ut indign. Hanc rationem reddit Papinianus l. si testamentum 24. eod. tit. quoniam qui testamentum jure factum negat, de jure disputat, non impugnat aut accusat iudicium. Quod si quis ex necessi-

tate 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, argum. dist. l. 5. §. advocatum. 23. de his qua ut indign. Sive igitur tutor, cum ipse exheredatus esset à patre, legatum petierit aut perceperit ex testamento nomine pupilli, cujus tutelam gerit, five 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. adversus. 30. §. 1. hoc tit. l. tutorem. 22. de his qua ut indign. Similis priori casus est in l. cum quadam. 26. C. de adm. tut. Porro autem quod ante diximus, agnitionis iudicii 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 quacunque in re iudicio defuncti agnito & querela amittebatur, & jus petendi reliqui, non solum in hæredis institutione, sed etiam in legato, five id tanquam sibi legatum exheredatus peteret, five relictum alii, illius nomine, peteret defenderetve, five relictum à legatario acciperet, aut etiam aliquid caperet mortis causa: nec referebat, per se caperet, an per alium, per textus supra allegat. Constitutionibus Justiniani nihil quidem mutatum in institutione hæredis, sed si is, qui queri potest, hæredem scriptum pro hærede agnoverit, puta res hæreditarias ab hærede emendo conducendo, aut solvendo quod defuncto debuit; cujus generis item est, si quid conditionis implendæ causa ab hærede accepit; (quibus omnibus factis hæres scriptus pro hærede agnoscitur, l. 8. §. si conditioni. 10. l. si ponas. 23. §. 1. h. t.) querelam & jus petendi, quod sibi relictum, aut quod reliquum est, perinde amittit, ut jure antiquo. In legato vero prioribus Justiniani constitutionibus jus vetus hæcenus immutatum, ut quicunque; alias queri potuissent, hoc ipso excludantur, quod legatum illis relictum sit, quamvis illud non agnoverint: cæterum accepto eo, quod relictum est, ad supplementum ejus, quod legitimæ deest, agere possunt, l. omnimodo. 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 iis titulo institutionis relictum esset, salva tamen, si quid debitæ portioni deesset, actione ad supplementum, Nov. 115. cap. 5. D. Tulden. hic cap. 5. & 6. Ut igitur semel completar omnem juris veteris & novi in hac parte differentiam, triplex discrimen observetur. Primum hoc est. Olim, si minus legitima relictum esset, licebat repudiato legato agere de inofficioso: hodie non licet, sed legato admisso agitur ad suppletionem. Secundum est. Olim agnitio legati etiam rei minimæ excludebat non 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. si



quando. 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 iustus sit, l. 10. in fin. hoc tit. junct. l. quoniam. 32. C. eod. Quod si quis in eo quod alteri relictum erat, voluntatem defuncti approbasset, puta advocacionem præstando aut aliis modis, placebat olim cessare querelam, quasi iudicio defuncti etiam in institutione comprobato: quippe qua sublata, ut tunc jus erat, cætera quoque corruebant, l. pen. §. 3. l. ult. in pr. & §. 1. hoc tit. junct. l. 9. de test. tut. l. eam quam. C. de fideic. Verum commutata est ratio juris, posteaquam placuit, rescisso quoad institutionem testamento, legata posse consistere, auct. ex causa. C. de lib. prat. Hoc enim jure posito, dicendum omnino videtur, sola legati, quod alii relictum est, agnitione non comprobari institutionem hæredis, argum. l. 10. C. de probat. ac proinde non prohiberi eum, qui in alieno legato iudicium agnovit, de inofficioso suo nomine queri, ut bene disputat Don. 19. comm. 6.

## T E X T U S.

## De quarta legitimæ partis.

6. Igitur quartam quis debet habere, ut de inofficioso agere non possit, sive jure hæreditario, sive jure legati vel fideicommissi, vel si mortis causa ei quarta donata fuerit, vel inter vivos in iis tantummodo casibus, quorum mentionem nostra facit constitutio, vel aliis modis, qui in nostris constitutionibus continentur. Quod autem de quarta diximus, ita intelligendum est, ut sive 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.

## N O T A.

6. Quarta quis debet habere ] Id est, portionem legitimam, quæ olim erat quarta debitæ ab intestato portionis, l. 8. §. 8. eod. Justinianus quantitatem auxit, substituto pro quarta triente, in liberis pluribus, quam quatuor, semisse. Nov. 18. qua constitutione & parentum quoque legitimam ad trientem auctam censet Magister apud Harmen. lib. 5. tit. 9. §. 14. Theodorus Diaconus auctam *ἡν ἐν τῷ ἀδελφῷ. arg. cap. 2. d. Nov. 18.*

Sive jure legati, &c. ] Novissimo autem jure ut testamentum ab omni impugnatione tutum sit, necesse est, ut boni liberi & parentes honorentur titulo hæredis. Nov. 115. c. 3. 4. 5. Unde vulgo ajunt, legitimam titulo institutionis esse relinquendam, in qua sententia & Græci ad l. 8. hoc tit. Sufficit autem vel in particula aliqua assis vel etiam in re certa institutos esse, & si quid ad portionem legitimam deerit, id querela cessante condicetur actione suppletoria, d. §. 5.

In tantummodo casibus ] Cujac. huc trahit duos casus l. pen. §. 1. C. de collat. sed ex vitiosa, ut Bachovio videtur, collectione, Constitutio est l. 30. C. b. r.

In nostris constitutionibus ] Non extant. Et forte nostris irreptitum est, fac. l. 17. C. de collat. junct. l. 29. C. b. r. quarum altera Leonis, altera Zenonis est.

Pro virili portione quarta ] Hodie tertia, aut dimidia pro numero liberorum. Nov. 18. Igitur si verbi causa duo sint liberi, singulorum portio legitima erunt duæ unciz: si sex, uncia.

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

1. Refellitur insignis quorundam error.
2. Jure Digest. & Cod. querela locum non potuisse, legitima quocumque titulo relicta.
3. Jus novum à 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.

Intolerabilis eorum error est, qui ex hoc §. colligunt, filium, etiam non legitime exhæredatum, modo ei quocumque titulo legitima relicta esset, jure antiquo queri debuisset 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 filius præteritus esset, necne, non ex legati datione: sed ex institutione aut exhæredatione estimabatur, omnesque præteriti censebantur, qui neque hæredes instituti erant, neque ut oportet, exhæredati, §. eadem. 12. inf. de her. qua ab int. Itaque quod Ulpianus ait, in l. 8. §. si quis. 6. hoc tit. securè eum testari, qui mortis causa filio quartam donavit, non sic accipiendum est, posse patrem isto casu securè filium præterire, sed posse securè exhæredare, hoc effectu, ut & testamentum jure consistat, nec per querelam rescindatur. Atque ex hoc jure nihil mutavit Justinianus: tota enim hæc disputatio, ut apparet, pertinet ad liberos; quibus jure civili & prætorio à patris hæreditate exclusis unicum remedium superest, querela inofficiosi; ac proinde non ad alios, respectu patris, quam qui legitimè exhæredati sunt; matris enim & per matrem ascendentium præterito pro exhæredatione reputatur, ut sæpe dictum est.

Sive jure hæreditario, sive jure legati, &c. ] Inexplicatione hujus tituli excusata esse debet ejusdem rei inculcatio. Jure veteri liberis exhæredatis aut præteritis, non tam ideo querela dabatur, quia exhæredati aut præteriti erant, quàm quod per præteritionem aut exhæredationem privati quarta seu legitima portione. Ea autem relicta, ut nulla amplius cenescatur iniquitas, ita cessabat querela, manebat efficax exhæredatio & firmum testamentum. Cui erat consequens, ut querela excluderetur non tantum si quarta relicta foret titulo hæreditario, sed etiam si titulo legati aut fideicommissi. Et quia mortis causa donationes legatorum instar obtinent, l. & si. 17. in fin. de mort. ca. don. sup. de donat. §. 1. placebat etiam, si quis ei, qui queri poterat, quartam mortis causa

causa dedisset, cum secure testari, *d. l. 8. §. si quis. 6.* quod jus in codice suo, item *Nov. 18. c. 1.* unde *auth. novissima. C. hoc tit.* Justinianus integrum reliquit: novissimum vero ab eo recessit *Nov. 115. c. 3. & 4.* Ceterum de eo plura inferius.

*Vel inter vivos iis tantummodo casibus, &c.]* Si quid inter vivos simpliciter donatum fuerat, etiam si quartam adæquaret, per hoc non excluderetur querela; contra vero si hac contemplatione datum erat, ut in quartam haberetur, *l. si non moris. 25. hoc tit.* Hoc abrogavit Justinianus ea constitutione, cujus hic meminit, nimirum *l. si quando. 35. §. 1. C. cod.* 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 iudicium post mortem ejus agnoverint, aut cum scriptis hæredibus transegerint, manere nihilominus jus integrum testamentum patris arguendi, nec pactum cum patre factum nocere liberis, qui ex sententiâ Papiniani meritis magis ad obsequia paterna provocandi, quam pactioibus 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, quæ 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. si quando. 35. §. 1. C. hoc tit.* Ac tamen si 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 ead. *l.* quam Cujacius adducit, refellatur iphus collectio. Et nimirum collatio facilis admissa est, ut æqualitas inter liberos in successione ab intestato servaretur, quam filii exheredari 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 iudicium patris post obitum ejus agnovisset, *d. l. si quando. 35. §. 1. C. 2. C. h. t.*

*Vel aliis modis, quæ 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* irreptitum esse & delendum. Sane Cujac. & Hotom. id non agnoscunt, & à plurimis liberis abesse testatur Pacius. Fac igitur hic ita scriptum esse, *aliis modis, quæ 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. us liberis. 17. C. de collat.* utramque etiam in quartam imputari præcepit *4. Zeno, l. quoniam. 29. C. hoc tit.* Novissimo jure, ut supra memini, tota hæc ratio mutata est. Nam ex *Nov. 115. c. 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 ti-

tulo hæredis; ut jam non tam queratur, an legitimam habeant, quam an instituti sint, aut iuste 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 auferitur ista injuria, sed manet adhuc, si adhuc liceat immerentes liberos & parentes exheredare aut præterire, etiam si 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. quest. 38. Grass. §. legitima. quest. 32.* At enimvero necesse non est, ut institutio fiat in universa legitima, sed sufficit vel in particula aliqua assis, vel etiam ex rebus certis hæredes nuncupatos esse, aut institutos simpliciter jussosque certis rebus esse contentos: quibus casibus, etsi minus relictum portione legitima, cessat tamen querela, & competit actio ad supplementum: quod si quid aliud insuper relictum, id in legitimam imputatur secundum priores Justiniani constitutiones: *d. cap. 5. l. omnimodo. 30. cum seqq. C. hoc tit.* cum contra jure veteri etiam institutus queri non prohiberetur, si ex institutione totam legitimam non obtineret, ut sup. notatum ad §. 3. At, inquit, hoc posito aberravit Justinianus à scopo suo. Nam ex vera ratione juris, atque ipsius etiam constitutione Justiniani, qui certæ rei hæres institutus est datis aliis cohæredibus, aut qui simpliciter institutus jussus est certis rebus deductis hæreditatem restituere, non hæredis, sed legatarii loco habetur, nullas actiones hæreditarias aut exercet aut excipit, *l. 13. C. de her. inf. §. si quis. 9. inf. de fideicom. her.* Jam vero si nihil refert, legatum alicui detur, an in re certa hæres instituat addito vero hærede, nec, magis hoc, quam illo modo fiat, ut hæres sit, frustra Justinianus fuit, existimans, injuriam præteritionis aut exheredationis tolli, si modo hæres quis nuncupetur vel ex re certa, vel simpliciter & certis rebus deductis rogetur hæreditatem restituere. Nam si hæres non sit, si nihil amplius ea res efficit, quam si legatum accepisset, certè pro præterito habendus erit, quomodo ratiocinatur in Glossa in *l. si quis priore. 29. ad Trebell.* Ex quo etiam sequitur, inane esse, sine re atque effectu, quod jactatur de honorifico titulo institutionis. Et fatendum est, hoc poscere rationem juris, atque oportuisse, si revera splendidiore ac lautiore titulo officiosos liberos ac parentes decorari volumus, constitui, ut saltem in parte aliqua assis hæreditariæ, licet minima, vel utique in ipsa legitima, quam pro triente, semisse aut quadrante nihil accipi vetat, hæredes instituuntur. Sed tamen Justinianus hoc non exigit, cui visum est satis tolli injuriam præteritionis per solam hæredis nuncupationem, eumque, qui vel in re certa institutus esset, justam causam non habere conquerendi se esse præteritum, quod ne videatur sine ullo juris effectu constitutum, defendi potest cum *Sichard. post Bart. Fas. & DD. in d. l. 13. C. de her. inf. eum,* qui in re certa institutus est, mixtæ cujusdam conditionis & naturæ esse, mediæque inter hære-

hæredem & legatarium : unde & hæredis nomen retineat, & rem, in qua institutus est, propria auctoritate apprehendere possit; quodque præcipuum est, jusetiam accrescendi habeat, hoc est, deficiente cohærede simpliciter instituto, ipse universam hæreditatem solus consequatur, perinde ac si ab initio solus ex re certa institutus esset: licet aliud videatur Anton. Fabro *decis. 15. err. 5. D. Corn. Swanenb. tractus. de jur. accr. cap. 8. Bartolus d. loc. ait*, in re certa institutum rei istius respectu pro legatario censerit, respectu personæ ipsius pro hærede: quod satis Justiniano visum ad eum excludendum à querela, *vid. Sichard. d. loc. n. 3. Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. cap. 7. d. Decis. 7. Cur. Holland. Grass. §. hæreditas. quest. 8. num. 3. Deckher. lib. 1. diff. 8. num. 21. Christinaam vol. 4. decis. 11. n. 5. & vol. 2. decis. 170. Bachov. vol. 2. disp. 12. sb. 1.*

*Ut ea prorata distribuantur*] Itaque si unus sit filius, is habere debet quartam partem totius substantiæ, id est, tres uncias; si duo, singuli seiscunciam, & sic porro, ut virilis singulorum portio sit quarta ejus partis, quam ab intestato habituri essent. *l. 8. §. si quis. 6. & §. quoniam. 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 successione debetur. Quare si verbi causa sex erunt liberi, legitima singulorum erit uncia.

## TITULUS XIX. DE HÆREDUM QUALITATE ET DIFFERENTIA.

*Continuatio & argumentum tituli.*

**S**I testamentum ab initio rectè factum fuerit, neque postea infirmatum, secundum ea, quæ superioribus titulis exposita sunt, incipit post mortem testatoris deferri testamentum hæreditas, ut jam ad acquisitionem ejus nihil supersit præter susceptionem; quæ ex duabus partibus, quibus acquisitionem hæreditatis consistere diximus, sub §. *ult. sup. per quas pers. cuiq. acq.* altera est. Quamvis autem eadem sit ratio acquirendæ hæreditatis ab intestato delatæ; atque ex testamento: tamen cum diservisset Imperator de deferenda hæreditate ex testamento, partem alteram, quæ est de delata acquirenda, divellere noluit, licetque hinc petere, quod illo pertinet. Sunt autem duo hujus tituli capita, quorum alterum inscriptio indicat: alterum est de acquirenda vel omittenda hæreditate. Posterioris cognitio à priori dependet. Nam cum varia sit hæreditatis acquisitio, eam varietatem efficit diversa qualitas & conditio hæredum. Quamobrem rectè primum indicantur genera & differentia hæredum, deinde demum disputatur de acquirenda vel omittenda hæreditate.

### TEXTUS.

#### Divisio hæredum.

*Hæredes autem aut necessarii dicuntur, aut sui & necessarii, aut extranei.*

### COMMENTARIUS.

1. *In his regionibus hæredes omnes esse voluntarios.*

**T**Rimembris hæc hæredum divisio ex duabus membris constata est, more nostris usitato. Sic autem revocabitur, ut dicamus, hæredum alios esse necessarios, alios voluntarios; & illorum alios necessarios simpliciter, alios necessarios & suos. Rectius vero, necessariis hæredibus opponimus voluntarios, quam extraneos, *arg. l. 12. de cond. inst. l. 15. & seq. de acq. her.*

*l. 3. §. 3. de her. inst.* quippe extranei ad distinctionem suorum magis dicuntur, non considerata in eis necessitate, *l. si alienum. 49. §. 1. de her. inst. l. 6. in pr. de injus. rupt. l. 6. de vens. in poss. miss. §. cum autem. 7. inf. de her. qua ab int. §. posthumo. 26. tit. seq.* Est autem hæc distributio ex jure civili: nam prætor suos hæredes ex necessariis vi ipsa fecit voluntarios dato beneficio abstinendi, §. 2. *inf. in fin.* In hisce regionibus præter voluntarios hæredes alios nullos agnoscimus: non necessarios, quia neque servos habemus, nec habemus filios cum servili illa qualitate; quippe quæ effectus est veteris illius juris patrii dominico-similis, apud nos, ut sæpè dictum est, incogniti. Non suos; quia sine fictione domini rerum paternarum, ejusque post mortem patris continuatione in persona filii, sultas intelligi non potest: ejusmodi Romani juris subtilitates nostræ gentis simplicitas respuit.

### TEXTUS.

#### De hæredibus necessariis.

1. *Necessarius hæres est servus hæres institutus: ideoque sic appellatur; quia sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus liber & necessarius hæres fit. Unde qui facultates suas suspectas habent, solent servum suum primo aut secundo, aut etiam ulteriore gradu hæredem instituere: ut si creditoribus satis non fiat, potius ejus hæredis bona, quam ipsius testatoris, a creditoribus possideantur, vel distrahantur, vel inter eos dividantur. Pro hoc tamen incommodo illud ei commodum præstat, ut ea, quæ post mortem patroni sui sibi acquisierit, ipsi reserventur. Et quamvis bona defuncti non sufficiant credito-*

*ditoribus, iterum tamen ex ea causate ejus, quas sibi acquisierit, non veniunt.*

## NOTÆ.

1. *Pro hoc tamen incommodo*] Pro asperione hujus notæ, quod bona ipsius nomine à creditoribus possideantur, vel distrahantur.

*Illud ei commodum praestatur*] *Μισθὸς τῆ τοιαύτης ὑπερωμίας*, merces hujus injuriæ. Th.

*Ex ea causa res ejus*] Cujac. Fabrot. *ex alia causa quas sibi res acquisierit*, & ita quoque Theoph.

## COMMENTARIUS.

**N**ecessarius heres est servus, &c.] Necessitatis hujus causa est dominica potestas. Cur enim non liceret hæredem necessarium facere, quem licebat occidere? *arg. l. in suis. 11. de lib. & posth.* Non ait, institutus cum libertate; quod olim ex plurium sententia necessarium erat, ut valerit institutio, sed simpliciter, institutus: quia etiam omiſſa datione libertatis à domino institutum, liberum & hæredem necessarium esse voluit, *l. pen. C. de nec. serv. her. inst. §. 2. sup. qui & ex quib. ca. man. & sup. de her. inst. in pr.* Abiolute igitur necessarius hæres est servus à domino hæres institutus; sed scilicet, si in eadem causa manserit. Nam si à vivo testatore manumissus fuerit, sua voluntate hæres fit: si alienatus, novum dominium adeundo hæredem facit, *§. 1. sup. de her. institut.*

*Sive velit, sive nolit, omnino post mortem testatoris protinus*] Hæc verba textus evidentissimè ostendunt, non ideo servum hæredem dici necessarium, quod nolenti imponitur necessitas adeundi: sed quia protinus, id est, statim à morte testatoris, hæres fit, solaque juris potestate citra ullam aditionem creditoribus hæreditariis obligetur, perinde ut sui hæredes & necessarii. Unde & si furiosus sit, necessarius domino hæres existit, *l. furiosus. 63. de acq. her.* Et vel hoc solum, quod abstinendi facultas ei denegatur, *l. necessarii. 57. in fin. d. tit.* certum argumentum est, ipso jure eum hæredem fieri. Cui jam consequens, statim quoque eum & simul liberum fieri: quod significat Jurisconsultus in *l. 6. §. ult. de her. inst.* cum ait, servum hæredem institutum à semetipso libertatem accipere: idemque traditur in *l. ex parte. 58. de acq. her.* Perspicuus ergo Giphanii error est, qui scribit, ante aditionem neque liberum fieri, neque hæredem. Et vero hoc ita constitui necesse fuit, ut iavitus obligaretur creditoribus hæreditariis: siquidem ut quis præcisè adeat hæreditatem cogi non potest, ne servus quidem à domino, *l. 3. C. de her. inst.* Observandum autem est, eum demum servum necessarium hæredem fieri, cui non aliunde debetur libertas. Nam si quis eum, quem ex fideicommissio manumittere debebat, testamento suo liberum & hæredem esse jufferit, placet hunc necessarium hæredem non esse: quia libertatem non tam beneficio testatoris, quam alieno, & debitam sibi, accepit, *l. si servo. 84. de her. inst.*

*Unde qui facultates suas suspectas*] Indicat præcipuam utilitatem, eamque secutam consuetudinem institutorum servorum. Utilitas in eo consistit, ut bona dominorum, qui solvendo non sunt, post eorum mortem, non ipsorum, sed servi hæredis necessarii nomine, à creditoribus possideantur vel distrahantur. Hinc orta

consuetudo, ut qui facultates suas suspectas haberent, infamiam auctoris metuentes, eam hoc pacto in servos derivarent: quos pro honore delatæ sibi hæreditatis conjuncto cum beneficio manumissionis æquo animo asperionem hujus notæ ferre convenit, uti supra quoque notatum est sub *§. 1. qui & ex quib. ca. man.*

*Hoc commodum praestatur*] *Μισθὸς τῆ τοιαύτης ὑπερωμίας*. Theoph. Duriusculum manumissus fuisse, ut si quid post mortem testatoris non ex causa hæreditaria, sed vel sua industria, vel ex aliorum liberalitate acquisivisset, ejus quoque distrahendi potestas creditoribus fieret. Cæterum 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 notandum 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 hæredibus.

2. *Sui autem & necessarii hæredes sunt, veluti filius, filia, nepos neptisve ex filio, & deinceps cæteri liberi, qui in potestate morientis modo fuerint. Sed ut nepos neptisve sui hæredes sint, non sufficit eum eamve in potestate avi mortis tempore fuisse: sed opus est, ut pater ejus vivo patre suo deserit suus hæres esse, aut morte interceptus, aut qualibet alia ratione liberatus à patria potestate: tunc enim nepos neptisve in locum patris sui succedit. Sed sui quidem hæredes ideo appellantur, quia domestici hæredes 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, hæredes fiunt. Sed his prætor permittit volentibus abstinere hæreditate, ut potius parentis, quam ipsorum bona, similiter à creditoribus possideantur.*

## NOTÆ.

2. *Qui in potestate morientis*] *Εἰ τῆς τοιαύτης τῆς πικρῆς*. Th. atque hoc in liberis primi gradus perpetuum est: nam filius, qui in potestate est, non potest non esse suus hæres: in cæteris non item, ut mox sequitur.

*Non sufficit in potestate, &c.*] Ex his, qui in familia defuncti sunt, suus hæres propriè est, quem nemo in suo ordine antecedit, *l. 33. §. 1. de testam. mil. l. 6. de injust. rups. §. 2. sup. de ex lib.*

*Aut qualibet*] Est tamen casus, quo nepos, qui tempore mortis avi suus hæres non erat, propter præcedentem personam patris, destituito avi testamento suus hæres avo ab intestato existit, *v. §. 7. & seq. de her. qua ab int.*

*Prima causa liberorum*] Suorum scil. hæredum, §. 2. *inf. de har. qua ab int.* Hodie autem liberorum omnium, *Nov. 118. c. 1.*

*Sive velint, sive nolint*] Necessitas hæc à jure patriæ potestatis, l. 4. *de cond. & dem.* quæ & ipsa est ex lege decemvirali. *Dion. Halicarn. lib. 2.*

*Prætor permittit volentibus abstinere*] Quo beneficio utentes hoc consequuntur, ut quamvis creditoribus hæreditariis jure civili teneantur, tamen in eos actio non detur, l. 57. *de acq. har.* Itaque vi ipsa prætor ex necessarii voluntarios fecit; non tamen extraneos, quia, quod ipsi commodum, sui adhuc manent, §. 3. *inf. de har. qua ab int.*

COMMENTARIUS.

1. *Plenius & planius, quam vulgo, sui hæredes describuntur.*
2. *Verbum hoc suus hæres non esse populare & oratorium, sed forense & disciplina juris proprium: deque eo nonnulla non passim obvia.*
3. *Exponitur latissime hujus nominis ratio.*
4. *Unde altera horum hæredum qualitas, nempe necessitas: & quid ea operetur.*
5. *Prætorum dato beneficio abstinendi necessitatem sustulisse, sed salvo jure suitatis: & quem effectum ea res habeat.*

**V**eluti filius, filia, nepos, &c.] Qui sint & dicantur sui hæredes, licet non definitione aliqua, sed exemplis hic declaratur, facile tamen ex his, quæ traduntur, quivis per se brevem & explicandæ rei idoneam definitionem extruxerit. Nam si non alii sui hæredes 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 antecedeat; hæc inducitur nos quasi manu ducit ad hanc definitionem; Sui hæredes 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 desiderarem, si idem semper mortis tempus & delatæ hæreditatis esset: at hæc tempora non semper concurrunt: ex quo aliquando fit, ut qui, moriente eo de cuius successione quæritur, suus hæres non erat, postea tamen ei suus hæres existat. Planè neque ex testamento quisquam suus hæres existere potest, nisi qui tempore mortis in familia testatoris proximus est, neque ab intestato, si aut nullum testamentum factum proponatur, aut quod factum erat, vivo testatore ruptum aut vitiatum; quippe in his casibus aliud tempus, quo deferatur hæreditas, nullum est, 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 hæres non erat, postea suus hæres existat, non utique ex isto testamento, sed eo destituto ab intestato: ut ecce; pater filio exheredato extraneam hæredem instituit: deliberante hærede scripto filius moritur; mox scriptus omittit hæreditatem: nepos ex illo filio susceptus avo suus hæres erit ab intestato: & hic tamen tempore mortis avi suus esse non potuit propter præcedentem personam patris, l. 7. *unde lib. §. cum autem. 7. & seq. inf. de hered. qua ab intest.* ubi hoc pluribus illustratur. Ut igitur perfecta sit defini-

tio, pro tempore mortis ponatur tempus delatæ hæreditatis, hoc modo suus hæres est, qui in potestate morientis fuit, & tempore delatæ hæreditatis in familia proximus est.

*Aut qualibet alia ratione*] Puta emancipatione aut deportatione. Nam si quis ex suis hæredibus qualibet ratione suus hæres esse desierit, statim liberi ejus gradum occupant, & succedendo in sui hæredis locum quasi agnoscendo fiunt avo aut proavo sui hæredes, §. 2. *sup. de exhar. lib. §. 2. inf. de har. qua ab int. l. Gallus. 29. §. & videtur. 12. cum seq. de lib. & posth.* Enimvero hodie occupatio loci paterni atque in sui hæredis locum successio ex causa emancipationis nihil operatur quoad effectum succedendi ab intestato, postquam placuit, etiam filios emancipatos jure civili ad successionem ab intestato admitti, atque in ea successione præferri nepotibus ex fenatis, licet retentis in potestate avi. *Nov. 118. c. 1.* Ex quo etiam intelligimus, hodie edictum *de conjung. cum emancip. lib.* inutile esse.

*Sed sui quidem hæredes*] Nomen suorum hæredum ex jure civili descendit, l. *ult. de bon. damnat.* hoc est, ex lege duodecim tabularum, l. *liberorum. 220. de verb. sign. Ulp. 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 usurpato, quo apud grammaticos & in sermone populi. Popularis locutio est, cum ea dictione, ut relativa & reciproca, 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. §. *Julian. 22. cum seq. de agn. & al. lib. Cajus de suo testamento uxorem suam hæredem instituit*, l. *Titia. 34. §. 3. l. ult. de legat. 2.* In his enim locutionibus vox *suus* ad præcedentem personam refertur, scil. ad matrem, ad Cajum Sejum. Atque hic usus hujus vocis, quem pueri docentur in scholis, citato vulgato illo, *Rogate Casar, ut suas partes sequarur.* Ex eadem consuetudine & more vulgari nostri quoque loquuntur, cum utramque vocem, *hæres & suus*, conjungunt, sed ita, ut *suus* sequatur: veluti in his; *Testator à Titio herede suo centum legavit. Titia ita fidei commissit heredis sui. Stipulatus est sibi hereditate suo, ire agere licere*, l. 2. §. *ult. de verb. obl. Si quis uti frui licere sibi hereditate suo stipulatus sit*, l. *stipulatio. 38. §. sed si. 12. d. tit. Quintil. lib. 5. c. 16. Quem quis heredem suum esse voluit, charum habuit.* Aut cum ex usu juris peculiari loquuntur, verbum *suus* refertur ad eum ipsum, qui hæres est, & quod diligenter observandum, tunc perpetuo id verbum præcedit. Ut in his, *Mulier suum heredem paritura est*, l. 31. §. 1. *de acq. har. Fœmina suum heredem non habet*, l. 4. §. 2. *cont. tab. Spes est suum heredem defuncto existere* l. *pen. §. 1. unde legit. Filius patris suus hæres est*, l. 45. §. 1. *de neg. gest. Mortuo filio nepos ex eo fit avo suus hæres*. l. 13. *de injust. rupt.* cum sexcentis similibus. Et igitur cum dico, *Mulier suum heredem non habet*, intelligor loqui ex usu juris peculiari: cum ajo, *Sempronia heredem suum rogavit, ut partem hereditatis restitueret Titio*, ex usu communi. Rationem nominis mox audiemus.

*Quia domestici hæredes sunt*] Theoph. *εισαγγελι*, eadem

dem serè significatione, qua domesticum testimonium §. in testib. 9. sup. de test. ordin. aut quasi οἰκογενεῖς καὶ ἀφ' ἰαυτῶν ἰχθῆτες το κληρονομήσι. Οἰκογενεῖς, vernæ hæredes, qui non aliunde acciti, sed, dominati sunt. Ita & Plin. Panegy. domesticos hæredes opponit extraneis, eosque ait bona, non ut aliena & speranda, sed ut sua semperque possessa, capere.

3 *Es vivo patre quodammodo domini*] Sui hæredes ideo dicuntur, quia non alienam, sed jam quodammodo suam hæreditatem accipiunt, & non magis alteri quam sibi met ipsi hæredes sunt: unde Græcis dicuntur αὐτοκληρονομοί, quod eleganter ad Phœnicem suum Lactantius accommodat hoc versu;

*Ipsa sibi proles, suus est pater, & suus hæres.*

Atque hoc nomine non magis post mortem patris appellantur, quam eo adhuc vivo & superstiti καὶ πατρῶν, & quod singulariter notandum, etiam vivo adhuc patre dicuntur definire sui hæredes esse, puta si capite minuti fuerint, d. l. §. 4. l. 11. de suis & legis. l. 13. de injust. rupt. l. 29. §. 12. & seq. de lib. & postb. nimirum ideo, quia vivente adhuc patre jam quasi quodammodo domini, patrique socii, participes & cohæredes sunt, testimonio non solum nostrorum: Pauli, l. 11. de lib. & postb. Justiniani, hoc text. & §. 3. inf. de har. qua ab ins. verum aliorum etiam scriptorum. Terent. Heaut. Dædalus redierit meus patericeps. Aufon.

*Iuxta quidem serius patri succedere: verum*

*Esse simul dominos gratior ordo pius.*

Unde passim in comœdiis servi filios dominorum, heros minores, νεώριπες δαυόεες, vocant. Telemachi subulcus dicitur, qui erat Ulyssis, Odyss. 9. Servus Abrahami Isaacum vocat dominum suum, Genes. 24. v. 67. Atque hinc est, quod patre mortuo non tam novam & alienam hæreditatem percipere existimantur, quam pleniorum & liberiorum veterum bonorum administrationem, statimque à morte parentis quasi continuatur dominium, d. l. 11. de lib. & postb. quo fit, ut ubi suus hæres est, nunquam jacere hæreditas dicatur; nimirum quia nullum inter defuncti mortem & existentiam sui hæredis intervallum est, l. 1. §. qui sunt. 7. si quis omis. ca. test. Ex eo item est, quod sui hæredes ipso jure hæredes existant, citra ullum vel suum vel alterius factum, sine additione, sine cretione, sine gestione pro hærede, d. §. 3. inf. de har. qua ab ins. l. in suis. 14. de suis & leg. adeoque ante apertas tabulas, l. 3. C. de jur. del. tamen si ignorent patrem decessisse: ac proinde etiam si furiosi sint, aut alias voluntate careant, d. §. 3. l. furiosos. 63. de acq. har. Cujus rei hic effectus, ut paternam hæreditatem, tanquam jam sibi quaesitam, ad quoscunque hæredes transmittant, d. l. 3. C. de jur. delib. Hinc denique est, quod cum extranei dicantur acquirere, adire, repudiare hæreditatem, sui dicuntur hæredes existere, (quod Græci interpretantur ἀναπαύειν καὶ) retinere, immiscere, abstinere: quasi qui rebus jam olim suis, ut domini utantur, easve retineant aut derelinquant. Postremo ex his etiam liquet, cur sui hæredes, si non instituantur, exhæredandi sint, atque in his solis exhæredationem proprie dici, l. quidam. 132. vers. 1. de verb. obl. add. Hotom. 9. obs. 10.

*Si quis institutus*] De hac re agimus inf. §. 2. de har. qua ab ins. Disertè autem ait institutus: nam lex duodecim tabularum liberam civibus Romanis testandi fa-

cultatem concessit; cujus vi legis patri licuit filium quem in potestate habebat, exhæredare, aliumque sibi hæredem facere. Sed & hoc ipsum, quod hic refert, ex jure civili est, & illo antiquo: quippe jure honorario postea etiam liberorum emancipatorum ratio haberi cœpta est, perindeque hi liberi ad bonorum possessionem & vi ipsa ad hæreditatem à prætorè admitti, ac si capite minuti non fuissent, l. 6. §. 1. de bon. poss. §. emancipati. 9. inf. de har. qua ab ins. Hodie autem liberi emancipati, non minus quam sui, etiam jure civili ab intestato succedunt, Nov. 118. c. 1. quanquam in modo acquirendæ hæreditatis diversitas mansit: de quo alibi.

*Necessarii ideo dicuntur, quia sive volunt, sive nolint*] 4 *Necessitas hæc à jure patriæ potestatis est, l. 5. de cond. & dem. quæ similis dominicæ fuit, ut ostendimus in §. 2. sup. de par. pot. liberisque hac in causa redigebat ad instar servorum: unde & commune iis cum servis hæredibus à dominis institutis nomen necessariorum hæredum, l. 12. de cond. inst. l. necessarius. 57. de acq. har. & passim. Licet autem sinitati cohæreat necessitas; est tamen diversa qualitas à sinitate. Ex eo, quod quis suus est, ipso jure hæres fit, bonaque paterna penes eum remanent: ex eo, quod necessarius, ea retinere cogitur, creditoribusque paternis, velit nolit, respondere, d. l. necessarius. quanquam hic etiam suum confert sinitas. In sinitate jus liberorum magis, in necessitate solius patriæ vertitur; cui ob id liberum fuit necessitatem hanc remittere, atque ex necessario hærede facere voluntarium, d. l. 12. de cond. inst. l. jam dubitari. 86. de har. inst. Neque unquam pater dicitur suum sibi hæredem facere, sed bene necessarium: & cum impuberi filio fratrem necessarium hæredem facit, suum tamen hæredem non facit, ut rectè Govean. ad l. 2. §. 5. v. 35. & in l. 10. §. 1. n. 2. de vulg. & pup. contra Bart.*

*Prætor permittit volentibus abstinere hæreditate*] *Cum* quaesita hæreditatis hæc vis sit, ut nos obliget æri alieno, licet solvendo non sit, l. 8. de acq. har. suisque hæredibus ipso jure acquiratur hæreditas, consequens quidem est, ut creditoribus hæreditariis 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 hæres subvenerit, ut eodem jure etiam necessitas ista comparata sit & annexa sinitati. Et quid mirum si lex, quem occidere patri permittebat, eundem necessarium hæredem patri fecerit, aut permiserit patrem sibi facere? Cæterum acerbitatem juris civilis prætor mitigavit data suis & necessariis hæredibus potestate abstinendi: quo beneficio qui ex his uti volunt, hoc consequuntur, ut necessitate subeundorum onerum hæreditariorum non adstringantur, d. l. necessarius. de acq. har. Ex eo autem, 5 quod prætor hic dicitur, liberis necessariis hæredibus volentibus potestatem facere abstinendi hæreditate, & alibi eos liberare oneribus hæreditariis, si velint derelinquere hæreditatem, d. l. necessarius, rectè colligitur, prætorum ex necessariis vi ipsa fecisse voluntarios, quanquam non extraneos: necessitatem tantum à prætorè sublatam, non sinitatem: quippe cujus maxima pars ad utilitatem liberorum pertinet, quibus prodesse, non nocere, prætori propositum fuit, l. 12. de vulg. & pup. Quamobrem etiamnum & ipso jure & ignorantes hæredes

des fiunt, & obligantur creditoribus hæreditariis, §. 3. *inf. de har. qua ab ins. l. 2. de cond. furs. d. l. necessariis*, quamvis respectu beneficii prætorii, quo fit ut in eos actio non detur, idem jus habere dicantur, quod futurum esset, si liberum arbitrium ad eunda hæreditatis haberent, *l. nam nec. 89. de legat. 1.* Manebit igitur adhuc idem sunitatis effectus, quem supra indicavi, ut si filius decesserit, cum vel ignoraret patrem mortuum esse, vel sciret quidem, sed nondum declarata voluntate de retinenda aut derelinquenda patris hæreditate, eam hæreditatem, utpote ipso jure sibi jam quæsitam, ad hæredes quoslibet transmittat. Rectene dicatur, jus sunitatis tolli per exhæredationem, aut vulgarem substitutionem, alibi disputavimus. Clarius vero adhuc apparet, sunitatem non esse sublatam à prætore ex eo, quod etiam post abstentionem nudum illud nomen hæredis non est sine effectu: nam & sola sui hæredis existentia confirmat tabulas pupillares, ut docuimus supra sub *pr. de pup. subst. & libertates sustinet, l. cum quasi. 30. §. sed etsi. 10. de fid. lib. quo loco disertè pro ratione hoc assert Jurisconsultus, quod non sit sine hærede, qui suum hæredem, licet se abstinentem habet: & operatur confirmationem fideicommissi, ut restituta hæreditate ex Senatusconsulto Trebellian. transeat actio, *l. ita tamen. 27. §. 3. ad sen. Treb.* Postremo inde est, quod hæreditas pupilli, quantumvis abstinentis, potestate juris civilis cum hæreditate patris confusa censetur, *l. paterfam. 28. de reb. aut. jud. poss.* licet hoc casu substitutus pupilli separationem bonorum patris & filii petere possit ex sententia Marcelli, probata ab Ulpiano *l. Fulianus. 42. de acq. har.**

Ut potius parentis, quam ipsorum bonis] Species ignominia est, bona alicujus à creditoribus propter æs alienum possideri aut publicè distrahi. Itaque ne id fiat, etiam mortuorum interest: atque ob eam causam placuit, non minus ignominiam istam, quam hæreditatem, servis relinqui posse: nec causam prætor habuit, cur servo necessario hæredi potestatem daret abstinenti, *d. l. necessariis. §. ult. de acq. har.* qui tamen liberorum pudori ac famæ parcendum existimavit, *l. paterfam. 28. de reb. aut. 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 dividantur.

## T E X T U S.

## De extraneis.

3. *Ceteri, qui testatoris juri subjecti non sunt, extranei hæredes appellantur. Itaque liberi nostri, qui in potestate nostra non sunt, hæredes à nobis instituti, extranei hæredes nobis videntur. Quæ de causa & qui hæredes à matre instituuntur, eodem numero sunt: quia foemina in potestate liberos non habent. Servus quoque hæres à domino institutus & post factum testamentum ab eo commissus, eodem numero habetur.*

## N O T A.

3. *Hæredes à matre]* Sicut foemina liberos in potestate non habet, ita nec suos hæredes habere potest, *l. 4.*

§. 2. *cons. tab.* Multo magis huc pertinent parentes, fratres, &c. Et sic quidem ad discretionem suorum hæredum. Nam alias omnes legitimi & honorarii successores ab extraneis rectè secernuntur.

*Eodem numero]* Extraneorum videlicet; quoniam utrumque ex defuncti testamento consecutus non est, libertatem scilicet & hæreditatem, §. 1. *sup. de har. inst.*

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

1. *Extranei hæredes quotuplici sensu dicantur.*

**S**equitur tertium genus hæredum, extranei; qui iidem & voluntarii hæredes dicuntur, propterea quod his hæreditas voluntate acquiritur, ut si velint, liceat suscipere, §. *ult. inf. eod.* si nolint, non cogantur, *l. noc emere. 16. C. de jur. del.* eaque appellatione commodius in distributione necessariis oppositi fuissent, ut initio monuimus. Sunt autem extranei seu voluntarii hæredes, in liberis hominibus omnes, qui non sunt sui & domestici: ac proinde qui ad hæreditatem sive ex testamento sive ab intestato vocati in potestate morientis non fuerunt, aut non proximo in familia gradu: ex servis, qui utrumque ex domini testamento non consequuntur, libertatem scilicet & hæreditatem, §. 1. *sup. de hered. inst. & hoc ext. in fin.*

*Qui in potestate nostra non sunt]* Liberos intelligit emancipatos, quos constat per emancipationem à familia exire, & extraneos nobis fieri, *l. quin etiam. 55. §. 1. de rit. nupt.* Itaque sive hæredes à patre instituti sint, sive ab intestato ad bonorum possessionem à prætore vocentur, non efficiuntur ipso jure hæredes aut bonorum possessores: sed sua voluntate aut hæreditatem ad eundo, aut bonorum possessionem agnoscendo. Sed & hodie etsi jure civili quoque ab intestato succedunt. *Nov. 118. c. 1.* Non aliter tamen, quam si voluerint, & adierint hæreditatem, hæredes fiunt, ut ex communi sententia hic notat Wesemb. & suo tempore à nobis confirmabitur.

*Qui hæredes à matre instituuntur]* Quemadmodum foemina liberos in potestate non habet, ita nec suos hæredes habere potest, *l. 4. §. 2. cons. tab.* Huc igitur multo magis pertinent parentes & fratres. Illud singulare est, quod frater impuberi fratri à patre substitutus necessarius fratri hæres sit. Etenim patri concessum est, quos sibi facit necessarios, eosdem & filio facere, *l. 2. §. prius. 4. in fin. l. 10. §. 1. de vulg. & pup. l. Jul. 42. de acq. har.* Suum tamen hæredem hunc fratri non fieri, contra Bart. probat Govean. *in d. l. 2. §. 4. & 5.* Omitendum vero hic non est, verbo extraneorum hæredum non semper intelligi omnes, qui sunt voluntarii, aut omnes designari, qui non sunt sui. Nam & filius emancipatus ab extraneis discernitur, *l. filiusfam. 114. §. sed & si. 16. de legat. 1. l. peto. 69. §. pen. & ult. de legat. 2.* atque in *l. unic. C. de impon. lucrat. descrip.* appellatione extraneorum significantur soli, qui in numero descendendum non sunt: & patrono legitimo hæredi extraneus opponi videtur *in l. libertus. 36. de bon. lib.* Sane cum de jure succedendi ab intestato quæritur, pro extraneis simpliciter habendi non sunt, qui, præteriti aut exhæredati, jure civili aut prætorio testamentum rescindere possunt. Quo in genere sunt liberi emancipati, quibus & exhæredatis querela de inofficioso, & præteritis bonorum possessio contra tabulas datur, ac jure noviss-



vijissimo etiam successio ab intestato una cum suis hæredibus defertur. Item liberi, qui nunquam in potestate fuerunt; qui & ipsi ex hæredati matris aut avi materni testamentum inofficiosum dicere possunt. Quibus accedit, quod ex constitutione Theodosii liberi omnes à parentibus instituti hæreditatem etiam non aditam, & ante apertas tabulas morientes, transmittant ad eos, qui ex se descendunt, *l. un. C. de his qui ante ap. tab.* qui effectus quidam est fuitatis: & sui hoc amplius tantum habent, quod hæreditatem ignorantes transmittunt ad hæredes quosvis. Sed neque parentes prorsus extranei hæredes habendi, cum & ipsi præteritis querela inofficiosi competat. Quinetiam omnes, qui ab intestato sive à lege, sive à prætoribus ad successionem vocantur, suo sensu possunt dici non extranei, nimirum ad differentiam eorum, qui ab intestato venire non possunt: eoque sensu Cajus *lib. 2. tit. 3. in fin.* extraneos hæredes definit, qui nullo propinquitatis gradu testatori junguntur; quamvis in scite 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 fuitate, à filiatione, & à cogitatione.

## TEXTUS.

## De testamenti factioe.

4. In extraneis hæredibus illud observatur, ut sit cum eis testamenti factio, sive hæredes ipsi instituantur, sive ii, qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur: testamenti quidem facti tempore, ut constiterit institutio: mortis vero testatoris, ut effectum habeat. Hoc amplius & cum adit hæreditatem, esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub conditione hæres institutus sit. Nam jus hæredis eo maxime tempore inspiciendum est, quo acquirit hæreditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum, & mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio juris non nocet hæredi: quia, ut diximus, tria tempora inspicere 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 acquirere. Et ideo furiosus, & mutus, & posthumus, & infans, & filiusfamilias, & servus alienus, testamenti factionem habere dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint: attamen ex testamento vel sibi vel alii acquirere possunt.

## NOTA.

4. In extraneis] Ex Florent. *l. 49. §. 1. de her. inst.* Ait in extraneis, quia in suis hæredibus vix est, ut locus sit quaestioni de capacitate.

Qui in potestate eorum] Ratio est, quoniam insti-

tutio servorum, qui per se sunt incapaces, sustinetur ex personâ domini, quo cum testamenti factio est, *l. 31. d. 1.*

Ut effectum habeat] Id est, ut dies ejus utiliter cedat: quod fit, si quis sit mortis tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, & qui eam adeundo possit consequi, *l. 52. de leg. 2.*

Et cum adit hæreditatem] Ita & Florent. *d. l. 49. §. 1.* Cæterum non sufficit hoc tempore capacem esse, si qua mutatio juris hæredi contingerit post mortem testatoris aut conditionis eventum.

## COMMENTARIUS.

1. In successione ab intestato de capacitate hæredum diversis temporibus spectanda quaeri non posse; de qualitate posse.
2. Quid in successione ex testamento circa suos hæredes. Notatur & refellitur insignis error Wesembecii.
3. Cum de capacitate inspicienda quaeritur, nihil interesse, domini an eorum servi instituti sint.
4. Non satis subtiliter tempus adenda hæreditatis in consideranda capacitate hæredis constitui terminum distinctum à tempore mortis.
5. Probatur invictis rationibus, tempus adenda hæreditatis 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 nocet; in conditionali uti extrema tria, ita duo tantum media.

Expositis generibus & differentiis hæredum, pergit ad id, cujus cognoscendi causa differentiarum istarum præcipue traditæ fuerunt, videlicet ad ipsam hæreditatis iure delatæ acquisitionem: & quia in extraneis hæredibus (in aliis enim, ut mox ostendemus, disputatio proposita inepta est) ad acquirendam hæreditatem necessario requiritur, ut sint hæreditatis capaces; merito primum docet, quibus temporibus capacitas illa inspicienda sit, ut hæreditatem 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 hæreditatis & ejusdem capacitem. In successione ab intestato de capacitate hæredum diversis temporibus spectanda disputari non potest; cum nemo ad successionem ab intestato vocetur, qui non sit capax tempore mortis ejus, de cuius hæreditate agitur. De qualitate autem quaeri potest, puta quo tempore spectandum, an quis suus sit, aut proximus agnatus. Placuit autem, in eo inspicere tempus delatæ hæreditatis; quod tempus plerumque quidem idem est cum tempore mortis, sed tamen non semper, §. cum autem. 7. *inf. de hered. que ab int. §. proximus. 6. inf. de leg. agnat. succ.* quibus locis diligenter hoc à nobis exponitur. In successione ex testamento in suis hæredibus vix est, ut locus sit quaestioni de capacitate, cum non possit non esse cum suo hærede testamenti factio. Cæterum quod ad qualitatem, hoc est, fuitatem pertinet, quaeri 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. si quis. 18. de injus.*

*just. rupt. l. filio. 23. §. 1. de lib. & posth.* ut tamen & testamenti tempore capaces fuerint, omnino necesse est: 3 alioqui Catoniana regula impediatur institutio. Notandum autem hic 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 fando audivit, quenquam habere testamenti factionem ex persona testatoris? cum servo testamenti factio est ex persona domini, & sustinetur servi alieni institutio, si cum domino testamenti factio est, quasi ipse dominus mediate per servum institutus esset, *l. non minus. 31. de hered. inst. l. 10. §. 1. de acq. rer. dom.* Sed hoc ad servum necessarium heredem qui applicari potest? aut qui potest domini persona accommodari servo, ubi idem dominus est & testator? Sed valet hic institutio ex persona ipsius hæredis, quatenus consideratur ut jam liber & civis Romanus, quo tempore testamento defertur incipit hæreditas. Dicere vero, filiumfam. heredem institutum aliunde personam mutuari, si ab extero hæres institutus sit, sive à patre, intolerabile est. Ut ad rem redeam, tota fere quæstio de inspicienda diversis temporibus capacitate, ad extraneos hæredes, eosque testamento institutos, pertinet; quemadmodum etiam hic de extraneis hæredibus proposita est ex Florentino *l. si alienum. 49. §. 1. de hered. inst.* Quam recte dicatur, & quam rationem habeat, quod tria tempora hic observentur, tempus facti testamenti, mortis testatoris, & hæreditatis adeundæ, ex progressu liquabit.

*Sive is qui in potestate eorum sunt* ] Cum extranei hæredes alias capaces sint, alias incapaces, & eorum, qui sunt capaces, non minus servi, quam illi ipsi, hæredes institui possint: quæri poterat, an quibus temporibus capacitas eorum spectatur, cum ipsi hæredes instituti sunt, iisdem etiam eadem spectetur, cum instituti sunt eorum servi. Ait autem Imp. hic post Florentin. *d. l. si alienum. §. 1.* nihil in proposito interesse, utrum ipsi domini hæredes instituti sint, an servi eorum. Et recte: nam cum servorum, qui ipsi per se incapaces sunt, institutio sustineatur ex persona domini, quocum testamenti factio est, *l. non minus. 31. de her. inst. l. 12. §. 2. de legat. 1.* consequens omnino est, testamenti factionem iisdem temporibus cum domino esse oportere, servo ejus hærede instituto, quibus oporteret, si ipse hæres institutus esset: proinde & facti testamenti tempore & mortis testatoris. Huic tamen parti contradicere videtur Terentius Clemens *l. si servus. 82. de acq. her.* Ait enim, servum ejus, qui capere non potest, & heredem institui posse, & eum ipsum, si, antequam jussu Domini adeat, manumissus sit, ad hæreditatem 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 quorundam testamentis aut nihil aut partem tantum capere poterant, ut cœlibes, orbi, *vid. sup. pr. de her. inst.* aliter respondet Cujac. *ad d. l. si alienum. §. 1. de her. inst.*

*Duobus temporibus, testamenti facti, & mortis testatoris* ] Mox tamen adjicit & tertium tempus, scilicet quo adeunda hæreditas: uti & Jurisconsultus *d. l. si alienum. §. 1.* De duobus temporibus, testamenti & mortis testatoris, res expetita 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. sit. de reg. Caton.* Mortis vero ideo, ut effectum habeat institutio, hoc est, ut dies ejus utiliter cedat. Quod fit, si quis sit eo tempore, cui hæreditas utiliter deferatur, quique eam ad eundem sibi acquirere possit, *l. non oportet. 52. de legat. 2.* Quod vero duobus istis temporibus Imp. & Jurisconsultus *d. l. si alienum. §. 1.* tertium adjungunt, tempus scilicet adeundæ hæreditatis, eoque tempore non minus, quam superioribus, atque ut distincto à tempore mortis, capacitatem hæredis 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.

*Hoc amplius & cum adit hæreditatem, &c. sive pure, sive sub conditione institutus sit* ] Ita quoque Jurisconsultus in *d. l. alienum. §. 1.* nimirum ergo Imp. & Jurisconsultus hoc ajunt, præter priora duo tempora, testamenti sc. & mortis testatoris, etiam adeundæ hæreditatis tempus circa capacitatem hæredis spectari, sive pure, sive sub conditione instituti. Mihi vero hoc inconsideratius dictum videtur, & sive pura sit institutio, sive conditionalis, tempus adeundæ hæreditatis in considerata capacitate hæredis 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 hæreditatis à tempore mortis ajo distingui non oportere. Quod sic demonstrat. Hæres pure institutus aut incapax tempore mortis invenitur, aut capax. Si incapax, frustra quæritur de ejus capacitate tempore aditionis hæreditatis, cum qui capax non est tempore mortis, & si postea capax fiat, hæreditatem acquirere non possit: quod ipsum etiam hoc loco & *d. l. si alienum. §. 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 aditionis cum tempore mortis conjungi, *l. bars. 54. de acq. her. l. omnia. 193. de reg. jar.* Si est capax, & deinde hæreditate nondum adita incapax factus, post aliquanto in pristinam causam restitutus sit, hic quidem temporis adeundæ hæreditatis tanquam tertii extremi ratio aliqua haberi poterat; cæterum non haberi, ac ne sic quidem hæreditatem instituto acquiri posse, ex eo evincitur, quod in pura institutione unum tantum tempus intermedium est, quo hæredi mutatio juris non noceat, tempus scilicet, quod intercedit inter factum testamentum & mortem testatoris: ex quo porro hoc sequitur, in pura institutione duo tantum esse extrema, quæ circa capacitatem hæredis considerentur, tempus testamenti conditi, & mortis testatoris. Per hunc *sext. vers. medio autem.*

& d. l. si alienum. §. 1. *verf. eod.* Denique certum est, non tantum mortuo hærede instituto, sed etiam eo deportato aut seruo facto ante aditam hæreditatem, statim locum fieri substitutis aut hæredibus ab intestato, l. *Gal-lus. 29. §. & quid. 5. de lib. & posth. l. 3. §. 1. de his qua pro non scripsit.* Sed nec in conditionali institutione recte dicitur, circa capacitatem hæredis inspicitur tempus aditionis: 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 aduendæ hæreditatis: alioqui enim dicendum foret, quod inaditum est, in conditionali institutione quatuor tempora distincte consideranda esse, testamenti, mortis, conditionis existentis, & quo aditur hæreditas: siquidem conditio existens hæredem scriptum jure hæredem non facit; sed tantum institutionem purificat, ut ad acquirendam extraneo hæreditatem nihilominus adhuc opus sit aditione. Quid quod nec Imperator ipse aut Jurisconsultus *dist. 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 hæredi. Quod si tempus aduendæ hæreditatis quoque eodem modo spectaretur, addere debebant, æque medio tempore inter conditionem existentem, & aditionem hæreditatis, mutationem juris hæredi non obesse. Effectum igitur est tempus aditionis hæreditatis neque in pura institutione constituitur terminum tertium, neque in conditionali quartum: ac proinde parum considerate tempus illud hoc loco confertur cum prioribus. Et omnino existimo, eo, quod hic traditur de inspicienda capacitate hæredis etiam quo tempore de aduenda hæreditate agitur, nihil aliud significari, quam cum, qui isto tempore capax non est, licet cæteris temporibus capax fuerit, hæreditatem aduendo acquirere non possit: & quamvis hæc monitio pene inepta videatur, cum contradictoria sint, incapacem esse, & posse acquirere hæreditatem, tamen non alium illorum verborum sensum esse patet ex eo, quod cum de extremis agitur & intermediis, quæ non nocent, temporibus, tempus aduendæ hæreditatis inter ea extrema non agnoscitur, utpote quo capacem esse hæredi nihil proficit, si aliquando aut post mortem testatoris aut post conditionis existentiam incapax fuerit.

*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 inspicere debent, eadem, qua 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 Jo. Faber contendit, in conditionali institutione non esse necesse, ut hæres capax sit tempore mortis testatoris. Nam si tempore testamenti facti id exigitur, fortiore ratione idem exigitur tempore mortis, quod, quoniam morte testamentum confirmatur, magis principale habendum est: & jam dictum est, tempus conditionis existentis retrotrahi ad tempus mortis & cum eo conjungi, uti & tempus aditæ hæreditatis: atqui hoc fieri non potest, si tempore mortis cum hærede non fuerit testamenti factio. Itaque nullius momenti est argumentum Fabri, quod tantum facit in conditionalis institutione tempus existentis conditionis, quantum in pura tempus mortis. Nam etsi ex conditionalis institutione non defertur hæreditas tempore mortis, sed demum existente conditione; quam ob causam etiam in capacitate hæredis 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 hæreditas relicta sit. De quo ex professo *sup. §. hæres. 9. de har. inst.* Sed & aperte satis hoc ipsum significat Justinianus, cum ait, tria tempora inspicere debere: hoc enim tam de conditionalis, quam pura institutione dici palam est. At ex tribus istis temporibus unum est tempus mortis: refert enim se ad tria illa, quæ antea enumeraverat: ut vero extrema habilia sint necesse est. Hæc plerisque aut ignota, aut intacta, ut *Viglio, Mysf. Hotom. 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. *filiusfam. 16. qui test. fac. l. ult. pro hered. cum quibus esse testamenti factio rectius dicitur & usitatus, ut alibi ostendimus.*

*Furiosus*] Marcellus d. l. *filiusfam. 16. §. 1. qui test. fac.* scribit, furiosum ideo testamenti factionem habere, quia potest sibi acquirere legatum vel fideicommissum. Non addit, hæreditatem: quoniam eam hæres scriptus, donec respiscat, nec sibi nec alii acquirere potest, extra quam si patri necessarius hæres existat, l. *furiosus. 63. de acq. har.* Plane curator furiosi bonorum possessionem ejus nomine agnoscere potest, l. *ult. §. si autem. 3. C. de cur. fur. l. 1. de bon. possess. fur. infant. &c.*

## T E X T U S.

De jure deliberandi, & de beneficio inventarii.

5. *Extraneis autem heredibus deliberandi potestas est de aduenda hæreditate, vel non aduenda. Sed siue is, cui abstinendi potestas est, immiscuerit se bonis hæreditatis; siue extraneus, cui*

de adeunda hereditate deliberare licet, adierit, postea relinquenda hereditatis facultatem non habet, nisi minor sit 25. annis. Nam hujusmodi ætatis hominibus, sicut in cæteris 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 adita hereditatis tempore latebat, emerisset. Sed hoc quidem divus Hadrianus cuidam, speciali beneficio præstitit. Divus autem Gordianus postea militibus tantummodo hoc concessit. Sed nostra benevolentia commune omnibus subiectis 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 nostra constitutionis & deliberandum existimaverint, & sese veteri gravamini aditionis supponere maluerint.

## NOTÆ.

5. *Extraneis hereditibus*] Ex Florent. l. 49. §. 1. de her. inf. Ait extraneis, quia deliberatio extraneorum hereditum propria est. Cæterum postquam suis hereditibus à prætore concessa facultas abstinendi, etiam deliberandi eis data, l. 8. & seq. de jur. del. l. 19. C. eod.

*Deliberandi potestas*] Si creditores, legatarii, &c. non urgeant, potest hæres, vel intra 30. annos adire: si inſent, aut statim adire debet, aut tempus ad deliberandum petere, l. 9. C. eod. ut interim instrumenta hereditaria & rationes defuncti inspiciat, l. 5. D. eod. l. 28. de acq. her. à Principe annus conceditur, à iudicibus novem menses, l. ult. §. 13. C. d. s. olim id fuit arbitrium, l. 1. §. 2. D. eod.

*Immiscuerit se*] Sui non dicuntur adire prove hærede gerere, aut repudiare, quæ iis solis conveniunt, quibus hereditas tantum oblata est; sed immiscere, aut abstinere, quæ proprie dicuntur de rebus partis & jam nostris, l. 14. §. 1. de relig. l. 11. l. 57. l. 71. §. 1. l. 87. de acq. her. quanquam interdum hæc accuratio negligitur, l. 7. §. 10. de minor. l. 6. C. de leg. har.

*Nisi minor 25. annis*] l. 7. §. 5. de minor. ex generali nimirum illo edicto, propter inconsultam hujus ætatis facultatem.

*Damnosa hereditatem*] Et ex contrario, si lucrosam temere repudiaverint, l. 2. C. si ut om. har.

## COMMENTARIUS.

1. *Hæredem tam in onera, quam in commoda hereditaria succedere.*

2. *Jus deliberandi quorum causa & cuius rei gratia com-*

*paratum; quæ ejus effectus, & quid hic de suo con-*

3. *Etiam suis hereditibus jure prætorio deliberandi facultatem esse.*

4. *Post aditionem aut immixtionem hereditatem derelin-*

5. *Majoribus ex clausula generali vix esse ut hic succur-*

6. *Beneficium inventarii.*

7. *Qua neglecti hujus beneficii pœna.*

8. *Jus hodiernum circa adeundam sub beneficio inventarii hereditatem.*

**H**eres suscepta hereditate in jus & locum defuncti succedit, eumque in omnibus, quæ personæ non cohærent, repræsentat, l. hæres. 37. de acq. her. l. nihil. 24. de verb. sign. l. hereditas. 62. de reg. jur. junct. l. 8. §. 3. de lib. leg. Hoc autem cum dicimus, intelligimus, hæredem succedere non tantum in jus, quod defunctus habuit adversus alios; verum etiam in id jus, quo defunctus aliis tenebatur: in summa, hæredem tam onerum & incommodorum successorem esse, quam commodorum hereditarium: 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, etiam si hereditas solvendo non sit, l. 8. de acq. her. l. 2. C. de her. vel act. vend. l. ult. C. de her. act. §. 1. 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 lateri potest; hoc, ne temere repudiando lucrosam hereditatem amittamus. Cæterum adversus hujusmodi periculum duo remedia hereditibus constantibus comparata sunt, sive ex testamento sive ab intestato ad hereditatem vocatis; ac proposita non extraneis tantum de adeundo aut repudiando, sed etiam suis hereditibus 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*. Quod attinet ad jus deliberandi, sciendum est, id non tantum hæredis 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 hæredi opus est: quippe cui liberum, tamdiu 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 hæredis excluditur. DD. comm. per l. 3. C. de præscr. 30. ann. Jason. in l. 8. C. de jur. del. Coraf. 6. misc. 21. Cæterum si sint, qui urgeant, hic prædictum remedium hæredi necessarium est, nisi paratus sit statim aut hereditatem suscipere, aut possessionem bonorum pati, aut aliorum successionem, l. si quis. 23. §. 2. de her. inf. l. quamdiu. 69. de acq. her. Hæc enim tunc ei optio datur, ut aut statim respondeat, hæres, necne, esse velit, aut tempus ad deliberandum petat,

tat, l. 9. C. de jur. del. Tempus hoc olim positum erat in potestate jus dicentis, qui pro arbitrio suo delib. rationem 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. eod. 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 iudicibus, novem menses, l. ultim. §. & siquidem. 13. C. eodem. Impetrato tempore ad deliberandum, licet hæredi interea explorare vires patrimonii defuncti, petere, ut rationem defuncti & instrumentorum hæreditariorum inspiciendorum sibi copia fiat; ut instruere se possit; atque apud se constituere, expediat, nec ne, agnoscere hæreditatem, l. 5. eod. l. Aristo. 28. de acquir. hered. Quod si intra diem præstitutum hæreditatem non agnoverit, respectu substituti aut hæredis legitimi, hæreditas pro repudiata habetur, l. quamdiu. 69. de acq. her. 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 hæredibus tributum, ut intra annum, ex quo hæreditatem sibi delatam esse cognoverint, decedentes, cum ipsi eam nec adiissent nec repudiasent, jus deliberandi atque adeundi intra tempus, quod ex eo anno reliquum est, in quovis hæredes transmittant, l. cum in antiquioribus. 19. C. d. tit. eoque jure etiam nunc utimur. Gros. lib. 2. manu d. c. 22.

**Extraneis hæredibus]** Jus deliberandi de adeunda vel repudianda hæreditate, extraneorum & voluntariorum hæredum proprium est. Nam in suis hæredibus, si jus civile spectamus, quo etiam sunt necessarii, locus esse deliberationi non potest: quippe cum sine ullo suo facto, ipso jure statim hæredes existant, nec potestatem habeant hæreditatem ita quæsitam derelinquendi. Cæterum postquam prætor suos ad instar voluntariorum redegit, dato beneficio abstinendi, consequens fuit, ut etiam jus deliberandi eis daret exemplo extraneorum hæredum voluntariorum; ut quemadmodum extraneis jus est deliberandi, utrum adeant, an repudient, ita suis deliberandi jus sit, utrum immiscere se paternæ hæreditati, an ea abstinere, consultius putent, l. 8. & l. seq. de jur. delib. l. cum in antiquioribus. 19. C. eod.

**Postea relinquenda hæreditatis facultatem non habet, nisi minor sit]** Tempus deliberandi ab hærede prius pendendum est, quam hæreditatem adeat, aut se immisceat. Regula enim juris est, Neminem posse hæreditatem semel sibi quæsitam, sive per aditionem sive per immixtionem, relinquere aut repudiare, l. 4. C. de repud. her. 4. l. 10. C. de jur. delib. Neque prætor cuiquam post aditionem aut immixtionem subvenit per in integrum restitutionem, nisi minor sit 25. annis, qui temere & inconsulta facilitate lapsus damnosam hæreditatem adiisse aut appetiisse proponatur: quippe cujus ætatis hominibus prætor ex generali edicto, quod est de minoribus, succurrit, ut etiam post agnitam hæreditatem se possint abstinere, l. 7. §. sed & si. 5. de minorib. l. necessariis. 57. §. 1. de acq. her. quemadmodum ex contrario quoque si quis juvenili levitate ductus omiserit aut repudiaverit hæreditatem aut bonorum possessionem, aliquando à

prætorē restituitur, ut eandem agnoscere liceat, videlicet si omnia sint in integro, l. quod si minor. 24. §. 2. de minorib. l. 1. & 2. C. si ut omis. har. Liberis impuberibus hoc amplius concessum, ut omnimodo se abstinere possint, id est, nec adito prætorē, sive se immiscuerint sive non immiscuerint, l. 11. d. l. necessariis. de acq. har.

**Veniam dedisse]** Quod jus cum singulare fuerit, uni ex singulari gratia à Principe concessum, ut mox sequitur, ad consequentias produci non debuit. Et ideo existimo, contra quam Wessemb. & Bachov. nec prætorē 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 petierint. Aut enim contempserunt beneficium juris, & indigni sunt auxilio; aut stulte omiserunt, id est, in jure errantes, quibus succurri non solere constat, l. pen. in pr. & §. ult. de jur. & fact. ign. Plane si nihil sit, quod hæredi imputari queat, non negaverim, causa cognita audiendum; veluti si emerferit postea æs alienum, quod toto tempore deliberationis latuerat, nec sciri ab hærede, quamvis omnia diligenter explorante, potuit, per d. l. 8. de jur. del. Neque enim simplex facti ignorantia cuiquam nocere debet.

**Gordianus postea militibus]** De jure, quod Gordianus militibus concessisse dicitur, sic scribit Justinianus l. ult. C. de jur. delib. *Sed & veterem constitutionem non ignoramus, quam D. Gordianus ad Platonem scripsit, de militibus, qui per ignorantiam hæreditatem adierunt, quantum pro his tantummodo rebus conveniantur, quas in hæreditate defuncti invenerint: ipsorum autem bona à creditoribus hæreditariis non inquisuntur*. Et hoc jus constitutionemque Gordiani postea §. ult. ejusd. l. confirmat, hoc addito, propterea à se introductum, ut et si milites inventarium non fecerint, non ampliore tamen summa teneantur, quam in hæreditate invenerint.

**Sed nostra benevolentia communa 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 solenni rerum hæreditariarum inventario hæres hoc beneficium consequitur. Summa fere constitutionis Justiniani, quæ extat in l. ult. C. de jur. del. hæc est, ut hæres intra 90. dies, ex quo sibi delatam esse hæreditatem sciet, si res propinquæ sint; intra annum, si longius absint, inventarium rerum omnium hæreditariarum, præsentibus tabulariis, ac testibus non minus tribus, cæterisque, qui ad hujusmodi confectioem necessarii sunt, puta creditoribus, legatariis, eorumve procuratoribus, Nov. t. cap. 2. conficiat, ipse sua manu id subscribat, aut à tabulario testibus præsentibus subscribendum curet. Quota legitime confecto consequitur beneficium Justiniani, ut ne ultra vires hæreditarias teneatur, neve actiones, quas ipse contra defunctum habuit, aditione confundantur; sed ut possit non minus quod sibi debebatur, retinere, quam creditores extranei suum exigere: quorum neutrum hæredi tribuebatur jure veteri, l. 8. de acq. her. l. sicut. 75. de solut. l. 7. C. de pact. Confectum ab hærede fiduciario inventarium recte hæredi fideicommissario cedi, cessumque ei prodesse; aut si hæres non fecerit,

rit, ipsum sibi fideicommissarium recte facere, post Bart. in *l. qua ratione*. 11. §. *quod vulgo*, num. 9. & 10. ad leg. Falc. tradit Jaf. in add. ad Porc. §. *sed quia*. 7. inf. de fideic. her.

Nisi omiffa observatione nostra const. deliberandum existimaverint] Et si 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. §. & hac quidem*. 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 admittit, ut eam petentibus, & intra præfinitum tempus hæreditatem adeuntibus, hæc duo onera imposuerit, tanquam penam contempti 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 Falcidiae privarentur, *d. l. ult. §. pen.* Novissime hoc insuper cavet, ut hæres inventarium non conficiens solida legata præstet, et si vires patrimonii excedant. *Nov. 1. cap. 2.* Plura ad inventarium pertinentia qui nosse desiderat, adeat *DD. in d. l. ult. Clar. §. testamentum. quest. 46. Grass. lib. 2. art. Inventarium. per tot.* Apud Burgundiones, & in universa Gallia, item in hisce regionibus, invaluit, ut jus pro hærede gerendi cum beneficio inventarii speciali gratia habeatur, ac propterea id à Principe impetrandum sit, aut à Curiis ultimæ jurisdictionis, quemadmodum apud nos, *art. instr. cur. sup. 23.* Impetrato autem beneficio, tenetur hæres per apparitorem aliove ad hoc publice constitutos, præsentibus duobus testibus, intra dies 40. inventarium omnium bonorum hæreditariorum conficere; dein curare, ut res mobiles æstimentur: ac tum demum, præstita cautione reddendarum rationum, possessio administratioque bonorum ei permittitur, uti cautum uberius constitutione Caroli Quinti, edita anno 1544. *Sande lib. 4. tit. 12. desin. 1.* Sed & ita desinam hoc beneficium conceditur, si non alius de cognitione defuncti pure & simpliciter omissoque beneficio hæreditatem adire paratus sit: quod & diplomati sive mandato inferi solet. Hoc autem proculdubio institutum est, partim propter utilitatem creditorum, ut ab eo, qui simpliciter adit, solidum consequantur; partim ut honori defuncti consulatur; qui si nemo sine cautione inventarii bona ejus suscipere velit, vulgo creditor solvendo non fuisse. *Qua de re adeundum Chaff. ad consues. Burg. tit. 7. §. 13. Baro ad l. ult. §. Peck. lib. 1. de test. conjug. cap. 35. Gudelin. de jur. nov. lib. 2. cap. 18. Grot. 2. mandat. cap. 21. Christin. vol. 4. decis. 22.* Plane extranei idem offerentes non audiuntur, ac ne maritus quidem aut uxor. *decis. supremi apud nos Senatus. 7. Peck. d. cap. 35. Zypa. not. jur. Belg. C. de jur. delib.*

## T E X T U S.

De acquirenda vel omittenda hæreditate.

6. Item extraneus heres testamentis institutus, aut ab intestato ad legitimam hæreditatem voca-

tus, potest aut pro herede gerendo, aut etiam nuda voluntate suscipienda hæreditatis, heres fieri. Pro herede autem gerere quis videtur, si rebus hæreditariis tanquam heres utatur, vel vendendo res hæreditarias, vel prædia colendo, locando ve: & quoquo modo voluntatem suam declaret, vel re, vel verbo, de adeunda hæreditate: dummodo sciat, eum, in cujus bonis pro herede gerit, testatum intestatumve obiisse, & se ei hæredem esse. Pro herede enim gerere est pro domino gerere. Veteres enim, hæredes pro dominis appellabant. Sicut autem nuda voluntate extraneus heres fit: ita contraria destinatione statim ab hæreditate repellitur. Eum, qui surdus vel mutus natus, vel postea factus est, nihil prohibet pro herede gerere, & acquirere sibi hæreditatem: si tamen intelligit, quod agit.

## N O T A.

6. *Tanquam heres utatur*] Potest enim quis attingere res hæreditarias, ut tamen id non faciat quasi hæres; puta si quid pietatis aut custodiæ causa fecerit, aut si suum putavit, *l. 20. pr. & §. 1. de acq. her.*

*Vendendo res hæreditarias, &c.*] Nisi contra doceat, se nihil horum quasi hæredem fecisse, *d. l. 20. §. 1. l. 1. C. de rep. her. l. 1. C. de jur. del.* Quædam etiam sunt, quæ citra nomen & jus hæredis nemo facere potest. *Exempl. in d. l. 20. §. 4. l. 42. §. 2. eod.*

*Dummodo sciat*] *Vid. l. 19. l. 22. l. 32. §. ult. eod.*

*In cujus bonis pro herede gerit*] Hic verbum pro herede gerere latius videtur accipi, quam in *pr. §.* Nam horum verborum pro herede gerere, & adire etiam generalis significatio est, alterumque pro altero & unum pro utroque interdum usurpatur, *l. 12. de interr. in jur. l. 88. de acquir. her.*

*Contraria destinatione*] Sic tamen, ut declaret se hæredem esse nolle vel verbis, vel scripto nutu, *l. 95. eod.* aut realiqua & facto, unde ea voluntas colligatur. *Exempl. in l. 17. §. 1. l. 77. eod. l. 23. §. 1. de inoff. test.*

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

1. *Doctrinam hujus §. proprie pertinere ad hæredes extraneos.*
2. *Duo dicitur esse, distincta tamen inter se genera acquirenda hæreditatis, additionem, & pro herede geritionem.*
3. *Qui plura genera statuit, eos egregie imponere studiosis discipline juris.*
4. *Creationem nihil aliud fuisse, quam solemnem quandam additionem, contra quam Joseph. Scaliger; & cur nulla hic creationis 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.*

S. Varia

8. *Varia circa etymologiam hæredis opiniones.*

9. *In repudiante hereditatem eandem ex contrario, quam in admittente requiri.*

10. *Etiā surdos & mutos pro hærede gerere posse.*

11. *Quid si hereditas delata sit furioso, impuberi, infanti.*

**H**ic §. ad suos hæredes non pertinet, sed ad extraneos duntaxat. Explicantur enim hic rationes proximæ, seu modi, quibus hæreditas acquiritur, aut ejus acquirendæ jus amittitur: quorum neutrum in suis hæredibus locum habet: quippe cum in hos dominiorum rerum paternarum, quod jam ante habebant, morte patris continuetur, dici non possunt aut acquirere hæreditatem, aut jure acquirendi excidere. Sanè postquam prætor his abstinendi facultatem dedit, desierunt quidem jure honorario esse necessarij; sui tamen hæredes patri esse non desierunt, & ipso momento mortis paternæ hæredes apparere, ut superius demonstravimus, & arguunt nomina, quibus in proposito prætor & prudentes utuntur. Sui enim non dicuntur adire, cernere hæreditatem, aut pro hærede gerere, hæreditatemve repudiare; quæ iis solis conveniunt, quibus res sive hæreditas tantum oblata est: sed hæreditatem retinere, immiscere se aut abstinere, derelinquere: quæ non dicuntur nisi de rebus partis & jam nostris, l. 14. §. plerique. 8. de relig. l. 7. de jur. del. l. 12. §. ult. de bon. lib. l. 11. l. necessarij. 57. l. si servum. 71. §. si quis. l. cum bonis. 87. de acq. her. & passim. eod. tit. Nam cum hæc, quod raro fit, nostri confundunt, ut in l. ult. de success. edit. l. 4. §. 1. de fideic. lib. l. 21. §. ult. de jur. patron in fin. l. 1. §. 10. ad Tertull. l. 6. C. de legit. her. minus accuratè loquuntur. Non plures autem modi, quibus extraneis acquiritur hæreditas, hic proponuntur, quam duo, aditio & pro hærede gestio sive geritio; sic enim appellatur à Jurisconsulto in d. l. 14. §. plerique. 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.

*Aut pro hærede gerendo, aut etiam nuda voluntate* ] Omnis hæreditas sive testamento delata, sive ab intestato, hæredi extraneo acquiritur sola voluntate & animo, uti quisque hanc voluntatem de suscipienda hæreditate declaraverit. Declaratur autem hæc voluntas vel verbis, vel re aliqua & factis; quorum prius qui facit, adire, qui posterius, pro hærede gerere in usu juris dicitur. Unde duo genera acquirendæ hæreditatis, aditio & pro hærede gestio, l. si quis mihi. 25. §. sed quid. 7. l. quamdiu. 69. de acq. her. d. l. 14. §. 8. de relig. l. 19. C. de jur. del. quibus in locis observare licet, genera hæc sic appellationibus distingui, ut neque qui adit dicatur pro hærede gerere; neque qui pro hærede gerit, dicatur adire: quemadmodum etiam hoc loco ut diversa apertè distinguuntur, pro hærede gerere, & nuda voluntate hæreditatem suscipere: ut proinde minimè assentiendum sit Wesembecio, assenti nihil inter hæc duo interesse. Equidem fateor nihil obſtare verborum significationem, quominus qui pro hærede gerit, dicatur adire; & qui adit, pro hærede se gerere; ut hæc etiam postea confundere videtur Justinianus, & Jurisconsultus in l. 12. de interr. in jur. Sed distinctionis causa usus veterum hæc ita trivit, ut in diverso genere ponerentur, & adire di-

ceretur, qui nuda testatione hæredem se profiteretur; pro hærede gerere, qui factis aliquo eandem voluntatem declararet. Neque hoc negat Ulp. l. pro hæredo. 20. de acq. her. cum ait, pro hærede gerere non tam facti esse, quam animi. Hoc enim solum significat, ut quis pro hærede 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. geris. 88. de acq. her. ubi definit, eum pro hærede gerere, qui animo agnoscit successionem, licet nihil attingat hæreditarium. Sed apparet Jurisconsultum verbum attingendi strictius eo loco usurpare, negareque eum attingere, qui retinet domum pignori obligatam, ut hæreditariam: quem tamen revera attingere constat; eoque tanquam factis aliquo, non nudis verbis, voluntatem declarari. Hoc ita constituto, videamus an non plura sint genera acquirendæ hæreditatis, quam duo illa, de quibus diximus, & quæ sola hic ab Imperatore proponuntur. Et plura non esse, omnino statuendum est, cavendumque ab iis, qui scribunt hæreditatem acquiri quinque modis, cretione, aditione, pro hærede geritione, immixtione, & agnitione, egregiè studiosis hujus disciplinæ imponentes. Nam primum immixtio tota hinc aliena est: quoniam sui hæredes, quorum propria est, hoc factis nihil novi acquirunt, quod antea non habuerint, sed quæsitum jam ab initio attingentes, id se retinere velle declarant, ut supra abunde probatum est. Agnitionem vero statuere modum acquirendæ hæreditatis diversum ab aditione, magnæ inscitiz est. Quid enim est aliud agnoscere hæreditatem, quam declarare se velle hæredem esse? & hoc quid aliud, quam adire? Quod si tot species acquirendæ hæreditatis facere liceat, quod diversis verbis in hac re veteres utuntur, jam non modo quinque, sed vel octo aut plures etiam erunt. Non enim tantum agnoscere hæreditatem à veteribus dici legitimus, sed etiam hæreditatem amplecti, suscipere, admittere, l. 6. §. 1. & 3. l. quæsitum. 40. in fin. l. cum bonis. 87. de acq. her. Sed plura scilicet hæc verba sunt, res ubique una & eadem. Cretio quoque olim nihil aliud fuit, quam solemnibus quædam aditio; idque ostendit formula cretionis relata apud Ulpian. tit. 22. §. cretio. 23. his verbis; *Cum me Lucius Titius hæredem institueris, eam hæreditatem adeo cernoquo.* Et Festus, *Crevis*, inquit, *modo significat hæreditatem adii*, in quem locum quòd Josephus Scaliger notat, *crevis non proprie significare hæreditatem adii*, errorem esse convincit prædicta formula, & quod Festus dicit, *crevis, hæreditatem adii*, id Ulpianus d. tit. §. 21. & §. 26. sic exprimit, *cernendo fit hæres.* Varro lib. 5. de ling. Lat. *Cernito in testamento, id est, facito videant se esse hæredem.* vid. Pat. Fabr. 2. semestr. 22. Hic autem consulto mentio cretionis ommissa, quia sublata solemnitate, quam olim desiderabat. l. cretionum. 17. C. de jur. del. hæreditas etiam cum cretione delata acquiri posse cepit, aut aditione simplici; id est, quavis aperta testatione voluntatis de suscipienda hæreditate, aut etiam pro hærede geritione: quod olim secus erat, Ulp. d. loc. Atque hoc illud est, quod paulo post Justinianus ait, *Et quoquo modo voluntatem suam declararet, vel re, vel verbo.* Sed quid laboramus? non tantum loci omnes in quibus ex professo de modis acquirendæ hæreditatis agitur, uti in l. quamdiu. 69. de acq. her. l. 14. §. plerique. de relig. l. cum in antiquioribus. 19.

C. de



*C. de jur. del. ostendunt*, pluribus, quam duobus distinctis modis, hæreditatem non acquiri: sed etiam res ipsa evincit, non posse pluribus modis acquiri. Illud enim palam est, voluntatem suscipiendæ hæreditatis hic totum facere; tantum relinquere, ut illa declararetur. At qui pluribus modis declarari non potest, quam his duobus, aperta testatione, aut aliquo facto: illud autem veteres aditionem, hoc pro hærede gestionem five geritionem appellant. De cretionibus antiquitatis amantes plura invenient apud *Briffon. lib. 7. de formul. Ravard. de ant. prud. c. 8. Gregor. Tholof. 46. syntagm. 2. n. 6.*

*Si rebus hæreditariis tanquam hæres utatur*] Diximus, hæreditatem extraneis hæredibus non acquiri, nisi voluntate & destinatione animi: eum autem animum qui aperta testatione declarat, dici adire; qui facto aliquo, dici pro hærede gerere. Adire cum sit apertæ testationis, nemo dubitare potest, quid hac testatione hæres voluerit. At si quid hæres gesserit, ambigi potest, quo gesserit animo: quoniam facta non loquuntur, & exerceri possunt alio animo, quam pro hærede gerendi. Potest enim quis attingere res hæreditarias, ut tamen id non faciat quasi hæres, *l. pro hærede. 20. in pr. & §. 1. de acq. har. Quibus igitur ex rebus in eo, quod ab hærede geritur, animus pro hærede gerendi deprehenditur? Ex multis sanè. Finge, hæredem quid fecisse, quod citra nomen & jus hæredis facere non potuit, veluti si conditionis implendæ causa quid acceperit ex judicio testatoris, d. l. pro hærede. §. Papinianus. aut gessisse aliquid, quod non nisi hæres utiliter & cum effectu gerere potuit, puta servos hæreditarios manumisisse, l. Julianus. 42. §. 2. eod. tit. eum qui hæc facit, perspicuum est quasi hæredem facere, eoque & pro hærede gerere videri. Quid si rebus hæreditariis usus sit, ædes inhabitaverit, agros coluerit, aut locaverit, servis cibaria præbuerit, pecora, jumenta paverit, æs alienum solverit, res quasdam hæreditarias distraherit? Creditur, suo potius nomine, quam alieno hæc fecisse, & in his omnibus gessisse pro hærede; nisi contra doceat, se nihil horum quasi hæredem fecisse: sed velut custodiat, aut quia sua putavit, aut quia quid fecit, dum deliberaret, ut res salvæ essent: ideoque in hujusmodi factis consultum est, initio hæredem testari, se quod facturum est, non facturum ut hæres esse velit, d. l. pro hærede. §. 1. l. 1. C. de repud. har. l. 2. C. de jur. del. Plane si defunctum funeravit, ex eo solo non videbitur pro hærede gessisse: quia id officium humanitatis jure cuius præstari potest. Majoris tamen cautionis est, si hic quoque protestetur, l. 14. §. plerique. 8. derelig.*

*Et quoquo modo voluntatem declares, vel re vel verbo*] Aut pro oratione disjunctiva hæc accipienda sunt, in qua repeti intelligatur, quod prius dictum est, hæreditatem acquiri vel pro hærede 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 hærede gerere hic latius accipere, quam in pr. §. eoque comprehendere utrumque acquirendi modum, tam verbis, quam re. Utrumque sit, voluntas amplectendæ hæreditatis aut facto aliquo, aut apertè verbis declaranda est: siquidem, ut vulgo dicitur, propositum in mente retentum nihil operatur. Ideoque quod Accursius in l. 2. de interr. in jur. ait, hæreditatis aditionem confi-

tere in occulta voluntate non sic accipiendum est, eum, qui nuda destinavit & apud se constituit hæreditatem adire, hac destinatione hæreditati obligari: sed ita, neminem obligari ut hæredem, nisi qui ea mente quid gessisset aut protulisset probetur, ut hæres fieret. Id autem in occulto positum esse, ac proinde probatum difficillimum. Neque vero etiam Porcio & Angelo assentio, qui existimant, nuda animi destinatione hæredem aliquem fieri & obligari in foro concientiarum, quo etiam inclinare videtur D. Bachovius: nam, ut rectè Bartolus in l. gerit. 88. de acq. har. nemo velle videtur, quod non aliquo modo declaraverit: & prudentissimus simul ac doctissimus Viglius hic, *Varie*, inquit, *sunt humane mentis inclinationes, ut nunc ad adendum, nunc ad repudiandum propendamus: Et tunc demum velle aliquod videtur, cum animum nostrum exteriori aliquo signo confirmavimus. Alioqui quid est humanis cogitationibus vel inconstantibus, vel mutabilibus? Nec Deum*, inquit, *velle arbitror, ut hujusmodi indiscrcta voluntate illaqueamur.* Illud in transitu moneo, purè hæreditatem adendum esse, non sub conditione: nam si quis, verbi causa, dixerit, *si solvendo hæreditas est, eam adeo, nulla aditio est, l. eum qui. 51. §. ult. de acq. har.* quo jure etiam hodie utimur.

*Dummodo sciat, testatum intestatumve obiisse, & se ei hæredem esse*] Duo requirit Imp. ut quis adeundo, aut pro hærede gerendo hæres fiat: unum est, ut sciat, defunctum aut testatum aut intestatum decessisse. Et prius igitur est, ut certus sit, eum decessisse: neque enim viventis ulla est hæreditas, l. qui hæreditatem. 19. l. neminem. 27. l. hæres. 32. l. qui superstitis. 94. de acq. har. Ponamus ergo, agnatum proximum, cum ignoraret, se hæredem scriptum, hæreditatem tanquam lege sibi delatam adiisse, prove domino bona administrasse, hæres non erit: nam ut pro hærede gerendo se quis obstringat hæreditati, scire debet, qua ex causa hæreditas ad eum pertineat, auctore Paulo l. si is. 22. eod. Alterum est, ut sciat, se hæredem esse, id est, hæreditatem aut testamento aut ab intestato sibi delatam: & proinde etiam certus esse debet de conditione testatoris, paterfam. an filiusfam. sit, & generaliter, testamenti factionem habuerit, necne, l. hæres. 32. §. ult. eod. Ad hæc et si sciat, se hæredem institutum, sed utrum purè, an sub conditione, ignoret, non poterit adire hæreditatem, d. l. hæres. §. 1.

*Veteres hæredes pro dominis appellabant*] Sic etiam Festus, *Hæres*, inquit, *apud antiquos pro domino ponebatur*, quod & Plauti confirmat auctoritas, apud quem Menæchmus peregrinus de palla sic loquitur,

*Prandi, potavi, atque abstuli.*

*Hanc, cujus hæres nunquam eris post hunc diem.*

Atque hinc est, quod pro hærede gerere & pro domino gerere, hæreditas & dominium, à nostris promiscuè usurpetur, l. si is. 22. de acq. har. l. 2. §. ult. de bon. poss. sec. tab. Quæ res eos juvare videtur, qui hæredem à verbo herus dictum existimant; licet ratio prioris syllabæ repugnare videatur, quæ in herus corripitur, in herus producta est: quam ob causam Viglius & Hotomannus potius ab herus deduci putant, ut hæres dicatur, quasi hærens, eo quod proximus defuncto in bonorum dominio hæreat. Sed hic obstat, quod hæres & hæreditas sine diphthongo scribi in M. Tullii libris annotavit P. Victor, & in

& in Pandectis Florentinis Cujacius. Atque ideo Hottmannum existimo maluisse derivare hanc vocem ab herede, quod terram significat: unde sit heredium, Varro- ni, agellus, qui hæredem sequebatur. Cæterum non sunt hæc magni momenti: nec quantitas syllabæ semper in derivatis retinetur, quod vel pueri in scholis sciunt, & docet Gellius lib. 12. cap. 3. quanquam ille exemplis ad id demonstrandum parum aptus titur.

9 *Constraria destinatione statim ab hereditate repellitur* ] Eadem autem omnia in repudiante requiruntur, quæ in hæreditatem admittente; ut voluntatem declarat aut aperte verbis, puta ut dicat se hæredem esse nolle, scrip- tivo aut nutu id testetur, l. recusari. 95. de acq. her. aut re aliqua & facto, unde ea voluntas colligatur: cujus- modi est, si hæres institutus idemque legitimus, de tes- tamentaria hæreditate nihil aperte statuens legitimam aut adierit aut repudiaverit: creditur enim, qui hoc fecit, eodem momento testamentariam repudiasse, l. ne is qui. 17. §. 1. l. illud. 77. eod. tit. item si præteritus aut ex hæredatus ab hærede instituto, cum sciret eum hære- dem esse, emit aliquid aut prædia conduxit, vel ei sol- vit quod testatori debebat: His enim factis & iudicium defuncti agnoscere intelligitur, & jus suum repudiare, l. si ponas. 23. §. 1. de inoff. test. Scire item debet, qui repudiat, vivat is, de cuius hæreditate agit, nec ne; testatus, an intestatus decesserit; hæres, necne, ei sit; purè, an sub conditione sit hæres institutus. Postremo de sua quoque & defuncti conditione certus esse debet; alioqui uti audeundo, ita repudiando, nihil agit, l. 13. l. 15. & 4. l. seqq. l. heres. 32. l. qui superstitis. 94. de acq. her.

10 *Qui surdus vel mutus natus vel postea factus* ] Mu- tus, nec non surdus, etiam ita nati, pro hærede gerere

& obligari hæreditati possunt, l. 5. l. pater. 93. in fin. d. tit. Disertè autem dicitur, pro hærede gerere; quia hi voluntatem verbis declarare nequeunt. Et pertinet hoc utique etiam ad surdos, qui natura tales sunt, quos lo- qui non posse constat. Enimvero si quis casu aliquo fur- dus factus sit, quin, ut loquendo, ita & verbis volun- tatem declarando, hæres fieri possit, non est ambigen- dum. 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. re- cusari. 95. eod. Quod si hæreditas delata sit ei, cujus nul- la voluntas est, qualis est furiosus, curator tradetur hæreditas administranda ea lege, ut si furiosus postea ad se redierit, ipse de ea suscipienda aut omittenda statuat: & omnia ad eos revertetur, ad quos remoto furioso per- ventura fuisset, uti etiam si in furore decesserit, l. ult. §. 3. & seqq. C. de cur. fur. Quid si impubes sit, cui de- lata hæreditas? Quod hujus iudicio deest, supplebit tu- toris auctoritas, l. pupillum. 49. de acq. her. l. 9. §. 3. de aut. tut. l. 5. C. de jur. del. In infante novum jus à Theodosio constitutum est, ut ipse tutor nomine infan- tis hæreditatem adire possit, l. si infanti. 18. C. d. tit. Quod si impubes in potestate sit, hic auctore patre rectè adibit, l. 8. §. ult. de acq. her. neque obstat, quod im- pubes, qui in potestate parentis est, ne auctore quidem patre obligatur, §. pupillus. 9. in fin. inf. de inut. stip. l. ult. §. 2. de verb. oblig. quia in proposito non obligatur ipse impubes, sed pater, cui hæreditatem acquirit. Cæ- terum in adventitia hæreditate dicendum est, ab illa re- gula recessum esse juniorum Principum constitutionibus, d. l. si infanti. §. ult. C. de jur. del. l. ult. §. ubi autem. 6. C. de bon. qua lib. Don. ad d. l. ult. §. 2. num. 7. de verb. oblig.

TITULUS XX.

D E L E G A T I S .

Dig. Lib. 30. 31. 32. C. Lib. 6. 37.

*Ratio ordinis cum summa eorum, qua hic explicantur.*



Cognita ratione deferendæ hæreditatis ex testamento, recta procedendum videbatur ad partem alteram, quæ docet, quomodo deferatur hæreditas ab intestato, ac sine flexu iter institutum continuandum, do- nec omnes per universitatem acquisitiones percursæ forent. Eo enim nos ipse rerum ordo & disposi- tio partium deinceps tractandarum facta §. ultim. sup. per quas pers. cuiq. acq. quasi manu ducit. Sed Imp. hic ali- quantum à cæpto deflectit propter legata & fideicom- missa; nec absque ratione. Nam cum legata & fideicom- missa non minus testamento relinquuntur, quam hære- ditas, & vix ullum testamentum condatur, in quo non aliquis legato aut fideicommissio honoretur: hæc causæ communitio, simul quod legata sunt partes, hoc est, ac- cessiones & appendices testamenti, exigit, ut hoc loco maximè de his disputetur, atque ob hanc etiam causam id in hunc locum collatum est, d. §. ult. cum alioqui le- gata & fideicommissa sint modi, in quibus non univerfi-

tas, sed res singulæ acquiruntur. Hoc titulo disputatur de legatis; atque ordine hæc docentur, quod sit legatum; quotuplex olim fuerit, & quæ nunc natura atque effectus omnium; quibus rebus olim legata distabant à fideicom- missis, & quæ postea secuta exæquatio; quæ res dari le- gari possint, vel non possint, quibus rectè legetur, aut contra postremo quædam, quæ ad veterem formam le- gandi pertinebant, mutantur.

T E X T U S .

Continuatio.

*Post hæc videamus de legatis: qua pars juris extra propositam quidem materiam videtur: nam loquimur de iis juris figuris, quibus per univer- sitatem res nobis acquiruntur: sed cum omnino de testamentis, & de heredibus, qui in testa- mento instituuntur, loquuti sumus, non sine*

Ccc

causis

*causa sequenti loco potest hac juris materia tractari.*

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

**D**E iis figuris, quibus per universitatem] Figuris, id est, causis, modis, rationibus. Docemus quibus modis res universæ acquiruntur: legatis autem acquiruntur res singulæ; quorum idcirco tractatio hinc aliena videatur. Repetenda vero est memoria ejus, quod notavimus in expositione §. ult. sup. per quas pers. cujq. acq. in hac distinctione acquisitionum non solius objecti rationem haberi, verum etiam ipsorum modorum & causarum acquirendi: legatum esse modum & titulum acquirendi singularem, hoc est, comparatum ad acquirendum res singulas, non universas: & ideo licet universitas, pars bonorum, aut hæreditatis alicui legata sit, quod fieri posse constat; l. si quis. 23. l. non amplius. 26. §. 2. de legat. 1. l. cum pater. 39. de vulg. & pup. Ulp. tit. de legat. §. sicut. 23. tamen hunc legatarium non fieri juris successorum, d. l. non amplius. §. 2. proinde nec ulla actiones hæreditarias aut activè aut passivè in eum transire: ob quam causam olim factum, ut stipulationes partis & pro parte inter hujusmodi legatarium & hæredem interponerentur, §. sed quia. 5. inf. de fid. har. Quod autem parte hæreditatis legata non deducuntur impensæ, puta pretia fervorum manumissorum, aut sumptus 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 l. cum filius. 76. §. 1. d. tit. de legat. 2. Lucio Sempronio legata proponitur hæreditas Publii Mævii, eam Sempronius non suscipit, ut hæreditatem: sed ut bona, quæ à Mævio ad testatorem pervenerunt.

## T E X T U S.

## Definitio.

1. *Legatum itaque est donatio quadam à defuncto relicta, ab hærede præstanda.*

## N O T A.

1. *Donatio quadam]* Quadam συνωνυμίζουσι generi additum, quia legatum propriè donatio non est: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, v. sup. de don. Florent. *delibatio hæreditatis*, l. 116. de leg. 1. *μείσις κληρονομίας* Basil. 44. tit. 1. c. 1.

*A defuncto relicta]* Modest. l. 36. de leg. 2. *testamento relicta*. Sed Tribonianus videtur verbo generaliore usus, ut serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fideic. l. 2. C. comm. de legat.

*Ab hærede præstanda]* Defunt hæc apud Modestini. nec Theoph. Cujac. Hot. agnoscunt, neque ad definitionem sunt necessaria. Sæpe tamen nostri definitionibus aliquid adjiciunt plenioris explicationis gratia.

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

1. *Legatum unde dictum.*

2. *Cur particula quadam donationi in definitione adjecta.*

3. *Consulto pro testamento relicta, ut est in definitione Modestini, hic positum à defuncto relicta.*

4. *Verba ab hærede præstanda, non videri otiosa, ut quidam censent.*

**L**egatum, inquit Ulpianus in *fragm. hoc tit.* est, quod *legis modo*, id est, *imperativè* testamento relinquitur: quæ notatio quædam est & ratio nominis: cæterum quia hoc longiuscule petitum videtur, alii potius legare dictum putant à *legando*, quatenus hoc verbum deligere & decerpere significat: quod & Florentinum existimasse credibile est, ac proinde legatum definiisse *delibationem hæreditatis*, l. legatum. 116. in pr. de leg. 1. Nam delibare decerpere est. Cic. in orat. pro Sext. *Omnes undique fosciculos carpere atque delibare.* Quæ autem decerpuntur, leguntur. Virg. *Eclog. 3.*

*Qui legis flores & humi nascensia fraga.*

Nec dissimili admodum ratione Varro lib. 4. de ling. Lat. legatos à *legendo* appellatos tradit; quia scilicet *publicè lecti sint, ut mittantur.* Cæterum etymologia Ulpiani convenientior videtur latitudini significationis verbi *legare*, in qua usurpatur in illo legis duodecim tabularum, *uti quisque legasset*, &c. ubi hoc verbo *legasset*, continentur etiam hæredum institutiones, denique quicquid verbis directis paterfam. in testamento caverit, confirmatur, l. *verbis legis*. 120. de verb. sign.

*Donatio quadam]* Particulam *quadam* Modestinus in sua legati definitione non addidit, l. legatum. 36. de legat. 2. Non est tantum omnino supervacua, ut quidam putant. Quippe legatum propriè donatio non est: in omni enim donatione res inter duos agitur, nec ulla est donatio sine acceptione, ne mortis quidem causa, ut supra demonstravimus sub §. 1. & 2. de donat. Legatum autem sola testatoris voluntate constat; atque ita tamen, ut suspendatur, & post mortem testatoris adhuc pendeat ab additione hæreditatis: quod iterum secus in donationibus etiam iis, quæ mortis causa fiunt, l. 5. §. *qui mortis*. 17. de his qua ut indigne. 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 merè lucrativus: quam ob causam etiam separatur ab hæreditate, quæ onera quoque continet, & interdum damnosa est, l. si hæreditatem. 32. mandat. l. hæreditatis. 119. de verb. sign. Additum igitur generi est *synωνυμίζουσι quadam*, ut sciamus, genus hoc non simpliciter, sed quadantenus & ratione analogica speciei definitæ convenire. Neque quicquam hætenus contra legem aut modum definiendi, vid. *Goelen. de trop. defin. can. 9. except. 1.*

*A defuncto relicta]* Directo scilicet & proximè à defuncto, non per interpositam mediam personam; ut excludatur fideicommissum: quod quidem etiam relinquitur à defuncto, sed *impūius*, atque ita, ut relictum prius alteri quærat, atque in hujus persona consistat. Videtur autem Tribonianus pro eo, quod est in definitione Modestini, *testamento relicta*, consulto usus verbo generaliore, *à defuncto relicta*, ut serviret constitutioni Justiniani de exæquatione legatorum & fideicommissorum, quæ est l. 2. C. comm. de leg. & fid. Post hanc enim exæquationem non minus legata, quam fideicommissa, non testamento tantum, sed etiam ab intestato relin-

relinqui posse coeperunt, aut codicillis testamento non confirmatis: quod secus fuit jure veteri, quo legata tantum ex testamento valebant, §. *prætoræ. inf. de fid. her.* Id quod Modestinus indicare voluit, & Florentinus significat, cum legatum sic describit, ut sit *delibatis hereditatis*, (*μειωσις κληρονομίας*, *Basil. 44. tit. 1. c. 1.*) qua testator ex eo, quod universum hereditas foret, alicui quid collatum velit, l. *legatum. 116. in pr. de legat. 1.* Eadem differentia indicatur ab Ulpiano in *fragm. tit. de fideicom. §. 3. & 6.*

*Ab hærede præstanda*] Hæc verba non agnoscunt Theoph. Cujac. Hotoman. Wesemb. Baro à sciolo aliquo adjecta, ac proinde inducenda putat. Et fatendum sanè est, non esse hæc verba ad definitionem legati necessaria: quippe in qua queritur, quid sit legatum; non à quo relinquatur aut præstandum sit; quod pertinet ad executionem nem. Caterum causam nullam admodum video, cur cum extent in vulgatis codicibus, deleri atque ex iis expungi debeant. Sæpè enim nostri latioris explicationis gratia quædam definitionibus adjiciunt, quæ ad essentiam rei definitæ non pertinent: ut videre est in definitione tutelæ, l. 1. *de tutel. item furti, l. 1. §. 3. de furt.* quod & hic factum videtur. Sed dixeris, vel ideo delenda esse, quia post executionem legatorum & fideicommissorum non tantum ab hærede, sed etiam à legatario legari potest. Ego vero nego quod ita relictum est, propriè legatum esse, licet concedam jure legati censi; de quo non nihil iterum infra *de fideic. her. in pr.* Illa autem levicula sunt, ob quæ nonnulli clausulam hanc inducendam putant, primum quia legatum ab ipso testatore nonnunquam præstetur, l. *Lucius. 22. de legat. 2.* deinde quod quæ legantur, recta dicuntur transire ad legatarium, l. *à Titio. 64. de furt.* Nam ad primum quod attinet, constat, legatum omne sic relinqui, ut præstetur post mortem testatoris, & proinde ab hærede. Quod si testator antevertat & ipse præstet, dum vivit, mutatur voluntate testatoris, quod legatum erat, in donationem inter vivos, per l. *hujusmodi. 84. §. si Titio. 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 hærede petenda & præstanda est. Neque enim potest quisquam sibi jus in rem dicere, aut legatarius privata auctoritate occupare legatum: alioqui hæredi potestas est id revocandi interdicto quod legatorum, l. 1. §. 2. *quod legat. de quo vid. Clar. §. testamentum. quæst. 68. Peck. 1. de testam. conjug. 48. Christin. vol. 4. dec. 36.* Sed & translatio illa dominii ficta potius est, quam vera, & ideo introducta maximè, ut legatarius post diem legati cedentem decedens ad hæredem 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; & nonnunquam titulum seu causam, ut *tit. pro legat.* Frequentissimè autem designat rem ipsam legatam.

T E X T U S.

De antiquis generibus legatorum sublatis.

2. Sed olim quidem erant legatorum genera quatuor: per vindicationem, per damnationem,

*sinendi modo, per præceptionem: & certa quadam verba cuique generi legatorum assignata 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: & quibuscunque 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 perfectissimè accipere possibile est.*

N O T Æ.

2. *Certa quadam verba*] Vid. Ulp. *tit. 24. Cajum lib. 2. tit. 1.* Notæ juris, D. D. E. *dare damnas esto.* Per præceptionem solummodo legatur uni ex hæreditibus. Cajus *d. lib. & tit. §. ult.* Th. hic. Formula: *Luc. Titius mihi ex parte hæres rem illam præcipito.* Hæc capiendi figura præceptio dicitur, prælegatum, & præcipuum. Græc. *εξαιρητός διος.*

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

1. Pro formularum diversitate olim quatuor genera legatorum fuisse, non solum nominibus distincta, sed etiam natura & 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.

**P**er vindicationem, per damnationem, sinendi modo, per præceptionem] His nominibus sic genera hæc distincta atque appellata fuerunt à verborum formulis cuiusque generis propriis, aut earum una aliqua. Per vindicationem his verbis legabatur, *Do, lego, capito, sumito. tibi habeto, vindicato.* Per damnationem ita, *Hæres meus damnas esto dare, dato, facito, hæredem meum dare jubeo.* Sinendi modo sic, *Hæres meus damnas esto sinere L. Titium sumere illam rem sibi que habere.* Per præceptionem uni ex hæreditibus legabatur hac formula, *L. Titius mihi ex parte hæres illam rem præcipito, aut præcipuum habeto.* In formula legandi per vindicationem & præceptionem verba testatoris ad legatarium diriguntur: in legato damnationis ad hæredem; in sinendi modo formula mixta videtur. Non tantum autem hæc genera verborum formulis, sed natura quoque & jure distincta fuerunt. Per vindicationem & præceptionem legari solum poterat res testatoris propria; sinendi modo etiam hæredis; per damnationem etiam aliena. In duobus prioribus, genere legato, aut duabus rebus distinctim, electio erat legatarii: idque puto etiam obtinuisse in relicto sinendi modo; quia in hoc quoque genere

nere verba executiva, ut loquuntur, diriguntur ad legatarium. In damnationis autem legato hoc casu electio erat hæredis. Quod per vindicationem relictum erat, petebatur actione in rem: (quanquam 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 competiisse, post Theoph. Bachovius scribit: Causam etiam vindicari potuisse, lib. 2. b. r. § pen. quod ego locum habuisse puto, cum restatoris propria hoc genere legati relicta esset. Quod per præceptionem cohæredi datum erat, eo nomine familiæ eriscundæ agebatur in cohæredes. Hæc ferè, & quædam alia hujusmodi reperiuntur apud Ulp. tit. 24. Cajum lib. 2. tit. 5. Paul. 3. sens. 6. & Theophil. hæc. Si cui vacat, etiam per me licet adeat Ant. Fab. 6. conj. 1. caute tamen.

*Constitutionibus DD. Principum verborum solemnitas sublata*] Significatur l. in legat. 21. C. hoc tit. quæ una quidem constitutio est, sed trium Imp. Constantini, Constantii & Constantis; quos si singulos spectes, totidem dici possunt Imperatorum constitutiones. Hi iidem Imp. etiam verborum solemnitatem & observantiam sustulerunt in institutionibus hæredum, & in amplectenda bonorum possessione, l. quoniam. 15. C. de testam. l. ult. C. qui admitt. ad bon. poss.

*Nostra autem constitutio*] Est l. 1. C. comm. de legat. Sublata in legatis verborum solemnitate, etsi licebat aliis verbis, idem quod typica significantibus, in unoquoque genere uti; nec Latino tantum, sed etiam Græco, aut Gallico, aut cujuscumque alterius gentis sermone legatum relinquere, quod antea non licuisse pacta formularum verba arguunt, & testatur Ulp. tit. 25. §. 7. manebat tamen adhuc veteris naturæ & effectuum 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. 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 occurrant, scito, Tribonianum hæc per incuriam reliquisse, qui dum responsa Jurisconsultorum ad constitutionem Justiniani accommodare studuit, verba quidem hæc, per vindicationem, aut damnationem, ubique sustulit; rem autem ipsam & effectum reliquit.

*Non verbis, sed voluntatibus*] Ætymologia hujus exæquationis: quæ talis tamen est, ut quivis facile intelligat, Imperatorem noluisse quicquam statuere, aut exæquationem istam valere contra manifestam voluntatem testatoris. Quamobrem si testator, verbi causa, generaliter quid legaverit, aut hoc vel illud disjunctim, verbis executivis ad hæredem directis, non dubitarem respondere, in hujusmodi legato electionem tribuendam esse hæredi, cum DD. comm. & Zas. in l. legato. 37. n. 22. de legat. 1.

*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. ser. vo. 69. §. ult. l. non quocumque. 82. in pr. l. quasitum. 91. §. ult. de legat. 1. l. qui concubinam. 29. §. 3. de legat. 3.

l. 6. de in lit. jur. §. si res aliena. 6. inf. eod. Hæc actio in personam est ex obligatione. Nam cui legatum datum est, is de eo præstando obligatum habet hæredem, à quo relictum est. Obligatio est, quasi ex contractu: quippe cum hæres adit aut agnoscit hæreditatem intelligitur eam agnoscere cum sua conditione, atque onere; scilicet ut præstet, quod testator injunxit: atque hoc factum quodammodo cum legatariis contrahere videtur, §. hæres. inf. de obl. qua quas. ex contr. ex quo apparet, tertium possessorem hac actione conveniri non posse, hæredem posse, etsi non possideat, per l. actionum. 25. de obl. & act.

*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 rectè à testatore in legatarium transibat, l. legatum. 80. de legat. 2. l. à Titio. 64. de furt. Quod autem per damnationem relinquebatur, ejus rei dominium transibat ad hæredem; & in hoc tale legatum simile erat fideicommissum, quod ipsa formula evidenter ostendit, & quod etiam res aliena per hanc formulam rectè legabatur. Jam vero certum est, actionem in rem omni domino competere, & soli, l. in rem. 23. in pr. de rei vind. eique consequens, ut in qua specie ad obligationem hæredis accedit dominium legatarii, ibi legatario non tantum personalis, sed etiam in rem actio detur; ubi autem sola hæredis 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 legatario datur: quippe jure legatorum omnium exæquato tam ex legato damnationis, quam vindicationis dominium rei legatæ rectè ad legatarium transit. Illud fortè aliquem turbabit, quod eidem ejusdem rei nomine duæ contrariæ actiones conceduntur, quarum altera intendat sibi dari oportere, altera se dominum esse contendat, contra §. sic itaque. 14. 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. in rem. de rei vind. & in promptu alia responsio est, descendere nimirum hæc actiones ex diversis causis; in personam ex obligatione hæredis; in rem ex jure domini, quod statim à 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 hæredem quasi ex contractu sibi obligatum habet. Rursus agentem in rem non considerari ut creditorem, sed ut dominum rem suam ab hærede, non ut obligato, sed ut possessore, vindicantem, nam & contra alios possessores sic in rem ageret. Concursum autem duarum harum actionum non cumulativus est, sed electivus, hoc est, non ita simul competunt, ut liceat experiri utraque, sed ut una, ultra legatarius velit: una autem electa altera consumitur, l. cum filium. 76. §. variis. 8. de legat. 2. l. hujusmodi. 84. §. ult. l. si

*l. si servus. 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, vindictatio 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. nemo plus juris. de reg. jur.*

*Et per hypothecariam*] Prioris 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 separ. id.*, ut locus ipse indicat, *junct. l. 1. §. sciendum. 3. eod. t.* accipiendum est de specie pignoris prætorii, quod jure separationis creditores hæreditarii in bonis defuncti habent, & post hos in eo, quod superest, legatarii, qui separationem impetraverunt. Agi potest hac actione hypothecaria in quacunque res à defuncto relictas, adversus quosvis earum rerum possessores. Ajo, à defuncto relictas; siquidem non res hæredis propriæ, sed hereditariæ, ex hac causâ pignori sunt legatariis ex d. constitutione Justiniani. Neque tamen in his rebus numeranda videtur res testatoris, quæ legata sit: quippe quæ statim sit legatarii: rei autem nostræ pignus non consistit, *l. neque pignus. 45. de reg. jur.* Actionem hypothecariam cum personâ cumulari posse, receptum est, *Myns. 1. obs. 58. Charond. 4. respons. 52.* cum vindicatione autem adversus eundem 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 leg.* etiam harum cumulationem admittit: quem sequitur *Bachov. in Treusl. vol. 2. disp. 13. thes. 7.* Ut sit, certi juris est, actiones, quæ se invicem non consumunt, successivè 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 vindictio: ut proinde simpliciter verum esse non possit, quod nonnulli simpliciter tradunt, tres hæc actiones electivè concurrere, non cumulativè: sed nec pignus liberari debitor ad solvendum condemnato responsum est, *l. quamvis. 8. C. de pign.* Illud pene supervacuum monere, actionibus hæc locum non esse, nisi adita ex testamento hæreditate: nam si hæreditas adita non fuerit, nihil eorum, quæ testamento scripta sunt, valet, *l. si nemo. 9. de test. int. l. eam. 14. C. de fideicommissis.* nisi forte testator voluerit scripturam testamenti etiam pro codicillis valere, sive quod testamento relinquatur, etiam ab hæredibus legitimis præstari, *l. ex ea scriptura. 29. §. 1. qui test. fac. l. ex testamento. 29. C. de fideic. l. ult. §. 1. C. de codicill. de quo plura Jaf. in d. l. 14. & post eum Sichard. n. 6. 7. & 9. Don. num. 9 & seqq.* Illud in transitu monere non inutile visum, actionem hypothecariam, quam Justinianus pro legatis aut fideicommissis concessit, ex constitutione ipsius inter plures hæredes ipsa 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. rem hereditariam. 65. de evict. introductum.* Ac proinde hoc non obtinebit in hypotheca aut pignore expresso, quod testator legati aut fideicommissi nomine constituit: *l. non est mirum. 26.*

*de pign. act.* cum in dubio credendum sit testatorem se conformare voluisse ad jus commune. *l. ult. C. de verb. sign.* Atque hinc intelligimus, etiam post hæc constitutionem Justiniani adhuc utiliter pignus testamento constitui, *add. Christin. vol. 4. decif. 47. num. 3. & 4.* Donellus tamen nihil in hoc putat esse singulare, *in d. l. 1. num. 12.*

T E X T U S .

Collatio legatorum & fideicommissorum.

3. *Sed non usque ad eam constitutionem standum esse existimavimus. Cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem; fideicommissis autem, que ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem: necessarium esse duximus, omnia legata fideicommissis exæquare, ut nulla sit inter ea differentia: sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum: & si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissorum natura. Sed ne in primis legum cunabulis permistim de his exponendo studiosis adolescentibus quandam introducamus difficultatem, opera preiurum esse duximus, interim separatim prius de legatis, & postea de fideicommissis tractare; ut natura utriusque juris cognita, facile possint permistionem eorum eruditi subtilioribus auribus accipere.*

N O T A .

3. *Pinguiorem naturam indulgentem*] Vid. Ulp. *d. tit. 25. Caj. lib. 2. tit. 7. Th. hic.*  
*Necessarium esse duximus*] *l. 2. comm. de legat.*  
*Nulla sit inter ea differentia*] Scil. in ipsa re. Ait enim se non verbis, sed rebus leges imponere, *d. l. 2.* Itaque essentialis differentia legati & fideicommissi sublata non est: sed quod verbis directis & imperativi legis modo est relictum, adhuc legatum; & quod precariis, fideicommissum est. Sed neque ea differentia sublata, quam facit manifesta voluntas testatoris; cuius rei exemplum habemus *§. pen. inf. de sing. reb. per fid. rel.*

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

1. *Auctorem exæquationis legatorum & fideicommissorum isidem esse Justinianum.*
2. *Cur stricte 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 fideicommissis.*

**S**uperiore §. 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.

dem Justinianus est, l. 2. C. comm. de legat. quod etiam hoc loco expresse proficitur. Et verum esse vel ex eo liquet, quod veteres inter legata & fideicommissa differentia, quas Ulpianus in fragm. & Cajus lib. 2. commemorant, certe maxima earum pars, usque ad tempora Justiniani permanferunt. Quamobrem dubitandum non est, quin illud, quod apud Ulpianum l. 1. de legat. 1. legimus, per omnia exaequata 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 & adicere quadam & detrachere scriptis veterum possent. l. 1. C. de ver. 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. Wafemb. hic. Covar. in c. Raynaldus. §. 1. n. 3. x. de testam. Aliter & diversimode hoc expediunt Cujac. 8. obs. 4. Ravard. 3. var. 4. Robert. 2. sent. 23. quorum explanationes etsi non probo, confutare tamen nolo, quia res non meretur ullam operam. Illud autem monendum, hanc legatorum & fideicommissorum exaequationem pertinere tantum ad fideicommissa specialia, quibus scilicet res singulae relinquuntur; ad universalis siue ad hereditates fideicommissarias non pertinere: is enim, cui ex fideicommissio restituitur hereditas, heredis loco habetur. De quo uberius inf. de fideic. har.

*Stricto concludentem*] Id est, strictam legatis naturam attribuentem, eaque cogentem intra verborum ac formularum angustias, & voluntates testantium juris subtilitati subjicientem. Quippe in legatis, utpote quae ex legibus & jure civili ortum ducebant, certis quibusdam & solennibus ac praescriptis verbis utendum erat, sicut & in heredis institutione, nec aliis verbis, relicta valebant: quae verba idcirco legitima & civilia dicebantur, l. 7. de vulg. & pup. l. ult. C. de testam. qualia sunt: do, lego, capio, sumo, habeto, haeres meus damnas esto dare, heredem meum dare jubeo. Atque ad haec verba, quoniam fere imperativa sunt, & legislationis propria, respexit Ulp. in fragm. hoc tit. legatum definiens, quod legis modo relinquatur. Ceterum prisca illa & praecisa verborum observantia jam ante Justinianum sublata fuit, ut intelleximus in §. praec. Voluntas quoque testantis cancellis quibusdam in legando circumscripta erat. Siquidem legatum relinquere non poterat nisi in testamento aut codicillis testamento confirmatis, §. praeterea. 10. inf. de fideic. har. Cajus lib. 2. tit. 7. Praeterea legatum relinquere non poterat ante heredis institutionem, nec post mortem heredis, nec a legatario aut fideicommissario, sed a solo herede, §. ante. 34. & seq. inf. eod. & tit. de sing. reb. per fideic. rel. in pr. Ulp. hoc tit. §. post mortem. & §. a legatario. Cajus dict. tit. 7. Denique verba legatorum strictae accipiebantur, neque in his si perspicua erant & minime ambigua, facile admittebantur conjecturae, aut quaestio voluntatis, l. ille. 25. §. 1. de legat. 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 relinquens. Proinde in fideicommissis parum referebat, quibus verbis relicta essent, modo certa esset testatoris voluntas, l. cum vi-

rum. 16. C. de fideic. adeo ut fideicommissum non minus Graeco, quam Latino sermone recte relinqueretur, l. 11. in pr. de legat. 3. Ulp. d. tit. §. item Graeco. Hoc amplius etiam nutu fideicommissa posse relinqui placebat, l. numer. 21. d. 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. quisquis. 95. de legat. 3.

*Pinguorem naturam indulgentem*] Non ea adstringentem verborum formulis, nec voluntatem relinquentis coercentem intra rigorem juris civilis, laxioremque longe & benigniorem interpretationem in fideicommissis, quam in legatis admittentem. Unde nihil eorum, quae legatum vitiasse diximus, oberat fideicommissio. Poterat & ab intestato relinqui, & codicillis testamento non confirmatis. Poterat relinqui & ante heredis institutionem & post mortem heredis. Poterat & a legatario & a fideicommissario, ut supra allegata simul docent. Erant & aliae quaedam inter legata & fideicommissa differentiae, quarum Ulp. tit. 25. & Caj. lib. 2. tit. 7. meminere. Nobis hic omnes referri curae non fuit.

*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 exequare est, alterius vim ac naturam alteri communicare; quemadmodum hoc Imperator ipse. mox explicat & in d. l. 2. C. comm. de leg. itaque nunc legata aequae & ab intestato, & nutu, & a legatario, &c. relinqui poterunt, ac fideicommissa. & voluntas legantis servabitur. Quod ideo monendum putavi, ne quis putet hac exaequatione essentiali harum rerum differentiam sublatam esse, & quod verbis directis ac imperativi relicta est, etiam fideicommissum factum; & contra quod precariis, legatum: quod esset absurdum. Nam voluntas testatoris legatum aut fideicommissum facit & discernit. Ac proinde etiam adhuc fieri potest, ut aliquo casu dissimilem haec necessario effectum habeant, ne quid fiat contra voluntatem defuncti; quam non evertere, sed conservare Justiniano propositum fuit. Cujus rei exemplum habemus in legato & fideicommissio libertatis, §. pen. inf. de sing. reb. per fideic. rel. Quinque alias differentias refert Giphanius, quas existimat post exaequationem nostram adhuc relictas: sed perspicuo errore, nec digno, qui confutetur.

*Si quid amplius est in legato*] Mutua igitur est haec exaequatio. In legatis hoc amplius erat, quam in fideicommissis, quod aliquando, & scilicet legata re testatoris propria, dominium rectam in legatario transibat, ex fideicommissio nunquam: 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 compete- bat extraordinaria persectio. De quo dicendum amplius inf. tit. de fideic. har. §. 1. Ceterum etiam hanc differentiam sustulit Justinianus, & fideicommissa vice mutua in his rebus exaequavit 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 differit, tanquam inter legata & fideicommissa quaedam adhuc differ-



rentiæ obtinerent, quas tamen certum est cum una cum cæteris sublatas voluisse. Veluti in §. *prætoræ. 10. inf. de fideic. hered.* ubi ait, legata nisi ex testamento non valere. Et in *pr. tit. de sing. reb. per fid. vel. sic loquitur*, quæ si à legatario etiamnam legare non liceret.

T E X T U S .

De re legata. Et primum de re Testatoris, hæredis aliena, cujus non est commercium.

4. *Non solum autem testatoris vel hæredis res, sed etiam aliena legari potest, ita ut hæres cogatur redimere eam, & præstare; vel si eam non potest redimere, astimationem ejus dare. Sed si talis sit res cujus commercium non est, vel adipisci non potest, nec astimatio ejus debetur; veluti si quis campum Martium, vel basilicæ, vel templa, vel qua publico usui destinata sunt, legaverit. Nam nullius momenti tale legatum est. Quod autem diximus, alienam rem posse legari, ita intelligendum est, si defunctus sciebat alienam rem esse, non si ignorabat. Forsitan enim si scivisset alienam rem esse, non legasset, & ita divus Pius rescripsit. Et verius est, ipsum qui agit, id est, legatarium, probare oportere, scivisse alienam rem legare defunctum; non hæredem probare oportere, ignorasse alienam. Quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.*

N O T A .

4. *Cujus commercium non est*] Ejus rei, quæ absolute commercio exempta, legatum prorsus inutile est: cujusmodi sunt, quæ hic & in l. 39. §. 8. & seqq. eod. 1. memorantur. Sed nec earum rerum legatum regulariter consistit, quæ ædibus juncta sunt, l. 41. cum 2. seqq. eod. Quid si vel testator vel hæres commercium rei non habeant? Resp. si legatarius habeat, utile esse legatum, l. 49. §. 3. eod. 2. fac. l. 34. de verb. obl. fin minus, non valere, d. l. 49. §. 2. d. l. 34. non obstat, l. 114 §. 5. eod. 1. neque l. 11. §. 16. eod. 3. illa tibi quod respondeas ipsa subministrat: in hac agitur de legato militiæ, cujus natura æstimatione continetur, d. l. 49. §. 1. in l. 40. eod. delenda videtur secunda negatio, alioqui illa abundant, cujus commercium legatarius non habeat. Cujac.

[*Legatarium probare*] Hoc idem iisdem verbis Marcian. tradit l. 21. de prob. fac. l. 23. C. eod.

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

1. *Quarum rerum legatum consistat, aut non consistat.*
2. *Legem 12. tabb. non impedire, quominus res aliena legari possit. Et num jus Canonicum.*
3. *Quid juris sit in legato rei communis. Quæstio subtilis & elegans.*
4. *Effectus legati rei aliena.*
5. *Legatum rei simpliciter exempta commercio, aut ususibus Principis deseruientis, prorsus inutile esse. Ut & regulariter earum rerum, qua ædibus juncta.*

6. *Rei exempta commercio certa persona legatum valere, si legatarius commercium habeat; sin minus, secus; subjecta plenissima solutione omnium, qua obstat videantur.*

7. *Quid juris, si feudum legatum sit.*

8. *Legatum rei aliena, nisi singulari conjectura adjuvetur, cur demum valere placeat, si testator sciverit, alienam esse: & cur legatario ejus rei probatio incumbat.*

**I**nchoatur hic 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 iustus est facere, parere debeat: nec solum res corporales, sed etiam incorporales, puta usumfructum, servitutem, nomen. Deinde posse legari non modò 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 exempta, 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 exempta commercio quorundam, non omnium, ut mancipium Christianum, cujus commercium non habent hæreticus, Judæus, paganus, r. C. *ne mancip. Christ.* item militia, hoc est, officium alicujus eorum, qui in aliqua schola seu ordine inter statutos relati sunt, ex quo salaria à Principe consequuntur; cujusmodi officiorum constat quoque non omnes jure capaces esse, *vid. Cujac. in l. 3. §. si quid minori. 7. de minorib.* Sic prædii provincialis cum aliis commercium est, cum prædide non item. Atque hujus generis res aliquando utiliter, aliquando inutiliter legantur: de quo uberior paulo post. Quæ res legata in commercio est, ea vel est testatoris propria, vel non est; & hæc iterum vel hæredis, vel legatarii, vel tertiæ alicujus, quæ in hoc argumento specialiter dici solet res aliena. De re hæredis scriptum hic 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. unum. 67. §. si rem. 8. de leg. 2. De re legatarii legata distincte dicitur *inf. sub §. sed si rem. 10.* De re aliena hic itidem traditum est, eam utiliter legari; cum ea tamen distinctione, quam legatum rei testatoris aut hæredis 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 præcipitur diligentius *sub §. ex contrario. 14.*

[*Sed etiam aliena*] Etiam res alienas legari posse, semper constitit, & posse, etiamsi difficilis earum paratio sit, ut ait Jurisconsultus l. cum servus. 29. §. constat. 7. de legat. 1. nec obstat lex duodecim tabularum, quæ tan-

tum de suo legandi potestatem facit, *l. verbis. 120. de verb. sign.* nam & qui legat rem alienam, de suo legare intelligitur. Onerat enim hæredem, ut rem redimat, & redemptam præstat. Olim hoc proprium fuit legatorum, quæ per damnationem relinquebantur. Sicut indicat *l. qui quatuor. 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. ab omnibus. 104. §. 2. de legat. 1.* Ejus rei, quæ apud hostes est, bello scilicet capta, legatum omnimodo consistit jure postliminii, *l. 9. l. si servus. 98. cod.* An autem jure quoque Canonico legatum rei alienæ valeat, dubitatur propter *cap. filius. x. de testam.* ubi videtur ejusmodi dispositio improbari. Covarruvias putat, speciem *d. c.* esse singularem, quod res alterius Ecclesiæ legata proponeret sepulturæ causa: & ideo extra speciem illic propositam etiam jure Pontificio alienæ rei legatum consistere: & ita quoque *Mansi. 9. de conj. ult. vol. 10. Fachin. 5. contr. 38.* Atenim negari non potest, quin Pontifex in *d. c.* ostenderit, sibi displicere rei alienæ legatum, cum id magis *seculi legibus*, quam *legi Dei* convenire significat. Quamobrem D. Tulden. *bic. cap. 5.* fatetur quidem, improbari à Pontifice hanc juris civilis dispositionem: cæterum 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 hæres rem à domino redemptam, aut eo nolente vendere, justam rei æstimationem legatario præstat. Crediderim, Pontificem opinionis errore deceptum putasse, rei alienæ legatum legibus seculi ita sustineri, ut eam rem, velit nolit, dominus suo pretio vendere teneatur: nam ut hæres aut redemptione rei alienæ, aut pretii illius præstatione oneretur, constat, legi divinæ minime repugnare. Quæsitum est, quid juris sit in legato rei communis. Finge testatorem fundum Sejanum, quem cum Titio communem habebat, legasse Sempronio non adjecta portione. Res dubitationem non habet, si testator sic dixerit, *fundum meum.* Hic enim portionem tantum deberi, id est, partem, quæ testatoris fuit, non alienam, diserte respondet Paul. *l. 5. §. ult. de legat. 1.* & addit, hoc constare, ut ostendat, certi juris esse, non controversi. Quippe & verba & mens testatoris hic pro hærede faciunt. Verba, quia *fundum meum* recte interpretatur, quatenus meus est: nam meum etiam recte dicitur, quod pro parte meum est, *l. in re communi. 26. de serv. præ. urb. l. si quis. 74. de legat. 3. l. 2. de cond. inst.* quamvis totum meum esse non recte dicatur, *l. recte. de verb. sign.* Mens testatoris, quia etiam si res dubia esset, non facile crederetur testator onerare hæredem suum voluisse necessitate redimendi, *l. unum. 67. §. si rem. 8. de legat. 2.* Sed dubitatur, si testator non dixerit, *fundum meum*, aut *qui meus est*, sed simpliciter fundum sibi cum alio communem legaverit, utrum totus debeatur, an ea 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 contra-

riam sententiam, quam probant *Bart. Bald. Jas. Aug. Zas. Duar. in d. l. 5. §. ult. de legat. 1. Mans. 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 hæredem suum ita onerare; ut partem alienam redimat; quæ conjectura efficacissima est, *l. unum. 67. §. si rem. 8. de leg. 2. l. Stichus. 36. in fin. de usufr. leg.* Eandem rationem habet, quod in specie fundi vectigalis legati responsum est, non videri proprietatem legatam, sed jus, quod in eo testator habuit, *l. si domus. 71. §. ult. de legat. 1. fac. l. 24. de instrum. vel inst. 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. Juliano. 68. in pr. de legat. 3.* Fusius hanc quæstionem tractamus *lib. 2. select. quest. cap. 26.*

*Si eam non potest redimere, æstimationem ejus dare]* <sup>4</sup> Effectus legati rei alienæ hic est, ut hæres eam rem teneatur redimere & præstare, aut si redimere non possit, quod dominus eam vel nolit vendere, vel non nisi immodico pretio vendere velit, justam æstimationem inferre, *l. si domus. 71. §. 3. de legat. 1. l. non dubium. 14. §. ult. l. qui quatuor. 30. §. ult. de legat. 3.* & competit legatario eo nomine actio personalis ex testamento. In rem hoc casu competere non potest, quoniam fieri nequit, ut realia 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.

*Si talis sit res, cujus commercium non est, nec æstimatio debetur]* <sup>5</sup> Ejus rei, quæ simpliciter atque absolute extra commercium est, legatum inutile profusus atque inane est, ut nec æstimatio debeat. Cujus generis sunt res sacræ, sanctæ, religiose, usibus publicis destinatæ, *l. cum servus. 39. §. pen. de legat. 1.* Idem est, si legata sit res, quæ usibus Principis deservit, veluti horti Salustiniani, fundus Albanus, aut prædia, quæ in patrimonio Cæsaris sunt; quippe quarum rerum commercium non est sine jussu Principis, & furiosi est talia legata adscribere, *d. l. cum servus. §. antepen. C. ult.* Sed neque earum rerum legatum regulariter consistit, quæ ædibus junctæ sunt, ut puta columnæ, marmora, tegulæ, aut alia id genus: quamobrem nec his rebus legatis æstimatio debetur, *l. cetera. 41. cum 2. l. seq. d. tit.* Excipiuntur duæ causæ, in quibus harum etiam rerum legatum valere placet: quarum una est in *d. l. cetera. §. sed si quis. 5. altera in l. 11. §. si quis illicito. 14. de legat. 3.* nimirum quia in utraque ea specie cessat ratio, ob quam hæres legari, aut negotiandi causa eximi prohibentur, quæ hæc est, ne ruinis deformetur aspectus publicus, *l. 2. C. de adif. priv.* Hæc omnia liquida sunt & cunctis probata. <sup>6</sup> Quod si certæ alicujus personæ commercio res exempta est, refert, testator is aut hæres sit, an legatarius. Si testator, utile nihilominus est legatum, si legatarius commercium habeat: nam & utilis est stipulatio, si rei in

in stipulatum deductæ commercium habeat stipulator, licet promissit non habeat, *l. multum. 34. de verb. obl.* Idemque est, si hæres non habeat, legatarius habeat: neque enim hic persona hæredis; utpote à quo res mox abitura est, considerari debet. Textus est in *l. mortuo bove. 49. §. sed Proculus. 3. de legat. 2.* Hæc quoque extra dubitationem posita sunt, & usu, uti & superiora, recepta. *Grot. 2. manuduct. 22. vers. pen.* Quod si legatarius commercium non habeat, traditum est, legatum non valere, *dist. l. mortuo bove. §. 2. cui simile est, quod is, qui rei commercium non habet, eam inutiliter stipulatur, dist. l. 34. de verb. obl. & quod donari non potest, quod donatario acquiri non potest, l. 9. §. ult. de donat. eis igitur adpandem ai plura d' oratione*, ut ibi Græci. Cæterum non est hoc æque expeditum, ac præcedentia. Nam primum oblatæ videtur, quod responsum est, militia servo alieno legata, domino æstimationem deberi, modo testator sciens eam servo legaverit, *l. 11. §. si seruo. 16. de legat. 3.* Atqui servus militiæ capax non est. Respondeo, servis ademptam esse totius juris civilis communionem. Sed sciendum, testamenti factionem cum servis ex persona dominorum introductam, ut proinde si domino militia relinqui potuit, & servo possit, atque in persona servi ipsi domino relicta videatur, *l. non minus. 31. de hered. inst.* Eo fit, ut si testator servo alieno militiam legaverit, legatum utile fit, & æstimatio, quæ natura legati militiæ continetur, *d. l. 49. §. 1. de leg. 2.* debeat domino, qui militiæ commercium habuit. Utique si testator non ignoraverit servum esse: nam si liberum putavit, scriptum est in *d. l. 11. §. si seruo.* denegari fideicommissi petitionem, addita hac ratione, quia si scisset servum, non reliquisset. Itaque nec ad dominum quicquam isto casu ex legato aut fideicommissio redire voluit, reperiturque res relicta ei solum, qui commercium ejus non habet. Quod distinctionem nostram confirmat. Secundo refragari putatur *l. si filiusfam. 114. §. si quid alicui. 5. de legat. 1.* Sed hic locus ipse tibi quod respondeas, subministrat. Ait Jurisconsultus, *si quid alicui licite fuerit relictum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem 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 relictae interdictum est. Nemo enim dicit prædium provinciale licite legari prædidi, aut mancipium Christianum Judæo. Proponitur relictum ei, qui casuali quo & probabili ex causa rem habere non potest; non ei, qui jure capere prohibetur. Finge, furdo, muto, aut cæco militiam legatam aut per fideicommissum relictam, hoc casu æstimatio debetur: at non deberetur, si ea res relicta esset incapaci, argum. *d. l. 11. §. si seruo. 16. de legat. 3.* Postremo hic objicitur *l. sed si res. 40. de legat. 1.* qui locus plus difficultatis habet: scriptum enim illic expresse est, utile esse fideicommissum & æstimationem deberi etiam eo casu, quo fideicommissarius jus possidendi non habet. Donellus in *d. l. multum. 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 habet, ubi quæstio est de conditione personæ legatarii, non de capacitate ejus aut incapacitate,

ut jam intellectum est, Robertus, 3. *animadvert. 11.* & alii, interesse putant, si verit testator legatarium five fideicommissarium incapacem esse, an ignoraverit: priore casu æstimationem deberi, posteriore non item. Non displicet, quod Cujacius in *d. l. multum*, contendit reduadare in *d. l. sed si res*, 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 sententia verissima est. Nam persona legatarii in hujusmodi specie quasi subducitur, perindeque habetur, ac si fideicommissum recta ab hærede relictum esset: estque casus hic simillimusei, qui proponitur in *d. l. mortuo bove. 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, nec ne, si fideicommissarius non habeat, aut non habeat jus possidendi? Non placet hæc confidentia Cujacii Duareno in *d. l. sed si res.* Sed cui placere poterit Duareni explicatio, verba illa, *cui jus possidendi non est*, referentis ad legatarium, qui Duareno idem est ille, cui per fideicommissum relinqui dicitur? Quis non videt, tunc totum illud, *cui possidendi jus non est*, abundare? Existimat autem Duarenius in quæstione proposita distinguendum esse ex ratione juris veteris inter legatum & fideicommissum. Legatum rei, cujus legatarius commercium non habet, eo jure inutile esse; fideicommissum, in quo benignior admittebatur interpretatio, utile, atque ex eo æstimationem fideicommissario, deberi. Argumento esse, quod in iis locis, ubi negatur deberi æstimatio, agatur de legato, ut in *dist. l. mortuo bove. de leg. 2. §. pen.* contra ubi æstimatio dicitur deberi, de fideicommissio, ut in *d. l. 11. §. si seruo. de legat. 3. & d. l. si filiusfam. 114. §. si quid alicui. de legat. 1.* Bachovius etiam, qui idem in hac re, quod Duarenius sentit, non inelegantem sibi hujus differentia 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 in casu differentia fuisset inter legata & fideicommissa, utique ejus meminissent Ulp. & Cæjus sub tit. *de fideicom.* 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 hæcenus naturæ, ut eadem res, quæ per unum relinquij possunt, possint & per alterum, *dist. tit. de fideic. §. 4.* Sed nec magis ex legato damnationis dominium recta in legatarium transit, quam ex fideicommissio: ex quo apparet rationem illam differentia, quam Bachovius profert, non esse usque adeo elegantem. Quid si feudum legatum sit? Hic æstimationem deberi negant *Gail. 2. obs. 154. n. 13. Fach. 5. contr. 37. Vult. 1. de feud. cap. 9. n. 72. Pot. Gregor. 42. synagm. 32. Ajunt Peregri. de fideic. art. 11. n. 103. & seq. Matheac. lib. 2. epit. legat. cap. 19. n. 4.* Quorum sententia probatior videtur Bachov. in *Treutl. vol. 2. disput. 13. thes. 5.* Sed prior apud nos obtinet, si testator de suo feudo disposuerit non interveniente domini consensu, *D. Grot. 2. manud. 42.* si de alieno, nisi aliunde liquido constet

testatorem & æstimationem præstari voluisse, uti supremam apud Mechlinienses Curiam censuisse refert D. *Christin. vol. 6. decis. 28.*

*Si sciebat alienam rem esse*] Non semper res aliena legata debetur: sed ut superius diximus, interest utrum quis rem alienam legans, sciverit rem alienam esse, an ignoraverit: si scivit, debetur; si ignoravit, non item, *l. cum alienam. 10. C. hoc tit. l. unum. 67. §. si rem. eod. 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 hæredem suum onerare voluisse redemptione rei alienæ, *d. l. unum. §. si rem. l. Stricho. 36. in fin. de usufr. leg.* Atque hinc intelligere licet distinctionem illam ad rem hæredis legatam non pertinere, sed eam omnino deberi, etiam si testator eam suam existimans legaverit: nempe cum rei legatæ dominium apud hæredem est, tam facile eam hæres præstare potest, quam rem quæ defuncti fuit, *d. l. si unum. §. si rem.* 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, aliivæ tali personæ, cui verisimile est testatorem quovis modo legaturum fuisse, *d. l. 10. C. eod.* quod ad legata in piam causam relicta traducunt *Tiraq. priv. pia caus. 66. Vasq. lib. 3. de succ. progr. §. 27. n. 41.*

*Legatarium probare oportere*] Quia fere in casu legati rei alienæ quæstio inter hæredem & legatarium nasci solet, dum ille contendit ignorasse defunctum rem alienam esse, hic contra scivisse; quod porro aliud dubium parit, utri scilicet necessitas incumbat probandi, hæredine ignorasse defunctum, an legatario scivisse: ideo Imperator, quid in hac re juris esset, simul definire voluit. Ait autem ab hærede nullam in proposito probationem exigi, sed legatarium probare oportere, scivisse defunctum rem alienam esse, adjecta hac ratione ex notissima juris regula, *l. actor. C. de prob. l. 4. C. de edend.* quia necessitas probandi incumbit ei, qui agit; qui hic legatarius est, non hæres. Hoc idem iisdem verbis & Marcianus tradidit *l. verius. 21. de prob.* Accedit tamen huc etiam alia ratio, eaque fortior, quod hæres præsumptione juris adjuvatur, quæ etsi actoris partes hæres sustineret, onus tamen probandi rejiceret in legatarium, *l. 8. §. 9. eod. tit.* Plane potest hoc ius ex circumstantiis variari: nam si apud alium rei legatæ possessio sit, neque in ea defunctus quicquam juris habuit, aut sibi asseruit, magna causa est præsumendi pro legatario, scivisse defunctum, rem alienam esse, *add. Gomez. 1. resol. 12. n. 13. Christin. volum. 4. decision. 32. n. 5. & seqq.*

#### TEXTUS.

De re pignorata.

*§. Sed & si rem obligatam creditori aliquis legaverit, necesse habet hæres eam luere. Et in hoc quoque casu idem placet, quod in re aliena, ut ita demum luere necesse habeat hæres, si sciebat defunctus rem obligatam esse: & ita divi Severus & Antoninus rescripserunt. Si tamen de-*

*functus voluerit legatarium luere, & hoc expresserit, non debet hæres eam luere.*

#### NOTA.

*5. Si rem obligatam*] *Fac. l. 57. de legat. 1. l. 15. de dor. pral. l. 6. C. de fideic.*

*Hæres eam luere*] *In d. leg. 15. liberare.* Luere est pignus solutione vel satisfatione liberare.

*Et hoc expresserit*] *In testatoris certa & expressa voluntate conjecturis non est locus, l. 33. eod. 1.*

#### COMMENTARIUS.

*1. Doctrina hujus §. non ob stare quod alibi traditur, si res certa legata sit, talem dari debere, qualis est.*

*2. Interdum etiam tunc cum testator nescivit rem obligatam esse, hæredem eam luere debere, & quibus casibus.*

*3. Quid juris sit pignore distracto.*

**R**es pignori obligata quodammodo aliena est, utpote cujus pretium nobis absit, quod pro ea liberanda præstare cogimur, *argum. l. Labeo. 14. de verb. sign.* unde & pignoris obligatio species quædam alienationis habetur, *l. ult. C. de reb. al. non alien.* Atque hinc est, quod in re pignori obligata idem placet, quod in re aliena, ut quemadmodum hæres rem alienam legatam cogitur redimere, ita & rem pignori obligatam, quæ legata sit, luere, id est, nexu pignoris liberare, soluta creditorum pecunia, *hoc text. l. si res. 57. de legat. 1. l. licet. 15. de dor. pral. l. pradia. C. de fideic.* Non obstat quod alibi traditur, si res certa legata est, talem dari debere, qualis est; verbi causa si fundus, qui legatus est, servitutum debet, eum cum servitute recte præstari, *l. serv. 69. §. 3. de legat. 1. si servus statuliber legatus est, statuliberum recte dari, l. servum. 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 ususfructus alienus est, hæredem hunc ususfructum redimere debere; quoniam scilicet & in ususfructu res aliena legata videtur: nam etsi ususfructus non in parte, sed in jure consistit, emolumentum tamen rei continere, & ideo instar obtinere portionis, *l. Mavius. 66. §. pen. l. cum filius. 76. §. dominus. 2. de legat. 2.* Plane, si quis prædium legavit obligatum pro annuo reddito, hoc casu non esse cogendum hæredem prædium liberare, post Joan. Fab. D. Tuldenus *hic. c. 11.* annotavit: & ita observari ait; quoniam ejusmodi onera plerumque perpetua sunt, instar servitutis rei inhærentia, ut proinde non sit præsumendum, testatorem cogitasse de liberatione, *decis. Cur. Holland. 11. in fin.*

*Ita demum, si sciebat defunctus*] Si ignorabat, valet quidem adhuc legatum: cæterum tunc res à legatario luenda est, *dd. loc.* Duo sunt casus, quibus placet etiam tunc cum ignoravit defunctus rem obligatam esse, hæredem pignus luere debere. Unus est, si testator eam rem vel aliam non minoris pretii æque legaturus fuisset, si scisset obligatam, *d. l. si res. de legat. 1. d. l. pradia. C. de fideic.* 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. cum alienam. C. de legat.* Alter casus est, cum debitum ex æquâ aut superat

superat pretium rei pro eo obligatæ: quoniam hoc casu legatarius ipse rem liberans nihil reliqui habiturus esset, atque inani legato, quod verifimile non est defunctum voluisse, ludificaretur, *d. l. si res. in pr.* ubi ita legendum est, *vel nisi non potest aliquid esse superfluum exsoluto are alieno.* Ut editiones Roberti Stephani, 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. 43.* quotiescunque plus est in legata, quam in debito, pro quo obligata est, hæredem eam luere debere, etiam ubi nescivit testator obligatam esse: quod & verum esse existimat *Fachin. d. loc. & D. Tuldem. hic. c. 11.* Atqui tunc regula convertenda erit: quoniam rarissime fit, ut creditores pignus accipiant, cuius æstimatione 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: cæterum quod restat adhuc exsolvendum, ut pignus in totum liberetur, id ab hærede præstandum: quam interpretationem verba ista, *si potest esse aliquid superfluum exsoluto are alieno*, minime ferunt. Illud hic monendi sumus, tunc solum hæredem posse pignus luere, cum id nondum à creditore legitime distractum est. Distracto pignore res in priorem speciem rei alienæ legatæ incidit, utpote dominio pignoris iure in alium translato, *l. non est novum. 46. de acq. rer. dom. l. ult. C. si vend. pign. agas.* Proinde hoc casu id superest, ut hæres aut rem redimat, aut si redimere non possit, æstimationem ejus præstet; nisi contraria defuncti voluntas ab hærede ostendatur, *d. l. pradia. C. de fideic.*

*Voluerit legatarium luere & hoc expresserit*] Ratio manifesta est, quia in certa voluntate testatoris conjecturis non est locus; sed simpliciter standum est voluntati defuncti, *l. si pluribus. 33. de legat. 1.*

TEXTUS.

De re aliena post testamentum à legatario acquisita.

6. *Si res aliena legata fuerit, & ejus rei vivo testatore legatarius dominus factus fuerit, siquidem ex causa emptionis, 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 eundem hominem & eandem rem concurrere non posse. Hac ratione si ex duobus testamentis eadem res eidem debeatur, interest, utrum rem, an æstimationem, ex testamento consequutus sit. Nam si rem habet, agere non potest: quia habet eam ex causa lucrativa: si æstimationem, agere potest.*

NOTÆ.

6. *Traditum est duas lucrativas, &c.*] Omnes debi-

tores, qui speciem ex causa lucrativa debent, liberantur, cum ea species ex causa lucrativa ad creditores pervenit, *l. 17. de obl. & act. fac. l. 108. §. 4. de leg. 1. l. 66. §. 1. eod. 2. l. 83. §. 6. de verb. obl. l. 61. de solus.* Ratio est, quia cum creditoris jam res esse cœpit, in eum casum devenit obligatio, à quo incipere non potuit, *§. 10. inf. eod. §. 2. inf. de inus. stip. §. 14. inf. de act. diversa ratio est causæ onerosæ; quia cui pretium abest, ei adhuc res ipsa abesse videtur, l. 14. de verb. sign.*

COMMENTARIUS.

1. *Distinctionem hoc §. traditam locum habere etiam cum res legata mortuo testatore ad legatarium pervenerit.*
2. *Duarum causarum lucrativarum in eandem rem & personam concursus esse speciem liberationis, & quo ea pertinet.*
3. *Quid si eadem res eidem sapius legata sit eodem testamento.*
4. *Quid si eadem quantitas eidem legata vel unius testamento, vel duorum.*
5. *Si duorum testamentis eadem res relicta sit, cum qui rem nactus est, posse ex altero adhuc æstimationem petere: non contra, & cur tam variè.*

**S**I res legata tempore facti testamenti legatarii fuit, legatum inutile est, ut docetur *inf. §. sed si rem. 10.* 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 eandem rem & personam concurrere non posse: quam statim explicabimus. Causa onerosa est, ex qua rem ita accipimus, ut pro ea aliquid vicissim præstemus: quod accidit in emptionibus & permutationibus. Dotis etiam causa onerosa intelligitur, *l. ex promissione. 19. de obl. & act.* Lucrativa causa est, propter quam accipienti nihil abest, quales sunt legatum, fidei commissum, donatio, *l. 4. §. si quis. 29. de dol. mal. exc. l. inter. 83. §. si rem. 6. de verb. obl. l. in perpetuum. 61. de solus. l. un. §. lucrativas. 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.

*Vivo testatore*] Exempli causa hoc dictum putant Gloss. & DD. idemque obtinere, quamvis id contigerit testatore mortuo: quibus assentior. Nam et si hæreditatem aditam ponamus, ex quo hæres debitor efficitur; idem tamen dicendum esset, nempe hæredem liberari, si antequam rem redimere & præstare posset, ea ex alia causa lucrativa ad legatarium pervenerit, juxta regulam generalem traditam in *l. omnes. 17. de obl. & act.* Proinde frivolum est, quod objicit Bachov. diem legati cedere à morte testatoris. Sed quid si legatarius eandem rem iterum vivo testatore alienaverit, an legatum convalescet? Negant comm. DD. Sed ego subsisto propter *l. non quocumquod. 82. in pr. de legat. 1.* qui locus arguere videtur, cum effectu obligationem in proposito non extingui,

qui, nisi die legati cedente dominium rei adhuc apud legatarium existat.

*Ex causa emptionis, &c. pretium consequi potest*] l. plane. 34. §. quod si. 7. de legat. 1. add. l. si a substituto. 45. l. huiusmodi. 84. §. qui servum. 5. eod. tit. & quidem si rem totam emit, aliove oneroso titulo acquisivit, pretium totius; si non totam, sed partem, pretium partem, quam emit, consequetur, d. l. non quocunque. §. 3.

*Duas causas lucrativas in eundem hominem & eandem rem*] Definitio generalis, cui locus est non tantum, si ex causa legati aut fideicommissi res debeatur, l. si servus. 108. §. Stichum. de legat. 1. l. Mavius. 66. §. 1. de legat. 2. l. nutu. 21. §. 1. de legat. 3. sed etiam si ex aliis causis similiter lucratis, d. l. omnes. 17. de obl. & act. l. inter stipulantem. 83. §. si rem. 6. de verb. obl. l. in perpetuum. 61. de solut. Est enim duarum lucratarum causarum circa eandem rem & personam concursus species liberationis, d. l. omnes. de obl. & act. quæ, ut ego existimo, referenda est ad eas causas, in quibus res incidit in eum casum, unde incipere non potuit, §. 2. inf. de inur. 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, §. sicutaque. 14. inf. de act. Dices, idem contingere, si res ad creditorem pervenit ex causa onerosa. Cur igitur pariter hoc casu non accidit, ut alius liberetur, qui eandem rem ex causa lucrativa debet? Nimirum quia cum ex causa onerosa creditor rem nactus est, licet domini jure non minus, quam si ex causa lucrativa nactus esset, rem habeat: emolumentum tamen non videtur habere, eoque nec ad eum pervenisse, secundum veterum doctrinam, qui sic definiunt, rem abesse videri ei, cui pretium abest, l. Labeo. 14. de verb. sign. Porro locus est propositæ regulæ, si certa res sit aut species, quæ debetur: nam si certa quantitas aut summa bis, verbi causa, legata sit, non potest dici eandem rem deberi, l. plane. 34. §. 3. de legat. 1. l. Titia. 87. de legat. 2. quamvis si ab eodem multiplicato legati non præsumatur, d. l. plane. §. 3. Exigit regula, ut ea species ad creditorem pervenerit, d. l. omnes. de obl. & act. quæ verba cum effectu accipienda sunt, si sic pervenerit, ut sit mansura: alioqui si in ea causa sit, ut avocari possit, aut ea lege legata, ut alteri restitatur, definitio locum non habet, l. non quocunque. 82. in pr. & §. 1. de legat. 1. l. in perpetuum. 61. de solut. fac. l. aliud. 71. de verb. sign.

*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. plane. 34. §. 1. de legat. 1. Quippe sæpius idem legando non ampliatur testator legatum, l. si alii. 42. de usufr. nec tam legasse testator, quam sæpius locutus creditur, l. Mavius. 66. §. eum. 5. de legat. 2. l. si tibi. 86. §. 1. de legat. 1. nisi manifestè constet ampliandi legati causa sæpius legasse: ut in hac specie; Duos quis scripsit hæredes, & damnavit unumquemque solidam rem legatario præstare; hic idem esse responsum est, atque si duobus testamentis legatum esset, l. quid ergo. 53. §. 2. de legat. 1. Ait eadem res, id est, eandem 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 repetivisse legatum, quam voluisse multiplicare, d. l. plane. §. 3. nisi forte diversis scripturis legaverit, puta testamento & codicillis: tunc enim nisi hæres contrarium ostendat, legatum duplicatum præsumitur, l. 12. de probat. & ibi Gloss. & comm. DD. Duar. ad d. l. plane. ubi occurrit argumentis Zafii hanc distinctionem impugnantis: aut si variaverit testator modum legandi in quantitate vel qualitate, conditione, tempore, loco, vel causa: nam & tunc ampliasset legatum creditur, nisi contrarium doceatur, per l. cum contum. 9. de adm. leg. Bald. Casfr. Raphaël. Jaf. in d. l. plane. §. 1. Gomez. 1. resolut. 12. num. 38.

*Utrum rem, an æstimationem*] Igitur quod scriptum est in d. l. plane. §. 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: eoque jure utimur, Grot. 2. manuduct. 22. Non obstat huic distinctioni l. huiusmodi. 84. §. 2. de legat. 1. ubi per exceptionem repelli dicitur, qui pretium rei legatæ accepit: nam in specie d. l. hæres Titius id duntaxat legasse intelligitur, quod ipse in re legata habuit, videlicet jus per biennium retinendi, ut eo legato nihil præter commodum representationis contineatur. Rationem propositæ distinctionis supponit l. tantum. 88. de verb. sign. ubi docet Jurisconsultus, eum, qui rem habet, & æstimationem habere intelligi: contra qui æstimationem habet, non videri habere rem ipsam: re enim æstimationem contineri, æstimatione rem non contineri: ut proinde si is, qui rem habet, æstimationem petat, id petere intelligatur, quod jam habet: qui æstimationem adeptus est, si rem petat, id petere, quod non habet. Adhæc etiam affectio ad rem esse potest supra æstimationem, l. si in emptionem. 35. de minor.

## TEXTUS.

De his quæ non sunt in rerum natura.

7. *Ea quoque res, qua in rerum natura non est, si modo futura est, rectè legatur; veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.*

## COMMENTARIUS.

1. *Purumne sit legatum, de quo hic agitur, an conditionale, & plenius n. 2.*

**Q**Uæ in rerum natura non sunt nec actu, nec potentia, frustra & inutiliter legantur, veluti si hypocentaurus legetur, aut homo, qui mortuus sit; quemadmodum & stipulatio harum rerum inutilis est, §. 1. inf. de inur. stip. fac. l. servus. 108. §. qui quinquages. 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 nunquam existat: veluti si fructus legentur, qui in fundo

Tuscu-

Tusculano nascentur, vel quod ex Arescusa natum erit, aut insula in flumine nascitura, l. quod in rerum. 24. in pr. de legat. 1. l. etiam ea. 17. de legat. 3. l. 1. §. ult. de cond. & dem. cujusmodi tamen rerum legatum olim per damnationem tantum relinqui potuisse docet Cajus lib. 2. inst. de legat. §. 3. De eo quaeritur, purumne sit hujusmodi legatum, an conditionale. Dicendum est pro puro haberi, quoad transmissionem; pro conditionali, quoad obligationem: cum Gloss. & DD. comm. ad l. cum illud. 25. §. 1. quand. dies leg. ced. Gomez. 1. ref. 12. n. 24. quod mox perfectius intelligitur.

*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, hæres dato*, vel sic expressa certa quantitate, *consum amphoras vini ex eo, quod natum erit in fundo Semproniano, heredem meum dare jubeo, d. l. quod in rerum. 24. de legat. 1. l. 5. de tritic. vin. leg.* 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 sanum 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. interdum. 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 hæredem, l. cum illud. 25. §. ult. junct. l. 6. §. 1. quand. dies leg. inde dictum est, tales conditiones non facere legata conditionalia, l. conditiones. 99. de cond. & dem. quia nimirum præcipuus hic est legatorum conditionalium effectus, ut non transmittantur pendente conditione, l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg. Non obstat l. cum ita. 16. eod. tit. loquitur enim de legato alternativo, & tali specie, in qua duplex est dubium, & quid nasciturum, & quid hæres electurus sit: nondum autem edito partu electioni locus non est. Utique vero legatum futurorum fructuum, earumque rerum, quæ postea nascentur, pro conditionali hæctenus 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. interdum. 73. de verb. obl. Obiter & illud hic monendus es, non pertinere huc legatum certæ quantitatis fructuum, etiam si fundus adjectus sit non taxationis, sed demonstrationis causa, eoque casu integrum legatum deberi, et si ex fundo adjecto tantum percipi non possit, l. Lucius. 12. de alim. leg. l. Paulus. 27. §. ult. de legat. 3.

T E X T U S.

De eadem 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 defecerit, 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 eundem hominem Stichum, aequè disjunctim legatum intelligitur.

N O T E.

8. Si alter deficiat, totum ad collegatar.] Si plures sint vel conjuncti vel disjuncti, pars deficiens omnibus accrescit ex æquo. Si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur; disjunctorum partes accrescunt omnibus, sic tamen, ut conjuncti unius personæ potestate fungantur, l. 34. eod. l. 1. 89. eod. 3. l. un. §. 10. C. de cad. toll. Conjunctis autem accrescit cum onere, disjunctis sine onere: illis non nisi volentibus, his etiam invitis, d. l. unic. §. 11.

Titio & Sejo hominem Stichum do, lego] Hi re & verbis conjuncti dicuntur, l. 142. de verb. sign. quod si testator adjecerit, *aquis partibus*, tum verbis conjuncti erunt duntaxat, d. l. 142. d. l. 89. inter quos tamen & ipsos juri accrescendi locus, ut vincit, d. l. 89. nam jus prælationis, quod illic eis tribuitur, necessario præsupponit jus accrescendi.

Dijunctim] Separatim, pluribus orationibus. Sunt tamen & hi conjuncti respectu rei, ad quam vocantur: unde & re conjuncti dicuntur triplex enim conjunctio est, d. l. 142. d. l. 89.

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

1. Quid sit jus accrescendi.
2. In hereditaribus id jus valere ex necessitate: unde ea necessitas, & qui ejus effectus.
3. Deficientium heredum portiones quibus pro qua parte accrescant.
4. Valere idem jus & in legatis, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris: unde dissimilia effecta; & qua.
5. Verus 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 verè conjunctos esse, & n. 10.
8. Quibus pro qua parte defecta pars collegatarii accrescat.
9. Inter legatarios diversarum rerum jus accrescendi non esse.
10. Singulos, tam conjunctorum, quam disjunctorum diversa consideratione, rectè & totum habere dici, & partes.
11. Quid sit partem ab initio facere, notato Gothofredo & Goveano.
12. Locus Ulpiani in l. plura §. si conjunctim. de legat. 1. expositus, rejecta interpretatione Ant. Fabri.
13. An partem faciat qui è conjunctis tempore testamenti mortuus est, aut incapax.
14. An conjuncti post obitum testatoris mortui portio conjuncto accrescat.

Ddd 3.

15. An.



15. *An inter verbis conjunctos jus accrescendi locum habeat.*  
 16. *Quibus argumentis probari videatur, verbis conjunctos re conjunctos non esse: quibus item contra.*  
 17. *Communis sententia, quod etiam inter verbis conjunctos jus accrescendi valeat, plenissima defensio.*  
 18. *Quid hic juris apud nos, & quid in legato alimenterorum.*

**T** Angitur hic disputatio de jure accrescendi, qua nulla in toto jure nostro creditur esse vel subtilior vel perplexior. Jus accrescendi est, quo deficientium hæredum ejusdem hæreditatis, aut collegatariorum ejusdem rei portiones adjuvantur iis, qui suam portionem agnoverunt. Appellatione hæredum & bonorum possessores intelligimus, l. 3. §. ult. de bon. poss. junct. l. hæreditatis. 138. de verb. sign. & l. 2. d. tit. de bon. poss. & eos quoque, quibus ex fideicommissio restituta est hæreditas, l. Papin. 43. cum l. seq. §. 1. l. antepen. ad Trebell. l. si totam. 83. de acq. her. Gomez. 1. resol. 1. n. 19. Appellatione legatariorum etiam fideicommissarios singulares & donatarios mortis causa, l. un. §. ult. C. de cad. toll. Valet hoc jus in hæreditatibus ex necessitate. Necessitas nascitur ex duobus juris principiis: unum hoc est, *Neminem hæreditatis sibi delata partem semel quæsitam repudiare posse*, l. 4. C. de rep. her. Alterum, *Neminem ejusdem hæreditatis, qua alium hæredem non habet, partem habere posse, partem repudiare*, l. 1. & l. 2. de acq. her. l. quidam. 20. C. de jur. del. l. un. §. his ita. 10. C. de cad. toll. Quin nec ipsum testatorem hoc jus in hæredibus prohibere posse, demonstravimus sup. in §. hæreditas. 5. de her. inst. Si vero non prohiberit, interpretatione juris etiam quasi ex voluntate ejus inducitur tanquam ex tacita substitutione, l. si Titio. 61. §. 1. de legat. 2. vid. Qsw. Hill. in not. ad Don. lib. 7. c. 12. & 16. Ergo qui ex aliqua parte hæres extitit, five ex testamento five ab intestato, ei invito etiam & ignoranti deficientium portiones accrescunt, l. hæredi. 31. l. qui ex duabus. 53. §. 1. de acq. hered. l. 9. de suis & leg. hered. & accrescunt semper cum suo onere, aris scilicet alieni & legatariorum. d. l. un. §. his ita. C. de cad. toll. Si plures sint, qui portionem suam agnoverunt, defectæ partes accrescunt omnibus, qui agnoverint, si omnes conjuncti aut disjuncti sint: si promiscuè 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 hæreditariis; & in distributione, si permixtim instituti sint disjuncti & conjuncti, placet conjunctos unius potestate personæ fungi, ut non plus universi auferant, quam singuli disjuncti, l. planè. 34. in pr. de legat. 1. d. l. un. §. his ita. Eademque ratio est hæredum legitimorum, cum alii conjunctim seu nomine colectivo, alii separatim vocantur: quod fit, cum quidam in stirpes, alii in capita veniunt, ut filii & nepotes, §. cum filius. 6. inf. de bar. qua abint. fratres & fratrum filii, Nov. 118. §. 3. Valet idem jus & in legatis inter collegatarios ejusdem rei; verum effectu non nihil dissimili: namque in legatis locum habet non ex necessitate aliqua aut dispositione juris, sed ex sola præsumpta voluntate testatoris eandem rem pluribus legantis: quippe quos singulos par-

tem quidem habere velle intelligitur, & legatum scindi, si concurrant: si vero non concurrant solidum, postposito hærede. Proinde & inter collegatarios ejusdem rei prohiberi accretio potest, & si singulis res singulæ relictae sunt; uno deficiente, portio ejus non accrescit collegatariis, sed in hæreditate manet, augetque jus hæredis, cui & ab initio relinqui potuisset, l. hujusmodi. 84. §. pen. de legat. 1. Deinde cum deficientis hæredis portionem cohæres 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 deficienti tantum, sed cum onere accrescat; si separatim, invito quidem, sed sine onere, l. un. §. ubi. 11. C. de cad. toll. Ratio est, quia cum conjuncto ex persona deficientis portio defecta deferatur, potest eam non admittere; quoniam deficientis potuit: ea autem admissa etiam onus ei adjunctum subire debet, arg. l. qui in jus. de reg. jur. Utrumque contra 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. §. ubi. vers. sin vero. & facit l. 4. de legat. 2. add. Gomez. 1. resol. 10. num. 42. Bart. & comm. DD. in d. l. un. & in l. re conjuncti. 89. de legat. 3. Duar. 1. de jur. accresc. 11. Jure veteri fuit in hac quæstione nonnulla in legatis ipsius differentia: nam si conjunctim eadem res per vindicationem legata fuerat, pars deficiens accrescebat; si per damnationem, manebat penes hæredem: 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 auferabat, five jure accrescendi five non decrescendi: in legato damnationis unus rem, alter pretium rei ab hærede percipiebat, ut in hoc genere legati nullo casu locus pateret juri accrescendi: testes Ulp. tit. 24. Cajus lib. 2. tit. 5. atque ex parte Justinianus d. l. un. §. ubi. 11. Hæc differentia et si novo jure una cum caducis sublata est, & jus accrescendi admissum inter omnes, quibus eadem res quocunque genere legati & quocunque modo relicta; ideo tamen notanda fuit, quia passim vestigia ejus adhuc apparent in responsis veterum, quæ non satis accuratè ad normam novi juris à Compilatoribus descripta sunt: quod est maximè, quod hanc quæstionem tam perplexam facit. Porro autem quod 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. triplici. 142. de verb. sign. & l. re conjuncti. 89. de legat. 3. ex cujus disputatione discimus, conjunctos generaliter dici omnes, qui ad eandem hæreditatem aut rem vocantur, five uno sermone five diversis; & in proposito quibus eadem res ab eodem testatore legata est. Cæterum hos solos, non alios, ac proinde nec eos, quibus res diversæ, quamvis una oratione, l. hujusmodi. 84. §. pen. de legat. 1. nec quibus res eadem à diversis testatoribus, l. si sub conditione. 16. quib. mod. ususfr. am. nec quibus separatim partes ejusdem rei legatae sunt, l. r. in fin. pr. de ususfr. accresc. jus conjunctionis aut accrescendi

7 scendi habere. Cæterum licet conjuncti omnes conjuncti sint in eandem rem, ex verborum tamen forma & conceptione dividuntur *d. l. triplici. & d. l. re conjuncti*, in tres species, ut alii dicantur re conjuncti tantum, quorum scilicet singuli separatim, seu diversis orationibus ad eandem hæreditatem aut rem vocantur, ut *Titius hæres esto: Sejus hæres esto. Titio fundum Tusculanum do lego: Sejo fundum Tusculanum, aut eundem fundum do lego*, alii re & verbis simul, quos scilicet & nominum & rei complexus jungit, ut, *Titius & Sejus hæres sunt. Titio & Sejo fundum Tusculanum do lego*: alii denique verbis tantum, qui eadem oratione ad eandem successionem aut rem vocantur additis his verbis, *aquis partibus*; veluti, *Titius & Sejus hæres sunt aquis partibus. Titio & Sejo fundum illum aquis partibus do lego*. Hæc divisio primum eo comparata est; ut intelligamus in omni specie harum conjunctionum jus accrescendi valere: nam ubi jus conjunctionis est, ibi jus est accrescendi, & contra, *l. si sub conditione. 16. quib. mod. us. am.* 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 separatim: unde est, quod hi cum illis comparati disjuncti passim appellantur; illi soli conjuncti, *l. plane. 34. in pr. de legat. 1. l. hæres. 63. de har. inst. l. un. §. 10. & seq. C. de cad. toll. & apud Ulp. & Casj.* estque arctioris hujus conjunctionis effectus insignis in eo, quod utroque modo conjuncti in portione deficientis potiores habeantur, & oratione separatos excludant, *d. l. re conjuncti. de legat. 3. d. l. si hæres. de har. inst. d. l. un. §. his ita. vers. fin. 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, cæteri non plus in hujus portione juris habeant, quam alii, qui aperte oratione conjuncti sunt; *l. si quis. 66. de har. inst.* Quicquid autem & hic accrescit, nulli accrescit, nisi qui portionem suam agnovit: si plures agnaverint, singulis accrescit pro virilibus & æquis portionibus, quemadmodum & ab initio omnibus in casum concursus æquæ & viriles partes datæ intelliguntur, *d. l. un. §. ubi autem. l. legata. 19. §. ult. l. servum. 67. §. 1. de legat. 1.* Si conjuncti & disjuncti commixti sint conjuncti in divisione unius personæ vicem sustinent, nihilo plus ut accipiant omnes, quam unus ex disjunctis, *l. plane. 34. in pr. d. sit. d. l. un. §. his ita.* Exempla jam sibi quisque sine negotio formare poterit. In accretione ususfructus quædam sunt peculiaris, quæ à nobis notata sunt sub §. ult. *sup. de usufr.* Attigi strictim pleraque omnia, quæ in hac materia visa sunt cognitu maxime necessaria, quibusque perceptis res tota utcunque intelligi, & de plerisque controversiis judicari poterit: nonnulla etiam latius declarabo inferius.

9 *Eadem res*] Quod obiter antea tetigimus, hic prolixius explicandum est, nimirum non esse jus accrescendi, nisi ad eandem rem plures vocati sint, aut quemad-

modum hic dicitur, nisi eadem res pluribus legata sit: inter diversarum rerum legatarios non esse, sive singulis legetur separatim, puta hoc modo, *Titio Stichum do lego: Mævio Pamphilum do lego*, sive etiam una oratione conjunctim, ut, *Titio & Mævio singulos servos do lego, l. hujusmodi. 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 lingulis; ac proinde cessat jus accrescendi, unoque deficiente pars ejus non ad collegatarium, sed ad hæredem pertinet, *l. 1. in fin. pr. de usufr. accr.* Non enim quia partes istæ indivisæ sunt & inter se confusæ, eo minus sunt divisæ, quarum una sit unius, altera alterius, *l. 5. de stip. serv.* Neque obstat, quod ex duobus hæredibus, quorum unus institutus sit ex parte dimidia, alter ex altera dimidia, uno deficiente pars ejus accrescit alteri, qui ex sua parte hæres extitit: quoniam conditio hæreditatis non patitur, ut qui solus sit hæres, ejusdem hæreditatis partem habere possit, partem non habere, *l. 1. l. 2. de acq. her. l. un. §. his ita. C. de cad. toll.* At nihil prohibet ejusdem fundi partem dimidiam alicui legari, ut altera dimidia remaneat apud hæredem. 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 tæ amplecti vellet, & reliquum repudiare, hic ei obstaret juris ista ratio. Sed etsi duobus res eadem & solida conjunctim legata sit, potest nihilominus deficientis portio repudiari, *d. l. un. §. ubi autem. 11.* Hoc igitur ratum sit, necesse esse, ut iis, inter quos jus accrescendi esse volumus, una atque eadem res legata sit, & quidem solida lingulis: hoc enim est, quod Ulpianus ex Celsi sententia refert, toties esse jus accrescendi, quoties ex duobus, qui in solidum habuerunt, concursu res divisæ est, *l. 3. in pr. de usufr. accr.*

*Sive conjunctim sive disjunctim*] Conjunctim legati dicitur, quando una oratione una eademque res pluribus legatur. Disjunctim seu separatim, quando lingulis orationibus singuli ad eandem rem vocantur; ut hic sint plures enunciationes, illic una copulata, *d. l. un. §. his ita. & §. seq. l. 1. §. 3. de usufr. accr. l. si pluribus. 33. de legat. 1.* indeque est, quod alii conjuncti, alii disjuncti passim dicuntur. Cæterum 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. triplici. 142. de verb. sign. l. re conjuncti. 89. de legat. 3.* quod & supra notatum est, & simul observatæ nonnullæ inter hæc genera differentie, cum de onere partis accrescentis quæritur, itemque de prærogativa & partibus faciendis, cum permixti sunt.

*Scinditur inter eos legatum*] Hoc alibi sic dicitur, *conkursu partes faciunt, aut konkursu partes habent, l. 3. de usufr. accr. l. plane. 34. §. sed si 10. de legat. 1. l. conjunctim. 80. de legat. 3. l. 7. C. de legat.* Eitque 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 lingulis relictum intelligi. Quod tamen cum dici-

mus,

mus, 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. §. ubi autem. C. de cad. toll. l. si pluribus. 33. de legat. 1.* quo in loco valde conspicua sunt emblemata Tribonianæ: sed habere solidum considerato eventu alterius deficientis, idque ex voluntate testatoris. Omnino enim credibile est testatorem 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 hæredem. Contrario autem respectu, si nimirum consideramus casum utriusque concurrentis, partes habere rectè dicuntur; easque etiam in hunc eventum habent ex voluntate testatoris, quæ hic manifesta est, cum 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. Cæterum quod tam conjunctos, quam disjunctos solidum ab initio habere dicimus, id non caret omni scrupulo. Nam contra Ulpianus *d. l. planè. §. si conjunctim. 9. de legat. 1.* expressè 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. Hunc locum obstare non putant, qui non intelligunt, quid sit partem ab initio facere. Quod tamen minimè obscurum est. D. Gothofredus in notis ad *d. §. si conjunctim.* scribit *partem facere, non quorum persona 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. §. quoniam. 8. l. qui repudiantis. 17. de inoff. test. l. 7. de reb. dub. l. hujusmodi. 84. §. si Titio. 8. de legat. 1. cum similibus.* Et igitur perspicuè etiam errat Goveanus qui *lib. de jur. accr. n. 6. & 7.* scribit, eos, qui partes faciunt ab initio, partes non habere. Ut autem jus accrescendi excludatur, necesse esse partes ab initio habere legatarios. Facere autem ab initio partes eo dici, non quia pro parte ab utroque legatum vindicetur: sed quia utroque solidum vindicante res inter eos scinditur. Tot errores, & errores conspici, quod penè 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 habebitur, ac si concurrisset suamque partem abstulisset. Con-

fundit 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 concurrat, singulis non solidum, sed partes relictae intelliguntur, quod pluribus confirmat *Ant. Faber. decad. 49. err. 9.* Quamobrem miror D. Swanenburgium locum hunc Goveani notatum tam dignum existimasse, ut eum integrum verbis Goveani describeret *cap. 8. tract. de jur. accresc.* Quid ergo respondemus ad d. locum Ulpiani in *l. plane. §. si conjunctim. de legat. 1.* ubi tam disertè 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 referretur 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 hæreditate mansissent, vel accrevissent conjuncto: nam ex lege Julia Papiæ 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. & seq. C. de cad. toll.* Eodem referendum, atque eodem modo explicandum, quod est in *l. hujusmodi. 84. §. si à Titio. 8. de legat. 1.* Planè 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. un. §. ubi autem.* sed tamen nec disjunctis solidum simpliciter datum dici potest: alioqui non concursu res divideretur: sed alter rem, alter æstimationem consequi deberet.

*Si alter deficiat*] Non potest dici deficere, in cujus persona legatum nunquam 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 relicto erat, in eadem causa fuisse, ut & hoc conjuncto totum cederet, quoniam æquè quam illud pro non scripto habebatur, *arg. l. 1. C. de her. inst.* quod tamen non aliter processisset, quam si alter simpliciter & omnino incapax fuerat, evincitur ex verbis *d. l. plane. §. si conjunctim. de legat. 1.* ubi Jurisconsultus ait etiam servum proprium, cui sine libertate quid legatum est, quamvis id in persona servi non constitat, conjuncto partem facere, inuens; ut paulo

paulo ante hoc interpretati sumus, in fisci favorem partem ejus ex lege Julia Papia caducam fieri.

*Aut spraverit legatum* ] Post legatum 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 hæreditate remanebat, ex lege Papia caducam fieri: nunc autem certum est in utroque genere legati accrescere, atque hæcæus etiam conjunctos & disjunctos esse pares.

*Vivo testatore decesserit, vel alio quoquo modo* ] Ad illius quoque partem lex Papia pertinebat, qui è conjunctis vivo testatore decesserat, vel quolibet alio modo decesserat, 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, *d. l. un. §. 4. §. 10. & seq.* Verum quid si unus decesserit testatore jam mortuo? Ego existimo, hoc casu nihil conjuncto accrescere; sive legem Papiam spectes, sive jus novum Justiniani. Nam aut ante apertas tabulas decessit, & pars 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 deberi cepit: cæterum nec accrescit collegatario, sed ad hæredem deficientis transmittitur, qui effectus est cessionis diei in legatis & fideicommissis, *l. 5. & pass. quand. di. leg. cad. & 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 hæredem similiter transmittatur, quemadmodum si solus esset, totum transmitteret, *per d. l. un. §. in novissimo.* Non frustra igitur dixit, vivo testatore.

*Totum ad collegatarium pertinet* ] Si plures sint, omnes autem vel conjuncti tantum, vel tantum disjuncti, pars deficientis accrescit omnibus ex æquo: si permixti conjuncti & disjuncti, conjuncti in parte conjunctorum cæteris anteferuntur; disjunctorum partes accrescunt omnibus, sic ut in divisione omnes conjuncti pro una persona habeantur, *d. l. plane. in pr. de legat. 1. l. re conjuncti. 89. de legat. 3. d. l. un. §. bis ita. C. de cad. toll.* Quod autem conjunctis accrescit, accrescit cum onere; quod disjunctis, sine onere, *d. l. un. §. ubi autem. 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 *Gov. n. 26. Hotom. 6. obs. 12. Ant. Fab. 6. conj. 1. & dec. 49. err. 4. D. Swan. de jur. accr. c. 8.* Sed sanè hoc argumentum perexiguam 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 reseadem legatur una oratione, & disjunctorum, quibus quid le-

gatur orationibus diversis, ut 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 penitus inquirere. 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 relictae sunt, quamvis una oratione, pro conjunctis hic habentur, veluti si ita dixerit testator, *Titio & Mavio singulos servos do lego*: ut ut verbis jungantur, *l. hujusmodi. 84. §. pen. de legat. 1.* neque ulla, id est, ne rei quidem conjunctio esse intelligitur, ubi partes tantum ejusdem rei singulis simpliciter datae; ut proinde hoc etiam casu sine dubio jus accrescendi cesset, *l. 1. in fin. pr. l. pen. de us. accresc.* Hinc jam de questione 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: contra pertinebit, si iidem re quoque conjuncti sunt: ut ecce in hoc exemplo, *Titio & Sejo fundum Tusculanum aquis 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. triplici, de verb. sign. item verbis conjuncti, non etiam re, l. re conjuncti. 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. plane. 34. §. si conjunctim. 9. de legat. 1. & semper partes habere dicantur, l. re conjuncti. 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 aquis partibus*, is utique utrumque conjungit in eandem rem, dum simul & semel eundem fundum ambobus legat. Nec mutat hanc conjunctionem partium æqualium expressio: nam et si hæ partes non exprimuntur, tacite tamen significatur enumeratione personarum, *l. cui fundus. 56. de cond. & dem.* Quæ autem non expressa intelliguntur tamen, si exprimantur, pro supervacuis habentur, *l. Cornelius. 69. de her. inf. ut omnino verum sit, quod Baro ait, non aliter differre verbis conjunctos à conjunctis re & verbis, quam quod in illis partes æquæ exprimantur, in his non item; judicio autem defuncti pari jure censerentur, 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 sunt, re plane disjuncti: sed quia tales videntur in comparatione re & verbis conjunctorum, inspecta forma & conceptione verborum; quæ sola hæc genera separat, & adscriptis æquis partibus in verbis conjunctis, qui dicuntur, res

Ecc

diver-

diversas facere videtur; quod tamen non ita est, si rem ipsam spectamus & sententiam testatoris, cujus iudicio cum pariter ad eandem 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 singulis verbis conjunctorum: idque adeo verissimum esse ostendit *l. conjunctim. 80. de legat. 3.* ubi Celsus scribit, conjunctim legare, esse *sota legata singulis dare, partes autem concursu fieri. Quæ definitio cum generalis sit, dicitandum 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, etiam si 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 eandem 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. re conjuncti.* Ergo omni casu habent, & ab initio & ex postfacto. Respondeo, id quoque dici ex comparatione re & verbis conjunctorum. Nimirum Jurisconsultus eo loco docendi gratia distinguit verbis conjunctos à conjunctis re & verbis simul, non ex eo, quod re ipsa est, sed ex eo, quod videtur; quia verbis conjuncti partes habeat 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. plano. §. si conjunctim. 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. hujusmodi. §. si à Titio. eod. tit. In l. 7. de legat. 2.* aperte Jurisconsultus loquitur de legato damnationis: eodemque pertinere principium *l. 16. de legat. 1.* arguit ejusdem *l. §. ult.* 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 §. Donello 7. comm. 13. & 8. comm. 21. Gæd. ad l. triplici. de verb.**

17 *sign. num. 12.* 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. triplici.* 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. re conjuncti. de legat. 3.* siquidem jus prælationis necessario præsupponit jus accrescendi & conjunctionem realem: & præposterum est, quod Ant. Faber. *dec. 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 eandem rem plures vocantis, ut necesse sit, eos, quos in parte deficientis concurrere; aut aliis præferri volumus, considerari ut ab initio sententia testatoris conjunctos. Nihil pro sententia Fabri facit, quod à Javoleno responsum est, in hac specie, si testator Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam, & eundem fundum Titio legaverit, Sejo deficiente partem ejus pro portione legati non Mævio solum, sed etiam Titio accrescere, *l. Mævio. 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 eandem dimidiam, quia cui totus fundus legatus est, ei utique & eadem dimidia legata intelligitur, cum verbo totius ambæ dimidiæ ei legatæ sint: similiter ut in usufructu conjunctos esse dicimus, quorum uni fundus, alteri usufructus ejusdem fundi legatus est, *l. si alii. 19. de usufr. leg.* quod plenius & eleganter explicat Don. *in epist. ad Alber. Gentil.* inserta opusculis Donelli posthumis. Postremo cum nullus alius conjunctionis in hac questione 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. & Proculo. 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 eandem rem conjunxit æqualiter. Magis obstat videtur *l. pen. de usufr. accr.* ubi minime obicure 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: utpotè quæ difficilior accrescit, quam usufructus, *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 usufructus relictus est, sed de portionibus singulorum hæredum, 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 hæredum usufructum vindicet.* Bene autem Papinianus negat, in hujusmodi specie legatarios in eandem rem conjungi, cum partes hæreditariæ prius divisæ sint. Bæchovius *d. l. pen.* accipit de eo casu, quo dimidia singulis separatim seu diversis orationibus relicta est: sed hoc verbis Papiniani minime convenit. In hæreditate huic questioni non est locus: quippe in qua, ut initio monuimus, jus accrescendi ex dispositione juris profisciscitur, quod neminem ejusdem hæreditatis, quæ alium hæredem non habeat,

habeat, partem habere, partem repudiare permittit; & ideo portio occupata necessario vacantem ad se trahit: quanquam illud etiam in hæreditate quæri potest, ex pluribus diversi generis conjunctis quis cui præferatur. Reliqua per se quisque nunc facile expedit: plura tamen qui desiderabit, adire poterit *DD. in d. l. re conjuncti. Gomez. 1. resol. 10. Grass. §. jus accrescendi. Ant. Fab. decis. 49. & 50. Christian. vol. 1. decis. 312. & 2. seqq.* & qui propriis tractatibus hanc materiam explicarunt, *Duar. Govean. Ant. Fumam, Fo. Suov. Corn. Swa-*  
 18 *namb. D. Grotius lib. 2. manu dicit. 23.* scribit, apud nos in toto hoc argumento non usque adeo subtilitatem juris civilis attendi, sed ejus præcipue rationem haberi, quod propius abesse videtur à sententia & mente testatoris: idque æstimari non ex verbis tantum & rei pretio; verum etiam ex conditione & qualitate personæ tum testatoris tum legatariorum. In legatis alimentorum, ut hoc obiter addam, juri accrescendi non est locus, *l. 57. §. ult. de usufr. l. 16. §. 2. de alim. leg.* nimirum quemadmodum in agris limitatis cessat jus alluvionis, *l. 16. de acq. rer. dom.* quod comparatur cum jure accrescendi, *l. 33. in fin. de usufr.* ita & in usufructu limitato ad finem alimentorum jus accrescendi cessare placuit; ut rectè Cujac.

TEXTUS.

Si legatarius proprietatem fundi alieni sibi legati emerit & ususfructus ad eum pervenerit.

9. Si cui fundus alienus legatus sit, & emerit proprietatem deducto usufructu, & usufructus ad eum pervenerit, & postea ex testamento agat, rectè eum agere & fundum petere Julianus ait: quia usufructus in petitione servitutis locum obtinet: sed officio judicis continetur, ut deducto usufructu jubeat æstimationem præstari.

NOTA.

9. Quia usufr. servitutis locum] Poterat objici, appellatione fundi plenam proprietatem contineri, *l. 10. l. 19. de usufr. leg. l. 58. de verb. obl. R.* in casu proposito eo verbo nudam duntaxat proprietatem significari, ut usufr. intellectu à fundo separatur, & tanquam servitus consideretur; quoniam proprietas, quæ adest ex causa onerosa, adhuc abesse intelligitur, *l. 14. de verb. sign. fac. l. 25. eod. junct. l. 66. de judic.*  
 Jubeat æstimationem præstari] Judex tanti rem æstimabit, quantum actori aberit, *d. l. 82. §. 2.* Itaque habemus hic casum, quo condemnatio fit in rei petitione æstimationem: quod interdum necessarium aut humanum.

COMMENTARIUS.

1. Speciem hoc loco propositam pertinere ad doctrinam traditam §. 6. sup.
2. Qua sit hujus loci sententia, & quo colore defendatur.
3. Interpretum error circa ejus explanationem notatus.
4. Ant. Fabri opinio confutata.
5. Non esse novum, ut interdum condemnatio fiat in rei petitione æstimationem.

Hic locus, ut ex argumento intelligitur, subjungendus potius fuerat §. si res aliena. 6. ubi dictum est, si res aliena legata ex alia causa ad legatarium pervenerit, interesse utrum pervenerit ex causa onerosa, an ex causa itidem lucrativa: illo casu legatum non extinguatur, sed posse legatarium nihilominus actione ex testamento pretium consequi: hoc casu contra legatum penitus evanescere, eo quod duæ causæ lucrativæ in eandem rem & personam concurrere non possunt. Quod autem de toto ibi traditum est, id etiam valet in partibus, ut si quis rei sibi legatæ partem unam ex causa onerosa, alteram ex causa lucrativa nactus sit, legatum pro ea parte extinguatur, quam adeptus est ex causa lucrosa, pro altera consistat, & pretium ejus consequi possit, *l. non quocumque. 82. §. 3. de legat. 1.* Unde etiam si quis fundi sibi legati proprietatem emit detracto usufructu, & usufructus 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 usufructus non in parte, sed in jure consistit: tamen quia emolumentum rei continet, merito vicem partis obtinere placet, *l. Marcius. 66. §. pen. l. cum filius. 76. §. dominus. de legat. 2. l. qui usufructum. 58. de verb. oblig.* Cæterum in hac specie nihilominus fundum rectè peti, nec plus quam oportet, ea petitione contineri intelligi tradit hic Justinianus post Julianum in *d. l. non quocumque. 82. §. 2. de legat. 1.*

Rectè eum agere & fundum petere] Rectè, id est, impudè, sine motu cadendi causa; quæ poena est eorum, qui plus petendo perperam agunt, §. si quis agens. 33. inf. de act. Sensus igitur horum verborum est, posse legatarium agentem ex testamento cum hærede simpliciter intendere fundum sibi dari oportere, etiam si nudam duntaxat proprietatem emerit, usufructum adeptus sit gratis; neque hac intentione sua plus eum complexum videri debere, quam oporteat. Fundum, inquam, ipsum, non *dativum*, æstimationem, ut male Theoph. & Pac. quod arguunt sequentia.

Quia usufr. in petitione servitutis locum obtinet] Poterat objici, imo perperam in casu proposito agere legatarium, ac re ipsa atque apertè plus petere, si simpliciter fundum petat: quippe appellatione fundi plenam proprietatem significari, *l. 10. l. si alii. 19. de usufr. leg. l. qui usufructum. 58. de verb. obl.* ac proinde tanto plus, quam oportet, eam petitionem completi, quanto pluri æstimari constat plenam proprietatem, quam nudam, pro qua sola pretium numeravit. Huic objectioni occurrens Justinianus ait usufructum in proposta petitione servitutis locum obtinere. Quod paulo obscurius dictum hanc sententiam habet, eum qui fundum petit, etsi regulariter plenam proprietatem petere intelligitur, tamen in casu præsentis fundi verbum sic accipi oportere, ut eo nuda tantum proprietas designata intelligatur, seu fundus quatenus petenti emolumento abest, ut usufructus intellectu ab eo separatur, & ob id tanquam 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. rectè. 25. de verb. sign.* Hæc interpretatio cum petitori necessaria sit, ne alioqui formula excidat, si eum plus debito intentione sua complexum

xum dicamus, omnino hic recipienda est: quoniam in ambigua intentione id semper accipere jubemur, quod petitori utile est, *l. si quis. 66. de judic.* 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 assert, usumfructum in ea petitione locum servitutis obtinere, id sic accipiunt, quasi dixisset, quia usumfructus non jure partis, sed servitutis in petitionem deducitur. Sed ego fateor me hæc capere non posse. Neque enim intelligo, quo colore defendi possit, legatarium in proposito rationi juris convenienter agere hoc modo, *Ajo te mihi fundum Sempronii, legatum mihi à Titio, dare oportere.* Ut hæc sit formulæ illius intentio, *Ajo te mihi dare oportere & proprietatem fundi & usumfructum, aut solidi fundi æstimationem.* Sive in ea intentione consideretur usufructus, ut consolidatus & conjunctus cum proprietate, sive ut à proprietate separatus & tanquam servitus. Nam si illo modo accipias, manifestum est, petitione id contineri, quod jam habet ex causa lucrativa, & ita ob stare regulam juris, quæ non patitur duas causas lucrativas circa eandem rem & personam concurrere: si hoc modo, adhuc dico, id ipsum eum petere, quod sine onere habet, licet habeat sub alia qualitate: aut si tu neges, fatendum tibi erit, peti, quod legatum non est. Imo 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. pes. aut nudam, l. recte dicimus. 25. de verb. sign.* Denique non recte in specie proposita solidum fundum aut solidi æstimationem peti, satis aperte, ut mihi videtur, probat quod apud Julianum in *d. l. non quocunque. 82. §. 3. de legat. 1.* notat Marcellus: ait enim, si partem fundi alieni mihi legati redemero, pars mihi legata sit, aut donata, idem esse, quod in specie proposita à Juliano, & ideo me partem duntaxat petere debere. Quibus verbis non obscure innuit, nec in præcedenti specie Juliani solidum recte peti: alioqui species, quam proponit Marcellus, ut similem Juliani, longe esset dissimilis. Ant. Faber *6. conj. 8.* ne hoc quidem concedit, in casu proposito simpliciter fundum recte peti, ut ut ea intentione nuda proprietatem 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 *l. ex promissione. 19. de obl. & act.* ubi discrete Julianus scribit, eum, qui non ex causa lucrativa rem habere cœpit, non prohiberi eandem 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? Cætera, quæ eodem loco Faber adversus hanc sententiam, & adversus ipsum adeo Tribonianum disputat, assis non æstimo.

*Sed officio judicis continetur, &c.]* Quamvis ratio judicii hoc exigit, ac proinde regulare sit, ut condemnation fiat in rem ipsam, quæ petita & in judicium deducta est: *l. ut fundus. 18. com. div.* evenit tamen nonnullam, ut necesse sit, aut æquum & humanum, condemnationem fieri in rei petita æstimationem; veluti si res petita culpa debitoris aut post moram perempta sit, *l. si ex legati. 23. de verb. obl.* item si res aliena, quæ petitur, domino venalis non sit, aut venalis quidem, sed immenso pretio, *l. 14. §. ult. de legat. 3.* vel si ea ex causa onerosa ad creditorem pervenerit, *l. ex promissione. 19. de obl. & act. l. hujusmodi. 84. §. qui servum. 5. de legat. 1. §. si res. 6. sup. eod.* Idemque est, si creditor partem, quam ex simili causa nactus est, petat, *l. non quocunque. 82. §. 3. de legat. 1.* & in casu proposito, ubi fundo alieno, legato fundi proprietatem, quæ ex causa onerosa apud legatarium est, petitur, *d. l. non quocunque. §. 2.* Hic igitur judicis officio incumbit, ut rem condemnat, 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 perfolvit. Julianus hoc sic expressit, *Judex tanti litem æstimabit, quantum actori abest, d. l. non quocunque. §. 2.*

## T E X T U S.

## 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.*

## N O T A.

10. *Licet alienaverit eam]* Propter definitionem regulæ Catonianæ. *d. l. 41. §. 2.* cui obstat *l. 1. §. 2. de reg. Cat.* nisi dicamus verbis illis, *si enim vivo testatore alienaverit*, conditionem significari, ad cujusmodi legatum regula non pertineat, *l. 3. & 4. eod. l. 98. de cond. & dem.*

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

1. *Casum videri à cæteris dissensisse circa casum, quo legatarius rem suam sibi legatam vivo testatore alienavit: 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 §. *prac. & §. si res aliena. 6. eod.* 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 fidem commissum relicta sit, docebitur *infr. §. 1. de sing. reb. per fidem relicta.* Hic illud queritur, 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



minium acquirat. l. 3. §. ex pluribus. de acq. poss. qua ratione nec stipulatio rei iuræ, nec emptio valet, l. nemo. 82. de verb. obl. l. 16. de contr. empr. Idem rescriptum est in l. proprias. 13. C. de legat. & responsum ab Ulpiano l. cætera. 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. Et si is, cui res sua legata est, eam post testamentum factum & vivo etiamum testatore alienaverit, nihilo tamen magis legatum convalescit. Quod sumptum ex definitione regulæ Cætonianæ, quæ non patitur legatum ex postfacto convalescere, quod initio vires non habuit, l. 1. in pr. de reg. Cæton. quæ ratio etiam in terminis redditur ab Ulpiano. d. l. cætera. §. 2. Aliud tamen Celsi iudicium fuisse, eumque in hac quæstione dissentisse à cæteris existimant Cujac. Hotom. Bachov. per d. l. 1. §. 2. ubi sic Celsus scribit; *Item si tibi legatus est fundus, qui scribendis testamentis tempore tuus est, si eum vivo testatore alienaveris, legatum tibi debetur. Quod non deberetur, si testator statim decessisset.* Et sane locus ita scriptus est, ut parum absit, quin idem sentiam. Sed tamen videamus, quid obstat, 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. si stipulatus. 76. in pr. & §. 1. de verb. obl. l. 1. §. in honorariis. 10. de extraord. cognit. An quia regula Cætoniana ad conditionalia non pertinet? l. 4. de reg. Cat. d. l. cætera. §. 2. de legat. 1. ut propterea non debuerit exemplum conditionalis legati à Celfo proponi tanquam exceptio regulæ, & in quo definitio Cætonis falsa sit. Atqui etiam præcedens species 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 prompturos fuisse, quasi in certa minimeque dubia. Sed tamen inquires, fatendum tunc erit, inepte Celsum facere, quod excipit de regulæ, quod ad regulam non pertinet. Fatere igitur & tu æque inepte & prius exemplum à Celfo excipi. Verum ego puto, quod nescio, an quisquam alius animadvertit, Celsum peculiari quadam ratione duas illas species, quas proponit, quasi hæc 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 contra quam regula definit, legatum, quod non valuisset, si statim decessisset testator, valeat, si diutius vixerit. Ad cætera autem legata conditionalia nec verba regulæ pertinent. Cæterum meminimus, quod initio dictum est, rem suam nemini recte legari, sic accipiendum esse, primum si ea res perfecte legatarii sit; hoc est, ita ut avocari nequeat. Nam si rem ex bonis ejus, qui reipub. causa aberat; usu acquisierim, & ea antequam evinceretur, mihi legata sit, postea evincatur, recte ex testamento petam eam mihi dari oportere, l. non quocunque. 82. §. 1. de legat. 1. Deinde si res legata legatarii sit pleno jure: nam si quid juris in ea re

aut testator aut alius habet, placet valere legatum, & utile esse in eo, quod juri legatarii deest. Pone, emphyteusin, superficiem, aut pignus testatori aut alii in re legatarii constitutum; recte ea legatur, & proficit legatario legatum in eo, quod juris alieni fuit, l. senatus. 43. §. ult. l. si domus. 71. §. pen. l. si tibi. 86. in pr. & §. ult. de legat. 1. l. 1. §. 1. de lib. leg. Nec dubito, quin idem dicendum sit, si alius in ea re usufructum habeat, arg. l. cum filius. 76. §. 2. de legat. 2. licet dissentiat Accuri. propter textum in l. Mavius. 66. §. pen. in fin. de legat. 2. Quod in loco vitiose legitur, *propter istas causas*, cum legendum sit *præter*; ut bene Cujac. lib. 5. ad Afric. in l. est. 25. de vulg. & pup. subst. observavit. Et nonnulli 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, recte legatur, licet dominus ejus rei sit, l. 1. in pr. de lib. leg. vid. inf. §. si quis debitori. 13.

T E X T U S .

Si quis rem suam quasi non suam legaverit.

II. *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.*

N O T A .

11. *Plus valet quod in veritate*] Ratio hæc potius ad casum sequentem pertinet: nam hoc priore casu et si verum esset, alienam rem legatam esse, tamen legatum valeret; quoniam si suam esse testator scivisset, multo facilius eam legasset per ea, quæ sup. §. 4. eod.

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

1. *Male ad priorem speciem hujus §. accommodari regulam*, Plus valere quod in veritate, &c. & quæ 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 alia contrariam regulam probari.*

**S**uprà §. 4. audivimus, si testator rem alienam, suam eam esse putans, legaverit, legatum non valere, nisi singulari conjectura voluntatis adjuvetur. Quæ exceptio in exegeſi posita & declarata. Quod si quis rem hæredis legaverit, quam existimabat suam esse, Papinianus docet utile esse legatum, l. unum. 67. §. si rem. 8. de legat. 2. Hic ex converso docemur, 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. Et valebit igitur vel magis, si suam rem legaverit quasi hæredis, arg. d. l. unum. §. si rem.

*Nam 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 hic dixeris, ideo valere legatum, quia contra quam opinabatur, ve-

rum est testatorem rem suam legasse: quoniam etsi opinionem attendas, aut quod opinabatur, verum esset, rem scilicet alienam esse, legatum tamen valeret. Est vero in promptu alia ratio, ob quam in proposito falsa testatoris opinio non obstat legato; nimirum quoniam, si alienam rem credens, eam nihilominus legavit, hæredem suum onerare voluit alienæ rei redemptione; multo magis eam legaturus fuisse præsumitur, si scivisset suam esse, *d. l. unum. §. si rem. de legat. 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 hic opinionem spectari placeret, nullum esset legatum, quia quod legatarii est, inutiliter ei legatur, §. *prac.* Est autem regula ista ex earum genere, quæ ad certos duntaxat 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, quotiescunque 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, §. *prac.* 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 insert; *quia exitum voluntas defuncti habere potest.* Ejusdem generis exempla, atque ad ea eandem hanc regulam applicatam videmus in *l. 4. §. 1. de man. vind. l. pen. §. qui ignoravit. 4. de jur. & facti ign.* In iis vero actibus, qui ab animo æstimantur & pendent, certumque propositum gerentis requirunt, cujusmodi sunt aditio & repudiatio hæreditatis, contraria regula probata est, placetque, plus valere, quod est in opinione, quam quod in veritate, *l. in qui. 15. §. l. seq. junct. l. qui hereditatem. 19. de acq. her.* nimirum quia in his error impedit, quominus fiat, quod fieri verè poterat, si quis sciret, quod in re est: ac proinde quod verum est, procedere non sinit. D. 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 tanquam legatarii in jure errans legaverit, valebit haud dubie legatum: & contra si in facto errans rem legatarii legaverit tanquam 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. Idem rescripserunt, eum, qui post testamentum factum

prædia, qua legata erant, pignori dedit, ademisse legatum non videri: Et ideo legatarium cum hærede ejus agere posse, ut prædia à creditore luan-  
tur. Si vero quis partem rei legata alienaverit, pars qua non est alienata omnino debetur: pars autem alienata ita debetur, si non adimendi animo alienata sit.

### NOTA.

12. Si non adimendi animo] Quod colligitur ex causa alienandi: nam si ea necessaria fuit, puta ex causa æris alieni, non creditur animo adimendi facta alienatio, *l. 11. §. 12. eod. 3. si libera fuit, contra.* Quomodo accipiendi textus in *l. 8. eod. 1. l. 15. de adim. leg. l. 1. & 3. de pecul. leg. &c.* aut si donaverit, nam in donationem non cadit istiusmodi distinctio, *l. 18. de adim. leg. l. 34. in fin. de aur. arg. leg.*

### COMMENTARIUS.

1. Quibus ex rebus conjiciatur, utrum res legata adimendi legati causa alienata sit, nec no.
2. Responsum quoddam Scævola cum aliis locis conciliatum.
3. Oppignoratione rei legata non videri legatum ademptum.

Pertinet hic locus ad *tit. seq. de adempt. leg.* est enim rei legatæ alienatio species tacitæ ademptionis: quoniam hoc ipso quod testator rem in alium transfert, recedere à priorè voluntate videtur. Cæterum quia etiam legatum rei alienæ consistit, potest hic oriri voluntatis quæstio, an res adimendi legati animo alienata sit, nec ne; ut si non sit, legatum adhuc peti possit. Quod hic docet Justinianus.

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. rem legatam. 18. l. legatum. 24. §. 1. de adim. leg. ac de hoc casu accipiendi textus in l. 8. pr. de legat. 1. l. cum servus. 15. de adim. leg. l. 1. & 3. seqq. de pec. legat. §. si quis ancillas. 17. inf. isem l. 6. de legat. 1.* Falluntur enim, qui putant, hac in re quicquam interesse inter legatum purum & conditionale. In quo errore etiam Myningerus est. Quod si causa alienandi necessaria fuit, id est, si testator rem legatam vendiderit urgente rei familiaris necessitate, hic 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 hic ab hæredibus, quamvis reis, exigitur, *l. 11. §. si rem. 12. de legat. 3.* quoniam præsumptio pro legatario eodemque actore facit, quasi non videatur extinguendi legati causa alienari, qui etiam si maxime legatum valere velit, tamen alienare cogitur. Cæterum distinctioni propositæ non parum obstat videtur responsum Scævola in *l. prædia. 27. §. liberto. de instr. legat.* Patronus liberto, quem ex parte hæredem scripserat, per præceptionem fundum legavit cum instrumento, & his, quæ in eo fundo futura erant, cum moreretur. Respondet Jurisconsultus, sine distinctione etiam

etiam vinum in eo fundo repertum, quod vivus testator vendiderat, & cujus pretii partem tertiam acceperat, ad libertum ex causa præceptionis pertinere, nisi contrariam voluntatem hæredes approbent. At vero si alienatio extra causam necessitatis facta argumentum est mutatae voluntatis, dicendum erat, id vinum pertinere ad cohæredes, nisi de contraria voluntate doceat libertus. Respondent nonnulli, in ea specie Scævola 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 ademptionis legati, quod nondum traditum est; & maxime cujus nomine venditori pretium nondum numeratum, aut eo nomine ei satisfactum est, *arg. l. quod vendidi. 19. de cont. empt. §. vendita. 41. sup. de rev. div.* Plane pro qua parte pretium testator accepit, difficile dictu est, eam quoque partem legato præceptionis contineri: & ego dixerim, petentem pro ea parte exceptione summovendum esse.

*Divi Severus & Antoninus rescripserunt*] Neque responsum Celsi extat, neque hoc Imp. Severi & Antonini rescriptum. Fuisse tamen quod hic traditur, recepti juris, patet ex *l. rem legatam. 18. de adim. leg. junct. l. fideicommissa. 11. §. si rem. 12. de legat. 3.*

*Qui prædia pignori dedit, admissio legatum non videtur*] 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. al. non. al.* Cæterum ipsum nomen pignoris satis indicat alienationis necessitatem: neque enim pignus dari solet, nisi ab eo, qui necessitate adductus est. Ut proinde recte & superiori sententia convenienter Imp. Severus & Antoninus rescripserint, eum qui rem legatam oppignerat, 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 audendum nihilominus hæredem existimem, si paratus sit ostendere animo adimendi rem à testatore pignori datam.

*Cum hærede agere, ut prædia luanantur*] Hoc est, ut hæres de suo tantam pecuniam creditor solvat, in quantam prædia obligata sunt, atque ita ea prædia obligatione liberata ac redempta legatario præstet, *d. l. 3. C. hoc vir.* quod tamen accipiendum est secundum distinctionem traditam sub *§. sed etsi. 5. eod.*

*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. qua de tota. 76. de rei vind. l. 82. §. 3. eod.* 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.

T E X T U S.

De liberatione legata.

13. Si quis debitori suo liberationem legaverit, legatum utile est: & neque ab ipso debitore, neque ab hærede ejus potest hæres petere, ne-

que ab alio, qui hæredis loco sit. Sed & potest a debitore conveniri, ut liberet eum. Potest etiam quis vel ad tempus jubere, ne hæres petat.

N O T A.

13. Neque ab hærede] Nisi legatum personæ debitoris cohæreat, *l. 8. §. 3. de lib. leg.*

Petere] Cum effectu scilicet quia petens exceptione doli repelli potest: ipso enim jure legato liberationis non dissolvitur obligatio, *dist. l. 3. §. 3.*

Ut liberet eum] Nempe per acceptilationem, *d. l. 3. §. 3. l. 22. eod.*

Ad tempus] Cujus legati quæ sit vis, discio ex Pomp. *l. 8. §. 1. eod.*

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

1. Liberationem debitori jam certo jure rectè legari.
2. Quis liberationis legata effectus.
3. Quis ejus legati, quo damnatur hæres ad tempus non petere.

Q UOD Titius mihi debet, id & Sempronio rectè lego, & ipsi Titio debitori meo. Illud legatum est, quod dicitur nominis, de quo plura *inf. sub §. eam antem. 21. eod.* hoc, quod appellatur liberationis, deque hujus legati effectu agitur in præsentibus §. Respondet *tit. 7. de lib. legat.* ubi variaz hujus legati formulæ occurrunt. Is quoque qui chirographum debitori legat, liberationem legare videtur, *l. 3. §. 1. d. tit. fac. l. qui chirographum. 59. de legat. 3. l. servum. 44. §. eum. 5. de legat. 1.*

*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, rectè legari, licet domini eorum sint. Quippe nostrum proprie non est, quod est in credito, *l. 27. §. 2. l. 34. de aur. arg. leg. Boët. in Top. Pecunia, qua est in nominibus, non est nostra.* Ex eo enim suspicari licet, fuisse antea, qui negarent ipsi debitori, quod debet, rectè legari; quia scilicet nemini res sua legari potest: Sed eorum opinio merito explosa est: nihil enim quod debitoris sit, hoc legato contineri intelligitur, sed quantum quod creditor habet, seu obligationem debitumve remissum.

*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 hæres petat; si non petat, ultro ex testamento agendo, ut liberetur, *l. 3. §. unum. 3. l. quod mihi. 22. l. legat. 25. in pr. eod.* Quamobrem quod alibi dicitur hæredem petere non posse, *l. 2. §. 1. l. si quis. 15. eod.* & hoc ipso in textu, id sic accipiendum est, non posse eum petere efficaciter: nam petentem exceptione doli mali repelli.

*Neque ab hærede ejus, neque ab alio, qui hæredis loco*] Qualis est bonorum possessor, & is, cui ex fideicommissio hæreditas restituta est. Interdum tamen effectus hujus legati intra personam solius debitoris consistit, veluti.

veluti si quis ita dixerit, *Hæres meus à solo Lucio Titio ne petito*: vel, *À Lucio Titio, quamdiu vivit, hæredem meum petere nolo*. Quoties enim legatum cohæret personæ legatarii, ad hæredem ejus non transit, sicut nec ullum aliud jus personale ad hæredem transmittitur, l. 8. §. 3. l. *Anrelius*. 20. eod. tit.

3 *Ad tempus jubere, ne hæres petat* ] Potest hæres damnari, ut ad certum tempus non petat. Cujus legati hic effectus est, ut hæres intra id tempus petens à debitore hæredeve ejus exceptione summoveatur. Cæterum 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 hæres paciscatur cum debitore, ne intra id tempus petat, intra quod testator peti vetuit, ne hoc quidem requirendum est, quia debitori inutile, nihil amplius in eum conferens, quam quod jam habet, exceptionem scilicet temporalem.

### 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, inutile est legatum propter representationem. 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 pervenerit, à qua incipere non potest.*

### NOTÆ.

14. *Si nihil plus in legato* ] Nam ut legatum constitat, necesse est in eo aliquid utilitatis ab initio versari, l. 29. de leg. 1. l. 1. §. 10. ad leg. Falc. Alias non ex testamento agitur, sed ex pristina obligatione, *ὡς ἔστι ἀπὸ πρὸς τῆς*. Schol. Th.

*In diem, &c.* ] Vel si alio quocunque modo accidat, ut plus sit in legato, quam in debito, v. l. 28. & seqq. de leg. 1. aut creditoris intersit, ex testamento potius agere, quam ex pristina obligatione, l. 11. de lib. leg.

*Quia in eam causam pervenerit* ] In hac sententia videtur & Paulus fuisse, l. 82. eod. qui tamen alibi fateatur, novum non esse, ut quod semel utiliter gestum est, duret, licet ille casus extiterit, à quo initium capere non potuisset, l. 85. §. 1. de reg. jur.

### COMMENTARIUS.

1. *Quot modis accidat, ut plus sit in legato rei debita, quam in debito.*
2. *Taxatur Ant. Fabri nimia confidentia.*
3. *Quando locus sit regula, Quod semel utiliter constitutum est, durare, licet ille casus extiterit, unde incipere non potuisset, & quando locus regula contraria.*

4. *Pauli à Papiniano dissentientis sententiam à Justiniano improbari.*

5. *Furo C. & Inst. vix esse, ut non sit plus in legato, quam in debito.*

UT constitat 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 emolumentum quid contineat, aut quacunque ratione plus in legato sit, quam in debito, utile sit legatum, l. si creditoris. 28. cum l. seq. de legat. 1. l. *Mævius*. 66. de legat. 2. l. *legavi*. 25. sub fin. de lib. leg. l. 1. §. si quis. 10. ad leg. Falcid.

*In diem vel sub conditione debitum pure legetur* ] Hæc exempli tantum causa proferuntur: nam longè pluribus modis, quam his duobus, accidit, ut plus sit in legato rei debita, quam in debito: & totidem modis sit, ut legatum sit utile. Videamus ergo, quot modis id fiat. Ut plus sit in legato, quam in debito, primum efficitur debiti representatione, puta si id quod sub conditione aut in diem debetur, pure legetur: sic enim sit, ut in legato plus sit tempore, l. *sin autem*. 29. de legat. 1. & hoc text. Secundo si quod loco longinquo aut minus commodo debebatur, legetur loco citiore 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 veteri, vel plenior. Efficacior est, si vetus remove-ri 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 sæpè 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. *usura*. 34. junct. l. *videamus*. 38. §. si actionem. 7. 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 perspicuè Wesemb. cum negat, ex eo solo videri plus esse in legato, quam in credito, quod nomine legati pinguior actio sit. Sed & in eo non nihil 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. Cæterum etsi hæc legata ob commoditatem novæ actionis sustinentur; quia tamen hæreditatem non minuunt, neque ipsa minuuntur lege Falcidia, nec in his creditoris legatarii fideicommissi potest, d. l. 28. §. 1. d. l. 3. §. 2. Ubi vero commodum est representationis, pro modo istius commodi Falcidia inducitur, & fideicommissum valet, l. 1. §. si quis. 10. ad leg. Falc. l. 2. de dor. praleg. Si exceptio metuebatur, creditoris fideicommissi potest, l. 7. §. ult. de legat. 3.

*Propter representationem* ] Id est, quia ex testamento præsentis die debetur. Representare est ante diem aliquid præstare

præstare aut solvere, vel antequam aliquid debeat, solvere. Sueton. August. cap. ult. l. 1. §. 2. de dot. praleg. l. Publina. 36. §. 1. de cond. & dem. Cicero Tiron. Dias promissorum adest, quem etiam representabo, si advenor. Seneca Epist. ad Lucil. 95. Petis à me, ut id, quod in diem suum dixeram debere referri, representem. Gloss. vet. representare, & papianum meum, representatio, in papianum. Th. omnemque accelerationem significat: ut in illis Ciceronis, representare improbitatem, lib. 16. ad Attic. representare libertatem, 2. Philipp. Sic Curtius representare consilium dixit, pro ante diem exequi.

*Papinianus scripsit, utile esse nihilominus legatum*] Scilicet ut nihilominus id totum, quod debetur, jure legati peti possit: non ut in eo Falcidix adhuc locus sit, aut fideicommissum creditori impositum exigere liceat; utpote sublata jam utilitate representationis, quæ sola legi & oneri locum facit, l. 1. §. si quis. 10. ad leg. Falcid. l. 7. §. ult. de legat. 3. l. 2. de dot. praleg. Quod visum monere propter confidentiam Anton. 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, & Falcidix locum datur, & fideicommissum deberi. Fallo nimirum ille contendit, cum dies aut conditio legatum facit, Falcidiam non in commodo representationis duntaxat, sed in toto legato locum habere, legatariumque ratione totius legati fideicommissio gravari posse; temere id colligens ex verbis Papiniani in l. 5. ad leg. Falcid. eumque cum Paulo in d. l. 1. §. si quis. 10. eod. & Ulp. in d. l. 7. §. ult. de legat. 3. l. 2. de dot. praleg. 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. si creditori. 28. §. 1. de legat. 1. l. 3. §. 2. de legat. 3. Extat responsum Papiniani in l. 5. ad leg. Falc.

*Existimantium extinctum esse legatum, quia in eam causam, &c.*] Hic iterum, ut sup. §. 11. occurrit dux regulæ contrariæ; quarum una definit, Quod semel utiliter gestum est, durare, etiamsi ille casus extiterit, à quo initium capere non potuisset. Altera contra, Negotium extingui, cum in casus postea incidit, unde incipere non poterat. Hæc dux propositiones, ut constat, non possunt simul esse veræ simpliciter & in univ. Imo neutra earum perpetua est, aut vera in omnibus causis, l. in ambiguis. 85. §. 1. de reg. jur. l. 3. pen. §. ult. de verb. obl. In negotiis omni ex parte perfectis, id est, quæ nihil futuri ad consummationem desiderant, sine exceptione valet prior definitio, nunquam ea, quæ utiliter sic gesta & consummata sunt, infirmari ob eam causam, quod ille casus evenerit, à quo consistere non poterant. Idque & apud omnes nunc in confesso est, & semper constitit: exempla suppetunt l. 8. de his qui sui vel al. jur. l. oratione. 16. §. ult. de rit. nupt. l. donationes. 31. in pr. de donat. l. pen. §. ult. de verb. obl. Quod si negotii gesti jus adhuc pendeat, & ad plenam perfectionem ejus adhuc aliquid amplius desideretur, hic aliud atque aliud pro conditione casus postea incidentis placet. Nam si quod postea intervenit, tale sit, ut impediatur, quominus negotium rectè cœptum ad finem

perducatur, placet quod ante gestum est, resolvi: & 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 plenè perficiuntur; ut nihil amplius ad consummationem voluntatis desideretur: reliquum enim adhuc est ut hæres ex testamento existat, ut legatarius legatum consequatur. Finge nunc, eum, qui testamentum jure fecerat, capite 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 hæredem quidem omnino, §. 4. sup. quib. mod. test. inf. l. 6. §. irritum. 5. & seqq. de injust. rupt. l. 8. §. 1. & seqq. qui test. fac. l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab. Finge, servo alieno quid legatum esse, eumque servum postea à testatore redemptum; dicimus similiter, legatum extingui; quia id quod accidit, impedit ne legatum exitum habere possit, l. 3. §. ult. de his qua pro non script. Eiusdem generis exempla occurrunt, l. inser. 83. §. sacram. de verb. obl. §. 2. inf. de inut. stip. §. pen. inf. de noxal. act. l. falsus. 43. §. ult. de furt. l. pro parte. 11. de servit. l. si à mo. 11. de judic. l. huic scriptura. 15. in fin. junct. l. seq. ad leg. Aquil. Sed finge, testatorem post testamentum factum incidisse in furorē aliamve mentis abalienationem, aut amisisse facultatem audiendi loquendive, aut bonis ei interdictum; Hic contra dicimus: testamentum, quod antea rectè factum erat, nullo horum casuum infirmari: quippe quia nec furor interveniens, nec auditus sermonive amissio, nec bonorum adempta administratio impedit, quominus testamentum exitum habeat, atque ex eo hæreditas cæteraque relicta obtineantur, utpote statum & fortunam suam testator retinente, §. 1. & 2. seqq. sup. quib. non est perm. fac. test. l. 6. §. 1. l. is cui. 18. qui test. fac. fusc. Don. post DD. vulg. in d. l. pen. §. ult. de verb. obl. Cæterum non idem omnes in omni ejusmodi specie sensisse apparet, ex l. existimo. 98. de verb. obl. Atque in casu hic proposito, cum quis quod in diem aut sub conditione debebat, creditori suo purè legavit, & vivente testatore dies supervenit aut conditio extitit. Paulus in l. debitor. 82. de legat. 2. apertè dissentit à Papiniano in l. 5. ad leg. Falc. Si 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 constitit: contra Papinianus, etiamsi vivo testatore dies venerit, &c. utile esse hujusmodi legatum scribit, 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 rejecta Pauli Justinianus hic amplexus est. Tota disputatio hujus §. 1. quod Compositores ipsi non animadvertierunt, 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 debite nihil utilitatis contineat, videlicet

quando legatarius creditor etiam extra causam legati jus pignoris habet, constitutum sibi jam ante vel à debitore; vel à lege, ut in specie §. proxime sequentis.

## 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, si quidem simpliciter legaverit, inutile esse legatum: si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta dotis in praelegando demonstrata sunt, valet legatum.*

## NOTA.

15. *Plenius est legatum*] Propter representationem in dote pecuniaria, quæ annua, bima, trima die, *in annis, diebus, septuaginta*, id est, tribus annuis pensionibus reddebatur. Ulpian. tit. 6. §. 5. Hodie autem dos rerum mobilium annua die præstatur; l. un. §. 7. C. de rei ux. act. In legato immobilium et si non est representatio. Ulpian. d. loc. & d. l. un. valet tamen legatum propter commoditatem novæ actionis, v. in comment.

## 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, qua non accepta est, dos aut simpliciter legata sit, aut demonstrata certa quantitate vel corpore.*

**S**i uxori maritus dotem legaverit] Exemplum legati rei debita: proinde quid hic statuendum sit, dicamus 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 relogatio dotis non potuerit non jure veteri valere, fac. tit. de aor. pralog. Ut autem legatum plenius esset, faciebat aut utilitas representationis in dote pecuniaria, cujus repetitio dilationem habebat, ut annua, bima, trima die, *in annis, diebus, septuaginta*, id est, tribus annuis pensionibus, redderetur; legatum autem statim peti poterat, l. 1. §. 2. l. 2. d. tit. Ulpian. tit. 6. §. 5. aut commoditas novæ actionis: nam et si cæteræ dotes statim reddebantur, teste Ulpian. d. lac. tamen dote prælegata hoc commodum sentiebat uxor, quod dominium rei dotalis statim ad eam redibat, actionemque in rem consequabatur, cum pro dote repetenda personalem tantum actionem rei uxoriaz haberet, arg. l. 3. §. 2. de leg. 3. aut si dotem sibi reddi stipulata fuerat, quod pro actione ex stipulatu consequabatur actionem ex testamento, imitantem in plerisque naturam actionum bonæ fidei: per l. si creditor. 28. §. 1. de legat. 1. Adhæc variæ olim actioni de dote objiciebantur exceptiones & retentiones; sæpè

etiam dos lucro mariti cedebat, vid. Ulp. d. tit. 6. l. 15. §. 1. sol. matr. l. un. §. sacras. 5. & seq. C. de rei un. act. quibus locus non erat dote relegata. Justinianus vero jus & petitionem mulieris sic auxit, d. l. un. & l. in rebus. 30. C. de jur. dos. 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. §. cum autem. vers. exactio. Tentari tamen potest cum plerisque interpretibus, etiam post constitutiones Justiniani relegationem in universum utilem censi debere, propterea quod agenti ex testamento non potest obijci exceptio, quam vocant competentæ. Tametsi enim non omnibus hæredibus mariti conventis actione de dote hoc beneficium competit; l. sciendum. 25. de re jud. sufficit tamen, communi filio, qui patri hæres extitit, competere; l. etiam filius. 18. sol. matr. atque ita aliquando legatum utile esse posse, & solidum obtineri, ubi alias in id tantum fieret condemnatio, quod reus facere possit.

*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. si sic legatum. 75. §. 1. de legat. 1. l. legavi. 25. sub fin. de lib. legat. fac. l. cum post. 69. §. gener. 4. de jur. dor.

*Si vero certa pecunia, vel certum corpus, aut instrumenta*] Veluti, *Centum, qua in dotem accipi*; aut, *Eandem Tusculanum, mihi in dotem datum, uxori de lego*; aut, *Centum, qua instrumenta dotali conscripta sunt*. l. 3. l. ult. C. de fals. ca. adjct. leg.

*Valeat legatum*] d. l. legavi. 25. in fin. de lib. leg. d. l. 3. & ult. C. de fals. ca. adjct. leg. d. l. si sic legatum. 75. §. 1. in fin. de legat. 1. Ratio aperta est, & expressa dictis locis; quia falsa demonstratio legatum non vitiat: de quo plura infra §. huic proxima. 30. eod. Eadem ratione si major quantitas legato comprehensa sit, quam in dotem accepta, valebit legatum etiam in id, quod acceptam excedit, l. 6. de dot. pral. Obstare tamen his, quæ diximus, videtur, quod Ulpianus scribit l. 1. §. sed & si. 7. eod. tit. si quis ita legaverit, *Centum, qua in arca habeo*, aut, *qua ille apud me deposuit*, & nihil in arca sit, aut depositum fuerit, nihil deberi; accommodans hoc ipsum ad casum dotis non acceptæ & prælegatæ. Sed rectè respondet Joan. Faber, referre utrum legetur certa quantitas, ut quantitas; an ut certum corpus aut species, veluti *Centum, qua in arca habeo*, l. plano. 34. §. sed hoc. 4. l. sed si. 51. de legat. 1. Priore casu fallax 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. si forus. 108. §. qui quinquo. 10. de legat. 1. l. omnia. 32. §. species. 5. de legat. 2.

## TEXTUS.

De interitu, & mutatione rei legatæ.

16. *Si res legata sine facto hæredis perierit, lega-*

*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 alius donaverit servum, & is, cui donatus est, eum manumiserit, tenetur heres: quamvis ignoraverit, à se eum legatum esse.*

NOTA.

16. *Sine facto heredis*] Sive naturali interitu, v. c. si servus legatus idcirco, sua morte, ut Suet. in Jul. c. ult. defunctus sit; sive facto alieno: nisi mora hæredis intervenierit, l. 36. §. ult. l. 47. §. ult. de leg. 1. l. 23. de verb. obl. vide in comment.

*Legatario decedit*] Et hæres liberatur, ut & cæteri debitores, qui certam speciem debent, d. l. 23.

*Sine facto heredis manumissus*] l. 35. de leg. 1. hæc enim manumissio morti proxima est, l. 92. de solut.

*Nec interest sciverit, &c.*] l. 112. §. 1. eod. l. 1. 28. qui & à quib. man. l. 91. §. 2. de verb. obl. Ratio est in l. 25. §. 2. in fin. ad Treb.

COMMENTARIUS.

1. *Servi alieni, qui legatus sit, manumissione heredem ita liberari, ut nec æstimationem debeat, & quid si res legata evicta sit.*
2. *Hæredem, qui servum proprium à se legatum vel ignorans manumissit, obligatum remanere: & cur nominatim hoc pronuntietur de servo heredis proprio.*

**H**Ujus §. doctrina pertinet ad locum communem de liberatione debitorum, quæ coarctat interitu rei debite. Sic enim in universum jus est, ut rei debite interitu, qui sine facto aut culpa debitoris contigit, obligatio extinguatur, ita ut nec ulla æstimationis petitio superfit, l. si ex legati. 23. de verb. obl. l. in ratiōne. 30. §. restamen. 6. ad leg. Falc. l. cum res. 47. §. ult. de legat. 1.

*Si res*] Id est, res certa, species, seu certum corpus, l. non amplius. 26. §. 1. de legat. 1. d. l. si ex legati. de verb. obl. d. l. in ratiōne. §. certis. ad leg. Falc. idque ex prædicato, perierit, satis intelligitur, quod in res certas seu species solum cadit. Nam cum res incerta, puta homogenea, aut centum aurei, legata aut in obligationem deducta est, nunquam dici potest res legata aut alias debita periisse: quomam omnes homines generaliter & infinite centum legato aut obligatione continentur: coque fit, ut in his nullo rerum casu sive hæres sive quis alius debitor liberetur, d. l. in ratiōne. §. incerta. ad leg. Falc. l. incendium. C. si certis. per. Utram autem certa species legata sit, an quantitas instar certæ speciei, veluti centum aurei, qui in arca sunt, nihil interest, d. l. in ratiōne. §. certis. l. si certos. 37. de verb. obl.

*Sine facto heredis perierit*] Sive naturali interitu, sive facto alieno, puta si servum legatum alius occiderit, l. arbitrio. 18. §. ult. de dol. Nam si ipsius hæredis facto res perierit, non magis id legatario nocere debet, quam cæteris creditoribus, quæ facto debitorum contigerunt. Sed & si res naturali fato perierit, cæterum post moram

ab hærede factam, hæredis id detrimentum erit, l. cum servus. 39. §. 1. de legat. 1. Certa enim est juris regula, mora interveniente perpetuari obligationem, ut post moram re perempta nihilo secius teneatur debitor, quam si res adhuc extaret, d. l. si ex legati. de verb. obl. l. nemo. 82. §. 1. l. si servum. 91. §. sequitur. 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 desit: verum etiam cum commercio exempta est, §. 1. & 2. inf. de inut. stip. l. inter. 83. §. sacram. de verb. obl. l. si mihi. 92. de solut.

*Legatario decedit*] Hoc locis compluribus traditum, l. non amplius. 26. §. 1. l. Titia. 36. §. ult. l. cum res. 47. §. ult. l. si quis inquilinos. 112. §. 1. de legat. 1. d. l. si ex legati. de verb. obl. atque ut superius diximus, jus est commune omnium debitorum, qui certam speciem debent.

*Sine facto heredis manumissus*] Etiam servi alieni legati manumissione hæres liberatur, si nulla ejus culpa argui potest, l. si hæres. 35. de legat. 1. l. si servum. 91. §. 1. vers. sua autem. de verb. obl. l. si mihi. 92. de solut. ubi Paulus hanc manumissionem ait morti similem esse; scilicet quia manumissione servus commercio eximitur. Quare nec æstimationem præstare hæres tenetur, quam præstare cogitur, cum res adhuc extat, eamque dominus non vult vendere, §. 4. sup. Quid si res legata non perempta, sed legatario evicta sit? Et siquidem ex causa pignoris evicta sit à creditore, hæres obligatus manet: nec interest, generaliter res legata sit, an una aliqua specialiter & certa: nam nec illo casu sufficit rem talem dare, qualis est; sed ita dare oportet, ut eam habere liceat, l. qui concubinam. 29. §. pen. de legat. 3. l. si à subdito. 45. §. 1. eod. 1. & hoc casu tenetur hæres rem obligatam nexu pignoris liberare, §. 5. sup. Sin autem evicta fuerit à domino, ut res aliena, hæc interest, in genere res legata sit, an in specie: nam si in genere, & hæres rem unam aliquam ex eo genere dederit, quæ postea à domino evincatur, non liberabitur, ob eandem scilicet causam, quam modo dixi: si vero in specie, puta Stichus aut Pamphilus, sic distinguendum est, ut si testator eam rem tanquam alienam legaverit, teneatur hæres eam redimere aut æstimationem ejus dare, §. 4. sup. si tanquam suam, placet hæredem liberari, modo præstet rem talem, qualis apud testatorem fuit, l. cum pater. 77. §. evictis. 8. de legat. 2.

*Hæredis servus legatus, & ipse eum manumiserit*] Si hæres servum proprium à se legatum manumiserit; obligatus remanet, & tenetur in ejus æstimationem, perinde quasi occidisset; nec refert, sciverit, an ignoraverit, à se legatum esse, l. si quis inquilinos. 112. §. 1. de legat. 1. l. hæres. 28. qui & à quib. man. quippe etiam manumissione res interire intelligitur; quia desinit esse in commercio: & nemo suo se facto obligatione liberare, alterique damnum afferre potest, l. quidam. 25. §. 2. in fin. ad Sen. Trebell. l. si servum. 91. de verb. obl. Quod ergo dicitur, in d. l. hæres. qui & à quib. man. hæredem servum proprium, quem testator legaverat, manumittendo nihil agere, ad effectum liberationis, non ad effectum libertatis referendum; ut nihil agere dicatur, quia manumittendo non efficit, quominus obligatus maneat: quod etiam Accurs. observavit. Non obstat huic sententia, quod excusatur ignorantia ejus, qui servum inde-



bitum sibi datum manumisit, *l. in summa. 65. §. pen. de cond. ind.* nam indebiti conditio, 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. si quis inquilinos. §. 1. & d. l. hæres.* nominatim loquuntur de seruo hæredis proprio? Nimirum quia hæres servum testatoris à se legatum aut per fideicommissum alteri relictum ne manumittere quidem potest, sicut nec quamvis aliam rem, quam restituere jussus est, alienandi potestatem habet, *l. ult. §. 2. C. comm. de legat.* Quin et si sub conditione servus testatoris legatus fuerit, licet pendente conditione pleno jure hæredis sit, placet tamen, libertatem ab hærede consequi non posse, *l. generaliter. 29. §. 1. qui & à quib. man.* Sed quid est igitur, quod Paulus in *l. si servum. 91. §. 2. de verb. obl.* scribit, Julianum putasse, teneri hæredem, qui, cum nesciret, à se petitem codicillis ut restitueret, manumisit? nam libertate non procedente non potest dici manumisisse. Responsum ipsum Juliani, quod extat in *l. quidam. 25. §. 2. ad sen. Trib.* rem expedire, non ait Julianus servum hæreditarium ab hærede legatum, aut quem nominatim hæres restituere rogatus est, posse manumissione hæredis liberum fieri: sed posse hæredem, qui hæreditatem restituere jussus est, servum, qui ex ea hæreditate sit, manumittere, ut tamen obligatus maneat, pretiumque servi fideicommissario præstet. Inter quæ multum interest. Nam cum servus hæreditarius certus specialiter legatus est, manifestum est testatorem velle hunc ipsum servum præstari, non æstimationem ejus. At in fideicommissio hæreditatis potest favore alicujus rei, quæ in ea hæreditate 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.]* Hæres, 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. si quis inquilinos. 112. §. 1. de legat. 1.* Ratio eadem, quæ in specie præcedente; quia facta hæredis accidit, ut servus commercio sit exemptus; quod alteri damnum afferre non debet. Tantum hic non proxima, sed remota causa hæres est.

### TEXTUS.

De interitu quarundam ex pluribus rebus legatis.

17. Si quis ancillas cum suis natis legaverit, etiamsi ancille mortua 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 seruo, vel manumisso, vel alienato, peculii legatum extinguitur. Idem est, si fundus instructus, vel cum instrumento legatus fuerit: nam fundo alienato, & instrumenti legatum extinguitur.

### NOTÆ.

17. Idem est, si ordinarii cum vicariis.] Nam vicarii hic non considerantur; ut pars peculii ordinariorum, sed ut eorum conservi, ut & revera sunt, *l. 9. d. t.* itaque etiam in hac specie duo sunt legata separata, *l. 4. d. t.*  
Sed si servus cum peculio, &c.] *l. 1. d. t.* Ratio est, quia peculium accessionis locum obtinet, cujusmodi perempta re principali & ipsa extingui solent, *l. 2. d. t. l. 178. de reg. jur.*

Idem est, si fundus instructus] Quia nec hic duo sunt legata & principalia legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis: spectanda tamen mens testatoris, *l. 1. §. 1. l. 5. de instr. vel instrum. leg.*

### COMMENTARIUS.

1. Si ancilla cum suis natis legata sit, duo intelligi legata separata & aequè principalia.
2. Idem esse, si servus cum vicariis suis legatus sit.
3. Secus, si servus cum peculio, aut penus cum vasis.
4. Aut si fundus instructus, vel cum instrumento.
5. Paulus cum Justiniano conciliatus.

Hoc §. & 3. seqq. docetur, quid juris sit, si rei legata vivo testatore vel decesserit aliquid, vel accesserit. Si aliquid decesserit, ita jus est, ut neque legatum extingatur, nisi quod decesserit, si principale, reliquum accessorium: neque hæres teneatur supplere, quod decesserit, 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. Cæterum, ut dixi, ita quod superest, legato cedit, si id quoque principaliter legatum sit, non si ut accessio ejus, quod decesserit; nam perempta 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 adjuncta plura capita, §. seq. legati ædium, quibus adjunctæ columnæ & marmora, §. 19. legati peculii, cui deinde aliquid accesserit, *d. §. 20.* Late autem hic locus patet. Nam huc etiam pertinent fructus, usuræ, pensiones prædiorum, partus, foetus, alluvio, insula in confinio nata, & plura alia, quæ hic non tangit Justinianus, *l. 8. l. quod in verum. 24. §. 2. & 3. l. cum servus. 39. §. 1. de legat. 1. l. 10. l. si area. 39. de legat. 2. l. sape. 16. eod. 3.*

Partus legato cedunt] *l. si ancilla. 62. cum l. seq. de legat. 1.* Poterat videri unum hic esse legatum principale, alterum, natorum scilicet, accessorium; quod etiam Servio visum fuit, qui ob id mortua ancilla negabat partum deberi. Sed revera liberi matris accessio non sunt: statim enim ut sunt editi, separatam plane habent existentiam: & ideo rectè Paulus scribit, duo hic esse legata separata, hoc est, æquè principalia, *l. 3. de pec. leg. & Celsus in l. si ancillas. 63. de legat. 1.* sententiam Servii ut falsam nec voluntati defuncti accommodatam rejicit. Ego quoque sententiam Jo. Fabri & Aretini falsam esse puto, & voluntati testatoris minimè consentaneam, qui existimant, si pecudes cum foetu legatæ fuerint, morte pecudum legatum foetus tanquam accessorium extingui.

Idem

*Idem est, fordinarii cum vicariis.]* Hic eadem dubitatio occurrit, quæ in casu præcedenti: nam ut peculium servi accessio est, ita & servi vicarii, qui sunt in peculio ordinariorum, l. 17. de pecul. etiam horum accessio videntur; ac proinde his mortuis illos ex legato non deberi. Illud utique certum est, mortuo servo ordinario, qui cum peculio legatus est, peculii legatum ita extinguere, ut nec vicarii, qui in ejus peculio sunt, debeantur. 2. Et sane fatendum est, servos vicarios accessionis locum obtinere, quatenus considerantur ut pars peculii ordinariorum: cæterum 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 hic quoque sint duo legata separata, & vicarii æque principaliter ut ordinarii legati intelligantur, l. 4. d. tit.

*Sed si servus cum peculio.]* Servo legato cum peculio, & alienato vel manumisso, aut mortuo, legatum etiam 3. peculii extinguitur, l. 1. de pec. leg. Cur tam varie? quia peculium accessionis locum obtinet: cujus conditionis quæ sunt, extingui solent, cum principales res preemptæ fuerint: ratio reddita à Cajo in l. 2. d. tit. Eadem ratione placet, & penu certa cum vasis legata & consumpta, ne vasa quidem deberi, l. 2. l. 4. in pr. de pen. leg. Hoc tamen inter peculium & vasa penuaria interest, quod peculium non est simplex & mera accessio, quæ necessario servum sequatur: quippe si simpliciter servus legatus sit, peculium legato non cedit, l. si legatus. 24. de pecul. leg. Sed vasa penuaria pura puta sunt accessio; & ideo penu simpliciter legata, vasa quoque, sine quibus rectè penus haberi non potest, legato continentur, l. 3. §. ult. d. l. 4. pr. de pen. legat.

4. *Si fundus instructus, vel cum instrumentis.]* Exemplum simile proxime præcedenti: ideo enim fundo cum instrumento legato & alienato etiam legatum instrumenti extinguitur; quia hic non sunt duo diversa & separata legata, sed unum rei principalis, alterum accessionis & sequelæ. Nam instrumentum fundi accessio est. Et 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. Cæterum an idem sit, si sic legaverit, fundum & instrumentum, aut fundum instructum, non satis convenit. Labeo lib. 1. pisan. putat, inter omnes hæc scripturas nihil interesse, l. 5. de instrum. leg. Justinianus quoque hoc loco idem prædicat de legato fundi instructi & legato fundi cum instrumento. Denique & Paulus eadem duo, ut eandem 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 cæteris diserte separat, sic ut dicat, ex illa scriptura, fundo alienato, nihil deberi: ex duabus reliquis posse instrumentum esse legatum. Eguinarius Baro existimat, Paulum cum Justiniano nullo modo conciliari posse: Hotomannus etiam secum pugnare, atque ex insita sibi cum Labeone similitate, 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 acq. rer. dom. l. ult. de usuc. & fortassis sic etiam Labeonem ab eo tractari; in d. l. 5. non arbitror tamen 5. aut secum cum 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, cum fundus cum instrumento legatus est, tam perspicuum est, testatorem instrumentum accessionis locum habuisse, ut alienato postea fundo frustra de mente testatoris, quod ad legatum instrumenti attinet, disputetur: quod ipse d. l. 1. §. 1. de instrum. 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 hic non tam plana ac perspicua est, quam in specie superiore, ideo admitti posse quæstionem voluntatis, & tentari fundo alienato nihilominus instrumentum, tanquam separatim atque æquè principaliter legatum, ex sententia testatoris deberi, eoque probato legatarium vincere. Non pugnat igitur secum Paulus, cum in d. l. 1. in pr. ait, five cum instrumento fundus legatus sit, five 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, hic tantum proposuit: quod & fecit Labeo d. l. 5. quem idcirco explicari potius à Paulo, quam taxari oportuit. Ad hunc fermè modum hæc quoque componunt Cujac. Wesemb. post Bart. in d. l. 5. aliter. l. 30. ibid. Mynf. Balduin. bis. Quanto plenius sit legatum fundi instructi, quam fundi cum instrumento, docet Ulpian. l. quasitum. 12. §. supellex. 15. & §. sed si fundus. 27. cum seqq. de instrum. vel instrum. legat.

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 adium unum corpus est coharentibus lapidibus.*

NOTÆ.

18. *Si grex legatus, &c. quod superfuerit vindicari.]* Quamvis grex esse defierit, quæ ratio est dubitandi, l. 22. de leg. 1. Sed nimirum qui gregem legat, etiam singula capita, quæ in eo grege sunt, ut partes totius, legare intelligitur, per l. 113. de reg. jur. Aliud juris est in legato usufr. gregis, l. ult. quib. mod. us. am. quia usufructus rei mutatione extinguitur, v. sup. §. pen. de usufr. *Unum corpus.]* De generibus corporum vid. l. 30. de usurp. & usuc.

COMMENTARIUS.

1. Ratio dubitandi circa priorem speciem hujus §. & cur non idem in legato usufructu gregis, remissivè.
2. Ratio exempli posterioris.

¶ ff 3.

Grege

**G**rege legato, si numerus ovium decreverit, tamen quæ supersunt, capita debentur, etiam si unica tantum ovis reliqua sit, *l. si grege. 22. de legat. 1.* quo loco Pomponius etiam dubitandi causam significat: quæ hæc esse poterat, quod rei legatæ interitu legatam extinguatur, *§. si res. 16. sup. eod.* Etenim grex et si neque accretione neque decrectione mutetur, sed idem maneat; *l. si cum. 21. §. 1. de exc. rei jud.* tamen ubi decrevit usque ad numerum minorem decem, interiisse censetur, quia iste numerus gregem non constituit, *l. ultim. de abig. l. ult. quib. mod. us. am. vid. l. 65. §. 1. de leg. 2. Fabros. ad Tb. h. l. 79. de leg. 3.* Gregem autem legavit testator, non separatim singula capita, quæ aliud sunt, quam grex, *l. 1. in fin. de rei vind.* Dicendum est, cum, qui gregem legat, omnia capita, quæ in eo grege sunt, legare intelligi; atque ideo quicquid ex grege superest die legati cedente legatario deberi. Licet enim capita, quæ supersunt, pauciora sint, quam ut per se gregem constituent: tamen quotquot supersunt, pars sunt aut fuerunt illius gregis, qui legatus est; ac proinde etiam legato continentur, *l. in toto. 113. de reg. jur.* Nam nec area insula est: & tamen si insula legata combusta sit, responsum est, aream adhuc vindicari posse, *d. l. si grege.* Nimirum quia area pars est aut fuit rei legatæ, id est, insulæ, *l. qui res. 98. §. aream. 5. vers. non est. de solut.* Nec est contrarium, quod traditur in *l. ult. quib. mod. us. am.* usum fructum 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 *§. pen. sup. de usufr.*

*Ad unam ovem]* Quamvis enim unica hæc ovis gregem non constituat, id est, universitatem multorum capitum; est tamen unum ex capitibus illis, quæ gregem constituebant; ac proinde pars rei legatæ, *vide & l. peculium. 63. §. 1. de leg. 2. l. si chorus. 79. de leg. 3. Fabros. ad Theoph. hic.*

*Post testamentum gregi adjiciuntur]* Exemplum contrarium, cum rei legatæ vivo testatore aliquid accessit. **2** Cui grex legatus est, ad eum etiam omnia capita pertinent, quæ postea gregi adjecta sunt, *l. grege. 21. de legat. 1.* Ratio est, quia testator non illum gregem, quantum tunc erat, sed plane quantumcumque 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 illud *οὐκ ἄριστον*, id est, connexum, atque ex pluribus partibus inter se coherentibus constans; hoc *δυσόν, διϊκνύον*, constans ex pluribus corporibus distantibus, ut populus, legio, collegium, *l. in rem. 23. §. item quacumque. 5. de rei vind. l. rerum. 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 area legata domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi. Et quid si res legata in aliam speciem mutata sit.*

**A**liud exemplum augmenti rei legatæ. Per columnas autem & marmora quælibet additamenta intelligenda sunt, *l. cetera. 41. §. item. 9. & seqq. de legat. 1.* Sed & si area legatæ domus imposita sit, placet domum, hoc est, & solum & superficiem deberi, ut diserte traditum est in *l. si area. 39. de legat. 2. & l. si servum. 44. §. si area. 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 alias jure accessionis cedit; ut res aucta potius, quam mutata videatur, *§. cum in suo. 29. & seq. sup. de rer. div. l. qui res. 98. §. ult. vers. non est. de solut.* Non est contrarium, quod apud Cajum scriptum est, si domo, quæ legata erat, destructa aliam eodem loco testator ædificaverit, legatum non deberi, *l. si ita legatum. 65. §. ult. de legat. 1.* quia destructione rei legatæ legatum interit, veluti si domum legatam testator diruat, navem legatam dissolvat, *l. lana. 88. §. 2. de legat. 3.* Nova autem domus non debetur, quia non intelligitur legata; nisi aliud testatorem sensisse fuerit approbatum. Magis obstat locus Celsi in *l. si chorus. 79. §. pen. de legat. 3.* & omnino adversatur, nisi hæc Celsi verba, *quanquam tunc peti non poterat*, per concessionem accipiantur. Ut sit hic sensus: quamvis ponatur is casus, quo tunc, id est, stante ædificio legatum peti non potuit, uti non potest, cum constat testatorem sic ædificasse, ut nollet domum deberi; quæ exceptio est *d. l. servus. 44. §. si area. 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, si quidem ea species ad pristinam materiam redire non potest, veluti si ex marmore statua, ex lana legata vestis, ex materia legata navis facta sit, legatum intercedit, *l. quæsitum. 78. §. illud. 4. d. l. lana. pr. & §. 1. de legat. 3.* Si vero species, in quam res translata est, in suum initium redigi potest, veluti si massa legata, scyphi ex ea facti sint, placet consistere legatum, atque in hujusmodi rebus materiam prevalere, *d. l. quæsitum. §. illud. d. l. lana. §. ult. fac. §. cum ex alieno. 25. sup. de rer. div.* nisi tamen aut hic hæres probet testatorem à legato recessisse, aut illic legatarius probet non recessisse; quomodo accipi debet *Ulp. in d. l. servum. §. si pecunia. de legat. 1. ad Dm. d. cap. 17. Cujac. 5. ad Africam. in l. qui usufructum. 36. de usufr. & 23. obs. 22.*

### TEXTUS.

#### De peculio.

20. *Si peculium legatum fuerit, sine dubio quicquid peculio accedit, vel decedit vivo testatore, legatarii lucro vel damno est. Quod si post mortem testatoris ante aditam hereditatem aliquid servus*

servus acquirerit, Julianus ait, siquidem ipsi manumisso peculium legatum fuerit, omne quod ante aditam hereditatem acquisitum 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. Idem rescripserunt, peculio legato non videri id relictum, ut petitionem habeat pecunia, quam in rationes dominicas impenderit. Idem rescripserunt, peculium videri legatum, cum rationibus redditus liber esse jussus est; & ex eo reliqua inferre.

## N O T A .

20. Sufficit, si non adimatur] Hoc enim ipso, quod dominus peculium apud jam liberum factum manere patitur, non obscure id ei donat, l. 53. de pecul. l. un. C. de pec. ejus, qui lib. mor.

Quam in rationes dominicas] Hoc ideo, quia quod dominus servo debet, verum debitum non est; quamvis peculium augeat, l. 6. §. 4. de pec. leg. l. 7. §. pen. de pecul.

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

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 debetur, nisi legatum sit: inter vivos manumissum sequatur, nisi ademptum fuerit.
5. Legato peculii non contineri, quod servus domino expensum tulit.
6. Peculium legatum videri ei, qui rationibus reliquis quo redditus liber esse jussus est.

**M**ulta 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 redditus liber esse jussus sit, an peculium ei legatum intelligatur.

Accedit vel decedit vivo testatore] Peculium est instar universi alicujus patrimonii, in quo sunt corpora & nomina ac jura, seu credita & debita. Passim tit. de pecul. unde fit, ut facile & deminutionem & incrementum recipiat, l. peculium. 65. pr. de legat. 2. Papyrius Fronto dicebat peculium simile esse homini: quippe nasci, crescere, decrescere, mori, l. peculium. 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 legati 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 peculiaribus, puta ex partu ancillarum, vel foetu pecorum; an quid aliunde peculio accesserit, puta ex operis aut questu servi, ex donationibus aut legatis. Si ipsi servo manumisso peculium legatum sit, placet, omne augmentum legato cedere: si extraneo, incrementa ex rebus peculiaribus duntaxat; cetera non deberi, sed ad heredem pertinere, l. 8. §. ult. de pec. leg. & hoc nostro text. Rationem diversæ juris mox audiemus.

Quia hujusmodi legati dies ab adita hereditate cedit] Ratio cur placeat in casu, quo ipsi servo peculium legatum est, etiam id, quod jacente hereditate ex operis ejus vel ex alia re non peculiariter accedit, ipsius lucro esse. Unde quoque simul intelligimus, cur in casu opposito penes heredem illud maneat. Nimirum sic in universum jus est, ut cum quaeritur, quantum sit in legato; id tempus inspiciatur, quo dies legati cedit, l. 8. §. ult. de pecul. leg. id est, cum res legata deberi incipit, l. cedere. 213. de verb. sign. neque enim ante ad legatarium quicquam 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 demum hereditate cedit, l. 7. in fin. cum l. seq. quoad dies legat. quando autem extraneo, cedit statim a morte testatoris, sicut in ceteris omnibus legatis, exceptis conditionalibus & quæ ad heredem non transeunt, l. 2. cum 3. seqq. d. tit. l. un. §. in novissimo. 5. & §. seq. 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. Quod tamen diximus, peculii legati diem extraneo cedere ex mortis testatoris tempore, ei aperte adversatur, quod ex Juliani sententia Ulpianus in l. demique. 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 secundum 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 differentie rationem afferunt, petitam à conjectura voluntatis testatoris. Id vero antiqui juris vestigium oculos ac manibus consarcinatorum fugisse.

Nisi

*Nisi ex rebus peculiaribus*] Puta ex partu peculiarium ancillarum foetuve pecorum, d. l. 8. §. ult. de pecul. leg. Hoc enim cum accedit, ipsum peculium ex se augetur atque amplificatur; ut hujusmodi augmentum etiam post diem legati cedentem contingens merito legatarium sequatur, arg. §. item ea. 19. sup. de ver. div. l. 6. de acq. rer. dom.

*Peculium autem nisi legatum, &c. quamvis si inter vivos*] Servo testamento manumisso peculium, nisi nominatim ei legatum fuerit, non debetur, l. si legatus. 24. de pec. leg. At eum, qui inter vivos manumittitur, placet peculium sequi, si non adimatur, l. si Stichus. 53. de pecul. l. un. C. de pecul. ejus qui lib. mer. Queritur ratio differentiae. Glossa ex Joanne hanc affert, quod inter vivos manumissus operas patrono debeat, in quarum compensationem peculium ei relictum credendum sit: libertus autem Orcinus neque hæredi neque ulli alii operas præstare teneatur. Schneidewinus ex Jo. 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 quaerimus? Peculium servo vindicta, verbi causa, manumisso relictum, eum neque ut compensatio operarum sequitur; quippe quas etiam adempto peculio præstaret; neque quia major putatur esse affectio domini erga servum, quem vindicta, quam quem testamento manumittit: licet enim hoc verum sit; tamen cum morientes longe sumus liberaliores, quam viventes & adhuc valentes, liberalior quoque ac prolixior interpretatio convenit voluntati morientium, quam viventium, l. in testamentis. 12. de reg. jur. Denique & cum testamento & cum vindicta servus manumittitur, manumissio ipsa præter libertatem nihil ei tribuit: est enim manumissio non peculii datio, sed libertatis. Sed quod vindicta manumissum peculium sequi placet, si id ei non adimatur; hanc rationem habet, quod duplex in tali casu donatio est; una expressa, libertatis; altera tacita, 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 hæredem suum cum cætero jure manere voluisse censetur, fac. d. l. si Stichus. 53. de pecul. d. l. un. de pecul. ejus qui lib.

5 *Petitionem pecunia, 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. §. sicut. 4. de pecul. leg. Quinetiam responsum est, si servo inter vivos manumisso peculium ademptum non sit, ac proinde concessum, tamen eum debitores pecu-

liares convenire non posse, nisi mandatis sibi actionibus; d. l. si Stichus. 53. de pecul. adeoque verum videtur, quod Theophilus scribit, peculio legato, *ne eo ex hereditate duntaxat dominum legasse censerit.*

*Et ex eo reliqua inferre*] Ex eo solo, quod quis servum suum liberum esse jussit, si rationes reddidisset, peculium ei legatum defendi non potest: nam nec si vetuisset testator rationes ab eo exigi, peculium ei legatum censeretur, l. dominus. 23. §. 2. de pec. leg. Cæterum si rationibus redditis reliqua, id est, quæ putatis rationibus domino eum debere compertum fuerit, de peculio solvere, aut certam summam hæredibus inferre jussus sit, ei quod in peculio superest, legatum intelligitur, l. 8. §. interdum. 7. d. tit. Nam qui servum ex peculio, quod debet, aut partem peculii inferre jussit, non potest non videri de cætero aliter sensitse, per l. quæsitum. 12. §. idem respondit. 43. vers. demique Neratius. de instrum. vel instrum. legat.

## T E X T U S.

## De rebus corporalibus &amp; incorporalibus.

21. *Tam autem corporales res legari possunt, quam incorporales: & ideo quod defuncto debetur, potest alicui legari, ut actiones suas hæres legatario præstet; nisi exegerit vivus testator pecuniam. Nam hoc casu legatum extinguitur. Sed & tale legatum valet; Damnas esto hæres meus domum illius reficere: vel illum ære alieno liberare.*

## N O T A.

21. *Actiones legatario præstet*] d. l. 43. §. 6. d. l. 75. §. 2. eod. 1. Sed & non expectata cessione actionum directarum utilibus suo nomine experiri potest, l. 18. C. eod.

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

1. *Legato nominis quid contineatur.*
2. *Extingui hoc legatum, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit, aut etiam ultro solutum: & quare.*
3. *Admissi tamen hic probationem non mutata voluntatis ex facti circumstantiis.*
4. *Quid juris, si cum debitum peti ceptum esset, testator inter moras judicii, aut nondum facta solutione, decesserit.*
5. *Etiam facta legari posse, ut qui jussus est facere, parere debent: & quibus conditionibus.*

**C**oncludi 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, usufructus, servitutes prædiorum, pars

pars hæreditatis aut bonorum liberatio, actio seu nomen debitoris. Et hoc est, quod Jurisconsultus ait, & corpora omnia & jura & servitutes legari posse, *l. cætera. 41. in pr. de legat. 1.* Quid usu, usufructu, quid servitute legata legato contineatur, explicatur propriis *ist. in pr. quid legata parte hæreditatis, l. 8. §. ult. de legat. 2. l. mulier. 22. §. ult. ad sen. Treb. quid parte bonorum, l. 9. de legat. 2. l. non amplius. 26. §. 2. l. si quis. 23. de legat. 1.* De liberatione legata, & quid eo legato contineatur, diximus sup. §. *si quis debitori. 13.* agiturque de eo item tit. proprio in *pr.* Hic de legato nominis agendum est:

*Quod defuncto debetur, potest alicui legari* ] Quod mihi debetur, & debitori meo recte lego, quod legatum dicitur liberationis, & tertio alicui. Veluti, *Centum, qua mihi Sejus ex causa mutui debet, Titio do lego, l. si sic legatum. 75. §. 1. & 2. l. non quocumque. 82. §. pen. de legat. 1.* estque id legatum, quod passim nominis appellatur, *l. servum. 44. §. sed et si. 6. de legat. 1. l. 11. §. ergo. 13. l. nomen. 34. l. qui chirographum. 59. de legat. 3. l. ex legato. 18. C. de legat.* Qui chirographum legat, debitum quoque seu nomen aut actionem legare intelligitur, non tabulas solum, *d. l. servum. §. eum. §. de legat. 1. d. l. qui chirographum. eod. 3.*

*Ut actiones legatario præbet* ] Legato nominis nihil amplius continetur, quam ut actiones suas hæres præstet, *d. l. servum. §. sed et si. d. l. si sic legatum. §. 2. l. legatum. 105. de legat. 1.* Ex quò intelligere possumus, nomine legato neque pecuniam ab hærede posse exigi, neque periculo ejus nomen esse; sed cessione actionum, licet inanium, si forte debitor solvendo non sit, hæredem defungi: tum etiam nullum esse tale legatum, si nihil debeatur, & vel eo etiam casu, quo certam quantitatem testator expressit, veluti si dixerit, *Decem, qua mihi Sejus debet, Titio lego, d. l. si sic legatum. §. 2.* Atque olim quidem sive nomen legatum fuerat, sive venditum aut donatum, nulla actio legatario venditori aut donatario prodita erat, qua suo nomine cum debitor experirentur; sed expectandum iis erat, donec hæres 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. ex legato. 18. C. hoc tit. l. 5. & l. 7. C. de hered. vel act. vend. l. si cum. 16. in pr. de pact.* Quod ideo videtur constitutum esse, quia cessio actionum sæpe protraheretur: & interdum nec cedi actio potest, ut in specie *l. 1. C. de obl. & act.*

*Nisi exegerit, testator pecuniam* ] Nominis legatum ita demum effectum habet, si debitum à vivo testatore exactum non fuerit; cæterum si testator post factum testamentum pecuniam à debitor exegerit, legatum extinguitur, teste Ulp. *d. l. si sic legatum. §. 2. de legat. 1.* Quod hic confirmat Justinianus. Ratio hujus rei est, quia testator exacto debito, quod legaverat, ademisse legatum videtur; quemadmodum & ille, qui rem legatam postea alienavit, *l. fideicommissa. 11. §. si rem. 12. & seq. de legat. 3.* Quin alia etiam ratione, eaque fortiore id hic efficitur, quam ubi res legata postea alienatur. Nam res tamen si alienata est, durat, legatumque consistere potest, licet res aliena facta sit: at cum nomen

exactum est, extinguitur ipsa substantia debiti, *si visus & 28. §. 1. hoc est, illud ipsum, quod legatum est, perimitur, ut frustra desideraturus sit legatarius actiones sibi ab hærede præstari, quæ nullæ supersunt.* Hæc differentie ratio indicatur, *d. l. fideicommissa. §. ergo. 13. & d. l. si sic legatum. §. 2.* nec ab simile est, quod traditur in *l. 7. §. liberatio. de lib. leg.* legatum liberationis evanescere, si dum vivit testator, debitum exactum fuerit. Sed & si ultro, quod debebatur, solum est, vel acceptatione aliave qualibet ratione debitor liberatus, legatum nominis, sicut & liberationis, extinguitur, *l. si id. 21. de lib. leg.* Enimvero etiam hic admittitur probatio non mutata 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. fideicommissa, §. ergo.* Petetur autem hoc casu legatum recta ab hærede: nam frustra etiam hic legatarius ageret cum hærede, ut actiones sibi cedantur. Quippe quæ debitor 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. §. ergo. l. fideicommissa.* 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. fideicommissa. §. ergo. d. l. si id. 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. Ait, *nisi exegerit.* Quid ergo, si cum pecunia peti cœpta esset, testator inter moras judicii, ut etiam post sententiam nondum facta solutione decesserit? *Bartol. in l. nepoti. 6. de instrum. vel instrum. leg.* eumque secuti *Angel. & Myñ. hic.* putant, eo casu petitionem legati superesse; nec intelligi ademptum legatum, quamdiu res non desit esse plane integra. Et vero si rem legatam vendidisset testator, eaque nondum tradita decessisset, legatum pro extincto non esse habendum probat textus in *l. prædia. 27. §. liberto. 3. de instrum. vel instrum. leg.* Quod etiam nobis videri supra diximus in *§. si rem. 12.* Sed non sunt hæc prorsus similia. Et alienatio rei legatae non necessaria, & petitio debiti, argumenta sunt mutatae voluntatis. Cæterum nuda venditio seu quæ traditione consummata non est, pro alienatione non habetur, quod effectum attinet ademptionis; 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 ademptum voluisse. Non debet autem legatario prodesse, quod moras necit 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 *Damnus esto hæres meus domum illius reficere*] Etiam facta, ut diximus, recte legantur aut in fideicommissum deducuntur. Id est, damnari potest hæres, aliusve, qui testamento obligari potest, rogari, ut aliquid in gratiam alterius faciat, vel non faciat; & qui iustus aut rogatus est, parere debet; modo ne quod fieri scriptum est, contra jus vel bonos mores sit, *l. si quis. 112. §. pen. de legat. 1.* aut æstimationem non recipiat, veluti si hæres liberos suos emancipare iustus sit, aut extraneum alicquem adoptare, *l. filiusfam. 114. §. sed si. 8. de legat. 1. l. uxorem. 41. §. ejus hæres. 8. de legat. 3.* junge tamen *l. si cui. 92. de cond. & dem.* Facere jubetur hæres & licite in exemplis hic propositis, cum damnatur domum alicujus reficere, vel alicquem ære alieno liberare, & similibus, veluti si jubetur alteri domum vel monumentum extruere, aut fundum vendere, *l. mortuo. 49. §. ult. de legat. 2. l. si cui. 49. §. antepen. & seqq. eod. 1. l. fideicommissa. §. ult. eod. 3. Paul. 3. sent. 6.* Non facere, veluti si vetetur fundum aut domum aliamve rem alienare extra familiam, *d. l. filiusfam. §. cum pater. 15. de legat. 1. l. peto. 69. §. fratre. 3. eod. 2.* Plane si id, quod fieri iustum est, ad nullius utilitatem pertineat, veluti si testamento quid vetitum alienari, nec causa expressa sit, & persona ignoretur, propter quam testator id fieri velit, placet scripturam, quasi nudum præceptum contineat, nullius momenti esse, *d. l. filiusfam. §. Divi. 14. l. pater. 38. §. Julius. l. Lucius. 93. in pr. de legat. 3.* Eiusdem generis sunt, quæ à Papiniano dicuntur ineptæ defunctorum circa sepulturam voluntates, veluti ut vestes aut ornamenta in funus impendantur, *l. servo. 113. §. ult. de leg. 1. l. ult. §. 2. de aur. leg.*

## T E X T U S.

## De legato generali.

22. *Si generaliter servus, vel res alia legatur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit.*

## N O T A.

22. *Si generaliter*] Valet legatum generis cum corpora ei subjecta sunt uniusmodi, eadem forma interna & natura constant, veluti si homo, equus aut bos legatur: alias inutile est, v. c. si animal legatum sit. Sed & si domus legata sit aut fundus, nec fundum ullum aut domum testator habeat, magis derisorium, quam utile legatum est, *l. 69 §. 4. de jur. dot. fac. l. 71. de leg. 1.* nimirum quia ista certam determinationem à natura non habent, & nimium quam utilitate distant, *l. 24. §. 2. eod. 1.*

*Electio legatarii est*] *l. 108. §. 2. eod. 1. l. 2. §. 1. de opr. leg. ut & in rebus disjunctim legatis, l. 34. §. pen. eod. 1. l. 23. eod. 2.* Aliud est in contractibus, §. 33. *vers. Huic autem. inf. de act. l. 10. in fin. de jur. dot.* Neque enim tam largam contractus, quam ultimæ voluntates interpretationem recipiunt, *l. 12. de reg. jur.* Non est autem electio hæc plane libera, *v. l. 37. de leg. 1.*

*Aliud testator dixerit*] Aut sermonem ad hæredem direxerit, ut in formula legati damnationis; nam per

exæquationem legatorum nihil derogatum voluntati testatoris, §. 2. *sup. eod. Wef.*

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

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 subjecta certam à natura habeant determinationem.*
3. *Si res generi legato subjecta natura determinata non sunt, legatum inutile esse, nisi testator res ex eo genere habeat: & num hoc etiam in fundo simpliciter legato obtineat.*
4. *Ubi utile est legatum generis, regulariter electionem esse legatarii.*
5. *Vetus & speciosa inter genera legatorum circa potestatem eligendi differentia.*
6. *An istius differentia ratio adhuc habenda postquam legatorum omnium una corpus esse natura.*
7. *Quibus casibus hæredis sit electio, etiamsi testator id non expresserit.*
8. *Electio in casu nostro non esse usquequaque liberam: & quid hic juro patrio.*

**I**n signis hic locus est, & difficilis. Illud primo notandum, genera à nostris dici ea omnia quæ sub appellatione communi plures res huic appellationi subjectas continent, etiam ea, quæ plerique Dialecticorum species esse ajunt, genera esse negant; cujusmodi sunt, verbi causa, homo, equus, bos: species autem nostris esse, quæ Dialectici 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 eandem speciem; sed genus; pro quo in scholis dicerent, non idem numero, sed idem specie. Quinetiam ex sententia quorundam 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 *l. 2. philos. cap. 3. & lib. 3. cap. 4. item lib. 1. de part. animal. cap. 4.* Deinde non omne legatum generis valere. Interpretes primum & rectè hinc remouent 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, hæres præstando liberaretur. Dein in genere infimo, quod, uti diximus, in scholis est infima species, rectè distinguunt inter res huic generi subjectas, ut, si tales sint quæ certam determinationem habeant à natura, ut homo, equus, bos, earum rerum generaliter relictarum legatum valeat, *l. 13. l. legato. 37. in pr. l. si servus. 108. §. 2. de legat. 1. l. hæres. 25. §. si incerto. 17. fam. ercisc.* Si vero natura determinatæ non sint, ut fundus & domus, (quippe quæ non natura, sed destinatione hominis constituuntur, *l. 24. §. quod si. de legat. 1. l. locus. 60. de verb. sign.*) in eo omnes consentiunt, ut si testator nullas ædes aut fundos habuerit, ex simplici harum rerum legato nihil debeatur, magisque derisorium tale legatum sit, quam utile, *l. si domus. 71. de legat. 1. l. cum post. 69. §. gener. de jur. dot. l. ita stipulatus. 115. in pr. de verb. obl.* utpote quod à superiore nihil



nihil aut parum utilitate distet; aut, quod magis puto, quia his rebus simpliciter legatis, nullisque à testatore relictis, tanta est incertitudo, ut nullo modo definiri possit, quantum præstari debeat, ac proinde similiter habendum, ac si corpus ignotum legatum sit, *d. l. cum poss. §. gener.* Quod si testator fundos aut ædes habuerit, ædibus simpliciter legatis, omnes consentiant, legatum esse utile, unaque ex his, quas testator reliquit, deberi; estque in eam rem textus apertus in *d. l. si domus. in pr.* At si fundum in genere legaverit, alii non magis hoc casu legatum valere putant, quam si nullos fundos testator habuisset: alii tam fundi legatum utile esse, quam domus, 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. cum poss. §. gener. d. l. ita stipulatus. in pr.* pro his exemplum ædium legatarum, *d. l. si domus. de legat. 1.* quarum & fundi hæctenus eadem ratio videtur; *argum. d. l. 24. §. pen. de legat. 1.* tum quod cum testator generaliter rem aliquam legat, dari jubet, de suis eum rebus sensisse existimandus sit, uti responsum est, si quis hæredem damnaverit vinum, oleum, 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. ita stipulatus.* ego quoque accedo; quamvis contraria pluribus probata dicatur: quod tamen & ipsum incertum est, vel teste Gomezio & ipso contrariæ sententiæ assertore, *1. resol. 12. num. 32. & 2. resol. 11. num. 9. consul. D. Don. in d. l. ita stipulatus. num. 13. & seqq.* ubi simul docet stipulationis & legati non eandem esse vel in proposito rationem esse: quod & verum esse vel ex sola collatione *d. l. 7. de tritic. vin. leg. & l. triticum. 94. de verb. obl.* apparet. Quinimo, etsi nullum fundum nullasve ædes testator habuerit, ex æquitate tamen juris Can. atque ex verisimili mente defuncti simplex harum rerum legatum sustinendum esse, & pro modo facultatum ejus, dignitate ac charitate vel necessitudine legatarii statuendum, quales præstari debeant, post Archidiaconum Panorm. Felinum & Alexandrum censet idem Gomezius *d. loc. num. 10.* ac moribus quoque id receptum tradunt *Antum. confer. du droit, ad d. l. 71. Gros. 2. introd. 22.*

4 *Electio legatarii est*] Ubi utile est legatum generis, placet electionem non hæredi, sed legatario dari, ut hic scriptum est & in *l. 2. §. 1. de opt. leg.* Idemque est, si plures res disjunctim legatæ sint, veluti Stichum aut Pamphilum, *l. plane. 34. §. pen. de legat. 1. l. si u cui. 19. l. Lucio. 23. eod. 2.* aut si ex duabus pluribusve rebus nominatis una legata fuerit; puta si sic testator dixerit, *Ex duobus servis meis unum Titio do lego. l. qui duos. 20. de legat. 1.* Diversi autem casus sunt, qui proponuntur in *l. si quis. 32. §. 1. l. cum servus. 39. §. scio. 6. eod.* Cæterum additur hic exceptio, *nisi aliud testator dixerit.* Addamus & alteram, *nisi sermonem ad hæredem direxerit;* nisi potius dicimus, hoc etiam verbis illis, *nisi aliud dixerit,* significari. Sed etsi testator aliud non dixit, magna tamen adhuc cautione, quod hic simpliciter definit Justinianus, in legato generis legatarii electionem esse, indiget. Jure veteri etiam, cum genere legato, aut

duabus rebus disjunctim, de jure eligendi queritur, differentia erat inter genera legatorum. In legato vindicationis legatario, in damnationis hæredi, electio permittebatur: cujus differentię testimonia non obscura videmus in *l. plane. 34. §. pen. l. si à substituto. 45. §. 1. l. si hæres. 110. de legat. 1. d. l. si u cui. d. l. Lucio. l. si ita. 43. §. ult. eod. 2. l. qui concubinam. 29. §. 1. eod. 3.* Hæc 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 hæredem alloquitur damnans, jubensve eum dare aut facere. Ratio juris, quia is, cui per vindicationem res legata erat, non tantum 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. si servus. 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, hæredemque 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 hæredi concederetur electio, exemplo cæterorum debitorum, quorum regulariter electionem esse in debito generis, aut pluribus rebus disjunctim promissis, constat, *§. si quis agens. 33. vers. huic autem. inf. de act. l. plerumque. 10. in fin. de jur. dot. l. ubi autem. 75. §. qui illud. 8. de verb. obl.* Queritur vero, an hodie distinctio istius ulla porro ratio habenda sit. Nam postquam Justinianus differentiam generum legatorum sustulit, legataque omnia sic exæquavit, ut etiam ejus vindicandi, à quo jus eligendi pendere videtur, per *d. l. si servus. 108. §. 2. de legat. 1.* ex omnibus concesserit; *l. 1. C. comm. de legat.* multis visum est, electionem legatarii factam perpetuam, neque ex modo legandi amplius æstimandam. Verum ego eorum sententiam venior, 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 hæredi, non potest apertius declarare, quam cum jubet aut legatarium vindicare, aut hæredem 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 hæredem refert, hoc ipso contra ostendit, se hæredis arbitrio permittere, quam rem velit, dare. Et igitur si ita testator legaverit, *Hæres meus damnas esto hominem dare;* vel sic alternative, *Hæredem meum Stichum aut Pamphilum dare jubeo:* in his legatis dicimus, etiam nunc hæredi electionem concedendam, non obstante supra dicta exæquatione. Nihil enim magis rationi repugnât, quam ut ibi electionem tribuamus legatario, ubi eam testator tam manifeste permittit hæredi. Quamobrem nec vindicationem legatario ante dari oportebit, quam hæres declaraverit, quid ex genere, aut rebus disjunctim hoc modo legatis præstare velit. Atque hanc sen-

tentiam post *Gloss. Bart. & comm. DD. in l. Lucio. 23. de legat. 2. & in l. legato. 27. eod. 1. probat Gomez. 2. var. resol. 11. num. 43. nec non summi viri Covar. in c. indicante, numer. 3. x. de testam. Ant. Fab. 6. conj. 1. Wifembec. & Bachov. hic.*

*Ni si aliud testator dixerit*] Aliud dixisse testator intelligi debet, non tantum si expressis verbis hæredi electionem permiserit, *l. servo. 12. de opt. leg. l. hujusmodi. 84. §. Stichum. 9. de legat. 1. l. 11. in fin. eod. 2. verum etiam si verba legati executiva ad hæredem direxerit, ut fit, cum quid per damnationem ab hærede legatur, ut jam dictum & demonstratum est. Plane enim, cum ex voluntate testatoris tota hæc res æstimanda sit, parum interest, verbis, an per modum legandi voluntatem suam declaraverit. Sed etsi testator aliud non dixerit, opus tamen hic 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, hæredis arbitrio potius rem permitti, quam legatario infinitam electionem dari, de qua verisimile non est testatorem sensisse cum tam insigni onere hæredis, *arg. l. unum. 67. §. si rem. 8. de legat. 2. & quod de vino certæ quantitatis expresse traditum est l. 3. de tritic. vin. leg. non est dubium, quin ad cæteras 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. si servus. 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 undecunque sumi & solvi potest: *l. 4. de tritic. leg. l. Titia. 35. §. 1. de aur. arg. leg. & qua legata ut quantitate, nec actionis electio nec vindicatio est. Sed & cum corpora genere legato contenta certis finibus natura circumscripta non sunt, qualia sunt, domus, navis, fundus, non legatarii, sed hæredis electio est, qui rem unam, quam volet, ex his, quas testator habuit, legatario dabit. De domo legata hoc aperte scriptum est in *l. si domus. 71. in pr. de legat. 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 hæres præsumatur melius scire, de qua re testator senserit; nam hæc ratio in hæredibus extraneis, in impuberibus, furiosis, &c. locum non habet; & si vera esset, hæredi indistinctè tribui deberet electio: sed ne, si legatario hic electionem concedimus, hæredem; supra quam credibile est testatorem voluisse, oneremus, quæ conjectura legis est, *d. l. unum. 67. §. si rem. de legat. 2. Mantie. de conjest. 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. ref. 11. n. 9.* Auctoritas Pandectarum Florentinarum (in quibus hæc scriptura est *in pr. d. l. si domus. Si domus alicui simpliciter legata sit, cogentur hæredes, quam vellet, domum ex his, quas testator habuit, legatario dare.*) me aliquando movit, ut etiam domo aut realia ejusdem conditionis indistinctè legata, putarem legatario electionem competere: sed plus apud me nunc valet consensus reliquorum omnium exemplarium, in quibus constanter legitur, *cogetur hæres, quam domum volet, &c.* ob rationem allegatam: & scriptura Florentina orationem efficit duriozem. In editione Holoandri legitur, *cogentur hæredes, quam domum volent, &c.* quæ scriptura etiam certius, quam vulgata, hæredi electionem tribuit. 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 accipiam, *l. legato. 37. de legat. 1.* Unde apparet, veteres in tota hac electione id semper egisse, ne immensum quid tribueretur legatario, neve hæres nimis oneraretur. Illud expeditum est, si de certo servo, aut realia testator senserit, nec appareat de qua, hæredis electionem esse, *d. l. legato. §. 1. fac. l. si quis. 32. §. 1. l. cum servus. 39. §. scio. 6. eod.* Secundum jus harum regionum sic in dubio, genere legato, circa electionem definiendum censet Grotius *lib. 2. manuduct. cap. 22.* Si ejus generis, quod legatum est, res sint in bonis defuncti, legatario electionem permittendam, sive res istæ naturalem determinationem habeant ut equus, sive arbitrariam, ut domus, navis. Sin autem defunctus nullas ex eo genere res habuerit, aut si res pondere mensurave constans simpliciter legata sit; tum hæredi permittendum unde velit, hujus generis rem sumere & præstare: id enim voluntati defuncti, cujus solius apud nos ratio habetur, maximè videri consentaneum. Cæterum neque posteriore hoc casu hæredem defungi pessimum dando; neque priore illo legatarium posse optimum vindicare, extra quam si duæ tantum species istius generis in hæreditate defuncti reperiantur.

## TEXTUS.

### De optione legata.

23. *Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, 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 hæredes sint, & inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus*

pus eligere cupiente, ne pereat legatum, (quod plerique prudentium contra benevolentiam introducebant) fortunam esse hujus optionis iudicem, & sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem fors pervenerit, illius sententia in optione præcellat.

NOTÆ.

23. Habebat in se conditionem] Σιωπηρός: quod tamen à Theophilo additum non est, ut quidam falso tradunt.

Constitutione nostra] Exstat in l. ult. C. comm. de legat. Sorte esse dirimendum] Frequens admodum etiam apud veteres sortis iudicium, l. 14. de iudic. l. 5. fam. orc. l. 24. §. 14. de fideic. lib. ubi sc. animi iudicio negotium explicari non potest: alias sorti res non committitur, l. 8. de pass. §. 1. sup. de satisd. tut. l. 47. in fin. pr. C. de Episc. & Cler.

COMMENTARIUS.

1. Legatum electionis idem esse, quod optionis: diversum autem à simplici legato generis & alternativo.
2. Legatum generale & alternativum, quantumvis cum jure eligendi, non esse idem cum eo, quod optionis dicitur.
3. Optionis legatum habuisse olim in se conditionem, eamque coherentem personæ legatarii, ita ut ad hæredes non transmitteretur.
4. Explicatur l. si sic legatum. §. 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 temerè diversos casus misceri.
7. Frequens fuisse apud veteres iudicium sortis; qui & micatione digitorum usi.

Quidam putaverunt, aliud esse legatum optionis, aliud electionis; quod falsum esse, atque utroque vocabulo significari specialem ac solemnem electionem, manifestè apparet ex l. 5. de legat. 1. l. 1. l. 2. in pr. & §. ult. l. 4. l. si tibi. 8. in pr. & pass. tit. de opt. vel elect. leg. Cæterum legatum optionis seu electionis diversum esse à simplici legato generis aut alternativo, certum est, d. l. 2. in pr. & §. 1. l. cum ita. 9. §. 1. d. tit. Nec una inter hæc differentia est. Nam 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 sæpè per damnationem. Hinc est quod in legato optionis electio sit essentialis, atque ea, legata optione, non possit non esse legatarii: in legato autem generali & alternativo nonnunquam hæredi electio competit; vel quia expressè ei data est, vel quia forma legandi tacitè in eum collata. Præterea generis legatum purum est, ac proinde si antequam vindicet legatarius decesserit, ad hæredem transmittitur, l. nec semel. 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 merè personale, ut in hæredem transferri non potuerit. Ad hæc cui genus legatum est, ei optimum ex eo genere eligere non licet, l. legato. 37. de legat. 1. ei autem licet, cui legata

est optio, l. si quis. 9. §. 1. de dol. mal. Grot. 2. manduct. cap. 22. excepto casu speciali l. ult. §. 1. C. comm. de leg. Denique optio solemnis numeratur inter actus legitimos, l. actus. 77. de reg. jur. quo sanè reserri non potest simplex, quæ legato generis inest, electio. Planè in d. tit. de opt. leg. occurrunt quidem etiam loci, in quibus tractatur, genere legato, cui arbitrium eligendi permittendum sit, ut in l. 2. §. 1. l. servo. 12. l. si Pamphilo. 10. sed aliter fieri non potuit propter affinitatem, quam alterum legatum cum altero habet. Est enim in utroque electio: & in eo quoque conveniunt, quod semel duntaxat optare aut eligere licet, l. 5. de legat. 1. l. apud Aufidium. 20. de opt. leg. fac. l. hujusmodi. 84. §. Stichum. 9. de legat. 1. l. statuliberum. 11. in fin. eod. 2. Item in his, quod in utroque legato singulæ res quodammodo sub conditione legatæ intelligantur, l. 3. qui & quib. man. quod res omnes, quarum aut genus aut optio legata, exhibendæ, l. 4. de opt. leg. l. 3. §. item si. 6. ad exhib. Quin amplius, etiam si 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: puta tamen, nihilo magis optionem legatam; sed pro simplici legato generis aut alternativo hoc etiam habendum, arg. l. illud aut illud. 19. de opt. leg. Propriè enim optio legata dicitur, cum ipsa electio, το αὐτοπειράξ, legatur: veluti si dicat testator, Titio optionem servorum meorum do lego: quo casu tres servos eligi posse rescipitum est, l. 1. eod. vel sic, Titius ex servis meis, quem volet, optato; vel, Ex scyphis meis, quem velit, eligito, sibi quis habeto. Julianus in l. Pamphilus. eod. verbum optionis in generaliore significatione accepit pro quavis electione.

Habebat in se conditionem] Σιωπηρός Veteres, ut hic commemorat Justinianus, credebant, legatum optionis in se habere hanc conditionem, si ipse legatarius optasset. Quæ quidem conditio et si tacitè inerat, cujus generis conditiones non solent facere legata conditionalia; l. conditiones. 99. de cond. & dem. tamen quia ex voluntate testatoris videbatur proficisci, eandem vim atque effectum habebat, quam habent conditiones cæteræ, quæ ex testamento veniunt, scilicet ut legatum efficeret conditionale. Sed & ipsa conditio legati quasi personæ injuncta ab alio, quam à legatario ipso impleri non poterat, ut proinde jus eligendi in optionis legato personale esset, & vel idè ad hæredem mortui ante electionem legatarii transferri non potuerit. Non obstat l. si sic legatum. 75. §. pen. de legat. 1. ubi sic scribit Ulpian. Si quis ita stipulatus, Stichum aut decem, utrum ego velim, legaverit, quod ei debebatur, tenebitur hæres 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 hæctenus, ut servo aut filio cohæreat, l. si stipulatus. 76. de verb. obl. non ut nullo electo, decedente legatario, post diem legati cedentem ad hæredem jus electionis non transmittatur: transmitti enim, expressè scriptum est à Paulo in l. illud. 19. de opt. leg. nec ulla est inter tale legatum & ejusdem generis stipulationem differentia. Jam verò, si

stipulatus fuerim illud aut illud, quod ego voluero, mortuo me ante electionem in hæredes obligatio transit, ut idem Paulus respondet in *d. l. si stipulatus. 76. de verb. obl.* Nec est admittendum, quod Donellus in *d. l. existimat*, obligationem transire, electionem non transire; quo nomine etiam reprehenditur à Bachovio hic: nam Donelli illam opinionem cum ipse locus satis refellit, tum perspicue species paulò ante proposita ex *d. l. si sic legatus. §. pen. de legat. 1.* nisi enim unà cum obligatione ipsum etiam jus eligendi, quod ex stipulatione testatori quæsitum erat, in hæredem ejus translatum fuisse ponamus, hæres cedendo actionem id jus transferre in legatarium non potuit: quippe quod nec ipse habuit. 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 hæredem transeat, hoc contra. Nam et si verum & notissimum est, legatum conditionale, mortuo pendente conditione legatario, intercidere: stipulationem autem sub conditione contractam mortuo ante conditionem stipulatore non extinguì, sed spem obligationis transmitti in hæredem: §. *sub conditione. inf. de verb. obl. l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. is cui. 42. de obl. & act.* hæc tamen differentia non pertinet ad conditiones, quæ personis injunguntur: qualis sit omnino necesse est in memorata stipulatione, si eam conditionalem facimus, & nempe eadem, quæ in legato optionis, si ipse stipulator elegerit. Condicio omnis in personam certam collata personam non egreditur, deficitque, nisi in persona ejus impleta fuerit, *l. qui hæredi. 4. l. si ita. 69. de cond. & dem.* Hinc jam opinor intelligimus, non temerè credendum iis esse, qui pro certo tradunt, apud Paulum in *d. l. illud. 19. de opt. leg. scriptum fuisse, transmissi non placuit*; Tribonianum autem responsum Pauli ad jus novum & constitutionem Justiniani in *l. ult. C. comm. de leg. accommodasse sublatam negatione.*

Ex constitutione nostra data est licentia hæredi legatarii optare] Ubi Justinianus caverit, quod hic se cavisse dicit, ut legatum optionis ad legatarii, qui non optavit, hæredem transmittatur, non invenio. Interpretes omnes intelligunt *l. ultim. C. comm. de leg.* & sanè ea, quæ mox sequuntur de diffensione plurium hæredum circa electionem sorte dirimenda, arguunt, eam constitutionem hic significari. Etenim, quod interpretes non animadvertenterunt, nihil amplius ea constitutione sancitur, quam ut si hæredes legatarii inter se de electione non conveniant, controversia sorte dirimatur: de jure verò optandi ad hæredes legatarii, ante electionem mortui, contra rationem juris veteris transmittendo planè nihil ibi cavetur. Imò verò constitutio sic scripta est, ut ex eo nihil aliud colligi posse videatur, quam quod etiam apud veteres jam olim sic obtinuerit, ut legata optione, si legatarius ipse non optasset, ad hæredes ejus jus optandi traduceretur. Memorat enim, inter veteres dubitatum fuisse, quid itatuendum foret, si plures legatarii, quibus optio legata esset, vel unius legatarii plures hæredes circa electionem corporis dissentirent. Inceptò profectò dubitatio, si electio in legato optionis merè personalis fuit, hoc est, ita personæ legatarii coheret, ut nec ad hæredes ejus transierit. Quid dicam, non habeo, nisi quod Tribonianus diversos casus temerè videtur

miscuisse; & casum plurium legatariorum de electione disputantium inconsideratè confudisse cum casu plurium hæredum unius legatarii: quod & Bachovius existimat.

Optare servum] Quod de servo hic dicitur, exempli id causa dictum intelligimus, atque ad rem quamlibet, cujus optio legata sit, pertinere, *d. l. ult. C. comm. de legat.* Sic passim videmus, in optionis legato tantum servorum mentionem fieri; & Papinianus in *l. ultim. 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 manifestè apparet ex lectione totius *tit. de opt. legat.*

Sorte hoc esse dirimendum] Si plures legatarii, vel unius plures hæredes in optando dissentiant, unus forte qui optet, constitui, cujus optionem cæteri ratum habeant, expressè cautum est *d. l. ult. C. comm. de legat.* Frequens 7 autem admodum etiam apud veteres fuisse fortis & fortunæ judicium, ex variis Jurisconsultorum responsis elucet, *l. sed cum. 14. de judic. l. generaliter. 24. §. quid ergo. 17. de fideic. lib.* quanquam vix, ubi negotium animi judicio explicari potest: de quo nos *lib. 1. sect. 3. quæst. c. 35.* Utebantur antiqui & micatione digitorum. Varro, *Micandum erit cum Graco, utrum ego illius numerum, an ille meum sequatur.* Cicero *1. de offic. Sed quasi aut sorte aut micando victus, alteri cedat alter.* Suetonius in *August. Patrem & filium pro vita rogantes sortiiri aut micare iussit.* Quando autem & quibus casibus res dubia sorti permittenda sit, ab hoc loco alienum est quærere.

## T E X T U S.

Quibus legari potest.

24. Legari autem illis solum potest, cum quibus testamenti factio est.

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

Transit hic Imperator ad partem principalem hujus tituli secundam, in qua agitur de personis, quibus legari potest. Sic autem initio definit, legari illis solum posse, cum quibus testamenti factio est. Non ait, qui testamenti factioem habent; quo soli propriè significantur, qui testamenti faciendi jus habent; ut ostendimus supra in §. *testes autem. 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 §. *extraneis. 4. præc. tit.* De iis, qui capere non possunt, dictum est in hæredum institutione. Olim hac in parte nonnulla inter legata & fideicommissa differentia fuit, poteratque quibusdam incapacibus fideicommissum relinqui, quibus legari non poterat, vel propter conditionem libertinitatis, vel propter leges Viconiam, Juliam, Papiam, aut similes, quibus capere, aut totum capere vetabantur: qua de re fortè uberius infra *sub. tit. de fideic. bar.* Illud nunc sciamus, legibus istis & differentiis incapacium sublati, nullum amplius hac in re discrimen inter legata & fideicommissa superesse.

T E X

TEXTUS.

Jus antiquum, de incertis personis.

25. *Incertis verò personis neque legata neque fideicommissa olim relinqui concessum erat. Nam ne miles quidem incerta persona poterat relinquere, ut divus Hadrianus rescripsit. Incerta autem persona videbatur, quam incertâ opinione animo suo testator subiciebat, veluti, si quis ita dicat, Quicumque filio meo filiam suam in matrimonium dederit, ei hæres meus illum fundum dato. Illud quoque, quod iis relinquebatur, qui post testamentum scriptum primi consules designati essent, æquè incerta persona legari videbatur: & denique multa alia hujusmodi species sunt. Libertas quoque incerta persona non videbatur posse dari; quia placebat nominatim, servos liberari. Sub certâ verò demonstratione, id est, ex certis personis incerta persona rectè legabatur: veluti, Ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei hæres meus illam rem dato. Incertis autem personis legata, vel fideicommissa relicta, & per errorem soluta, repeti non posse, sacris constitutionibus cautum erat.*

NOTÆ.

25. *Incertis personis.]* Receptum tamen fuit, ut pauperibus, l. 24. C. de epis. & cler. civitatibus, l. 26. ad SC. Treb. l. 22. de leg. 1. corporibus & collegiis licitis, l. 12. C. de bar. inst. l. 1. §. 15. ad Treb. relicta, rata essent.

COMMENTARIUS.

1. *Exponuntur aliquot loci, ex quibus falso quidam colligunt, etiam jam olim hereditatem legatumve incertis personis relinqui potuisse.*
2. *De legatâ relicta civitatibus, municipiis, collegiis, pauperibus.*
3. *Cur ejus, quod incerta persona relictum erat, per errorem soluti non esset repetitio.*

**I**ncertæ personæ olim neque hæreditas, neque legatum, aut fideicommissum relinqui poterat. Ulpian. tit. 22. §. 3. & tit. 24. §. incerta. Paul. 3. sent. 6. Ratio hæcerat, auctore Ulpiano d. tit. 22. §. 3. quoniam certum esse debet testantis consilium. Sic enim verba legis duodecim, *Usi quisquo legasset*, veteres interpretati sunt, uti quisque certo consilio ac solido judicio statuerit, &c. At hæreditatem bonave suæ, magno sæpè labore quæsitâ, 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, hæres meus decem dato. l. si quis. 14. de reb. dub.* nam quod futuris signatoribus seu testibus legatur, id non incertis, sed certis personis relinqui intelligitur: Et si enim tunc incerti & testatori ignoti sunt, cum is

privatim voluntatem suam scribit; tamen non possunt non esse certi eo tempore, quo propriè testamentum fieri dicitur, hoc est, cum solemnia peraguntur, quibus adhiberi testes nisi sciente testatore & rogante non possunt. Non obstat quoque *l. in tempus. 62. §. 1. de bar. inst.* agitur enim ibi expressè de institutione certæ personæ, quam & testator proprio nomine designavit: sed quia plures erant testatori eodem nomine amici, non apparebat, de quo sensisset: cujusmodi in casu audiendâ est probatio voluntatis; & qui probare poterit, de se sensisse defunctum, admittendus, *arg. l. falsa. 33. §. 1. de cond. & dem.* quamvis totam exceptionem illam, nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revolutum pro qua persona testator senserit, responso Jurisconsulti adjectam à Triboniano nullus dubitem, *add. Ant. Fab. 5. conj. 19.* Magis videtur obitare *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, *Sive quis alius restitutionem mihi impotraverit*, cum Juliano & Cajo sic interpretanda, si quis alius ex amicis, quorum testator mentionem non fecit. Alii putant, etiam si quis alius curaverit testatorem restitui, non minus fideicommissum deberi, quasi pro beneficio, quod speratur, datum. Porro ex hoc jure manavit, quod nec civitates; nec municipia aut collegia hæredes institui aut legatum capere poterunt, *Ulpian. d. tit. 22. §. 4. Plinius lib. 5. epist. ad Calvisum; Nec hæredem*, inquit, *instiui, nec percipere posse rempubl. constat.* Cæterum postea ut hæc corpora legatum capere possent, permissum fuit, etiam tempore mediæ jurisprudentiæ, *l. si quis. 32. in fin. l. si hæres. 73. §. 1. l. si quid. 117. l. civitatibus. 122. de legat. 1. l. cum senatus. 20. de reb. dub. l. omnibus. 26. ad Trebell.* A Ner-va hoc primùm introductum; post deinde à senatu, auctore Hadriano, diligentius constitutum fuit, *Ulpian. tit. 24. §. civitatibus.* Paulus Marco id tribuit, *d. l. cum senatus.* In propriis nominibus facilis est auctorum lapsus. Tandem etiam concessum, ut civitates & municipes hæredes institui possent, *l. hereditatis. 12. C. de her. inst.* quod ætate Ulpiani & Pauli nondum obtinebat, ut liquet ex fragmentis ejusdem Ulpian. tit. 22. §. 4. & d. l. omnibus. ad Treb. quibus locis hoc tantum traditur, fideicommissam hæreditatem municipibus restitui ex Senatusconsulto Aproniano. Eandem denique rationem habuit, quod legatum pauperibus relictum non valebat: quod nunc firmum ratumque omnibus modis habetur: daturque jus & nomen hæredis episcopis, œconomis, xenoni: nomen, ut sint hæredes: jus, ut debita exigant, creditoribus hæreditariis respondeant, pauperibus relicta dividant, *l. id quod. 24. l. si quis. 49. §. 1. & seqq. C. de Epis. & Cler. Cyn. Bald. Salic. in d. l. id quod. Bart. in l. 5. de reb. dub. Tuldæ. ad tit. C. de incertis.*

*Quam incerta opinione]* Incerta persona hic dicitur, quam testator animo suo incerta & cæca opinione subiecit, id est, cum mens & cogitatio testatoris nullis certis finibus circumscripta tanquam in immenso atque infinito vagatur: nam si mens ejus certo numero personarum, quas omnes novit, terminetur, incertitudo personæ legatarii legatum non vitiat, ut exempla subjecta demonstrant.

*Qui primi consules designati]* Puto, hoc exemplum ad eum pertinere, qui vel ante candidatorum numerum con-

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 incerta persona* ] Antea dixit, ne militem quidem legatum aut fideicommissum incertæ personæ relinquere potuisse, etiam militum testamenta nullis adstringebantur juris civilis subtilitatibus: cujus tamen generis unum hoc fuit, quod incertæ personæ legari non potuit. Aliam nunc subjicit ejusdem juris ampliacionem, 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 Fufia Caninia. Ulp. 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 collegæ meo, qui nunc sunt*, aut, *Ex cognatis meis, qui primus ad funus meum venerit*, aut, *Qui filiam meam uxorem duxerit, si hæres meus illud daret.* Ulp. tit. 24. §. incerta, & notandum, in exemplo proposito demonstrationi expressè 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, hæredem meum aliquid dare jubeam. Proinde ex hujusmodi relicto etiam olim nascebatur debitum naturale, id est, hæres ex tali voluntate naturaliter obstringebatur, quæ causa est, quod Imperatorum constitutionibus cautum fuerit, ne ejus, quod incertæ personæ legatum erat, soluti per errorem repetitio esset: quippe naturalis obligationis hæc certissimum jure quoque civili effectus est, ut impediatur ejus, quod ex ea causa solum est, repetitionem, l. 13. l. si pœna. 19. de cond. ind. l. 10. de obl. & act. *Christin. vol. 4. decis. 50. n. 4.* erratque adeo manifestè Pacius, hunc locum restringens ad legata quæ pietatis aut religionis intuitu relinquuntur: quo in errore Mynsing. non fuit, ut falso existimat Bachovius.

### T E X T U S.

#### Jus antiquum, de posthumo alieno.

26. *Posthumus quoque alieno inutiliter antea legabatur. Est autem alienus posthumus, qui natus inter suos hæredes testatori futurus non est: ideoque ex emancipato filio conceptus nepos, extraneus erat posthumus avo.*

### NOTÆ.

26. *Ex emancipato filio conceptus* ] Alienorum posthumorum diversa sunt genera, & varii gradus, v. Cujac.

### COMMENTARIUS.

1. *Posthumus esse similes incertis personis: eorum non per omnia eodem jure cum his censerit.*
2. *Posthumi alieni qui, & eorum diversa genera.*

Qui in utero sunt, sive posthumi, & tam alieni quam sui, in hæreditate legitima semper pro jam natis habiti sunt, & capaces hæreditatis sibi ab intestato delata, l. pen. de stat. hom. l. pen. de legat. 1. verum in hæreditatibus testamentariis & legatis nemo posthumus pro nato, initio habitus fuit, propter verba legis duodecim tabularum, *Uti quisque legasset, &c.* quæ sic a prudentibus, ut etiam antea diximus, accepta sunt, uti quique certo consilio ac judicio decreverit, &c. Cum enim posthumi omnes incertæ sint personæ, aut incertis personis similes, contra legem fieri visum est, si aut hæredes instituerentur, aut legatum iis daretur, quasi non solido consilio id à testatore factum esset, ignorante & an nascituri sint, & quales nascituri, & quot nascituri. Paulatim tamen disputatione fori propter utilitatem & non sine magna ratione receptum, ut posthumi sui rectè hæredes instituerentur, & legatum ex testamento caperent. In posthumis alienis interpretatione prudentum nihil mutatum: qua de re fufius disputavimus sub §. 2. supra de exhar. lib. Non in omnibus tamen, eandem rationem posthumi alieni & cujusvis alius incertæ personæ fuisse, ex eo apparet, quod fideicommissum posthumo alieno utiliter relinquebatur; l. 5. in fin. de reb. dub. l. 2. de jur. codic. cæteris incertis personis inutiliter. Et vero non est posthumus planè similis tali personæ, quam testator omnino incerta & cæca cogitatione animo suo subjicit: sed magis & quodammodo similis iis, quos nunquam vidimus, qui etiam hæredes institui possunt, §. ult. sup. de har. inst. Cæterum quod hic Justinianus ait, posthumus alieno jure antiquo inutiliter legari, ei obstat l. 6. de reb. dub. nam in calce præcedentis l. 5. proponitur quis rogatus hæreditatem restituere posthumus suo vel alieno; & mox continenter in l. 6. seq. posthumus hæres institutus, vel cui legatum relictum est. Respondedo, sunt loci isti diversorum auctorum; ac proinde necesse non est, ut quod in uno dicitur de posthumis vel suo vel alieno, cui hæreditas restitui iusta est, repetatur in altero, in quo simpliciter proponitur posthumus hæres institutus, aut legatum posthumo datum: nec illud etiam eo loco queritur, an cum posthumo, & cum quo testamenti factio sit, sed an & quando posthumus partem faciat.

*Inter suos hæredes testatori futurus non est* ] Posthumus suus & alienus sic inter se opponuntur, ut suus posthumus dicatur, qui si vivo testatore nasceretur, in potestate ejus esset, primumque ab eo gradum in familia obtineret, uno verbo, qui nasceretur testatori suis hæres: qualis est is, qui in utero uxoris testatoris est, aut uxoris filii ejus præmortui, aut emancipati postquam uxor jam conceperat, §. pen. sup. de tutel. §. 2. tit. prac. Posthumi alieni omnes, qui si vivo testatore nascerentur, aut in ejus potestate familiare 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 posthumus alienus avo est nepos natus ex filio, etiam quem superstitem in potestate habebat: quamdiu enim filius in familia manet, nepos ex eo suus hæres avo non agnascitur, §. 2. sup. de exh. lib. d. §. 2. prac. tit. §. 2. inf. de har. ab intest. At enim quia aliquando fieri potest, ut hic nepos posthumus suus hæres testatori agnascatur, puta si filius vivo testatore decesserit, pro sua hætenus habitus, atque ex formula

masa Galli hæres institui potuit, *l. Gallus. 29. de lib. & post.* Magis alienus posthumus est nepos conceptus ex filio emancipato, *hoc text.* in quo etiam ob causam jam dictam hujus tantum nepotis posthumi fit mentio: item qui in utero est uxoris filii, qui in adoptiva familia est, *l. 1. §. si filius. de vent. in poss. miss.* & qui nasci speratur ex testatoris filia, *§. ult. sup. de pat. pot.* Eadem porro ratione posthumus matri alienus est posthumus, puta si cæso utero extractus fuerit; *l. 6. fin. pr. de inoff. test.* & avix, qui in ventre est filix, 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. miss.* Hos autem omnes Justiniani definitio complexa est.

T E X T U S.

Jus novum, de personis incertis & posthumo alieno.

27. *Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta; quum 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 sua posteritati cavere.*

N O T A.

27. *In nostro Codice constitutio*] Desideratur hæc Justiniani constitutio. Ex verbis autem hujus textus hoc constat Justinianum cavisse, ut incertitudo personæ, cui aliquid legatum est, non vitiet legatum, si vel in præsens, vel ex futuro eventu certitudo aliqua apparere possit.

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

**H**ujusmodi species sine justa emendatione] Dubium est, utrum indistinctè hoc referendum sit ad speciem de incertis personis, de quibus superius egit, an vero tantum ad speciem de alieno posthumo, cujus proximè meminit in *§. præc.* Sed rectè plerique interpp. sentiunt, Justinianum loqui in universum de specie incertarum personarum, quas hæctenus commemoravit, atque hoc dicere, constituisse se, ut & posthumo alieno & cæteris personis incertis, quas modo eventus postea demonstravit, legatum relictum valeat. Atque hoc ex eo satis intelligitur, quod scriptum est in *§. incertis. 25.* 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 relinquatur, quatenus scilicet jus illud, quod de incertis personis recensuit, emendarit. Non enim dicit, se id jus penitus sustulisse, sed non penitus reliquisse in emendatum. 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 hæres meus centum dato*: eamque collocasse ignorante testatore qui inimicus testatori fuerit, qui pessimè de eo meritis, qui sit infamis aut vitæ flagitiosæ: non putarem, huic quicquam 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 hæres institui incerta persona potuit: quod etiam diserte scriptum est ab *Ulp. tit. 22. §. 3.* De posthumo tamen alieno testator ipse Justinianus *§. seq.* potuisse eum & antea hæredem institui. Cæterum hoc quomodo accipiendum sit, ibi declarabimus.

*Et fideicommissis*] De fideicommissis cautum propter personas incertas, *§. incertis. sup. eod.* nam posthumo alieno etiam antea fideicommissum relinqui potuisse evincitur ex *l. 2. de jur. cod. l. 5. §. ultim. de reb. dub.* Et hoc certum argumentum est, Justinianum non solum de posthumo alieno cavisse, sed de cæteris 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 posthumis: malè enim alioqui in ea tutorem incertum exciperet. Quod autem exceperit tutorem incertum, atque in eo jus vetus conservari voluerit, *l. tutor. 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, maximè sine satisfactione, à qua tutores testamentarii immunes sunt: cui adde, quod in delatione tutelæ nullum lucrum vertitur, quod ea suscepta tutor consequatur.

T E X T U S.

De posthumo alieno hærede instituto.

28. *Posthumus autem alienus hæres institui & ante poterat, & nunc potest: nisi in utero ejus sit, qua jure nostro uxor esse non potest.*

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

1. *Quomodo accipiendum, quod hic ait Justinianus, posthumum alienum etiam antea hæredem institui potuisse.*
2. *Consultantur Alciatus & Bachovius, qui putant, huic loco deesse negationem.*

**E**T si, ut superius dixit, antea ita jus fuit, ut posthumo alieno inutiliter legaretur: nihilominus tamen, ut nunc hic ait, hæres institui is posthumus etiam antea potuit. Hoc autem non videtur convenire cum iis, quæ supra relata sunt de inutili institutione posthumi

H h h

alieni,



alieni, & de emendatione juris veteris etiam hac in parte à Justiniano facta. Tum si antea posthumus alienus hæres institui potuit, quid opus fuit addere, etiam nunc eum institui posse? An quia constitutione sua jus vetus in eo confirmavit? nullo modo: proficitur enim expressè, & antiqui juris observationem circa incertas personas & posthumos alienos emendasse etiam in hæreditatibus, significans, sua demum illa constitutione effectum, ut etiam posthumus alienus rectè hæres instituat. Sed sciendum est, neutrum jure civili in persona posthumi alieni valuisse; si hæres institutus esset, siue legatum ei datum: cæterum legatum etiam jure prætorio insuper habitum, cum eo jure institutio posthumi alieni, ut favorabilior, sustineretur, institutumque prætor adjuvaret dando ei bonorum possessionem secundum tabulas, *inf. de bon. poss. in pr. l. posthumus. 6. de inoff. test. l. 1. §. si filius. 12. de vent. in poss. miss. l. 3. de bon. poss. sec. tab. Quamobrem interper. ferè omnes hæc verba Justiniani, & antè poterat, & nunc potest, sic acceperunt, 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 hæreditas ex iis adiri, an bonorum possessio peti possit: quod ego verissimum esse arbitror. Neque obstat, quod Justinianus loquitur de hærede instituto, quod verbum est juris civilis: sic enim loqui eum necesse fuit, ut ostenderet differentiam institutionis & legatorum, de quibus antea egerat. Et quid prohibet, quominus dicatur jure facta institutio, quæ jure prætorio sustinetur? Sanè Ulpianus in *d. l. 6. de inoff. test. l. 1. §. si filius. 12. de vent. in poss. miss.* cum de posthumo alieno loquens, cum hæredem scriptum aut hæredem institutum, natumque secundum tabulas habere scribit, nihil aliud significat, quam posthumum alienum jure prætorio rectè hæredem institui. Quin etiam Paulus simpliciter respondet, hujusmodi institutionem jure fieri, *l. Titius. 25. §. 1. de lib. & posth.* cujus species huc quoque pertinet, ut bene contra Cujacium observavit *Ant. Faber. 9. conj. 2.* D. Bachovius tamen contra omnium exemplarium & Græcarum Institutionum fidem existimat, huic loco deesse negationem, & legendum, *Posthumus autem non alienus*, id est, *suus*: quod jam olim etiam tentavit Alciatus *9. parerg. 1.* sed errare eos aperte ostendit subjecta exceptio, *nisi in utero ejus sit, qua jure nostro uxor esse non potest*: quæ exceptio necessario intelligenda est de posthumo alieno, siue eam accipias de posthumo, qui in utero sit ejus mulieris, quicum omnino nullum connubium est, ut sunt Vestales, Sanctimonialia seu Ascetrix, quæ perpetuam voverunt castitatem; siue etiam de eo posthumo, 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. & posthum.* Jam vero stultissime exciperetur posthumus alienus, si id quod præcedit, ad posthumum alienum non pertinet, sed ad non alienum siue suum duntaxat. Mirorque adeo judicium Bachovii, qui hac exceptione etiam confirmari putat suam illam & Alciati emendationem. Cæteris Bachovii argumentis*

quibus facile occurret, qui modo hæc nostra attente legerit.

## T E X T U S.

## De errore in nomine legatarii.

29. *Siquidem in nomine, cognomine, prænominine, agnomine legatarii testator erraverit, cum de persona constat, nihilominus valet legatum. Idemque in hæredibus servatur; & rectè. Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt: qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest.*

## N O T E.

29. *Cum de persona constat*] Id est, dummodo certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit, Et pari ratione quamvis testator erraverit in nomine proprio rei legatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum & debebitur Sempronianus, *l. 4. de leg. 1.* Secus est si erraverit in nomine rei appellativo, puta si cum vestem legare vellet, suppellectilem scripserit: quia rerum vocabula nature consona, publica & immutabilia sunt, *d. l. 4. l. 7. §. 2. de sup. leg.*

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

1. *Subtilius ac diligentius, quam passim, explicatus differentia nominum propriorum.*
2. *Cur error in nomine legatarii non vitiet legatum, cum de persona constat: & num. 5.*
3. *Nec errorem in nomine proprio rei legatæ vitare legatum: & cur vitiet error in nomine appellativo.*
4. *Quid si testator rem oculis subjectam alieno nomine appellaverit.*

**T**Ractioni de incertis personis ea de errore nominis, item de falsa demonstratione & falsa causa idem subjungi videtur, quia hæc quoque quodammodo personam legatarii incertam reddunt. Pertinet huc titulus *Pand. de cond. & dem. item tit. C. de fals. ca. adj. leg. cum 2. seqq.* ad quos vid. *D. Tuld. & Perez. add. Christin. vol. 4. decis. 49.* Nos etiam quædam subtilius atque accuratius, quam illi fecerunt, explicabimus.

In nomine, cognomine, prænominine, agnomine] Hæc quatuor nomina etiam Imperator Gordianus distinctè expressit, *l. 4. C. de testam. & Charisius Grammaticus sic scribit: Propria nomina in quatuor species dividuntur, prænomen, nomen, cognomen, agnomen, ut Publius, Cornelius, Scipio, Afrinanus. Prænomen est, quod nomini præponitur, ut Publius. Nomen quod familia 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 Licinius Crassus Divus, Marcus Porcius Cato Sapiens, Quintus Fabius Maximus Allobrox, Lucius Cornelius Scipio Africanus.* Charisius autem non satis distinctè videtur rem ipsam explicasse. Prænomen erat nomen cujusque proprium; ut *Marcus, Lucius, Paulus, Publius.* Nomen totius gentis commune erat, hoc est, omnes, qui ex eadem gente erant, eodem nomine appellabantur, verbi causa,*

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 agnomen acceperunt, quanquam ejusdem essent familiæ, teste Cicerone *pro Muran.* quo tamen loco non agnomen illud, sed cognomen vocat. Idem *lib. 2. de offic. Divitiarum Crassi*, & libro de senect. *Sapientem M. Cato nis cognomen* fuisse scribit. Apud nostros quoque tantum nominis, prænominis & cognominis mentionem fieri reperio, *l. 1. de lib. & posth. l. hæredes. 21. §. 1. qui test. fac. l. 8. §. 2. sec. sab.* Unde apparet veteres appellatione cognominis etiam agnomen complexi, etsi hæc interdum distinguant. Cicero *lib. 1. de invent.* *Nomen cum dicimus*, inquit, *cognomen quoque & agnomen intelligatur oportet.* Non fuere autem apud Romanos agnomina aut frequentia aut necessaria, quippe quibus plerisque caruisse constat. At his tribus, prænominis, nominis, cognomine perpetuò uti consueverant: ut *L. Cornelius Sylla; C. Julius Casar; M. Tullius Cicero.* Theophilus hanc rem Græcis parum cognitam, ut potest, declarat, scribens, nomen esse τὸ πρόθεον ὀνόμα, prænomen, quod nomini præponitur, à majoribus vel benefactoribus assumptum. Hodie in toto orbe Christiano præter nomen familiæ sive cognomen hæreditarium à parentibus aut amicis proprium nomen mutuamur, quod nobis imponitur, cum Sacramento Baptismi initiamur, & in Ecclesiam recipimur.

*Cum de persona constat*] Sive quis hæredem instituit, sive alicui quid legat, personam hæredis & legatarii demonstrare oportet. Demonstrantur personæ citra controversiam suo nomine, cæterum & aliis rebus demonstrari possunt, & si aliis demonstrantur, valet institutio & legatum perinde, ac si proprio nomine demonstrate essent, *l. quoties. 9. §. si quis. 8. de her. inst. l. 8. §. 2. de honor. poss. sec. sab. l. 4. C. de test. & generaliter in omnibus partibus juris demonstratio vice nominis fungitur, l. 6. de reb. cred. l. nominatim. 34. de cond. & dem. l. 2. de lib. & posth.* Cuiusmodi & illud consequens est, ut si falsum nomen adjectum sit, errante in nomine testatore, nihilominus & institutio, & legatum valeat, perindeque habendum sit, quasi nomen omninò adjectum non esset; dummodò certum sit demonstratione testatoris, de quo ille senserit. Ut enim cætera omittantur, personam tamen necesse est ita demonstrari à testatore, ut certò appareat, quem ille intellexerit, *d. l. quoties. §. si quis.* Pro non dicto enim est, aut pro non scripto, quod ita dictum scriptumque est, ut non intelligatur, *l. 2. de his, quæ pro non script. hab.* Finge ergo, hoc modo vel instituisse, *Cornelia sororis mea filius hæres esto*, vel legasse, *Cornelia sororis mea filio fundum illum do lego*: si soror unum tantum filium habeat, hic quia latis apparet, quem testator designavit, valet institutio & legatum. Idemque est, si sic dixerit; *Cornelius sororis mea Cornelia filius hæres esto*: aut, *Cornelio sororis mea Cornelia filio centum lego*: etiam si non Cornelio, sed Sempronio nomen sit. Porrò dum certa sit demonstratio, unde ea ducatur, nihil interest. Nam & sic rectè hæres nun-

cupatur indicio digiti, *Hic mihi hæres esto*, cum præsens est, qui ostenditur, *l. vemo. 58. de her. inst.* Denique & sic quoque rectè demonstratur, *Cujus nomen in codicillis scripsero, ille mihi hæres esto, l. 10. de cond. inst.* Cujusmodi demonstrationes in legatis vel magis valere debent. Pari ratione etsi testator erraverit in nomine reilegatæ, veluti si fundum Cornelianum pro Semproniano nominaverit, utile est legatum, & debetur Semproniano, 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, suppellectilem scripserit, putans vestem appellatione suppellectilis contineri, placet, nec suppellectilem nec vestem deberi, quasi neutrum legatum sit, *d. l. 4. de legat. 1.* ubi Jurisconsultus differentiz hæc rationem reddit, quod *rerum vocabul. immutabilia sunt, 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. Labeo. 7. §. 2. de supell. leg.* ut præinde error in his tolerabilis sit, in illis stultus & intolerabilis. Et est sane ingens inter hæc discrimen. Propria nomina omnia fixa constant, & ita ut pro arbitrio cujusque privati, & citra considerationem naturæ rei imponantur: unde nec rei *volæ*, sed tantum differentiam *πρωτόδη* indicant. Appellativa autem fere *φύσος* constant, id est, à natura vim suam habere videntur, saltem prima, quæ sunt *ἀρχαῖα καὶ στοιχία*, id est, principia & elementa reliquorum. Sane Cratylus apud Platonem existimat, majorem quandam vim, quam humanam, prima rebus nomina imposuisse. Sed & flexa, etsi imposititia sunt, publica tamen & ipsa sunt ac communia, & sive prudenter, sive temere & *ἀντὶ τῆς αὐτοκρίτου* 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. De illo quaesitum est, an non saltem valeat legatum, si res, cum 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.* DD. comm. probant sententiam Accursii in *l. qua extrinsecus. 65. de verb. obl.* existimantis, valere, atque equum deberi: quod tamen mihi minime consentaneum videtur ei, quod scribit Paulus *l. 3. de reb. dub. 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 *quamquam id dixisse, cujus non suo nomine usus sit*, aut, quod idem valet, neminem videri sensisse, quod non dixit: quanquam Tubero plus hic tribuebat voluntati, *l. 7. §. 2. de sup. leg.* Quamobrem magis est, ut tale quoque legatum inutile haberi debeat, atque æquè stultum ac derisorium, ut illa de quibus in *l. 4. de legat. 1.* quod etiam Mynfingero verius videtur. Sane si quis chartas librorum appellatione, aut contra, complexus esse dicatur, locus esse potest quaestioni voluntatis propter rerum affinitatem,

tatem, *l. librorum. 52. §. quod tamen. 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 personarum designentur, profecto nec omissio nominis, nec error in nomine legatarii, si aliunde de persona ejus certo constat, legatum vitare debent: & recte Pedius nihil referre dicebat, proprio nomine res appelleretur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstratur, quoniam vice mutua fungantur, quæ tantundem præstant, *l. 6. de reb. cred.*

### T E X T U S.

#### 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 emptus sit: si tamen de servo constat, utile est legatum. Et convenienter, si ita demonstraveris, Stichum servum, quem à Sejo emi, sitque ab alio emptus, utile est legatum, si de servo constat.*

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

1. *Regulam hoc loco traditam sic esse temperandam, nisi quid aliud legato obstat præter falsitatem demonstrationis: quod variis exemplis declaratur.*

**Q**uod in errore nominis personarum 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 personarum aut rei designandæ gratia adhibetur, ut etsi vel in persona legatarii, vel in re legatæ demonstranda aliquid erratum sit, tamen perinde legatum valeat, ac si nullus error intervenisset; dummodo constet, cui legare, aut quam rem legare testator voluerit, *l. demonstratio. 17. in pr. & §. 1. l. falsa. 33. cum l. seq. de cond. & dem.* Ratio est, quia nomen & demonstratio mutua vice funguntur, aut demonstratio vice nominis, *l. 6. de reb. cred. l. nominatim. 34. de cond. & dem.* Eoque respicit Justinianus in *pr. hujus §.* cum ait, proximam esse superiori hanc juris regulam, *falsa demonstratione legatum non perimi.* Habet autem hæc regula suas nonnullas exceptiones, & in universum sic temperanda est, nisi quid aliud legato obstat præter falsitatem demonstrationis. Etenim si demonstratio certam rem aut summam indicet, sed circumscriptam certo loco, eaque res illo loco non reperitur, inutile hoc esse legatum traditum est. Uteccæ, testator ita legavit, *Centum, quæ in arca habeo, Titio lego.* Si hæc in arca nulla sint, placet nihil deberi, quasi certum corpus, quod in rerum natura non est, legatum sit, *l. si servus. 108. §. qui quinquo. 10. de legat. 1. l. 1. §. sed & si. 7. de dot. præl. juncta l. plane. 34. §. 4. de legat. 1.* prius enim esse debet, quod legatur, quam legatum valeat, aut di-

ci possit falsa demonstratione non perimi, *l. quibus. 40. §. pau. de cond. & dem.* Item si quis ita legaverit, *Quod mihi Titius debet, Sempronio lego,* sine adjectione corporis aut quantitatis, neque Titius quicquam debeat, placet nullum legatum esse, non propter vitium demonstrationis, sed alia evidenti ratione, quia non apparet, quid quantumve legatum sit, *l. si sic legatum. 75. §. 1. de legat. 1.* Et eadem igitur ratione inutile erit & hoc legatum, *Quod Titio debeo, si lego,* si testator neque debeat, neque quantitas adjecta sit; quamvis si ita dixerit, *Decem, quæ Titio debeo, si lego,* nec quicquam Titio debeat, legatum sit utile: quia sola falsa demonstratio legatum non vitiat, *d. l. si sic legatum. §. 1. l. legavi. 25. sub fin. de lib. leg.* Sed & amplius licet quantitas adjecta sit, tamen ne sic quidem semper utile legatum in superioribus speciebus. Finge, testatorem ita legasse, *Centum, quæ Titio debeo, Sempronio lego,* constat, hoc legatum inutile esse, etiam si verum sit, centum Titio deberi: quoniam debitor id quod ipse debet, alii quam creditosi legare non potest. Quam ob causam nec si falsum erit, legatum valebit: nam quod inutile foret legatum detractio 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 conditionem sive causam, *d. l. si sic legatum. §. 2. d. l. legavi. vers. quod si sic.* Nimirum etsi hic centum verbo legata sunt, revera tamen nihil aliud legatum, quam liberatio: quo legato hoc continetur, ut si hæres petat, exceptione removeat, 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 debeat, legaverit Sempronio, dicendum erit, inutile esse legatum, si nihil Titius debeat, *d. l. si sic legatum. §. 2.* quippe nec hic legatur centum, quæ hæres det, sed actio, quam præstet adversus Titium: hoc enim legato nominis continetur, ut hæres actiones suas præstet, nullas vero habere aut præstare potest adversus eum, qui nihil debet: quod Jurisconsultus in *d. l. si sic legatum. §. 2.* breviter his verbis significat, *Esse enim debitor debet.*

*Stichum servum meum vernam*] Exemplum falsæ demonstrationis. Est autem verna servus domi ex ancilla natus, *σίνθησις, σίνθησις.* Quod nomen Festus à verbo deductum putat, *quod id tempus duce natura factura est.* Hinc vernaculus, ut vernacula lingua, *vva vernacula,* id est, *επιτομία.* Cicero vernaculum crimen pro domestico; *Cælar c. 7. de bello Hispan. vernaculus Pompeji legiones pro propriis dixit.*

*Stichum servum, quem à Sejo emi*] Aliud ejusdem generis exemplum ex *l. demonstratio. 17. §. 1. de cond. & dem.* ubi & aliud occurrit, veluti si ita servus demonstratus sit, *Stichum factorem, Stichum cocum Titio lego.* Licet enim neque tutor, neque cocus sit, ad legatarium pertinere dicitur, si de eo sensit 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.

modo de persona ejus constet, cui testator legaverit, *d. l. 17. §. 1. l. falsa. 33. & l. seq. eod.* Quod tamen & ipsum semper sic accipiendum est, dum nihil amplius obstat legato, quam falsa demonstratio; non etiam error, qui obstat 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. l. 4. & l. 7. C. de bar. inf.*

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 patrociniò ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do, lego. Licet enim neque negotia testatoris unquam gesserit Titius, neque patrociniò 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.*

NOTA.

31. *Legato non nocet*] Quia ait Papinianus, ratio legandi legato non coheret, *l. 72. §. 6. de cond. & dem.* id est, quia legatum constat etiam citra rationem adjectam legato, ideo falsa causa non nocet, quia vera quoque necessaria non est. At citra nomen aut demonstrationem, legari non potest.

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 susciatur.*
4. *Insigne hujus juris temperamentum.*
5. *Qua in re conditio & modus conveniatis, & discrepant.*

Quod juris est, ait Cajus, in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, *l. demonstratio. 17. §. 2. de cond. & dem.* Causa nostris dicitur causa præterita, seu ratio, propter quam aliquid datur aut fit, *l. damus. 52. de cond. ind.* causa irritatrix, quam dialectici *απορρητικόν* vocarent; alias *ἀπορρη*, occasio, causa impellens, dicitur. Igitur causa, id est, ratio legandi, etiam si falsa sit, legato non obest. Sed cur ait, longe minus falsam causam legato adjectam nocere, quam falsam demonstrationem? Puto idcirco, quia nomen & demonstratio cum legato cohererent; adhibentur enim ad personam legatarii aut rem legatam designandam: causa autem legandi à legato separata est, & sine ulla causa legari & potest & solet. Hanc differentiam indicat Papinianus *l. cum tale. 72. §. falsam. 6. de cond. & dem.* cum ideo ait falsam causam legato non obesse, quia ratio legandi legato non coheret. Causa, quæ in futurum confertur, modus appellatur; veluti, *Centum lego ut opus*

*extruatur, &c. d. l. 17. §. ult. de cond. & dem. tit. C. de his qua sub. mod. leg.* Ea autem huc non pertinet: quia quod sub modo legatum est, perinde fere habetur, ac si sub conditione relictum esset, *l. si cui. 92. de cond. & dem. l. 1. C. d. tit.*

*Legatum tamen valet*] Donare enim nihilominus testator voluit, aut saltem voluisse præsumitur. Quippe qui sciebat, se ob negotia sua gratis gesta aut patrociniò sibi præstitum nulla necessitate remunerandi teneri, *arg. l. donari. 82. de reg. jur. l. damus. 52. l. in summa. 65. §. 2. de cond. ind.* Cum igitur gratuitam merere 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 consisit, nec repeti potest, *d. l. damus. de cond. ind. redditurque hæc ratio in d. l. in summa. §. 2. eod.* quia qui dedit, donare voluit. Et vel magis igitur id valere debet in ultimis voluntatibus, *arg. l. in testamentis. 12. de reg. jur.* Cæterum in signe hujus juris temperamentum Papinianus addit *l. tale. 72. §. falsam. de cond. & dem.* nisi hæres probet testatorem legatum non fuisse, si causam, quam adjecit, falsam esse scivisset. Verba Papiniani sunt, *Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, alius legatum non fuisse.* Quasi dicat, etsi falsa causa adjecta legatum nunquam ita vitiat, quin summo jure peti possit, propter regulam de falsa causa: tamen plerumque fieri, ut petentem legatarium hæres summoveat exceptione doli mali, docens, testatorem solius causæ, quæ adjecta est, gratia legatum reliquisse, alias non fuisse legatum: 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 quicquam relictum vellet; vel se facere non potuisse, quin egregium officium sibi à Titio præstitum legato aliquo remuneraretur; aliam legandi causam non habuisset; vel hoc unum se movisse, ut Titium legato honoraret, quia restitutionem sibi à Principe impetrasset, alias nihil se illi legatum fuisse. Denique quotiescunque probari potest, tanquam 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. §. præterea. 10. de dol. mal. exc.* Et ideo si quis cum 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 hæres doceat; putarem hic 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 cohereret, & si falsa est, fit, ut voluntas legato desit, & legatum sit inutile, *l. demonstratio. 17. §. pen. de cond. & dem.* nam conditiones, quæ in præsens aut præteritum tempus conferuntur, si falsæ sint, statim vi sua inanem & inutilem actum reddunt, *§. pen. inf. de verb. obl.* Itaque hoc casu legatum non debetur ipso jure; eoque nec exceptio adversus petentem desiderabitur. Conditioni affinis est modus: utrumque enim futurum aliquid

H. h. 3.

spestat.

spēctat: nam si hac legandi formula testator utatur, *Ti- tio centum do lego, ut mihi monumentum facias*, lega- tum est sub modo, *d. l. demonstratio. §. ult.* si ita dixe- rit, *Do lego si monumentum facias*, est conditionale. Efficu autem inter hæc multum interest: nam legatum sub modo relictum purum est, & statim peti potest, præ- stita scilicet cautione de re restituenda, si modus non im- pleatur: sub conditione autem relictum non debetur an- te eventum conditionis, & si conditio defecerit, extin- guitur, *l. 3. l. 4. C. de cond. inst.* quanquam non om- nium conditionum eventus perpetuo expectatur: nam si qua earum, quæ in non faciendo consistunt, collata sit in potestatem legatarii, desiderante eo statim repræsen- tatur relictum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator vetuit: si contra fecerit, rem una cum fructibus restitutum ei, ad quem jure civili deficiente conditione legatum pertinere potest. Quæ cautio, quod à *Q. Mucio* inventa est & composita, *Muciana dicta*: at- que in hæreditatibus quoque locum habet, *l. 7. l. u. qui. 18. de cond. & dem.* Plura de conditionibus insertis *D. Tuiden. & Perez. ad tit. C. de fals. ca. adj. & 2. seqq. Christin. vol. 4. decis. 49.*

## TEXTUS.

## De servo hæredis.

32. *An servo hæredis recte legatur, queritur. Et constat, pure inutiliter legari, nec quicquam proficere, si vivo testatore de potestate hæredis exierit: quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, hoc non debet ideo valere, quia diutius testator vix- rit. Sub conditione vero recte legatur servo, ut requiramus, an quo tempore dies legati cedit, in potestate hæredis non sit.*

## COMMENTARIUS.

**H**ujus & sequentis §. exiguus hodie usus est, servi- tute jam sublata. Proponuntur duæ quæstiones contrariæ, una hoc §. an servo hæredis recte legetur. Altera §. seq. an recte legetur domino servi hæredis in- stituti.

*Pure inutiliter legari*] Quod servo legatur, ipsi do- mino legari intelligitur, *l. non minus. 31. de her. inst.* proinde si servo legetur, vi ipsa hæredi à semetipso lega- tur, quod à juris ratione alienum est, *l. & quidem. 18. l. legatum. 116. §. 1. de legat. 1. Ulp. tit. 24. §. 20.* ne- que natura patitur, ut idem sibi & creditor sit, & debi- tor; quod fieri necesse est, si servo hæredis legari volu- mus: nam hæres hic & creditor sit oportet, quia domi- nus legatarii, & debitor, quia hæres testatoris. Hinc quotiescunque accidit, ut creditoris & debitoris jura in eandem personam concurrant, confunditur obligatio, & necessario extinguitur: quia nemo sibi obligatus esse potest, *l. si quis. 75. de solut. l. 7. C. de pass.*

*Servivo testatore de potestate*] Utrum quod pure reli- ctum est, valeat, nec ne, ex tempore facti testamenti æstimandum, juxta præscriptum regulæ Catonianæ, quæ quod legatum inutile foret moriente statim testato- re, ex postfacto convalescere non patitur, *l. 1. de reg.*

*Cat.* Atqui in proposito, si statim testator decedat, vi- res habere legatum non potest. Eadem ratione supra di- ctum est, cum res sua alicui legatur, quia hoc legatum ab initio non consistit, ideo non convalescere, etiamsi legatarius eam rem vivo testatore alienaverit, §. *sed si rem. 10. sup. eod.*

*Sub conditione vero relicto*] Quod legatum per condi- tionem suspenditur, id in incerto est aliquando valitu- rum sit, nec ne, 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 ob hoc amplius non pertinet ad legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam hæreditatem cedit, *l. 3. eod.*

*An quo tempore dies legati cedit*] Dies legati sub condi- tione relicti ante eventum conditionis non cedit, *l. 5. §. 2. quand. dies leg.* id est, legatum sub conditione da- tum non ante deberi incipit, quam conditio extiterit, *l. cedere diem. 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 propo- sito potest, si scilicet eo tempore servus non sit in potesta- te hæredis. Quod si tempore conditionis existentis adhuc in hæredis sit potestate, proculdubio legatum nul- lum est. Sed inquires, etiam in casu præcedenti contin- gere potest, ut die legati cedente servus non sit in potestate hæredis: potest enim ante mortem testatoris, ex quo tempore dies legati pure relicti cedit, ab hærede manumitti aut alienari. Respondeo, quod attinet ad utilitatem legati puri, ita spectari tempus mortis, ut id tempus vi & potestate regulæ Catoniæ conjungatur cum tempore testamenti facti, porinæque 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 hæredis.

33. *Ex diverso, hærede instituto servo, quin domino recte etiam sine conditione legetur, non dubitatur. Nam etsi statim post factum testamen- tum decesserit testator, non tamen apud eum, qui hæres sit, dies legati cedere intelligitur; cum hæ- reditas à legato separata sit, & possit per eum ser- vum alius hæres effici, si prius, quam jussu domi- ni adeat, in alterius potestatem transatus sit: vel manumissus ipse hæres efficitur: quibus casibus uti- le est legatum. Quod si in eadem causa perman- serit, & jussu legatarii adierit, evanescit legatum.*

## COMMENTARIUS.

**H**æc species superiori contraria est. Ait, ei, cujus servus hæres institutus est, etiam sine conditione recte legari, hac ratione, quia etiamsi statim decedat testator, tamen hoc casu dies legati apud eum, qui hæ- res sit, non cedit: innuens, legatum quidem cedere domi-

domino, ac proinde eo mortuo ante aditam hæreditatem ad hæredem ejus transmitti; sed non cedere apud hæredem, ut in casu superiori, cum domino hærede instituto servo ejus legatur. Quippe dominum non recta per servum hæredem fieri, sed ita, si jussu ejus hæreditatem adierit: posse autem fieri, ut servus institutus priusquam jussu domini hæreditatem adeat, vel manumittatur, vel alienetur, atque ita vel sibi, vel alteri domino, cujus jussu adierit hæreditatem acquirat, maneatque sic hæreditas à legato separata. Cum itaque hic legatum & hæreditas decedente testatore statim in eandem personam non concurrant, neque ita necessario sequatur hæreditas cum legato confusio, ut superiore casu legati cum hæreditate, placet legatum interim in suspensio esse; & siquidem servus antequam jussu domini hæreditatem adierit, manumissus vel alienatus fuerit, utile esse legatum: si vero in eadem causa manserit, & jussu legatarii adierit, evanescere propter confusionem cum hæreditate, quo fit, ut in eum casum deducatur, unde incipere non poterat. Eadem ratione responsum est à filio hærede patri etiam pure legari posse, *l. à filio. 25. l. quasitum. 91. in pr. de legat. 1.*

T E X T U S.

De modo & ratione legandi. De ordine scripturæ.

34. *Ante hæredis institutionem inutiliter antea legabatur; scilicet quia testamenta vim ex institutione hæredis accipiunt, & ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti hæredis institutio. Pari ratione nec libertas ante hæredis institutionem dari poterat. Sed quia in civile esse putavimus, scriptura ordinem quidem sequi, (quod & ipsi antiquitati, visuperandum fuerat visum) sperni autem testatoris voluntatem; per nostram constitutionem & hoc vitium emendavimus, ut liceat & ante hæredis institutionem, & inter medias hæredum institutiones legatum relinquere, & multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est.*

N O T A.

34. *Sperni testatoris voluntatem*] Quæ etiam juxta veterum sententiam totum in testamento facit, *l. 35. §. 3. de her. inst. l. 12. in fin. de leg. 1.*

*Et ante hæred. institutionem*] Nam in actu continuo & unius temporis nihil, *visuperandum* videri debet; manetque hæredis institutio semper caput & fundamentum testamenti, sive sequatur sive antecedit. *Wes.*

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

*1. Veteres non satis idoneam rationem habuisse improbandi legata ante hæredis institutionem relicta: & n. 2.*

**S**equitur hujus tituli caput ultimum: in quo abolentur quædam juris veteris scrupulositates, quæ circa formam legandi observabantur; & nimirum hæc tres,

quod ante hæredis institutionem, quod post mortem hæredis, quod pœnæ nomine legari non poterat.

*Ante hæredis institutionem*] Olim si ab institutione hæredis initium testamenti factum esset, legata ante institutionem hæredis relicta inutilia erant; veluti si quis in ordinando testamento ita primo loco dixisset, *Titio centum do, lego*; deinde loco secundo, *Sompronio mihi hæres esto*: legatum hoc, ut præpostero ordine ante hæredis institutionem relictum non valebat, *Ulp. tit. 24. §. ante. 14. Paul. 3. sent. 6. §. 1.* Cujus rei rationem hanc affert *Ulp. quia potestas testamenti ab hæredis institutione incipit.* Id est, quia per institutionem hæredis demum vires, robur ac firmitatem testamentum accipit: ut proinde hæredis institutio veluti caput ac fundamentum totius testamenti præcedere debeat: & quod ante relictum est, tanquam extra testamentum relictum videatur, *caus. 2. de leg. 1.*, ut ait Theophilus. Cæterum hæc ratio Justiniano tanti visa non est, ut propter eam ordo scripturæ necessario sequendus sit, sprete testatoris voluntate. Et merito. Sit enim institutio hæredis caput & fundamentum testamenti, ex ea testamentum vires accipiat, uti revera accipit, *l. quod per manus. de jur. cod.* non ideo tamen legatum institutioni hæredis præpositum perinde habendum, quasi extra testamentum relictum sit: quoniam cum unus continuus testandi actus sit, nihil in eo *visuperandum* videri debet: & proinde sive antecedit legatum, sive institutionem hæredis sequatur, institutio semper manet caput ac fundamentum testamenti. Nec scio, an aliam rationem habeat, quod olim etiam ante hæredis institutionem fideicommissum dari potuit, *Ulp. tit. 25. §. 6. & tutor. §. ad certum. sup. qui test. sus. dar. & quod licebat testamentum ordiri ab exhæredatione, l. 1. de her. inst.* quæ de causa Jurisconsultus ibi non simpliciter dicit, eum, qui testatur, ab hæredis institutione debere initium facere testamenti, sed plerumque debere.

*Nec libertas hæredis institutionem*] Quasi dicat, quamvis libertatis magnus semper fuerit favor; tamen hac in re non plus licuisse circa libertatis dationem, quam cætera legata. Excipit *Ulpian.* testamentum militis, *tit. 1. de libert. §. post mortem. 15.*

*Et ipsi antiquitati*] Ipsi etiam veteres in plerisque potiorum rationem ducunt voluntatis, quam ordinis scripturæ. Cujus rei exempla passim occurrunt. Ut in *l. 14. de pec. leg. l. cum pater. 77. §. fidei. 12. de legat. 2. l. 6. de solut. l. si idem. 14. de legat. 2.* & identidem pronuntiant, voluntatem testatoris in testamento totum facere, *l. ex facto. 35. §. rerum. de her. inst. l. si mihi. 12. in fin. de legat. 1.* Atenim 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 possit principale obligationem, *§. 3. 2. inf. de fidejuss.* nulla idonea ratio dari posse videtur, cur non etiam hoc receperint, ut legata præcedere possent institutionem hæredis. Neque enim magis fidejussio sine principali obligatione consistere potest, quam legatum sine hæredis institutione. Denique cum, ut antea diximus, actus testamenti sit continuus, in eo considerari non oportet, quid prius aut posterius fiat, cum totum illud, quod fit, unus sit unius temporis actus, *l. hæredes. 21. §. nisi. qui test. fac. quod & D. Wesembecius notat.*

*Rer*

*Per nostram constitutionem*] Non extat alia, quæ hujus rei meminit, quam illa ad Mennam præfectum prætorio in *l. ambiguitates. 24. C. de testam.* qua tamen nihil aliud cavetur, quam ut ne vitia in scribendo commissa imperitia tabellionum obsint testatoris voluntati. Unde plerique putant, & est verisimile, constitutionem, qua primum atque ex professo jus vetus abolitum est, desiderari. Cæterum quod Baro existimat, constitutione illa sic cautum fuisse, ut ordo, qui hic commemoratur, à testatore observari debeat, & tantum inversio ordinis in scribendo à tabulario facta non vitiet testamentum, falsum esse, arguunt verba hujus textus, quæ manifestè indicant. Justinianum sua illa constitutione totam hanc rem arbitrio testatoris simpliciter permisisse, 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 præstat, dum semper fere à legatis & fideicommissis testamentum incipiunt, quasi putent inventi rerum ordinem, si hæredis institutio, quæ tamen caput est & basis totius rei, primo loco scribatur. *Gomez. 1. var. res. 2. n. 5. Jac. Werwey. ars. test. cap. 16.*

## T E X T U S.

## De Legato post mortem hæredis, vel legatarii.

35. *Post mortem quoque hæredis aut legatarii simili modo inutiliter legabatur: veluti si quis ita dicat, Cum hæres meus mortuus fuerit, do, lego. Item, Pridie quam hæres aut legatarius morietur. Sed simili modo hoc correximus, firmitatem hujusmodi legati ad fideicommissorum similitudinem præstantes: ne in hoc casu deterior causa legatorum, quam fideicommissorum, inveniantur.*

## N O T A.

37. *Quam fideicommissi*] Jam olim enim benignè receptum erat, ut fideicommissa post mortem hæredis relinquere liceret, *l. 5. §. 1. de leg. 3. Ulpian. tit. 25. §. 6.*

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

1. *Cur post mortem hæredis aut legatarii legare non licuerit.*
2. *Cur licuerit in tempus mortis.*
3. *Legatum filio emancipato post mortem patris relictum conferri: cum pater morietur, non item.*

**H**ÆC item mera quædam subtilitas fuit, quod olim post mortem hæredis aut legatarii legare concessum non erat, testibus Ulpiano *tit. 24. §. post mortem. 15.* & Paulo 3. *sentent. 6. §. 4.* quam ob causam hunc quoque juris articulum emendavit Justinianus.

*Inutiliter legabatur*] Ulpian. *d. loc. post mortem hæredis*, inquit, legari non potest, ne ab hæredis hærede legari videatur: quod juris civilis ratio non patitur, & Paul. similiter *d. loc. post mortem hæredis legari non potest*, quia nihil ab hæredibus hæredis relinqui potest. Cre-

do quia incertum est, quinam illi futuri sint; deinde quia mandare alieno hæredi non licet. In universum vero post mortem hæredis aut legatarii idèd legare non licebat, quoniam vetus erat regula juris, ut obligatio, quæ non cœperat à defuncto vel contra defunctum, in persona hæredis vel contra hæredem non inciperet, *§. post mortem. 12. inf. de inut. stip.* Jam verò, siquod post mortem hæredis legatur, valere volumus, necesse est obligationem, quæ contra defunctum non incipit, adversus hæredem transire: si, quod post mortem legatarii, necesse est, ut obligatio, quæ à defuncto non incipit, ad hæredem ejus transeat. Cur igitur, inquires, fideicommissum post mortem hæredis relinqui potuit? Ulpian. *tit. 25. §. 6.* Resp. Benignè id receptum fuit, ut fideicommissum relinqui posset ab hæredis vel legatarii hærede, salvâ in cæteris superiore regulâ, *l. 5. de legat. 3.*

*Cum hæres meus mortuus*] Aut, *Titio, cum mortuus fuerit, do, lego.* Enimverò, quamvis post mortem legari non potuit, in tempus tamen mortis tam legatarii, quam hæredis legatum conferri poterat, puta hoc modo, *L. Titio, cum morietur, do, lego;* vel, *Hæres meus, cum morietur, damnus esto dare.* Paul. *d. loc. §. 5. & Ulp. eod. l. si pecunia. 12. §. 1. de legat. 2. l. hæres. 79. §. 1. de cond. & dem.* quemadmodum & stipulatio in mortem promissoris aut stipulatoris utiliter concipiebatur, *§. ita autem. 14. inf. de inut. stip.* Nimirum moriendi momentum vitæ attribuitur: quoniam viventes morimur; & mors, si non semel tota est, non est: unde fit, ut in tempus mortis collata obligatio, ante mortem in persona morientis incipiat, & cœpta ad hæredem transmittatur. Hinc etiam illud est, quod et si filius emancipatus non tenetur conferre legatum post mortem patris ei relictum, *l. pen. de collat. l. nec emancipati. 15. C. eod.* conferre tamen teneatur, quod ei legatum est, cum pater morietur: quia id non post mortem patris demum acquisivisse, sed moriente patre, manenteque adhuc vitâ, eum habuisse interpretamur. Constat autem, emancipatum juberi ea omnia conferre fratribus, qui in potestate manserunt, quæ moriente patre habuit, *l. 6. C. d. tit. Ulpian. tit. de poss. dand. §. 3. add. Cujac. 3. obs. 34.*

*Pridie quam hæres aut legatarius morietur*] Existimaverunt veteres, hoc legatum incidere in speciem præcedentem, & cum casum, quo post mortem hæredis aut legatarii legatur. Nam cum illud *pridie* ante mortem incertum sit, & non nisi postquam jam mortuus est hæres 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. §. post mortem. inf. de inut. stip.* Ecce sollicitam veterum diligentiam.

*Correximus*] Ex constitutione Justiniani etiam post mortem hæredis aut legatarii legare licet, uti & stipulatio in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris cœpta ex ejusdem constitutione valet, *l. scrupulosam. C. de contr. stip.* Idem alia constitutione antiqui juris regulam abrogavit, permisitque, actiones ab hæredibus & contra hæredes incipere, *l. un. C. ut act., ab hered.* Mutandi juris veteris hanc causam habuit, quod illud in pura



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 *pridio*, voluntatem testatoris infirmari.

*Quam fideicommissorum*] Nam fideicommissa etiam olim post mortem hæredis rectè relinquebantur teste Ulpiano *tit. 25. §. 6. & in l. 5. §. 1. de legat. 3.*

T E X T U S.

Si pœnæ nomine relinquatur, adimatur vel transferatur.

36. *Pœna quoque nomine inutiliter antea legabatur, & adimebatur, vel transferebatur. Pœna autem nomine legari videtur, quod coercendi hæredis causa relinquitur, quo magis aliquid faciat, aut non faciat: veluti si quis ita scripserit; Hæres meus si filiam suam in matrimonium Titio collocaverit: vel ex diverso, Si non collocaverit, dato decem aureos Sejo: aut si ita scripserit; Hæres meus si servum Stichum alienaverit: vel ex diverso, Si non alienaverit, Titio decem aureos dato. Et in tantum hæc regula observabatur, ut quamplurimis principalibus constitutionibus significaretur, nec Principem agnoscere, quod es pœna nomine legatum sit: nec ex militis quidem testamento talia legata valebant: quamvis alia militum voluntates in ordinandis testamentis valdè observabantur: quinetiam nec libertates pœna nomine dari posse placebat: eo amplius nec hæredem pœna nomine adjici posse Sabinus existimabat: veluti si quis ita dicat, Titius hæres esto: si Titius filiam suam in matrimonium Sejo collocaverit, Sejus quoque hæres esto. Nihil enim intererat, qua ratione Titius coerceretur, utrum legati datione, an cohæredis adjectione. Sed hujusmodi scrupulositas nobis non placuit: & generaliter ea, que relinquuntur, licet pœna nomine fuerint relicta, vel adempta, vel in alium translata, nihil distare à cæteris legatis constituimus, vel in dando, vel in adimendo, vel in transferendo: exceptis videlicet iis, que impossibilia sunt, vel legibus interdicta, aut alias probrosa. Hujusmodi enim testamentorum dispositiones valere secta meorum temporum non patitur.*

N O T A.

36. *Quod coercendi hæredis causa*] Addit Ulp. *d. loc. non ut quid ad alium pertineat*, id est, non ut legatum facilius à legatario obtineatur. Itaque tale legatum, Ha-

*res uxori mea penum dato: si non dederit, centum dato. l. 1. de pen. leg. & si quæ similia, non est exemplum legati pœnæ: et si enim & hic constringitur hæres, id tamen non fit hæredis puniendi, sed legati juvandi causa. Locus Africani in l. 1. de his, qua pœn. caus. interpolatus videtur à Tribon.*

*secta meorum temporum*] Ratio, disciplina, Justitia, *l. ult. C. de pact. Alex. l. 2. C. ad leg. Jul. maj. Trajan. ad Plin. 10. 56.* Igitur tale legatum, *Hæres meus nisi mare ebiberit, aut, nisi uxorem prostituerit, centum Titio dato*, nullius momenti est; quia pœnæ causa hæredi, quod impossibile aut turpe est, injungitur. At cum impossibilitas imponitur legatario, puta hoc modo, *Titio, si mare ebiberit, &c. centum lego*, valet legatum, & conditio hujusmodi pro non scripta habetur, ut *§. propem. sup. de her. inf. quod notandum.*

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

1. *Veteris juris, quod hic refertur, varia rationes.*
2. *Quid sit pœna nomine legare.*
3. *Abrogatio hujus juris cum causa abrogandi.*
4. *Interpp. plerosque circa hunc articulum errasse, eo quod non satis intellexerint, quid sit, pœna nomine legare.*
5. *Notatur Bachovii & Sutholdi insignis error.*

**T**ertia hæc species est, in qua jus vetus circa formam legandi à Justiniano mutatum. Olim quod pœnæ nomine relictum erat, in ea causa fuit, ut quaecumque hoc esset, in totum non valeret, *Ulpian. tit. 24. §. pœna. facit l. 12. de cond. & demonst. l. 2. de his qua pœn. nom. Jul. Capitolinus in Anton. Primus constituit, ne pœna 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 hæredis arbitrium hoc legatum confertur: sic autem juris constitutio est, ut legatum in potestate hæredis poni non possit, *l. senatus. 43. §. pen. de legat. 1.* Deinde quia finis legandi hujusmodi legato obstat: quippe legata ex animo & benevolentia erga legatarium proficisci debere, non puniendi aut territandi hæredis causa relinqui: pœnæ verò causa quod legatur, non beneficentiæ erga legatarium exercendæ gratiâ relinqui; sed contra naturam legati odio hæredis, 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. Titid. 71. §. 2. de cond. & dem.* atque hanc quoque rationem videtur significare Theophilus, cum ait hoc genus legatis modum quandam præscribi hæredibus, *καὶ ὅτι ἔδωκεν τοῖς πολιτοῦσιν.*

*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.*

*Quod coercendi hæredis causa relinquitur*] Vel etiam quod coercendi legatarii causa adimatur aut transfertur, ut in exemplo modo proposito. Plenius aliquanto definit Ulpianus *tit. 24. §. pœna. 16.* *Pœna, inquit, causa legatur, quod coercendi hæredis causa relinquitur, ut*

*faciat quid, aut non faciat, non ut quid ad alium pertinens*: id est, non ut legatum, quod alicui relictum est, facilius a legatario percipiatur aut obtineatur. Quæ nos definitio docet, non omnem eum pœnæ nomine legare intelligi, qui coercendi hæredis gratiâ legat; sed eum solum, qui nullam aliam causam legandi habet, quàm ut hæres coërceatur: quod diligenter notandum est, ut scilicet intelligamus, legatum pœnæ nomine non relictum videri, non solum cum hæres non constringitur ullo modo, sed etiam, cum constringitur aut coercetur, sed alius rei gratiâ, legati scilicet, quod datum est, iuvandi aut voluntatis testatoris confirmandæ.

*Et in tantum hæc regula observabatur*] Amplificat veterem regulam quatuor modis, 1. quod etiam Princeps in eo, quod pœnæ nomine ipsis relictum erat, huic se juri subiciebant. 2. quod nec ex testamento militis hujusmodi legata debebantur. 3. quod ne libertas quidem pœnæ causa dari poterat. 4. quod placebat, nec hæredem pœnæ causa adjici posse. Quibus & quintum adjici potest, quod nec fideicommissa, quorum longè laxior natura, quàm legatorum erat, pœnæ nomine dari poterant, *Ulp. tit. 25. §. pœna. 11.*

3 *Hujusmodi scrupulositas nobis non placuit*] Justinianus etiam in hoc articulo juris veteris observationem, ut nimis scrupulosam abrogandam putavit, idque effecit constitutione eâ, quæ extat in *l. un. C. de his, qua pœn. nom.* ut jam quæ pœnæ nomine relinquuntur, vel adiunguntur, aut transferuntur, non minus valeant, quàm cætera, quæ jure relicta sunt. Et profectò nemini iniquum videri debet, eum, qui hæres instituitur aut legato honoratur, pro modo relictî à testatore gravari, aut constringi, ut aliquid faciat, quod possit facere, & honestè posse: præsertim eum voluntatem defuncti legis instar observari etiam veteres voluerint, *l. ex factis. 35. §. verum. 3. de her. inst.* Humanum tamen esse plerique visum est, ut hæres ob justam ac probabilem causam saltem excusetur à pœna, *Covar. in c. Reginaldus. §. 1. n. 7. Pand. de testam. Peregrin. lib. 3. de jur. fisc. cap. 18. n. 108. Sand. lib. 4. tit. 6. def. 1.* Ex his verò perspicuum est, errare interpp. qui putant, jam tum tempore mediæ jurisprudentiæ pœnæ nomine legare licitum fuisse, & Justinianum hic intelligere jus quoddam antiquius

4 eo, quod relatam est in Pandectas. Causam errori præbuit, quod non intellexerunt, quid sit, pœnæ nomine legare. Putant, tale legatum: *Hæres uxori mea penum dato: si non dederis, centum dato*; quale legatum citra controversiam semper valuit, *l. 1. de pen. leg. l. 1. §. Com. 18. ad leg. Falc. l. cum sine. 19. quaud. d. leg. exemplum esse ejus, quod pœnæ nomine relictum est. Verùm ex definitione Ulpiani paulò 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 hæredis, aut ob eam causam, ut hæres coërceatur: sed totum apparet relictum & cautum uxoris gratiâ. Manifesta igitur illa ignorantio ostendit. Neque necesse est, ut cum Cujacio *traçt. 5. ad African. in l. 1. de his, qua pœn. nom.* excipiamus de regula hanc speciem, *Hæres meus tale monumentum mihi adificato: si non adificaveris, centum Titio dato. l. 6. l. in testamento. 27. de cond. & dem.* nam ne hoc quidem legatum pœnæ nomine relictum dici debet ex superiore definitione, quod præcipuè testatoris causa relictum est,*

& quo hæres provocetur ad faciendum, quod testator sibi fieri voluit. Justius movere interpp. potuit, *d. l. 1. de his, qua pœn. nom.* Sed jam docti omnes vident, locum istum esse interpolatum, Tribonianum quem de suo hæc verba, *illicitè vel probrosè*, responso Africani inseruisse, atque in calce item adjecisse verbum *talium*, ut subserviret constitutioni Justiniani, quæ quidem sublato jure veteri permittit pœnæ causa legari, sed excipit, quæ illicita, probrosa, vel impossibilia sunt.

*Impossibilia, vel legibus interdicta*] Impossibilia, veluti si quis ita leget, *Hæres meus, nisi digito caelum tetigeris, aut, nisi mare ebiberis, Titio centum dato.* Legibus interdicta & probrosa, veluti si ita leget, *Nisi amitam uxorem duxerit, dato: vel, Si parentis alimenta præsterit: Si patrem ab hostibus redemerit, dato, l. conditiones. 9. de cond. inst.*

*Hujusmodi dispositiones valere scèta meorum temporum non patitur*] Meritò hujusmodi dispositiones ne nunc quidem valere patitur: quippe pœnæ locus dari non debet, ubi nullum delictum, nulla fraus aut culpa est, *l. aliud est fraus. 131. de verb. sign.* Quæ verò culpa aut fraus in eo, qui non facit, quod vel natura impossibile est, vel legibus aut bonis moribus contrarium? Igitur hujusmodi legatum, *Hæres meus, nisi mare ebiberis, nisi matrem domo expuleris, centum Titio dato*, nullius momenti est, ut bene Glossa in *d. l. un. C. de his, qua pœn. nom.* notat, & disertè scriptum est in *d. l. 1. Pand. eod.* Mirorque adeò judicium Bachovii in *Traçt. vol. 2. disp. 13. sbaf. 6.* & Sutholti, qui hoc à præceptore hausit, *differt. 11. n. 59.* contententium, in proposito non vitari legatum, sed vitari illud ipsum, & non pro adjecto haberi, quod adjectum impossibile aut legibus interdictum est, *arg. §. impossibilis. 10. sup. de her. inst. l. ab omnibus. 104. §. 1. de legat. 1. l. 3. de cond. & dem. l. cum similib.* quibus locus traditur, conditionem impossibilem aut turpem legato adjectam legatum non vitare, sed ipsam vitari & pro non scripta esse. Quis enim non videt, quantum interfit, utrum simpliciter quis centum leget sub conditione impossibili aut turpi, puta hoc modo, *Titio, si digito caelum tetigeris, si uxorem suam profueris, centum do, lego*: an centum leget pœnæ causa, eo hæredi injuncto; quod impossibile aut probrosum est; veluti si ita dicat, *Hæres meus, nisi digito caelum tetigeris, nisi uxorem suam profueris, centum dare damnas esto?* Illic legatum non vitatur, 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 impossibile aut turpis conditio: sed quia relictum est puniendi hæredis causa, si ipse conditioni non pareat, id est, non faciat, quod natura aut jure facere non potest. Hic inquam tale legatum inutile esse placet, ne puniatur, qui pœnam non meretur. Atque hæc esse mentem Justiniani ex hoc ipso loco satis intelligitur, cum legatis, quæ pœnæ nomine relinquuntur, confirmatis, excipit ex eo genere, quæ impossibilia aut turpia sunt. Vidit tandem hoc etiam D. Bachovius, & verum esse confessus est in comment. ad hunc §.

*Scèta meorum temporum*] Ratio, disciplina, justitia, *l. ult. C. de pass. Alexand. l. 2. C. ad leg. Jul. majest. Trajan. ad Plin. 10. 56.*

## TITULUS XXI.

## DE ADEPTIONE LEGATORUM, ET TRANSLATIONE.

Dig. Lib. 34. Tit. 4.

Continuatio. Quam variis modis ademptio legatorum fiat.

**D**ictum hactenus est de iis, quæ ad constitutionem legati pertinent: nunc, uti mos est Jurisconsultorum, exponitur, quomodo rectè ab initio constituta infirmantur. Id fit cum aliis modis, tum maximè ademptione aut translatione; de quibus etiam hic 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. Ademptione legati vel ipso jure legatum extinguitur, vel ope exceptionis enervatur. Ipso jure legatum ademptum intelligitur, si testator declaraverit contrariam voluntatem: idque vel verbis; sive directo contrariis, dum testator se adimere quod dedit; sive aliis quibuscumque, ex quibus aptè intelligatur, poenituisse eum prioris voluntatis: arg. l. Divi. 13. eod. vel rebus & factis: veluti si legatum consulto induxerit, l. nihil interest. 16. eod. aut rem legatam destruxerit, l. si ita. 65. §. ult. de legat. 1. l. lana. 88. §. 2. de legat. 3. aut in novam speciem transfulerit, quæ ad pristinam materiam reduci non possit, d. l. lana. in pr. & §. 1. vel nulla necessitate adductus alienaverit, de quo actum tit. prac. §. si rem. 12. vel denique si quis nomen debitoris sui alteri legatum exegerit, de quo sub §. tam autem. 21. eod. tit. Ope exceptionis ademptio introducitur, si quid intervenerit, ex quo mutata voluntas testatoris colligi possit, cum neque verbis, neque facto aliquo palam declaraverit se legatum adimere; veluti si graves inimicitiz inter testatorem & legatarium intercesserint, nec reconciliatio sequuta sit, hic petenti legatario obstat exceptio doli ex nuda eaque præsumpta contraria voluntate, l. 3. §. ult. junct. l. seq. hoc tit. Proinde omnino assentior Bartolo in l. si ita. 14. de legat. 1. Angelo, Mynsing. & Schneid. hic. posse legatarium opposita exceptione doli submoveri, etiamsi imperfecto testamento legatum ademptum esse proponatur: quippe cum hæc exceptio obstat omnibus, qui voluntate testatoris deservuntur, l. 4. §. præterea. 10. de dol. mal. exc. l. militia. 36. §. 3. de testum. mil. Præter hæc, quod hic non tangit Justinianus, legata etiam casu intercidunt, videlicet si testamentum, quo aliquid relictum est, rumpatur aut irritum fiat, l. filio. 17. de inj. rump. l. 8. §. per do inoff. test. l. seneca. 181. de reg. jur. l. 1. C. de post. har. inst. Una tamen hic exceptio est ex jure novissimo, nisi testamentum rescissum sit ex causa præteritionis aut exheredationis: quod cum incidit, sola institutio irrita esse jubetur, cætera autem capita rata manere, auct. ex causis. C. de lib. præc. vid. sup. adit. de inoff. test. Porro eadem libertate, qua legatum adimitur, etiam in alium transferri potest, de quo in §. 1. seu parte hujus tit. altera.

## TEXTUS.

## De ademptione.

*Ademptio legatorum, sive eodem testamento adimantur, sive codicillis, firma est. Sed & sive contrariis verbis fiat ademptio; veluti si quod ita quis legaverit, Do, lego, ita adimatur, Non do, non lego: sive non contrariis, sed aliis quibuscumque verbis.*

## NOTÆ.

*Sive codicillis*] Testamento confirmatis ipso jure, Ulpian. tit. 24. §. 27. fac. l. 43. de man. test. d. l. 16. de vulg. & pup. non confirmatis tuitioe prætoris, opposita petenti doli mali exceptione, l. 4. §. 10. de dol. mal. exc.

*Firma est*] l. 17. C. de legat. Quippe voluntas defuncti ambulatoria est usque ad vitæ supremum exitum, l. 4. hoc tit.

*Aliis quibuscumque verbis*] Ut in l. 3. §. 8. l. 13. eod. vel si facto aliquo contrariam voluntatem declaraveris, cujusmodi exempla habes, l. 16. eod. l. 65. §. 2. de leg. 1. l. 88. eod. 3. §. 12. sup. tit. prac. Ope etiam exceptionis ademptio introducitur ex nuda contrariæ voluntatis præsumptione, veluti si graves inimicitiz inter testatorem & legatarium exortæ fuerint, nec reconciliatio secuta, l. 3. §. ult. cum l. seq. h. t.

## COMMENTARIUS.

**S***ive eodem testamento*] Meminit tantum ejusdem testamenti, propterea quod si aliud testamentum factum fuerit, hoc ipso legata priore testamento relicta infirmantur, unaque cum testamento, in quo relicta sunt citra ullam aliam revocationem corrunt. Et igitur quod priore scriptura testamento datum est, id posteriore adimi potest, l. Divi. 13. l. nihil prohibet. 17. hoc tit. l. si quis. 16. de vulg. & pup. Atque adeo etiam statim & continenter, ut opinor, revocari; puta hoc modo, Centum Titio do, lego: imo non do, non lego. Neque obstat, quod traditur in l. ubi. 188. de reg. jur. ubi pugnantia in testamento jubentur, neutrum valere: quod Græci reddiderunt *πὸ τῷ διαθήκῃ ἀπολόις διαφανήθη δὲ ἴππια*. quoniam regula ista procedit in perplexis atque inter se collidentibus: cujusmodi speciem habemus in l. si Titius. 16. de cond. inst. non ubi prior scriptura per posteriorem corrigitur, commutatur, aut rescinditur, d. l. nihil prohibet. & ibi Gloss. & Bart. hoc tit.

*Sive codicillis*] Intellige testamento confirmatis, ut bene Martin. & Placent. teste Accurs. hic & in præfat. Nov. 159. vers. manifestum. Quippe cum codicillis testamento non confirmatis nihil directo dari potuerit, l. li-

*bertatus. 43. de man. test. §. praterea. 10. inf. de fideic. her. consequens est, & arguit l. si quis. 16. de vulg. & pup. nec quod testamento datum erat, codicillis non confirmatis potuisse adimi; ita quidem certè, ut ademptio ipso jure valeret; nam quin petens legatarius per exceptionem doli hoc casu repelli potuerit, non est dubitandum, l. 4. §. praterea. 10. de dol. mal. exc. Errat igitur & Accursus. ad. loc. & Bart. in l. si ita. 14. de legat. 1. quorum ille contendit, ne confirmatis quidem codicillis ipso jure legatum adimi; hic contra ipso jure adimi codicillis etiam non confirmatis: quod tamen novo jure defendi poterit. Quoniam autem olim legata ab intestato dari non poterant, quæri non potuit, an ita data aliis codicillis potuerint adimi: sed huic quæstioni locus erat in fideicommissis. Hodie tamen etiam in legatis est, post eorum cum fideicommissis exæquationem: cumque dari legata codicillis & ab intestato possint, consentaneum est, posse etiam ipso jure similiter adimi: eoque jure utimur.*

TEXTUS.  
De translatione.

I. *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.

**A**B alio ad alium] Ex Cajo l. 5. hoc tit. Potest vero & aliis modis translatio fieri. Paulus l. 6. cod. quatuor modos commemorat. *Aut enim, inquit, à persona in personam transfertur; ad quem modum pertinet species hic proposita: aut ab eo, qui dare jussus est, trans-*

*fertur, ut alius det: aut cum res pro re datur, profundo decem aurei: aut quod purè datum est, transfertur sub conditione. Adjiciatur & quintus, cum quod prius sub conditione datum est, deinde pure legatur, l. non ad ea. 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 eundem do, lego:* qua nil Titio adimi sed Sejus in eandem rem cum Titio vocari intelligitur, §. si eadem sit. *prac. nisi evidentè appareat, adimere testatorem voluisse, l. si pluribus. 33. de legat. 1.* Sed diversæ omnino sunt hæc formulæ: & cum quis ita dicit, *Quod Titio legavi, id Sejo do, lego;* ex ipsa conceptione perspicuè apparet, Titium & Sejum non conjungi in eandem rem, sed adimi Titio, quod ei legatum erat, & Sejo dari. Quam ob causam etiam si persona legatarii non mutetur sed verbi gratia ita testator scripserit, licet ex continenti, *Stichum, quem Titio legavi, hæres meus illi dato, si illud aut illud factum erit:* legatum sub conditione translatum videri responsum est, eo quod commemoratione prioris legati posterius scriptum sit, *l. non ad ea. 89. de cond. & dem.* Obstat tamen videtur, quod ex Juliano Ulpianus & Paulus referunt, in hac specie, *Ex qua parte Sejum institui, ex eadem parte Sempronius hæres esto; Sejum & Sempronium conjunctim intelligi institutos, l. Julianus. 15. in pr. de her. inst. l. triplici. 142. in fin. de verb. sign.* Sunt qui in institutione hæredum sic jus esse arbitrantur, in legatis contra: quod ego falsum puto, & diversas esse formulas, *Stichum, quem Titio legavi, Sejo lego: & Stichum, quem Titio legavi, eundem Sejo lego:* illa enim aperte adimitur Titio, quod Sejo datur: hac uterque in eandem rem manifestè conjungitur; cum idem utrique legatur.

TITULUS XXII.  
DE LEGE FALCIDIA.

*Dig. Lib. 35. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 50. Nov.*

*Ratio ordinis, & argumentum tituli.*

**I**N disputatione de legatis omitti non debuit de lege Falcidia, qua novissimè antiqua legandi licentia repressa, & modus legatorum constitutus est. Indicatur hic primum occasio hujus legis ferendæ; inde summa juris lege constituti proponitur. Tertio docetur, quo tempore visum sit spectari modum patrimonii in ponenda ratione legis. Postremo, quæ res ante rationem Falcidiæ deducantur, ostenditur, & quomodo porro in reliquo ratio legis inaeatur.

## TEXTUS.

Continuatio. Ratio, & Summa hujus legis.

*Supereff, ut de lege Falcidia dispiciamus, qua modus novissimè legatis impositus est. Cum enim*

*olim lege duodecim tabularum libera erat legandi potestas, ut liceret vel totum patrimonium legatis erogare: quippe cum ea lege ita cautum esset, Uti quisque legasset 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 hæredibus pro nullo aut minimo lucro hæreditates adire. Et cum super hoc tam lex Furia, quam lex Voconia late sunt, quarum neutra sufficiens ad rei consummationem videbatur, novissimè lata est lex Falcidia, qua cavetur, ne plus legare liceat,*

liceat, quam dodrantem totorum bonorum: id est, ut siue unus hæres institutus sit, siue plures, apud eum eosve pars quarta remaneat.

## NOTÆ.

*Ipforum testatorum gratia*] Non singulorum; sed in genere, & quasi in abstracto consideratorum. Nam singulorum potius hæredum gratia leges hæ lætæ, l. 7. hoc tit.

*Tam lex Furia, quam Voconia*] Quarum illa cavebat, ne supra mille asses legare liceret. Ulpian. in *fragm. princ.* Hæc, ne quis census plus cuiquam legaret, quam ad hæredem perveniret. Cic. 3. in *Verr.* Th. hic. add. Cujac.

*Sive unus, siue plures*] Hoc tamen sic temperandum est, ut procedat, si legata simpliciter ab omnibus relicta sint; aliud, si unus gravetur nominatim, §. seq.

## COMMENTARIUS.

1. *Occasio legis hujus ferenda.*
2. *Exponuntur verba legis duodecim Tab. uti quisque legassit suæ rei.*
3. *Quo aspectu leges Furia, Voconia, Falcidia testatorum gratia lata dicantur.*
4. *Latas esse hæc leges hæredum potissimum causa, non singulorum testatorum.*
5. *Quid à quo cautum lege Furia.*
6. *Quid à quo lege Voconia.*
7. *Quando à quo lata lex Falcidia, & quid in ea cautum.*
8. *Ad qua vel statim, vel sensim virtus legis producta.*

**L** Ege duodecim Tab. libera erat legandi potestas] Causa seu potius occasio rogandæ hujus legis. Lege duodecim tab. licebat testatoribus universum patrimonium suum in legata consumere, nihil ut hæredi relinqueretur, præter onus & molestiam æris alieni. Sic enim ea lege simpliciter cautum erat, uti quisque legavisset, ita uti jus esset, l. verbis. 120. de verb. sign. Hac licentia cum testatores usi essent, eveniebat plerumque, ut suprema eorum judicia destituerentur, recusantibus scriptis hæredibus nullo suo aut quam minimo lucro hæreditatem adire, atque aliena duntaxat gratia maximis sæpè oneribus minimeque necessariis se implicare. Quod cum & ipsis testatoribus inutile esset, & publicè interesse existimaretur supremas hominum voluntates conservari; l. 5. test. quom. aper. visum est ex usu esse reip. hæredes justo aliquo lucro ad adeundam hæreditatem invitari, quo suprema morientium judicia retinerentur. Id quod ita commodè fieri posse creditum est, si libertas illa legandi intra certum modum ac finem cohiberetur, ut cum non totum patrimonium legatis exhaustum foret, esset aliquid videlicet, quod hæredes 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 duodecim referuntur in l. verbis. 120. de verb. sign. *Legassit suæ rei* dictum pro *super pecunia & re sua*: quomodo auctor ad *Herem.* lib. 1. & Ulp. in *fragm. tit.* 11. §. *testamento.* 13. legis verba referunt, quasi dictum esset, pro commodo & utilitate rei suæ; ut sit dativus acquisitivè positus, ut loquuntur Grammatici. Illud enim 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. verbis. & *Baro bic.* Primum quia verba illa, *ita jus esto*, absolute 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 pronominè demonstrativo, non reciproco; quia legans de se prius locutus non est.

*Ipforum testatorum gratia*] Ait, leges Furiam, Voconiam, Falcidiam ipforum testatorum gratia latas, ne scilicet, ut subjicit, voluntas eorum destituito testamento periret. Fortè etiam hæc ratio fuit, quod qui substantiam omnem legatis erogant, credibile sit errore ductos id facere, existimantes, plus se in bonis habere, quam habent, arg. l. in fraudem, qui & à quib. man. Quamquam autem etiam retenta plena legandi licentia, & secundum eam exhausto legatis patrimonio, legatarii adhuc facere possunt, ut voluntas fervetur; quippe qui ne deserto testamento nihil consequantur, potius cum hærede paciscuntur partemque remittent: §. 2. inf. in fin. eod. tamen facilius hæredem inductum iri, ut hæreditatem adeat, legumlatores putaverunt, si jure suo & beneficio legis partem aliquam haberet; quam si beneficio legatariorum. Licet autem hinc intelligere, leges hæc rogatas non esse singulorum testatorum gratia, sed tantum in genere & quasi in abstracto testatores à latoribus consideratos, tanquam omnes ita affecti sint, ut malint partem legatariis detrahi, quam voluntatem suam in totum perire. Etenim singulorum testatorum favore si hæc leges introductæ essent, licuisset singulis, & verbi causa Titio testatori, huic suo favori renuntiare, & testamento cavere, ne hæres aliqua harum legum uteretur: quod non licuisse certum est, sed contra etiam invito testatore, contra sententiam ejus, eoque prohibente, vim suam illas exercuisse, ut de lege Falcidia expresse traditum est, l. quod bonis. 15. §. 1. & ult. l. Titia. 86. in fin. hoc tit. convenienter capiti secundo ejusdem legis, quo nemini plus legare permittitur, quam dodrantem bonorum, l. 1. in pr. verf. secundo. eod. Hujus rei etiam fortissimum argumentum est, quod placet, in testamento militis legi Falcidiæ locum non esse, l. 7. C. eod. l. 12. C. de test. mil. Nam si ex voluntate testatoris induceretur, vel magis valere deberet in testamento militis, utpote cujus voluntati multo plus, quam cæterorum tribuitur. Illud enim planè à ratione juris nostri alienum est, quod cum Portio Mynfingerus 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 hæres à militè institutus, velit, nolit, hæreditatem adeat, compellente eum, si nolit, magistratu: & adhuc magis, quod illi magis placet, dum existimat cum Corasio, eo, quem miles hæredem instituit, repudiante, proximos qui ab intestato veniunt, legati præstatione obstringi. Et quid si illi quoque repudient? Denique ex eo quoque perspicuè apparet, Falcidiam non induci ex voluntate, singulorum testantium, quod laudatur hæres, qui solida legata præstat. quasi pleniore officio fidei fungens, & apud quem plus valeat defuncti voluntas, quam beneficium legis, l. 1. & ult. C. hoc tit. l. 5. §. si quis. 15. de don. ins. vir. & ux. Porro ex his simul intelligimus, latas esse superiores leges in hæredum potissimum gratiam,

tiam, & nominatim Falcidiam, de qua sola nunc quaeritur; quod etiam disertè traditum est in *l. porost. 71. hoc tit.* ac proinde toto caelo errant, qui asserunt, hasce leges principaliter & potissimum introductas esse testatoris causa: secundum autem testatorem causa hæredis; quo in numero etiam D. Hotomanus 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 eum, qui plus cepisset, Ulp. *tit. 1. Theoph. hic.* qui tamen non asses, sed *septuaginta* habet, id est, aureos seu solidos. Et forte hæc eadem lex est, quam intelligit M. Tullius pro Corn. Balb. *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 hic meminit Justinianus, cautum tentatumque sit coërcendæ licentiæ legandi gratia, videlicet, ne legare liceret ultra mille asses. Qua quidem re etsi modus aliquis legatis imponitur, finis tamen non sit legandi: & cum de singulis duntaxat legatariis lex caveret, facilè evènire poterat, ut uno atque altero, itemque tertio legato hæreditas, præsertim non opulenta, tota absumeretur, atque hoc modo res ad vetus incommodum recideret.

6 *Lex Voconia*] Cum usu omnium rerum magistro competent esset, lege Furia superius incommodum nequam 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 hæredem hæredesve pervenerit, ut ex Verriana de prætura urbana intelligitur; ubi duo hujus legis capita memorantur, quorum altero coërcitæ mulierum hæreditates, altero cautum (quod etiam Theophilus scribit) ne plus haberet legatarius, quam hæres. 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, & fortè unus aureus hæredi relinquatur? Quis spe tantuli lucelli hæreditatem alicujus cernat? Sed & lex illa de eo tantum cavebat, qui census esset: ei vero, qui census non esset, licebat per eandem legem plus legare, quam ad hæredem 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. anno ab urbe condita DCCXLV. teste Dione *lib. 48.* Hac demum lege certis terminis circumscripta est legandi licentia, dum non de singulis legatariis, sed de cunctis caveret, ne ultra dodrantem in legata consumatur, *l. 1. hoc tit.* Quare, ut maximè legetur multis, semper tamen quadrans totorum bonorum post hanc legem latam hæredis 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.

Ne plus legare] Lex Falcidia nominatim de legatis locuta videtur. Cæterum & ad alia producta est: & statim

quidem, ut opinor, interpretatione prudentiam ex legis sententia ad fideicommissa singularium rerum. Neque enim persuadere mihi possum, id primum factum Senatusconsulto Pegasiano centum demum annis post legem latam: quamvis ferè omnes sic sentire videam, motos §. *sed quis. 5. seq. tit. vers. ex singulis.* Nam cum utique hoc lex velit & caveat, ne minus, quam quarta pars bonorum hæredibus relinquatur; ut proinde directo ea pars nec auferri, nec minui à testatore potuerit, *l. quod bonis. 15. §. 1. Ulp. 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: quanquam etiam alia istius loci interpretatio est. Quin etsi Tribonianus expresse hoc affirmaret, mihi tamen id suspectum foret. Sane in libris nostris promiscuè, quantum ad hanc rem attinet, de legatis & fideicommissis singularibus tractatur, *l. 5. l. si tacitum. 13. ab quod bonis. 15. l. filiusfam. 18. & passim. hoc tit. l. 2. & l. 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 eandem rationem harum donationum & inter vivos fuisse: quippe sic donata placebat antea in computationem Falcidiæ non venire: propterea quod vivo testatore exhibant ex bonis ejus; siquidem etiam quod mortis causa donabatur, *in toto* statim transferebatur in donatarium. Cæterum quoniam revocare hujusmodi donationem licebat, nec ante plena ac perfecta censebatur, quam mors insecuta fuisset, *l. non videtur. 32. de mort. ca. don.* ob hanc causam Severo visum est, id etiam quod ita donatum est, hæctenus in patrimonio computari, ut de eo quarta Falcidiæ nomine detrahi posset. At fideicommissa omnimodo in bonis relinquuntur, ut demum post mortem ab hærede præstentur. Exemplo donationum mortis causa admittitur etiam Falcidia in donationibus inter virum & uxorem, quæ morte confirmantur, *l. in donationibus. 12. C. hoc tit.* propter fideicommissa quoque introducta est in intestatorum successioneibus. Quod à Divo Pio factum scribit Paulus in *l. filiusfam. 18. hoc tit.* Denique vis legis Senatusconsulto Pegasiano tracta est etiam ad fideicommissarias hæreditates, de quo seorsum *tit. seq.*

*Sive unus sive plures*] Interest vero, utrum legata simpliciter ab omnibus hæredibus relicta sint, an ex pluribus hæredibus ex certis partibus institutis aliqui nominatim gravati: illo enim casu sufficit, ut si sola legata præstentur, dodrantem hæreditatis ea non excedere: hoc casu non item; quia suæ quisque partis, ex qua institutus est, quadrantem habere debet. De quo §. *seq.*

*Bars quarta remanent*] Nec solum hæres, si possidet quartam partem retinere potest, aut error facti non retentam repetere, *l. 1. §. si legatarius. 11. hoc tit. l. 9. C. eod.* sed etiam si non possidet, portionem suam à quovis possessore vindicare *l. lineam. 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

pro rata portione ipso jure per legem Falcidiam minui, *l. in quantitate. 73. §. ult. eod. vid. Ant. Fab. lib. 4. com. ject. 1. & lib. 6. c. 2.*

## TEXTUS.

## De pluribus hæredibus.

1. *Et cum questum esset, duobus hæredibus institutis, (veluti Titio & Sejo) si Titii pars aut tota exhausta sit legatis, qua nominatim ab eo data sunt, aut supra modum onerata: à Sejo vero aut nulla relicta sint legata, aut qua partem ejus duntaxat in partem diminuant: an quia is quartam partem totius hæreditatis, aut amplius habet, Titio nihil ex legatis, qua ab eo relicta sunt, retinere liceat, ut quartam partem sua partis salvam habeat: placuit posse retinere. Etenim in singulis hæredibus ratio legis Falcidia ponenda est.*

## NOTA.

1. *Exhausta, aut supra modum onerata* ] Per legem Falcidiam delibari hæreditas potest, onerari aut exhausti non potest. Cujac.

*Placuit posse retinere* ] Ratio dubitandi, quod videri potest legi satisfactum, cum quarta pars apud alterum maneat illibata.

*In singulis hæredibus* ] Ratio decidendi ex *l. 77. eod.* Nam cum lex omnibus & singulis hæredibus consultum velit, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque hæredibus suæ cujusque partis quarta pars intacta servetur.

## COMMENTARIUS.

1. *Cur dubitatum, an in specie hic proposita Falcidia locus esset: & cur esse placuerit.*

2. *Quando in portionibus defectis ratio legis habeatur.*

**L**ege Falcidia potestas facta est patrifam tantam pecuniam testamento dandi, legandi, quantam vollet; dum ita detur, legetur, ut ne minus, quam quartam partem hæreditatis hæredes capiant. In uno hærede instituto res expedita est: nam si iis solutis legatis quartam totius hæreditatis integram habet, legi satisfactum est; eaque portione contentus esse debet, sive semel ex toto esse institutus sit, sive ex pluribus partibus, ex una pure, ex altera sub conditione, ex una legatis onerata, ex altera illibata, *l. 1. §. id quod. 13. l. in ratione. 11. §. pen. hoc tit.* cujus rei ratio peti potest ex *l. cum heres. 52. §. 1. de acq. her.* Manifesta quoque est legis sententia, ubi plures quidem hæredes, sed sine partibus omnes instituti sunt, aut legata simpliciter ab omnibus relicta. Sed questum est, duobus aut pluribus hæredibus ex certis partibus institutis, si unus duntaxat portio nominatim onerata sit aut exhausta, an legi satisfactum videri debeat, si apud cohæredes pars quarta hæreditatis maneat intacta. Placuit autem satisfactum non videri, idque hac ratione, quod lex non de uno aliquo hærede caveat, sed ex æquo omnibus consultum velit, *l. in singulis. 77. eod. & hoc text. in fin.*

*Duobus hæredibus institutis* ] Testator cum non amplius quam centum in bonis haberet, duos hæredes, pu-

ta Titium & Sejum, utrumque ex semisse hæredes instituit. A Titio quadraginta aut quinquaginta legavit: à Sejo vero nihil, aut minus viginti quinque, ita ut apud Sejum quarta totius hæreditatis pars, vel etiam amplius, atque adeo semis integer maneat. Queritur, 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 hæreditatem adierit. Placuit tamen in proposito Titium quartam partem ejus partis, ex qua institutus est, retinere posse. Quippe legem non simpliciter cavere, ut quarta pars hæreditatis salva maneat, sed nominatim ut hæredes quartam partem ex testamento capiant. Quibus verbis cum non uni alicui hæredi tantum, sed omnibus & singulis consultum velle intelligatur, apparet legi non satisfieri, nisi singulis quoque hæredibus suæ cujusque partis quarta pars intacta servetur. Et hoc est, quod dicitur, in singulis hæredibus rationem legis Falcidiæ ponendam esse, *l. in singulis. 77. hoc tit.*

*In singulis hæredibus ratio legis ponenda* ] Hoc tamen ita est, si omnes, qui instituti sunt, hæredes extiterint: nam si quidam defecerint, in portionibus defectis non semper separatim ratio legis Falcidiæ habetur; sed aliquando hæ confunduntur cum portionibus aliorum, qui hæredes extiterunt. In quo hæc distinctio probata est, ut si verbi causa ex duobus hæredibus institutis alter deficiat, à quo aut nihil, aut parum relictum erat, atque ita hujus portio vel substitutionis vel accretionis jure ad cohæredem, cujus portio onerata est, pervenerit, placeat legatarios per deficientem portionem adjuvari, videlicet ut integra legata præstentur, quæ non præstarentur, si is, qui defecit, hæres extitisset. Quod si pars, quæ accessit, exhausta sit, aut onerata; ejus vero, cui accessit, integra aut tantum delibata, tum perinde in deficientis portione ratio Falcidiæ ponatur, ac si ad eum, qui suam portionem omisit, pervenisset. Extat hæc distinctio in *l. quod si alterutro. 78. hoc tit.* eademque à contrario sensu colligi potest ex *l. 4. C. ad Sen. Trab. in fin.* quanquam variasse Jurisconsultos apparet ex *l. 1. §. si cohæredis. 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 Falcidia utitur: qui vero suam portionem integram habet, legata præstat ex persona deficientis; cujus proinde jure eum uti æquum sit, *arg. l. 10. l. qui in jus. 177. de reg. jur.* Indicatur hæc ratio non obscure in *l. qui fundum. 87. §. qui filium. 4. l. 1. §. id quod. 13. hoc tit.* Cæterum in parte onerata, quæ defecta est, sententia superior sic accipienda ac temperanda, si cohæres deficiens testatori supervixerit, ut dici possit mortuente testatore fuisse institutus. Nam si vivo testatore decesserit, quia isto modo fit, ut alter solus tempore mortis testatoris reperitur institutus, ex sua parte pure, ex defecta, quasi sub conditione, quæ jam extitit, solida legata præstanda erunt, satisque tunc est, ut legatarius, hunc alterum totius assis quadrantem consequi, auctore Juliano in *d. l. qui fundum. §. 4.* nam ut legata in ea specie repetita esse dicamus cum Cujacio 4. *obs. 35.* ratio.



ratio decidendi, qua Jurisconsultus utitur, non finit; qui etiam diserte sententiam suam sic restringit, ut dicat, eam tunc procedere, cum cohæres vivo testatore decessit. Quod etiam Paulus non obscure significat in *d. l. 1. §. id quod. 13.* sic enim ait, legata per oneratam deficientis portionem non augeri, si is omiserit hæreditatem, *add. Don. 8. comm. 23. Cujacius 4. obs. 36. & 15. obs. 14. & 25. obs. 23. Ant. Faber. 4. conj. 13. & 18. conj. 14. & seqq.* 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. in ratione. 11. §. quod vulgo. 5. & pen. l. in duplicibus. 79. d. l. qui fundum. 87. §. ult. hoc tit.* quasi legata secundis tabulis relicta primis sub conditione data videantur.

## T E X T U S.

Quo tempore spectatur quantitas patrimonii, ad quam ratio L. Falcidiæ redigitur.

2. *Quantitas autem patrimonii, ad quam ratio legis Falcidia 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 hæreditatem per servos hæreditarios, aut ex parte ancillarum hæreditariarum, aut ex factu pecorum, tantum accesserit hæreditati, ut centum aureis legatorum nomine erogatis, heres quartam partem hæreditatis habiturus sit: sed necesse est, ut nihilominus quarta pars legatis detrahatur. Ex diverso si septuaginta quinque legaverit, & ante aditam hæreditatem in tantum decreverint bona, (incendiis forte, aut naufragiis, aut morte servorum) ut non amplius quam septuaginta quinque aureorum substantia, vel etiam minus relinquatur, solita legata debentur. Nec ea res damnoisa est heredi, cui liberum est non adire hæreditatem: qua res efficit, ut sit necesse legatariis, ne destituto testamento nihil consequantur, cum hærede in portione pacisci.*

## N O T Æ.

2. *Solida legata debentur*] Nempe si damnum circa rem aliam, quam quæ legata est, inciderit. Nam damnum circa rem ipsam seu speciem legatam contingens legatarium sequitur, hæresque interitu rei legatæ liberatur, §. 16. *sup. de legat. ex jure sc. communi omnium debitorum certæ rei, l. 23. de verb. obl. add. l. 30. hoc tit.*

*Cui liberum est non adire hæreditatem*] Neque enim legatarii aut fideicommissarii particulares hæredem cogere possunt, ut hæreditatem adeat, quod solis permittum fideicommissariis universalibus, propterea quod in

hos etiam onera ex Sc. transferuntur, *l. 14. §. 5. & seqq. ad Sc. Treb.*

*Ne nihil consequantur*] *d. l. 73. in fin. pr. b. s.* Nam destituto testamento, id est, hæreditate ex testamento non adita, legata extinguuntur, *l. 14. C. de fideis.*

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

1. *Exceptio regula hic proposita.*
2. *Ejusdem regula declaratio.*
3. *Hæredem à legatariis cogi non posse, ut adeat.*

**I**N 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 hæreditate contingit, hæredem sequi, *l. in quantitate. 73. l. quod bonis. 15. §. 3. in fin. l. cum quo. 56. pr. hoc tit.* Cujus rei ratio est, primum quoniam hæres quartam partem ex bonis hæreditariis habere debet: at ea proprie sunt, quæ tempore mortis cujusque inventiuntur. Deinde quia legatorum dies ex tempore mortis testatoris cedit, hoc est, legata ex eo tempore deberi incipiunt, *l. un. §. 3. C. de cad. toll.* adde quod per legem Falcidiam legata ipso jure minuuntur, *d. l. in quantitate. §. ult.*

*Nihil legatariis prodest, si ante aditam hæreditatem, &c.*] Postquam placuit, à morte testatoris legata deberi pro eo modo patrimonii, qui tunc fuit, accessio ante aditam hæreditatem contingens legatariis prodesse non debet, *d. l. in quantitate. l. in ratione. 30. hoc tit.* Excipiendum tamen hic est, si quid accesserit ratione facti præcedentis aut obligationis à defuncto contractæ; veluti si debitoris, qui solvendo non erat, facultates post mortem creditoris ampliatae fuerint, aut conditio crediti tunc extiterit: nam istis modis placet, ex postfacto uberiorem videri fuisse hæreditatem commodo legatariorum, *l. cum quo. 56. §. 1. eod.* eandemque rationem habet, quod responsum est, si pater, cum quo ex contractu filii de peculio agi poterat, à creditore filii hæres institutus sit, & legis Falcidiæ ratio ponatur, peculii quantitate, non quod mortis, sed quod aditæ hæreditatis tempore fuit, in quadrantem patri imputari: *d. l. cum quo. §. 1. l. si creditor. 83. eod.* quamvis peculio post mortem creditoris deminuto, juxta regulam spectetur tempus mortis, neque legatariis id noceat; quasi nihil interfit, peculium post mortem creditoris deminutum sit, an debitor pauperior factus, *d. l. cum quo. in pr. l. eo tempore. 50. §. 1. de pecul.* Quamobrem quod vulgo dici solet, eandem rationem esse damni & commodi, id intelligamus locum habere in iis, quæ primum emergunt & accedunt post mortem, veluti si quid accesserit hæreditati ex fructibus, ex partu ancillarum, aut per servos hæreditarios quæsitum: *hoc text. & d. l. in quantitate. d. l. in ratione. 30. hoc tit.* non in iis, quibus causam dedit præcedens factum testatoris. Quinimo 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, locupletiores faciunt hæreditatem, *l. servi. 43. eod.* ita fermè & Bachov. *hic.*

*In tantum decreverint*] *d. l. in ratione. 30. d. l. in quantitate.* Sunt vero hæc sic accipienda, si damna circa res

res alias, quam quæ legatæ sunt, inciderint: nam si res ipsa legata perierit sine culpa hæredis, id non hæredi, sed legatariis nocet, secundum tenorem perpetui juris, quò traditum est, omnes debitores, qui speciem aliquam, id est, rem certam debent, liberari, si ea res ante moram sine facto eorum perierit, *l. si ex legati. 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred.* Sciamus igitur, tunc periculo hæredis esse res hæreditarias, cum res incerta legata est, veluti homo in genere, aut quantitas, puta centum aurei, decem modii frumenti. Hic enim et si res omnes hæreditariæ perierint, dici tamen nunquam potest, rem, quæ legata est, periisse, *l. 11. C. si cert. per. eleganter Mæcian. in d. l. in ratione. 30. §. 2. & aliquot seqq. vid sup. §. si res. 16. de legat.*

*Cum hæredes in portione pacifici* ] In fideicommissariis hæreditatibus provisum est Senatufconsulto Pegasiano, ut si scriptus hæres nolit adire hæreditatem, iussu prætoris adeat, & restituat. Hoc vero beneficium neque legatariis, neque his, quibus singulæ res per fideicommissum relictae sunt tributum est, *l. si quis. 17. si quis om. ca. test. l. nam quod. 14. §. non omnis, & 2. seqq. ad SC. Treb.* quo loco Hermogenianus etiam differentiam rationem reddit, nimirum nullam habere iniquitatem, quod fideicommissi hæreditatis servandi causa hæres adire cogatur postquam Senatufconsulto Trebelliano cautum est, ut omnia onera hæreditatis transferantur in eum, cui ex fideicommissio hæreditas restituta est, *l. 4. eod. tit.* legati vero aut fideicommissi particularis causa hæredem compelli adire hæreditatem æquum non esse; propterea quod in hos onera hæreditaria transferri non possunt, neque admittendum est, ut quis alieni duntaxat emolumentum causa se æri alieno & litibus, vexationibus, aliisque molestiis implicare cogatur. Proinde hoc solum relinquatur, ut legatarii cum hærede in portionem pacificentur, quod illi facile facturi sunt, & potius aliquid remissuri, quam ut patiantur testamentum destitui, totumque, quod legatum est, sibi perire, *d. l. in quantitate. in fin. pr.*

## TEXTUS.

Quæ detrahuntur ante Falcidiam.

3. *Cum autem ratio legis Falcidia ponitur, ante deducitur æs alienum, item funeris impensa, & pretia servorum manumissorum: tunc demum in reliquo ita ratio habetur, ut ex eo quarta pars apud hæredem remaneat, tres vero partes inter legatarios distribuantur, pro rata scilicet portione ejus, quod cuique eorum legatum fuerit. Itaque si singamus, quadringentos aureos legatos esse, & patrimonii quantitatem, ex qua legata erogari oportet, quadringentorum esse, quarta pars singulis legatariis debet detrahi. Quod si trecentos quinquaginta legatos singamus, octava debet detrahi. Quod si quingentos legaverit, initio quinta, deinde quarta detrahi debet. Antè enim detrahendum est, quod extra bonorum quantita-*

*tem est, deinde quod ex bonis apud hæredem remanere oportet.*

## NOTÆ.

3. *Deducitur æs alienum* ] *l. 6. C. eod.* id est, omne, cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, *l. 54. D. eod.* Nam Falcidia detrahitur ex bonis: bona autem non intelliguntur, nisi quæ deducto ære alieno supersunt, *l. 39. §. 1. de verb. sign.*

*Si singamus quadringentos* ] *l. 73. §. ult. h. t.* Legata ad contributionem dodrantis pro rata suæ cujusque quantitatis revocantur, *l. 2. l. 6. §. 2. C. eod.* Not. Falcidiæ locum non esse in testamento militis, *l. 7. C. eod.* ex novo jure nec in legato in pios usus relicto. *Nov. 13. c. 12. auth. similiter. C. eod.* nec in ea re, quæ ita relicta, ne alienetur, *auth. sed & ea. C. eod.* nec cum hæres inventarium facere neglexit, *l. ult. §. pen. C. de jur. del.* Nec cum testator expresse prohibuit hæredem beneficio legis uti. *Nov. 1. c. 2. auth. sed cum testator. C. h. t.*

## COMMENTARIUS.

1. *In bonis defuncti qua numerentur, cum de lege Falcidia quaestio est.*
2. *An hæres, quod sibi à defuncto debetur, deducat; & quid si rogatus, ne id legatariis imputet.*
3. *Quibus casibus lex Falcidia cesset.*

**A**n tequam summa constituatur, unde quarta Falcidiæ deducenda sit, necesse est exquiratur, quid in patrimonio defuncti sit habendum: ex eo enim quartam hæres habere debet. Patrimonium cujusque dici scimus, cujusque facultates aut substantiam, sive quod quisque in bonis habet, *l. nam quod. 14. §. ult. l. cogi. 16. ad Senatufconsultum Treb.* Bona cujusque intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. subsignatum. 39. §. 1. de verb. sign.* Nimirum ergo in bonis seu patrimonio defuncti sciamus non numerari omnia, quæ cum moreretur, habuit, sed id solum, quod hæreditariis oneribus deductis superest. Cujusmodi onera sunt, æs alienum hæreditarium, funeris impensa, & pretia servorum manumissorum: quæ omnia idcirco in ponenda ratione legis Falcidiæ deduci placuit, uti hoc loco docetur. Cætera, quæ appellatione bonorum continentur, in patrimonii quantitate esse intelliguntur, si modo ejus naturæ sint, ut & ad hæredes certo mansuræ transcant, (nam contra est, si vel non transcant, ut actio injuriarum, ususfructus; *l. 38. hoc tit.* vel ita transcant, ut non sint mansuræ. *Exempl. in l. 11. §. 1. & 2. l. statuliber. 38. eod.*) & ex iis hæres aliquid commodi percipere potuerit. Non enim computatur nomen inane, quod tantum ex eventu hæreditatem auget, *l. Nescennius. 22. §. pen. l. cum quo. 56. §. 1. eod.* neque debitum naturale nondum solutum, *l. 1. §. id quod. 17. eod.*

*Æs alienum* ] Primum in hæc deductionem venit æs alienum, id est, id omne, cujus præstandi necessitate defunctus obstrictus fuit, *l. pater. 54. hoc tit.* Sed & æris alieni loco habetur, si quid est, cujus præstandi causa mortæ testatore ante aditam hæreditatem nata est, tanquam contractum ab hæreditate. *l. aris. 39. eod.* Illud autem quæ situm circa hæc deductionem, an etiam hæres, quod sibi à defuncto debetur, detrahare possit. Subtilitas rationis facere videtur, ne possit: quippe cum additione hæreditatis confundatur obligatio, atque ita fiat, ut

quod prius ei debebatur, deberi desinat, *l. sicut. 75. l. Stichum. 95. §. 2. de solut.* Sed nihilominus placuit deduci posse, *l. 6. C. hoc tit.* idque ob hanc procul dubio causam, quoniam in ratione legis Falcidiz, cum de æstimatione patrimonii agitur, mortis tempus spectatur, quo tempore nondum est ulla actionum confusio. Hodie hoc amplius à Justiniano tributum hæredi, qui inventarium confecit, ut nec adita hæreditate actiones ejus confundantur, sed ut similem cum creditoribus extraneis fortunam habeat, *l. ult. §. in computatione. 9. C. de jur. delib.* Quid si hæres rogatus sit, ne creditum legatariis imputet? Ratione doli mali exceptionis apud arbitrum Falcidiz voluntas defuncti servabitur. *l. si debitor. 12. hoc tit.* sic ut debito fini quadrantis compensato, superfluum æris alieni tantum dodranti detrahatur. *l. quod bonis. 15. §. cum fideicommissum. 4. eod.* Exemplum esto. Quadringenta sunt in bonis; hæredi debita ducenta: legata trecenta. Hæres compensabit cum quadrante centum; reliqua centum de dodrante detrahet. Hodie de hoc supervacuo quæritur: quoniam Falcidiz deductio 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. & si quis. 14. §. funeris. 3. de rel. & sumpt. fun. l. 1. in fin. cum. l. seq. hoc tit.* Hæc autem impensa semper ex hæreditate deducitur, quæ etiam omne creditum solet precedere cum bona solvendo non sunt, *l. pen. de relig. & sumpt. fun.*

*Pretia servorum manumissorum* ] Nec tantum eorum qui testatoris proprii fuerant, verum etiam quos hæres

cum alieni essent, redimere & manumittere rogatus est, *l. ejus. 37. §. 1. eod.* Aliarum quoque impensarum, quæ modo hæreditatis suscipiendæ causæ factæ sint, deductionem permittit Justinianus, *l. ult. §. in computatione. 9. C. de jur. delib.* Quæ sequuntur, interpretem non desiderant. Illud sciendum est, beneficium legis Falcidiz non esse perpetuum. Et jam olim etiam cessabat in testamentis militis, *l. 7. C. hoc tit. l. 12. C. de test. mil.* item in dotæ mulieri relegata; propterea quod suam rem mulier recipere videtur, *l. sed usufructus. 81. §. 1. hoc tit.* in commodo tamen repræsentationis legi patuisse locum non dubito, *arg. l. 2. in pr. de dor. pral. l. 1. §. si quis. 10. hoc tit.* Libertates quoque datæ per Falcidiam non minuebantur, *l. si servus. 33. eod. l. 8. §. quarta. 9. de inoff. test.* Hodie cessare creditur in legato in pios usus relicto, *per auth. similiter. C. hoc tit.* quanquam in *Nov. 131. c. 11.* unde *d. auth.* sumpta est, hoc non dicatur absolute & contra sæpe judicatum, *Sand. lib. 4. tit. 7. defn. 10. Christin. vol. 1. decif. 320. in fin. Fachin. 5. contr. 17.* si testator rem legatam veterit alienari, *Nov. 119. cap. 12. unde auth. sed & ea. hoc tit.* & in univèrsim si prohibuerit expresse hæredem Falcidia uti. *Nov. 1. c. 2. auth. sed cum testator. C. hoc tit.* item si hæres inventarium facere neglexerit, *l. ult. C. de jur. delib.* Indignus etiam olim beneficio legis Falcidiz visus est, qui id egerat, ut fideicommissum intercideret: & qui non capienti rogatus erat restituere, per Senatusconsultum Plancianum quartam retinere non poterat, *l. beneficio. 59. pr. & §. 1. hoc tit.* Postremo qui sciens aut errore juris totum legatum solvit, nullam quartæ nomine conditionem habet, *l. 9. C. hoc tit.* Circa deductionem Falcidiz nihil apud nos servatur, alienum à jure Romano, *vid. Grot. 2. manuduct. 23. Gudelin. lib. 2. cap. 11.*

## T I T U L U S XXIII.

## DE FIDEICOMMISSARIIS HÆREDITATIBUS.

*Dig. Lib. 36. tit. 1. C. Lib. 6. tit. 42. & 49. Novell. 39. 108.*

*Ratio ordinis: tum quid sit fideicommissum.*



Upra titulo de legatis §. 3. promisit Imperator, se separatim de jure legatorum & fideicommissorum tractaturum, ne scilicet permitta 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 instituatür disputatio; quod alterum est partitionis antepositæ membrum. *Fideicommissum est, auctore Ulp. in fragm. tit. 25. quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur, nec ex rigore juris civilis proficitur, sed ex voluntate datur relinquentis.* Igitur sic recte definitur; *Fideicommissum est id omne, de quo quis suprema defuncti voluntate rogatus est, ut daret vel faceret.*

## T E X T U S.

## Continuatio.

*Nunc transeamus ad fideicommissa. Sed prius est, ut de hæreditatibus fideicommissariis videamus.*

## N O T A.

*Fideicommissa* ] Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precativè relinquitur. *Ulp. tit. 25.* Legatum autem relinquitur legis modo, id est, imperativè, *dato, capito, summo, damno, offio dare.* Idem *tit. 24.*

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

1. *Fideicommissi diviso: & summa eorum, quæ hic explicantur.*
2. *Cur prius de fideicommissis hæreditatis, quam singularum rerum agatur.*

Fidei-

**F**ideicommissum aut universale est, aut particulare seu potius singulare. Universale, quod hæreditatem vel totam vel partem ejus continet. Particulare, quo non hæreditas aut pars hæreditatis, sed res singularæ relinquuntur; quod proinde rectius dixeris singulare, aut speciale. De fideicommissis rerum singularum agitur proxime: de universalibus sive de fideicommissariis hæreditatibus hoc præsentis titulo; in quo Justinianus ostensa prius communi fideicommissorum origine & incremento, differit de forma relinquendi fideicommissum hæreditatis ab hærede scripto, deque restitutæ hæreditatis effectu; tum de Senatusconsultis Trebelliano & Pegasiano, ac mox de Pegasiani in Trebellianum transfusione: inde docet, qui restituere rogari possint. Ad extremum aliquid de suo adpergit, ad probationem fideicommissi in genere pertinens.

**Prius est]** Quemadmodum prius egit de hæredibus instituentis & deferenda testamento hæreditate, quam de legatis testamento dandis, acquisitionem universitatis, ut digniorem, præponens acquisitioni rerum singularum, ita etiam hic prius agere voluit de fideicommissis universalibus, quæ vi & effectu idem sunt, quod hæreditas: postea de fideicommissis singularibus, quæ respondent legatis: de quibus alioqui prius dicendum fuerat juxta §. 3. de legat. Nam uti quoque monuimus in explicacione d. §. 3. exæquatio legatorum & fideicommissorum, de qua illic agitur, ad fideicommissariam hæreditatem minime pertinet; quoniam fideicommissarius restituta hæreditate hæredis loco habetur; sed ad specialia fideicommissa duntaxat. Potest & hæc ratio dari, quod cum antequam de legatis differeret, egerit de deferenda directo hæreditate tum hæredem instituyendo tum substituendo, recte quoque nunc atque ordine faciat, quod antequam disputet de fideicommissis rerum singularum, doceat quomodo hæreditas deferatur indirecto atque oblique, sive quomodo per fideicommissum hæredes substituantur. Vide quæ notavimus sub §. ult. per quas pers. cuique acquirit. & ad rubr. de vulg. subst.

## T E X T U S.

## Origo fideicommissorum.

1. Sciendum itaque est, omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse: quia nemo invitus cogebatur prestare id, de quo rogatus erat. Quibus enim non poterant hæreditatem vel legata relinquere, si relinquerebant, fideicommitterebant 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 gratia personarum motus, vel quia per ipsius salutem rogatus quis diceretur, aut ob insignem quorundam perfidiam, iussit consulibus auctoritatem suam interponere. Quod quia justum videbatur & populare erat, paulatim conversum est in assiduam jurisdictionem; tantusque eorum favor factus est, ut paulatim etiam præ-

tor crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabant.

## N O T A.

1. *Quibus non poterant hæreditatem]* Quales proscripsi, deportati, &c. exemplum habes apud Cic. lib. 1. in Verr. & ex parte, orbi, coelibes. Ulp. tit. 22. §. 2. & tit. 15. cum seqq. item foeminae ex lege Voconia. Hujus generis exempl. apud eundem a. de snib.

*Sed tantum pudore]* Fidei, religione, probitate. Id enim, qui tum pudorerat hominum, videbatur vinculo satis validum implendæ voluntatis defuncti.

*Et populare]* Th. *ἡμεῖς ἐδ' ἴμυρ*. Plin. Paneg. non quia populare gratumque audientibus.

*In assiduam jurisdictionem.]* Ita tamen, ut extra ordinem ipsi magistratus de fideicommissis cognoscerent, non more usitato formulam & judicem darent. Ulp. tit. 25. §. 10. l. 178. §. 2. de verb. sign.

*Prætor proprius]* Claudius duos creavit. Suet. in Claud. c. 23. ex quibus unum Titus detraxit, l. 2. §. 31. de orig. jur. Cæterum prætor ad certam summam cognoscebat, de majore consules jus dicebant. Quint. lib. 3. c. 6. unde lucem accipit Ulp. d. loc.

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

1. *Ante D. Augusti tempora fideicommissa vim obligandi non habuisse: notato Myns.*

2. *Genera incapacium, & in his gratificandis fideicommissorum usus.*

3. *Legi Voconia mulieres hæredes institui non potuisse.*

4. *Accurata in hoc legis capus inquisitio.*

5. *Legem istam postea in desuetudinem abiisse.*

6. *De fideicommissis extra ordinem jus dici solitum, & quorum ea jurisdictione. v. 8.*

7. *Quod in l. 1. junct. l. 2. C. comm. de leg. disponitur, non pertinere ad fideicommissa universalialia.*

**P**rimis temporibus infirma] Olim ante D. Augusti tempora fideicommissa nullam vim obligandi habebant, sed eorum præstatio fidei, 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: l. 1. & 2. de prec. ita nec ex precibus testatoris quenquam invitum obstringi debere existimabant, non magis quam ex commendatione, l. 11. §. 2. de legat. 3. Nam quod potestati & arbitrio alicujus relinquitur, cujusmodi est quod rogatur, non inducit obligationem. l. in venditoris. 13. C. de contr. emp. Mynsingerus primis temporibus sic interpretatur, ante legem duodecim 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 *ἀνιστορία*. Sic enim ille differit, 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 innoxit, inf. de codic. in pr. alter in gratificandis incapacibus; cum scilicet hæ-

res clam fidem accommodabat, ut incapaci restitueret. Quod fideicommissum tacitum dicitur, l. 103. *de legat. 1. Gloss. Bas. Tacitum, σιωπηρὸν ἢ ἐν ἔξω τῷ διαθήκῃς*, domestica cautione vel chirographo promissum, d. l. 103.

2 l. 10. *de his quæ ut indign.* 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. de hered. 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 hæredes jurarent, se curaturos, ut ex sua cujusque parte neminus dimidia ad fratrem proscriptum perveniret. Alterius generis apud eundem *lib. 2. de finib.* ubi refert, P. Sextilium Rufum rogatum à Qu. Fabio Gallo, ut omnis hæreditas ad filiam perveniret, eamque rem Rufum ad amicos detulisse. Idem *eod. lib.* memorandum fidei exemplum narrat de Sex. Peduceo, qui rogatus hæreditatem restituere uxori testatoris, cum sciret nemo, cum rogatum esse, ultro ad mulierem venit, eique nihil opianti viri mandatum exposuit, hæreditatemque reddidit. Ostendunt hæc exempla, lege Voconia mulieres hæredes institui non potuisse, non uxorem à marito, non filiam à patre. Atque hinc porro hoc quoque certo colligitur, nec ad patris legitimam hæreditatem filias à lege admissas fuisse, multoque minus consanguineas ad successionem fratrum: ac proinde quod Paulus *lib. 4. sent. 8.* de rogatione Voconia scribit, esse ἀνεπιτηδεύουσαν, quod pluribus confirmamus *inf. tit. de leg. agn. succ. §. 3.* Multorum lex Voconia scriptis celebrata est. Meminerunt Cic. *ad. loc. & in orat. pro Corn. Balb.* Livius *lib. 41.* (in epitome Flori mendose legitur Volumnii pro Voconius.) *Quint. declam. 264. Dio lib. 56. Gell. lib. 17. cap. 6. & lib. 20. cap. 1. Acon. Pedian. in orat. de præ. urbam. Augustin. lib. 3. de civ. Dei, cap. 21.* Latam esse eodem loco scribit Augustinus inter secutum & postremum bellum Punicum: quod verum esse liquet ex eo, quod apud Ciceronem *lib. de senect. M. Cato* gloriatur se eam legem suavisse, 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 animum ab urbe condita 585. qui est à consulatu M. Catonis & L. Valerii Flacci 26. ut patet ex chronologia rer. Rom. Ubonis Emmii. Legis duo fuere capita, forte etiam plura, quæ ignoramus. Nam & infinitam legandi licentiam lege 12. tabularum concessam, exemplo legis Furia, coercuit, ut *tit. prac. demonstratum est*; & quod præcipuum est, sanxit, ne quis virginem neve mulierem hæredem faceret, auctore Cicerone *d. lib. 1. in Verr. Floro dict. epitom.* ac ne filiam quidem, testibus *Acon. 4 d. loc. & Augustino d. lib. 3. cap. 21.* 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 2. *de finib.* ubi ait, amicos Sextilii, quem rogatum scribit hæreditatem restituere filia testatoris, censuisse; non plus filia dandum, quam posset ad eam lege Voconia pervenire; Lucium quoque Lentulum temporibus Augusti, cum adhuc vigeret lex Voconia, filiam suam ex parte hæredem scripsisse, intelligere licet ex *princ. inf. de codicill. Dio vero lib. 56. de sceminis* in universum refert, eas lege Voconia prohibitas *κληρονομήειν ὑπὲρ δύο καὶ ἡμῶν μισθῶν εἰς ἑσπῆρας, supra XXV. millia substantia.* Ego, ut ad filias aliquid lege pervenire potuerit, non puto tamen, quod Dio scribit, ipsa lege Voconia cautum fuisse, argumento eorum, quæ ex Cicerone, Acon. 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. declam. 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 hæredem faceret ultra quadrantum, accommodans eo locum Dionis, quem accipit de XXV. millibus sestertium; quippe quæ fuerit quarta pars bonorum ejus, qui census dicebatur, nempe quæ centum millia sestertium possidebat, quod Aconius prodidit in *d. lib. 2. in Verr.* nam vetus ratio postea valde mutata fuit, auctisque civium opibus sestertii in locum assium surrogati videntur: siquidem initio, ut ex Livio & Dionys. Halicarn. constat, maximus census erat centum millium æris seu assium: quam summam æquant XXV. mille sestertii: quippe quorum singuli quatuor assibus postea æstimati sunt. Bachovius censet, locum Dionis rectius accipi de XXV. mille assibus, qui census initio quartæ classis fuit, & quarta census maximi pars. Interpres Dionis vertit centum milia nummum: sed ille haud dubiè nummum pro asse accepit, quamvis perperam: sestertium enim nummum, non assem, dicimus. Ut ut sit, illud constat, licet fideicommissum aliquod contra legem Voconiam aut similem relictum fuisset, ac proinde hæres nulla necessitate obstringeretur ad illud præstandum; veteres tamen existimasse, contra officium boni viri hæredem facere, fidemque violare, qui voluntati testatoris non pareret, ut perspicuum est ex eo, quod de Sext. Peduceo commemoravimus ex *lib. 2. de finib.* & quod Cicero eodem loco refert de Sextilio rogato omnem hæreditatem restituere filia testatoris; *Tenuis*, inquit, *Sextilii per magnam hæreditatem, unde si secutus esset eorum sententiam, qui honesta & recta emolumenta omnibus & commodis anteponebant, ne nummum quidem attigisset.* Notatur & à Val. Maximo avaritia Cornelie, quod fideicommissa prædia filio Q. Pompejo publica quaestione prostrato non redderet, *lib. 4. c. 2. in fin.* Ex libris nostris manifestum est legem Voconiam postea planè in defuetudinem abiisse, & jam tum sua ætate obliteratedam fuisse testatur Gellius *lib. 20. c. 1.* Eo vero jure, quod post secutum est, nec licitum hæredid fuisse videtur, hæreditatem incapaci restituere: argumento

mento est, quod favore fisci constitutum fuit, ut si hæres hujusmodi fideicommissum tacite fidem suam accomodasset, hæreditas ei auferretur & vindicaretur fisco, l. 1. l. 3. de jur. fise. Ad fiscum quoque pertinuisse fideicommissum deportato relicto, constat ex l. 7. de legat. 3. Denique Ulp. tit. 25. §. fideicommissa. 5. cum generaliter definitisset, fideicommissum non aliis dari posse, quam quibus legari potest, solos mox excipit Latinos Junianos.

*Gratia personarum motus*] Igitur Augustus non confirmavit fideicommissa certa & perpetua lege, sed cum unum atque alterum fideicommissum confirmasset ob causas, quæ hic memorantur, consules demum auctoritatem suam interponere jussit, id est, consulibus cognitionem de fideicommissis singulis aut in singulis negotiis mandavit. Ait, *gratia personarum*. Ipse Augustus relicto à se fideicommissum L. Lentuli gratia, qui rogaverat, præstitit, *inf. de codic. in pr.* Potuit & eorum gratia moveri, quibus fideicommissum relicto dicebatur, puta personæ sanguine aliæ necessitudine defuncto conjunctæ, aut singulari eruditione aliisve raris animi dotibus præditæ.

*Per ipsius salutem*] Antiquissimum genus jurisjurandi, aut potius vehementioris asseverationis etiam sanctis viris usurpatum Genes. c. 42. 15. *כי תלוי זרעוהו פאגוד*, per salutem Pharaonis.

6. *In assiduam Jurisdictionem*] Ut jam non amplius cognitio de fideicommissis speciatim in singulis negotiis aut cotannis magistratibus mandaretur, sed ut perpetuo vi & potestate magistratus sui de fideicommissis omnibus jus dicerent, quanquam extra ordinem, ut scilicet ipsi magistratus cognoscerent, non more judiciorum usitato formulam & judicem darent, Ulp. tit. 25. §. 10. unde fideicommissi persecutio extraordinaria dicitur, l. 178. §. 2. de verb. sign. Justinianus quidem, ut monuimus sup. §. 3. de legat. in eo quoque fideicommissa exæquavit legatis, ut iisdem ordinariis actionibus, quæ pro obtinendis legatis olim competeant, quasque ipse postmodum pro legatis omnibus concessit, l. 1. C. comm. de legat. liceret persequi & fideicommissa, l. 2. C. eod. Verum hoc ad fideicommissa rerum singularum duntaxat, sicut & universa exæquatio pertinet; erratque perspicue Mynsingerus, dum id transfert ad fideicommissa hæreditatis.

8. *Prætor proprius crearetur*] Pomp. l. 2. §. capta. 32. de orig. jur. tradit, Claudium duos prætores creasse, qui de fideicommissis jus dicerent, ex quibus unum D. Titus detraxerit. Sueton. in Claud. c. 23. *Jurisdictionem*, inquit, *de fideicommissis cotannis & 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 verb. cred. Prætoris fideicommissarii mentio fit in l. quasitum. 78. §. pen. de legat. 3. l. pen. in fin. quib. ad lib. proclam. l. si cui. 92. in pr. de cond. & dem. l. 2. C. qui pos. in pign. Neque tamen solius prætoris in urbe jurisdictione de fideicommissis propria tunc esse cepit, sed ita partita est, ut prætor ad certam summam cognosceret, de majore consules jus dicerent. Fab. lib. 3. c. 6. *Non debes*, inquit, *apud prætorem petere fideicommissum, sed apud consules: major enim prætoris cognitione sum-*

*ma est*. Atque ita accipiendum quod Ulp. d. tit. 25. scribit, cognitionem de fideicommissis Romæ esse consulum, aut prætoris, qui fideicommissarius vocatur.

## T E X T U S.

## De fideicommissum hæredis scripti.

2. *In primis igitur sciendum est, opus esse, ut aliquis recto jure testamento hæres instituat, ejusque fidei committatur, ut eam hereditatem alii restituat: alioqui inutile est testamentum, in quo nemo hæres instituitur. Cum igitur aliquis scripserit, Lucius Titius hæres esto, potest adjicere, Rogo te Luci Titi, ut cum primum poteris hereditatem meam adire, eam Cajo Sejo reddas, restituas. Potest autem quisque & de parte restituenda hæredem rogare: & liberum est vel purè, vel sub conditione relinquere fideicommissum, vel ex certo die.*

## N O T Æ.

2. *Recto jure testamento*] Scil. cum quis testamento fideicommissum vult relinquere: nam sine institutione hæredis testamentum consistere non potest, §. 34. sup. de legat. Cæterum potest & ab intestato fideicommissum codicillis relinqui, §. 10. inf. eod. *Recto jure*, id est, directo jure, Schol. Th. *ὀρθῶς, ἐξ ὀρθῶς*, sic rectum iudicium pro directo, l. 18. §. ult. commod. *recta vindicatio* pro directa l. 9. §. 2. de acq. rer. dom.

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

1. *Quis cui à quo fideicommissum hereditatis rectè relinquitur.*
2. *Ex certo die aut in diem cur fideicommissum rectè datur, hereditas non item.*

Obligua acquirendæ hæreditatis ratio iisdem illis rebus constat, quibus directam constare diximus sup. §. ult. per quas pers. videlicet delatione fideicommissi & delati susceptione. Deferre seu relinquere fideicommissum hæreditatis possunt, qui & testamentum facere, l. 2. de legat. 1. l. 1. in pr. & seqq. §§. de legat. 3. l. 6. §. 3. de jur. codicill. Relinqui iis potest, qui qualemqualem testamenti factionem habent, id est, vel passivam, ut loquuntur, arg. §. legari. 24. sup. de legat. l. 1. de legat. 1. Neque ulla nunc est hac in parte differentia inter hærodum institutiones aut legata & fideicommissa, sive universalialia sive specialia. Ab iis relinqui potest, ad quos hæreditas nostra perventura est, sive directo sive oblique, sive ex testamento, sive ab intestato, sive jure civili sive jure honorario, §. prætoræ. 10. inf. eod. In modo relinquendi nihil interest, utrum testamento relinquatur, an codicillis: at testamento à solo hærede instituto relinqui potest, codicillis etiam à legitimo. Susceptio utriusque factum & voluntatem de fiderat, & hæredis fideicommissum restituentis, & fideicommissarii restitutum accipientis: de quibus omnibus, aut maxima eorum parte amplius in progressu.

*Recto jure testamento hæres instituat*] Cum quis testamento fideicommissum vult relinquere, necesse omni-

no est, quod hic traditur ut testator directo aliquem testamento hæredem instituat, eumque roget, ut hæreditatem alii restituat: quippe cum sine institutione hæredis testamentum consistere non possit, §. ante. 34. sup. de legat. Utrum autem hæres institutus eodem testamento rogetur, ad codicillis, nihil refert, §. 1. & 2. inf. de codic. l. 8. eod.

2. *Vel ex certo die*] Fideicommissio hæreditatis hoc cum legatis & fideicommissis rerum singularum commune est, ut non tantum purè aut sub conditione, quomodo etiam directo potest hæres institui, verum etiam ex certo die aut in diem relinquì possit, sicut legata & singulæ res per fideicommissum, l. 1. & pass. tit. de cond. & dem. quamvis directo hæreditas ita dari non possit. Nimirum diem hæredis institutioni adjectum pro supervacuo haberi placet, ne testator post tempus aut medio tempore, atque ita pro parte intestatus decedat, quod juris civilis subtilitas non patitur, §. hæres. 9. sup. de hæ. inst. l. 7. de reg. jur. At in restitutione hæreditatis hoc jus non ostenditur, cum is, qui restituit, nihilominus hæres maneat, §. seq.

### TEXTUS.

Effectus restitutionis hæreditatis.

3. *Restituta autem hereditate, is quidem qui restituit, nihilominus hæres permanet: is vero, qui recipit hereditatem, aliquando hæredis, aliquando legatarii loco habetur.*

### COMMENTARIUS.

**R**egula est juris antiqui, *Qui semel hæres extitit, non potest desinere hæres esse.* l. ei qui. 88. in fin. de hæ. inst. l. 7. §. sed quod. 10. in fin. de minor. quæ regula ex eo sumpta est, quod placet obligationem & actionem à persona ejus, cui aut adversus quem semel quæsitæ est, avelli non posse: de quo diligentius, Deo volente, præcipimus inf. sub §. 1. de actionib. Hoc igitur jure constituto consequens est, nec eum, qui rogatu defuncti hæreditatem alii restituit, hæredem esse desinere, ac proinde ipsum nihilominus tanquam hæredem & experiri actionibus hæreditariis & conveniri posse. Cæterum Trebelliano Senatusconsulto effectum est, ut restituta hæreditate, is qui restituit, nudum tantum nomen hæredis retineat, atque ut agens exceptione restitutionis hæreditatis repelli, & conventus alios repellere possit, l. 1. §. 4. ad SC. Treb.

*Aliquando hæredis, aliquando legatarii loco*] Loco hæredis habebatur, si restituta esset hæreditas ex Senatusconsulto Trebelliano; loco legatarii: si ex Pegasiano restitutio fieret, ut mox declarabit, & Ulpianus ostendit tit. 25. §. 12. Nam quod Giphanius scribit, fideicommissarium legatarii loco habitum, si pars tantum hæreditatis ei restituta esset, falsum esse apparet ex §. ergo. 6. inf. eod.

### TEXTUS.

De Senatusconsulto Trebelliano.

4. *Et Neronis quidem temporibus, Trebellio Maximo, & Annao Seneca Coss. Senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si hæreditas*

*ex fideicommissi causa restituta sit, omnes actiones, quæ jure civili hæredi & in hæredem competere, ei & in eum darentur, cui ex fideicommissi restituta esset hæreditas. Post quod senatusconsultum prætor utiles actiones ei & in eum, qui recepit hæreditatem, quasi hæredi & in hæredem dare cepit.*

### COMMENTARIUS.

1. *Cur in Catalogo consulum non recensentur Trebellius & Seneca.*
2. *Qua incommoda huic Senatusconsulto causam dederint.*
3. *Cur cum Senatusconsultis sint pars juris civilis, senatus eum, cui restituta est hæreditas, hæredem non fecerit, sive & in eum non dederit actiones directas.*
4. *Quid juris, si debitor hæredi, aut hæres creditori solverit post factam restitutionem.*

**T**rebellio Maximo & Annao Seneca Consulibus] Hoc idem testatur & Ulpian. l. 2. ad Treb. Cæterum hi consules non reperiuntur in Fastis, seu indice consulum? quare credendum est, eos non fuisse ordinarios five initio anni creatos, sed successores 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 & Pufionis fasti meminerunt: & in l. cum verò. 26. §. subventum. 7. de fideic. libers. ubi mentio fit Senatusconsulti Rubriani, quod factum dicitur temporibus D. Trajani Rubrio Gallo & Cælio Hispano Coss. qui & ipsi in catalogo consulum non recensentur, ut successores eos fuisse oporteat. Igitur cum multi consules Romæ sub Imp. fierent per suffectionem, nemo ex successis in fastos referebatur, sed soli duo, qui anni initio magistratum auspiciati essent. Quamobrem excusandus est Aufonius, qui in gratiar. act. ad Gratianum negat, Senecam consulem fuisse.

*Si hæreditas ex fideicommissi causa restituta sit*] In omni legato & fideicommissi inest hæc conditio, si hæres, à quo relicta sunt, hæres extiterit; quod in fideicommissis ex restituendi verbo satis intelligitur. Qua de causa, si hæres aut adire hæreditatem noluerit, aut antequam adeat, mortuus sit, aliave ratione defecerit, hic eveniet, ut destituito testamento, fideicommissum quoque pereat, uti cætera, quæ in testamento scripta sunt, non adita hæreditate irrita fiunt, l. 9. de test. tut. l. eam quam. 14. C. de fideic. l. 13. §. quid ergo. 3. l. ita tamen. 27. §. quotiens. 6. ad sen. Trebell. Cum autem hæredes, qui rogati erant hæreditatem restituere, aut metu litium, aut prætextu metus hæreditatem adire plerumque recusarent: cumque esset æquissimum, eos onera subire, in quos jus fructusque transferretur, potius quam cuiquam fidem suam esse periculosam, Senatusconsulto Trebelliano dubitatio hæredum cum metu incommodi sublata est, cautumque, ut quæ actiones in hæredem competunt, darentur in eum, cui ex fideicommissi restituere hæreditas, quo magis in reliquum confirmarentur supremæ defunctorum voluntates, l. 1. §. 2. & 3. eod.

Actio.



*Actioes, quajure civili*] Senatus loquitur de transferendis iis actionibus, quæ jure civili hæredi & in hæredem competunt: transeunt tamen ex senatus sententia & actiones honorariæ, veluti actio ex constituto, ex jurejurando, & similes: imò & causam naturalium obligationum transire placet, *l. quamvis. 40. l. si ejus. 64. in pr. eod.*

*Ei & in eum*] Quemadmodum senatus hæredibus subventum voluit in eo, quod actiones, quæ in hæredem competeabant, dari voluit in fideicommissarium, ut posset hæres, si à creditoribus hæreditariis conveniretur, uti exceptione restituta hæreditatis; ita & subvenit fideicommissariis in eo, quod actiones, quæ hæredi competeabant fideicommissario dari voluit, cui soli ob hoc agendi efficaciter facultas competit; hæres autem agens per exceptionem à creditoribus hæreditariis repelli potest, *d. l. i. §. 4.* Planè non ultra actiones ex Senatusconsulto transeunt, quam pro ea parte hæreditatis, quæ rogatu testatoris restituta est, §. 6. *inf. eod.*

3. *Prætor utiles actiones*] Licet Senatusconsulta pars sint juris civilis, ac proinde per Senatusconsultum hæres effici possit, ut efficitur. Senatusconsultis Tertylliano & Orficiano, eum tamen, cui ex fideicommissio restituta est hæreditas, senatus hæredem non fecit, propterea quod jam alius jure civili per additionem hæres factus locum obtinet, quem stricta juris ratio non patitur definire hæredem esse: quæ eadem porro ratio efficit, ut nec directæ actiones ad fideicommissarium transire queant, sed ut semel hæredi quæsitæ sunt, ita perpetuo apud eum maneat, neque à persona ejus possint separari. Cum igitur actiones directæ non possint & apud hæredem manere & simul pari jure fideicommissario aut in fideicommissarium dari, prætor ex auctoritate senatus utiles ei & in eum, tanquam hæredi & in hæredem, actiones dedit, ut hic scriptum est: convenit *l. filiusfam. 18. §. ult. ad leg. Falc. & l. pen. in fin. C. hoc sit.* Neque injuria fit creditoribus hæreditariis, quod actiones eorum directæ mutantur in utiles, nam nova utilis, quæ succedit, ejusdem cum veteri potestatis est, eundemque effectum habet, *l. propen. de neg. gest.* In summa Senatusconsulto Trebelliano hoc effectum est, ut actiones, quæ hæredi & in hæredem jure civili competunt, post restitutionem hæreditatis in persona hæredis inutiles sint, utque agens exceptione repelli, conventus alios repellere possit. Contra vero in persona fideicommissarii sint efficaces, ut is solus & agat efficaciter & conveniatur. Sed quid si debitor post restitutionem hæreditatis hæredi solverit? aut quid si hæres post restitutionem factam solverit creditori? Poterit solum per conditionem indebiti repeti, *l. si ejus. 64. in pr. eod.* quippe cum post restitutionem inutilis planè atque inefficax per Senatusconsultum in persona hæredis obligatio fiat, & vinculum quoque æquitatis tollatur, ita ut nuda tantum civilis obligatio remaneat. Enimvero si hæres aut debitor solverint, cum scirent, se tutose esse exceptione, cessabit conditio, *l. si non fortem. 26. §. 3. de cond. ind. quoniam donare voluisse præsumuntur, l. anjms. 53. de reg. jur.*

## T E X T U S.

De SC. Pegasiano.

5. *Sed quia hæredes scripti, quantum aut totam hæreditatem, aut penè totam plerumque restituere rogabantur, adire hæreditatem ob nullum vel minimum lucrum recusabant, atque ob id extinguiebantur fideicommissa; postea Vespasiani Augusti temporibus, Pegaso & Pusione Coss. Senatus censuit, ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia ex legatis retinere conceditur. Ex singulis quoque rebus; quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permessa est. Post quod senatusconsultum ipse hæres, onera hæreditaria sustinebat: illa autem, qui ex fideicommissio recipiebat partem hæreditatis; legatarii partiaris loco erat, id est, ejus legatarii cui pars bonorum legabatur: qua species legati partitio vocabatur, quia cum hærede legatarius partiebatur hæreditatem. Unde quæ solebant stipulationes inter hæredem & partiarium legatarium interponi, eadem interponebantur inter eum, qui ex fideicommissio recepit hæreditatem & hæredem, id est, ut lucrum & damnum hæditarium pro rata parte inter eos commune esset.*

## N O T A.

5. *Partiebatur hæreditatem*] Id est, res hæreditarias: neque enim legatarius partiaris efficiebatur successor juris, ullæve actiones hæreditariæ ei, inve eum dabantur.

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

1. *Qua incommoda Pegasiano senatusconsulto causam dederint.*
2. *Hoc Senatusconsulto vim legis Falcidia productam ad fideicommissa hæditatis.*
3. *Discrimen legis & Senatusconsulti circa res, quæ imputentur.*
4. *An hoc demum Senatusconsulto Falcidia producta ad fideicommissa singularia.*
5. *Trebelliani & Pegasiani differentia.*
6. *Legatarius partiaris: & stipulationes partis & pro parte.*

**T** Ametfi Senatusconsulto Trebelliano cautum erat, ut omnia onera hæreditaria in eum cui ex fideicommissio restituta esset hæreditas transferrentur, id tamen nondum sufficiebat ad invitandum hæredem ad adeundam hæreditatem. Quamvis enim nullum damnum post hoc Senatusconsultum hæredi aduenti & restituenti immineret, tamen ut est ingenium humanum, recusabant adhuc plerumque hæredes scripti adire hæreditatem alieni emolumentum causa, unde ipsi nullum aut exiguum lucrum percepturi erant: atque ita fiebat adhuc, ut fideicommissum hæreditatis sæpè intercederet. Huic igitur incom-

incommodo occursum est Senatusconsulto Pegasiano, cautumque ut ei, qui rogatus esset hæreditatem restituere, perinde liceret quartam partem retinere, atque ex lege Falcidia de legatis conceditur.

- 2 *Perinde, &c. atque ex lege Falcidia* ] Quod lex Falcidia in legatis, illud ipsum valet Senatusconsultum Pegasianum in restituenda hæreditate. Quin potius hoc Senatusconsulto vis legis producta est ad fideicommissa hæreditatis. Justinianus *orat. ad Senat.* Pegasianum factum esse ait *αὐτῶν τῶν ἐν Φαλκιδίᾳ μίμητον*. 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. cohæredi. 41. §. 3. de vulg. & pup. l. 2. §. ult. de jur. cod. l. 18. l. in ratione. 30. §. tametsi. 7. l. 47. §. 1. l. Titia. 86. l. acceptis. 93. ad leg. Falc. l. 2. l. 3. l. mulier. 22. §. 2. l. si patroni. 55. §. 2. l. deducta. 58. §. 3. hoc tit. ad Senatuscons. Treb. l. 1. l. 10. l. 11. C. ad leg. Falc. Ulpian. tit. 25. §. 3.*
- 3 *sup. quib. mod. rest. inf. §. 3.* Est tamen adhuc aliquod discrimen circa res, quas in hæc quartas imputari placet. Nam in Falcidiam, quæ ex legatis deducitur, ea tantum imputantur, quæ jure hæreditario hæres capit: in quadrantem verò Pegasianum etiam ea, quæ hæres fiduciarius capit jure legati vel fideicommissi, aut implendæ conditionis causa, *l. quod autem. 74. l. id autem. 76. l. in quartam. 91. ad leg. Falc.* Quæ differentia inde nata videtur, quod lex Falcidia ultra dodrantem legari vetat, ut proinde apud hæredem quarta pars non quarumlibet rerum, sed hæreditatis manere debeat: non prohibet autem senatus ultra dodrantem hæresis fideicommissi: tum etiam, quod Falcidia voluntati testatoris subservit, quem verisimile non sit legatis patrimonio suum exhaurire voluisse, sed potius, opinioni ejus non respondere calculum facultatum: at Senatusconsultum manifestè testatoris voluntati adversatur, quæ hæc est, ut restituta hæreditate apud hæredem nihil præter nudum nomen hæredis remaneat. Planè nec pars ea prælegati, quæ à cohærede accipitur, hæredi fiduciario in quartam imputatur, *l. 18. §. ult. hoc tit. l. Titia. 86. d. l. in quartam. 91. ad leg. Falc. l. filium. 24. C. fam. etc.* fortè quod verisimile non sit, testatorem, qui portionem cohæredis hæctenus imminuit, voluisse; ut alteri id in quartam partem ejus partis, quam restituere jussus est, imputaretur. Variant tamen in hac re interpretes: videlicet *Don. 7. comm. 30. & 8. c. 26. Ant. Fab. 6. conject. 3. 4. & 5. Cujac. 8. obs. 4. Fachin. 5. contr. 13. & 16. qui & alios citat. Bachov. in Treutl. vol. 2. disput. 13. tbes. 3.*

- 4 *Ex singulis quoque rebus* ] Hinc plerique colligunt, ante Senatusconsultum Pegasianum non licuisse hæredi quartam partem de singulis rebus per fideicommissum relictiis retinere, atque hoc demum Senatusconsulto legem Falcidiam productam etiam ad fideicommissa particularia: quod quamobrem mihi non probetur, & cur hoc jus antiquius Senatusconsulto existimem, exposui *sup. tit. prox. in pr.* Illa etiam ratio nunc me movet, quod utrumque Senatusconsultum circa idem subjectum verferetur. Nam etsi non idem Senatusconsulto Pegasiano cautum est, quod antea cautum erat Senatusconsulto Trebelliano, de eodem tamen utroque cautum esse constat, videlicet de hærede rogato restituere hæreditatem

non de eo, qui oneratus sit fideicommissis particularibus. Verba Trebelliani referuntur in *l. 1. §. 2. hoc tit.* Igitur quartæ de singulis rebus per fideicommissum relictiis detractio Pegasiano Senatusconsulto accepta ferri non debet, sed juri antiquiori, & ipsi legi Falcidiæ ex interpretatione prudentum. Neque obstant verba hujus textus: quippe quibus solum significari existimo cum Bachovio, ut si hæres & hæreditatem partemve hæreditatis restituere jussus est, & insuper ab eo particularia fideicommissa relicta sunt, non tantum quartam deducere possit ex fideicommisso hæreditatis, sed pro rata etiam ex particularibus relictiis; quemadmodum eodem modo pro rata quoque detraheretur ex legatis, si quæ testator simul reliquisset, *l. 3. §. 2. hoc tit. ad Senatuscons. Treb.* Quis sit hujus disputationis fructus, intelliges ex iis, quæ n. 3. *add. Vas. de success. resol. lib. 2. §. 1. D. Tulden. comm. in tit. seq. c. 4.*

*Ipsæ hæres onera sustinebat* ] Trebellianum transferebat onera in fideicommissarium; retentionem autem nullam permittebat. Pegasianum retentionem quartæ partis concedebat; onera verò nulla transferebat, quasi sufficere hæredibus deberet, quod quarta pars ipsorum lucro cederet: ob cujus commodi perceptionem onera & judiciorum molestias subirent, nomina hæreditaria persequerentur, sicut juris erat ex lege antiqua *12. tabb. l. ea qua. 6. C. fam. etc.* Igitur restituta ex Senatusconsulto Pegasiano hæreditate, id est, quarta ex auctoritate hujus Senatusconsulti contra voluntatem testatoris retenta, ipse hæres solus atque in solidum onera hæreditaria sustinebat, cessante videlicet Senatusconsulto Trebelliano; utpote cui locus non erat, nisi ubi secundum voluntatem defuncti hæres restituisset, *§. seq.*

*Legatarii partiaris loco erat* ] Universalitatem alicui 6 legari posse, id est, partem dimidiam, tertiam, aut quartam bonorum aut hæreditatis, docuimus *sup. de legat. in pr.* Neque tamen hunc legatarium, quem partiarium appellabant, fuisse successorem juris, ullasve actiones hæreditarias ei, inve eum datas, sed partem bonorum sibi legatam sine ullo incommodo obtinuisse: id quod verum esse, hic locus clarè ostendit: nam si actiones in hujusmodi legatarium transissent, quemadmodum ex Senatusconsulto Trebelliano transeunt in eum, qui recepit hæreditatem, non magis opus fuisset interpositione stipulationum partis & pro parte, quarum hic fit mentio, inter hæredem & legatarium partiarium, quam inter hæredem, & eum, cui ex Trebelliano restituitur hæreditas.

*Partitio vocabatur* ] Is, cui pars bonorum legata erat, legatarius partiaris dicebatur, atque hæc legati species partitio, *Ulpian. tit. 24. §. 23. & tit. 25. §. 13. Meminit & Cic. 2. de legib.* Rationem appellationis hanc esse ait Justinianus, quoniam cum hærede legatarii partiebatur hæreditatem, id est, res hæreditarias seu universa bona; quomodo & hæreditas vendi dicitur: neque enim legatarius partiaris efficiebatur successor juris, ut jam dictum est:

*Unde qua solebant stipulationes, &c.* ] Inter hæredem & legatarium partiarium solebant interponi stipulationes de lucro & damno communicando, quæ propriè dicebantur partis & pro parte, *§. seq.* quippe hæres, sive quid deberet hæreditas, solvebat, si quid deberetur, idem exigebat: sed antequam hæreditatem adiret, stipulabatur

tur à legatario partiaro, *Si quid à me solutum sit, ejus se partem redditurum spondes?* & vicissim alter ab hærede; *Si quid exegeris, ejus partem mihi daturum spondes?* Quæ stipulationes postea inter hæredem quoque, & eum, cui deducta quarta ex Senatusconsulto Pegasiano restituebatur hæreditas, interponi cœperunt, ut remedio harum stipulationum lucrum & damnum pro rata parte communicaretur: nam solus hæres hoc casu actiones & exercebat & excipiebat, *vid. Paul. 4. sent. 3. Ulp. tit. 25. §. 13. Theoph. hic.*

## TEXTUS.

Quibus casibus locus est SC. Trebell. vel Pegasiano.

6. Ergo siquidem non plus quam dodrantem hereditatis scriptus heres rogatus sit restituere, tum ex Trebelliano Senatusconsulto restituebatur hereditas, & in utrumque actiones hereditaria pro parte rata dabantur: in heredem quidem jure civili: in eum vero, qui recipiebat hereditatem ex Senatusconsulto Trebelliano, tanquam 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 quarta quidem retenta, quasi partis & pro parte stipulationes interponebantur, tanquam inter partiarium legatarium & heredem: si vero totam hereditatem restitueret, emptæ & 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 hereditaria ei & in eum transferuntur, qui recipit hereditatem; utroque Senatusconsulto in hac specie concurrente.

## COMMENTARIUS.

1. An heres, qui ultro totam quod rogatus est, restituit, solus onera subeat ex Pegasiano.
2. Stipulationes emptæ & venditæ hereditatis.
3. Caput Senatusconsulti de conditione recusantis adire.

**N**on plus quam dodrantem] Senatusconsulti Pegasiani duo principalia capita fuere, quorum uno

cavebatur de hærede rogato totam hereditatem aut plus quam dodrantem restituere; altero de eo hærede, fiduciario, qui adire hereditatem recusabat: nihil autem hoc Senatusconsulto cautum de hærede, 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. tit. 25. §. is qui. 12.*

*Pro parte rata*] V. c. Hæres 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 modo sua voluntate*] Nam si à prætore coactus adierat, transferebantur actiones omnes in fideicommissarium; ut cautum erat Senatusconsulto Trebelliano: de quo mox plura.

*Ipse universa onera sustinebat*] Ait, heredem rogatum totam hereditatem aut supra dodrantem restituere, si modo sua sponte hereditatem adiisset, etiam si eam secundum voluntatem defuncti restituisset; id est, sine deductione quartæ, universa onera hereditaria sustinuisse, 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 hæres ex eo Senatusconsulto consequeretur, 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 hæres eo etiam casu, quo ultro voluntati defuncti pareat, 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 hæres ex voluntate testatoris quartam integram habet, & reliquam restituit; quo casu actiones pro rata in fideicommissarium dari, in *pr. hujus* §. dictum est. Finge heredem rogatum dextrantem restituere, eumque plenam fidem defuncto præstare malle, quam contra ejus voluntatem aliquid retinere potestate Senatusconsulti Pegasiani. Cur hoc casu non æquè fieri possit restitutio ex Senatusconsulto Trebelliano, & actiones pro dextrante transferri in fideicommissarium, quam cum ubi dodrantem restituere jussus est, & restituit, transferuntur pro dodrante? Diversi juris non alia fuisse videtur ratio, quam quod cum hæres salvum habet quadrantem ex judicio defuncti, Senatusconsulto Pegasiano uti non potest, etiam si maximè velit: nam ad hunc casum Senatusconsultum illud non pertinet, sed intacta hætenus prioris Senatusconsulti manet 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 beneficium Pegasiani juvari poterat, eo usus non sit, remisisse illud, atque in hoc hæredi fideicommissario gratificari voluisse censetur, ut tam oneribus hereditariis obstrictus maneat, quam si detracta quarta reliquum duntaxat restituerit. Facit eo quod scribit Paulus, *4. sent. 3. §. ultimus.*

qui totam hæreditatem restituit, cum quartam retinere ex Pegasiano debuisset, repetere eam non posse. Cæterum ut arbitrator, aut summi juris ratio hoc efficiebat, aut quod magis puto, pertinuit ad eum casum, quo hæres, qui Pegasiano uti poterat, totam hæreditatem simpliciter restituit. Quod si enim nominatim testatus fuisset, velle se hæreditatem restituere ex Senatusconsulto Trebelliano actionum transferendarum causa, non video cur hoc admitti non debuerit. Imo restitutionem ita ex Trebelliano solitam fieri, expressè tradit Paul. d. lib. & tit. §. 1. & Modestin. l. qui totam. 45. hoc tit. quo tamen loco consultus putat, suspectam ut hæres dicat hæreditatem, coactusque à prætore restituat; quo & ipso casu ex Trebelliano restituito fieri intelligitur, & actiones transferuntur: atque hoc etiam Cujacius observasse videtur, qui in nos. ad Paul. scribit, eum qui totam hæreditatem restituere rogatus est, si Falcidiam omittat fidei explendæ gratia, vel ex Senatusconsulto Pegasiano restituere debere, interpositis emptæ & venditæ hæreditatis stipulationibus, vel quod expeditius est, ex Senatusconsulto Trebelliano, aut vi prætoris ex Pegasiano coactus, nullis interpositis stipulationibus.

*Quasi partiu & pro parte* ] De quibus dictum §. præc. Nam ad exemplum partis & pro parte stipulationum, quæ de lucro & damno communicando interponi solebant inter hæredem & legatarium partiarium, hac quoque in causa interponebantur inter hæredem & fideicommissarium, ut inter illum pro quadrante & hunc pro dodrante commoda & incommoda communicarentur, Ulpian. tit. 25. §. 13. Paul. d. lib. & tit. in princ. Theoph. hic.

2. *Empta & vendita hæreditatis* ] Cum tota hæreditas rogatus defuncti sponte restituatur, emptæ & venditæ hæreditatis stipulationes interponebantur. Quales illæ stipulationes fuerint, nusquam disertè traditum est, nisi quadratenus apud Ulpian. l. in illa. 50. §. 1. de verb. obl. ubi hæc ex parte emptoris profertur; *Quanta pecunia ad te pervenerit, dolore malo tuo factum est eritve, quo minus perveniat, subaudiendum, tantam dari spondes?* Ex quo cum Horomanno suspicari licet, hanc ferè contrariæ stipulationis formulam fuisse; *Quantam pecuniam hæreditatis causa præstitero, solvero, tantam dari spondes?* Etenim inter emptorem & venditorem hæreditatis id agi constat, quod Ulpian. scribit l. 2. de bar. vel ab. vend. ut neque amplius neque minus juris emptor habeat, quam apud hæredem futurum esset, effectu scilicet: neque enim vi istarum stipulationum actiones hæreditariæ in emptorem transferri potuerunt. At enim vero, ut non multo ante probavimus, potuit hoc casu & ex Trebelliano nominatim restituito sic fieri, ut actiones transferrentur sine interventu hujusmodi stipulationum.

3. *Si recusabat hæres scriptus* ] Alterum hoc principale caput Senatusconsulti Pegasiani fuit, ut si hæres recusaret adire hæreditatem, jussu prætoris adire & restituere cogeretur, l. 4. l. 6. §. 2. l. 14. §. pen. & passim hoc tit. l. si quis. 17. si quis om. ca. test. Ulp. tit. 25. §. 14. At in quibus, cum adire facti sit, ad quod nec servus à domino præcisè compelli potest, l. 3. C. de bar. inst. quomodo ad id compellatur hæres? Compelli præcisè posse, non existimo, sed contumaciam hæredis pro additione habendam, l. pen. §. 1. C. hoc tit.

*Quasi damnosam* ] Sufficit autem hoc ab hærede allegari: neque enim inquiritur, solvendo sit hæreditas, nec ne. Sed neque præscribitur hæredi cur metuat hæreditatem adire, vel cur nolit; cum variz sint hominum voluntates, quorundam negotia timentium, quorundam vexationem, quorundam æris alieni cumulum, tamen si locuples videatur hæreditas, quorundam offensas vel invidiam, quorundam gratificari volentium his, quibus hæreditas relicta est, sine onere tamen suo, d. l. 4. hoc tit.

*Quo casu nullis stipulationibus est opus* ] Jussu prætoris adita & restituta hæreditate, ei & in eum, qui recepit hæreditatem, actiones dantur perinde atque si ex Trebelliano Senatusconsulto restituta fuisset, idque ut ita fiat, Pegasiano Senatusconsulto cautum esse scribit Ulp. d. tit. & §. Quamobrem nullis hic stipulationibus opus erit. Ut autem restituenti hoc casu prospectum, ne ullum damnum sentiat, ita vicissim omne commodum amittit, quod si cogi se passus non esset, vel beneficio Pegasiani, vel ex voluntate defuncti, percipere potuisset, d. l. 4. d. l. 14. §. qui compulsus. 4. l. 22. §. 2. & §. præceptis. 14. hoc tit.

*Utroque Senatusconsulto concurrente* ] Nam quod hæres invitus cogebatur adire à prætore, id erat ex Senatusconsulto Pegasiano; quod actiones transferrentur in eum, qui recipiebat hæreditatem, ex Trebelliano.

## T E X T U S.

## Pegasiani in Trebellianum transfusio.

7. Sed quia stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes & ipsi antiquitati displicuerunt, & quibusdam casibus captiosas eam homo excelsi ingenii Papinianus appellat; & nobis in legibus magis simplicitas, quam difficultas placet: ideo omnibus nobis suggestis tam similitudinibus, quam differentiis utriusque Senatusconsulti, placuit, expulso Senatusconsulto Pegasiano, quod postea supervenit, omnem auctoritatem Trebelliano Senatusconsulto præstare, ut ex eo fideicommissaria hæreditates restituantur: sive habeat hæres ex voluntate testatoris quartam, sive plus, sive nihil penitus: ut tunc, quando vel nihil, vel minus quarta apud eum remanet, liceat ei vel quartam, vel quod ei deest, ex nostra auctoritate retinere, vel repetere solvitur, quasi ex Trebelliano SC. pro rata portione actionibus tam in hæredem, quam in fideicommissarium competentibus. Si vero totam hæreditatem sponte restituerit, omnes hæreditaria actiones fideicommissario, & adversus eum competent. Sed etiam id, quod præcipuum Pegasiani Senatusconsulti fuerat, ut quando recusaret hæres scriptus sibi datam hæreditatem adire, necessitas ei imponeretur totam hæreditatem volentis fideicommissaria restituere, & omnes ad eum,

*enim, & contra eum transferre actiones. Et hoc transposuimus ad Senatusconsultum Trebellianum, ut ex hoc solo necessitas hæredi imponatur, si ipso nolente adire, fideicommissarius desideret restituere sibi hæreditatem, nullo nec damno nec commodo apud hæredem remanente.*

## NOTÆ.

7. *Vel repetere solutum*] Solutum scilicet errore facti, non juris, l. 9. C. ad leg. Falc. v. gr. Qui 100. in bonis habebat, 100. legavit. Hæres integra legata solvit. Si errore facti, credens eam esse quantitate patrimonii defuncti, ut exolutis legatis adhuc abunde sibi ad quartam Falcidix superfit, repetitionem habet: si errans in jure, non habet. Id est, si non ignorabat quantitatem substantiæ; putabat autem se quartæ retentionem non habere. Idemque juris est in restitutione fideicommissi, ut hic.

*Pro rataportione*] l. 1. C. b. r. Onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectant, l. 1. §. ult. D. eod. & ibi Accurs. DD. in l. 2. C. ult. C. eod. nisi minus dodrante restituere hæres rogatus sit; tunc enim pro eo, quod ultra quartam habet, etiam legatorum onera ad eum pertinent, l. 1. §. pen. eod. Gloss. & DD. ubi sup.

*Totam hæreditatem sponte*] Dum fidem obsequium defuncti precibus præbere desiderat, l. 45. ad SC. Treb. & pleniore officio fidei præstandæ fungi, l. 5. §. 19. de don. int. vir.

## COMMENTARIUS.

1. Cur stipulationes ex Senatusconsulto Pegasiano descendentes captiosæ visa.
2. An hæres, qui non confecit inventarium, amittat quartam Senatusconsulti: & an testator deductionem hujus quartæ vetare possit.
3. Duplex deductio juxta c. Rainutius.
4. Pro qua parte actiones transiant aut remaneant.
5. Explicatur l. 5. C. b. sit.
6. Legatorum onera ad solum fideicommissarium pertinere.

**T**ransfunditur hoc loco vis omnis Senatusconsulti Pegasiani in Trebellianum, ut jam ex solo Senatusconsulto Trebelliano restituatur hæreditas. Itaque hæres nunc quasi ex hoc Senatusconsulto quartam vel quod quartæ deest, retinere potest; ex eodem actiones pro rata communicantur: si hæres adire & restituere nolit, ex hoc Senatusconsulto cogitur: restituta tota hæreditate sive sponte sive jussu prætoris, actiones omnes in fideicommissarium transeunt: nullusque jam amplius usus stipulationum, quarum antea meminuit.

*Ex Pegasiano Senatusconsulto descendens*] Stipulationes partis & pro parte, emptæ & venditæ hæreditatis non sunt Senatusconsulto Pegasiano primum introductæ, sed sunt antiquiores. Dicuntur autem hic ex Pegasiano descendere, quia eo Senatusconsulto translatae sunt ad restitutionem hæreditatis, locum non habente Trebelliano. Hotomannus hinc colligit, nominatim Senatusconsulto mentionem harum stipulationum factam fuisse.

1. *Captiosæ*] Captiosæ fuerunt stipulationes emptæ & venditæ hæreditatis, itemque partis & pro parte, quia salva nihilominus hæredi & adversus hæredem actiones manebant. Neque enim ob harum stipulationum inter-

positionem cogebantur creditores fideicommissarium convenire, sed hæres lites excipiebat, & solutum creditoribus à fideicommissario repetebat: sicut è diverso fideicommissario cum hærede agendum erat, ut quod à debitoribus exegisset, redderetur. Ob has difficultates & litium anfractus facile eveniebat, ut alter damnus pateretur, vel propter calumniam, vel propter inopiam alterius: quod cum ex Trebelliano restituitur hæreditas, commode potest vitari. Nam quatenus hæreditas restituta est, eatenus hæres si conveniatur, exceptione restitutæ hæreditatis se tueri potest; & vicissim si ipse experiat, eadem exceptione repellii. Captiosas igitur hæc stipulationes Papinianus appellat, non quia callidæ aut argutæ; sed quia captioni & damno obnoxie, 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. §. aliquando. 5. vers. unde quidam. quod met. ca. l. 6. §. si quid. 20. qua in fraud. cred. Recte igitur Theophilus reddidit ἰμπερικέως, id est, damnosus: neque causam video, cur Bachovio hæc ratio appellationis non placeat.

*In legibus magis simplicitas*] Laudat in §. ceterum. 3. inf. de legit. agn. success. legem 12. tabularum, 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 differentie nimie.

*Senatusconsulto Trebelliano præstante*] Quod planius erat, & citra captiosos circuitus ipso jure, quoad vim & effectum, transferebat id, quod non nisi per stipulationes interpositas, longosque & captiosos ambitus Pegasianum exercebatur.

*Vel quartam vel quod deest*] Hinc interpretes quartam hanc dixere Trebellianicam. Veteribus autem nusquam alio nomine, quam Falcidix appellatur, ut ostendi sup. §. 5. nimirum quia Senatusconsulto Pegasiano non tam nova quarta introducta fuit, quam quarta Falcidix producta ad fideicommissa universalis. Ex quo porro intelligitur, appellatione quartæ Falcidix etiam proprie hanc quartam contineri, & proinde positus terminis habitibus, atque in dubio, ubi expressè nulla differentia constituta est inter quartam, quam hæres de singulis rebus detrahit, & quam retinere potest ex fideicommissio hæreditatis, quicquid de Falcidia jure nostro cautum est, ex æquo ad utramque quartam pertinere. Veluti quod Justinianus constituit, ut hæres, qui inventarium facere neglexit, beneficium Falcidix amittat, l. ult. §. pen. C. de jar. delib. item quod Falcidix locus non est, si testator expressè veterit hæredem ea uti. Nov. 1. cap. 2. Omnino enim verisimile est, Justinianum perpetuum omnium auctorum juris usum secutum, utramque quartam uno Falcidix nomine comprehendisse. Atque hoc si animadvertissent interpretes, nemo eorum repertus esset, qui ausus fuisset hoc negare. At nunc tanta frequentia in contrarium itum est, ut difficile dictu sit, utra sententia majori numero & rerum judicatarum auctoritate nitatur, vid. Ferrar. in form. libell. pro leg. rei sing. num. 1. Gom. 1. resol. 5. num. 11. & 12. Everh. in Top. à Falc.

*ad Trebell. loco. 34. Gail. 2. obs. 138. num. 16. Clar. §. restam. quast. 62. Manric. 7. de conj. ult. vol. 11. & 12. Fachin. 5. cont. 4. Perez. ad tit. C. de jur. del. num. 14. & C. ad Senatusconsult. Treb. num. 20. Christin. vol. 1. decis. 316. & vol. 4. decis. 25. 51. & 52. D. Tulden. comm. in tit. prac. cap. 3. Apparet tamen ex allegatis, à Christinzo sic fere ulu receptum esse, ut etiam detractio quartæ Senatusconsulti expressè prohiberi possit, præterquam in liberis primi gradus, quod etiam apud nos obtinere refert Gros. 2. manud. 20. Intellige autem per liberis primi gradus non tantum filios, sed etiam nepotes, &c. quos nemo in suo ordine antecedit. Ob inventarium verò non confectum hæredem non amittere quartam Senatusconsulti. Et ita sæpissimè judicatum Myns. 3. obs. 60. Gail. d. obs. num. 3 & 6. Decif. Cur. Holl. 3. add. citatos à Christin. d. decis. 51. num. 3. Jure Canonico liberis univèrsali fideicommissio gravatis duplex detractio permissa est, legitimæ & Trebellianicæ, cap. Rainautius. x. de testam. quod quanquam legibus civilibus incognitum est, vid. Cujac. 8. obs. 5. Hocem. illust. quast. 43. usu tamen etiam in foro civili per totum mundum receptum esse, & tanquam Evangelium praticari, testantur Bald. & Jaf. in auth. res qua. C. comm. de legat. Castr. in l. jubemus. 6. C. ad Senatusconsult. Trebell. Christin. vol. 1. decis. 245. & dec. 315. eoque jure etiam nos utimur: Gros. 2. manud. 20. decis. Cur. Holl. 3. & 17. In cæteris, quod ad hunc juris articulum attinet, sequimur in his regionibus jus commune. Gros. d. loc. Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 11. ubi tamen dubitari posse scribit, an in locis in quibus hæredes instituti pro legatariis habentur, ut apud Gandavenses & Cortracenses, admittenda sit Falcidiz aut Trebellianicæ detractio: & magis existimat, admittendam non esse, arg. l. lex Falcidia. 47. §. 1. ad leg. Falc.*

4. *Vel repetere solum] Solutum scilicet errore facti, l. error. 9. C. ad leg. Falc. Repetitur autem hoc non beneficio Senatusconsulti; sed jure communi, quo ejus, quod per errorem quacunq; ex causa solutum est, omnibus repetitio conceditur. De quo diligentius suo loco.*

*Pro rata portione] Si pars tantum hæreditatis restitui jussa est, pro parte non restituta actiones apud hæredem remaneant, pro restituta transeunt in fideicommissarium. Si tota hæreditas, aut integra alicujus hæredis portio, si hæres eam totam restituit, (sponte, an coactus nihil refert) transferuntur actiones omnes; si dodrantem retenta quarta ex Senatusconsulto, pro dodrante transferuntur, pro quadrante remaneant, l. 1. C. hoc tit. Atque in hoc differt hæres fiduciarius ab eo, qui legatis oneratus est, qui solus cogitur respondere creditoribus. Dividuntur autem actiones pro competenti cujusque parte simul atque facta est restitutio, id est, si hæres verbo dixerit se restituere, aut per epistolam vel nuntium restituerit, quamvis fideicommissarius nondum nactus sit rerum possessionem, l. restituta. 37. l. facta. 63. in pr. hoc tit.*

5. *Quod autem etiam in ponenda ratione Senatusconsulti deduci dicitur res alienum, l. 5. C. eod. eo nihil aliud significatur, quam quod in constituenda summa bonorum inearur etiam ratio res alieni, idque de bonis deducatur, ut sciri possit, quantum res alieni in fideicommissarium cum portione restituta transeat, quantum apud hæredem cum portione retenta maneat. Fingamus, quingenta in bonis esse; ex his centum deberi.*

Hic fideicommissario restituentur c c c l x x v. ac pro hac portione, id est, pro novem uncis, transferetur in eum onus res alieni c x v. retinebit hæres, 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 Weseemb. & post eum Christin. vol. 4. dec. 53. n. 5. Quamvis autem hæres fiduciarius pro parte sua onus res alieni subeat, onera tamen legatorum ad solum fideicommissarium spectare, communiter placuit, Accurs. in l. 1. §. ult. hoc tit. DD. in l. 2. & l. ult. C. eod. Tholosan. 42. synagm. 31. n. 3. D. Tulden. comm. in hunc tit. cap. 4. Quæ sententia etsi Donello in d. l. 2. falsissima, mihi tamen vera videtur. Nam cum quarta pariter ex legatis & fideicommissio detrahaatur, l. 3. §. 2. eod. utique ex residuo dodrante, quem totum hæres restituit, legatariis satisfaciendum: alioqui non habiturus esset hæres quartam integram; nisi dicamus, hæredem nihilominus à legatariis recte pro sua parte conveniri, & quod solvit, à fideicommissario eum repetere debere, sibi que imputare, quod portionem de dodrante non retinuerit. Sed hoc in proposito dici non potest; quoniam auctoritate senatus dodrante, unde omnia legata præstanda sunt, restituito, actiones legatariorum in fideicommissarium transferuntur, qui conventus quod sibi detractum, legatariis pro rata imputabit, argum. l. 3. in pr. eod. Plane, si, antequam restitutio facta est, legatarii petant; puto, hæredem exceptione adjuvari non debere, cum, si solvat, hoc minus ex causa fideicommissi restituat; argum. l. ita tamen. 27. §. qui ex Trebell. 7. in fin. eod. Quod si hæres minus dodrante restituere rogatus est, pro eo, quod ultra quartam habet: etiam legatorum & fideicommissorum specialium onera ad eum pertinere, certum est, l. 1. §. pen. eod. Salic. in d. l. 2. & l. ult. C. eod. Gros. 2. manud. 20. Myns. Schneid. hic. Ad quem casum plenique cum Glossa etiam referunt di. l. 2. Bachovius in not. ad Treutl. vol. 2. disp. 14. thes. 9. putat, hanc d. l. sententiam esse, quod fideicommissarius cogatur pati, ut tam de sua parte, quam de legatis quarta detrahaatur, cum concurrentibus legatariis de restituenda hæreditate agitur.

*Nec damno nec commodo] Quod merito placuit. Nam neque damnum ullum hoc casu sentire hæredem æquum est, propterea quod coactus contemplatione alterius adit; neque commodo aliquo frui debet, ne quartæ quidem, quoniam adit periculo alieno, l. 4. hoc tit. de quo etiam dictum §. proxime præced.*

### T E X T U S.

De quibus hæredibus & in quibus fideicommissariis supra dicta locum habeant.

8. *Nihil autem interest, utrum aliquis ex assè hæres institutus, aut totam hæreditatem, aut pro parte restituere cogatur; an ex parte heres institutus, aut totam eam partem, aut partem parvis restituere cogatur. Nam & hoc casu eadem observari præcipimus, qua in totius hæreditatis restitutione diximus.*

## COMMENTARIUS.

**S**ententia hujus loci satis plana est. Non tantum, qui ex asse institutus est & rogatus, aut totam hæreditatem aut partem ejus restituere, potest vel ultrò adeundo & restituendo partem quartam, aut quod quartæ deest, retinere, remanentibus & migrantibus pro rata actionibus creditorum; vel suspectam hæreditatem dicendo exonerari, totamque transferre in eum, qui adire cogit, l. cogi. 16. §. si quis. 4. hoc tit. verum etiam, si quis ex parte & verbi causa ex semisse hæres institutus sit, rogatusque partem illam restituere, potest quartam partem hujus partis, & in proposito sesquiunciam retinere, ut actiones hæreditariæ pro rata remaneant & transeant. Potest & partem totam ultrò restituendo, aut adire recusando, prætorique jussu adeundo, omnes actiones abs se remove & transferre in fideicommissarium. Denique qui partem partis, ex qua institutus est, restituere rogatur, potest similiter, si quartam partem suæ partis salvam judicio defuncti non habeat, quod ei deest, retinere; & recusans adire, desiderante fideicommissario cogi à prætore, ut adeat, totamque illam partem restituat cum omni onere & commodo ei adjuncto. Nimirum hic etiam locum habet vulgata regula, *Quod juris est in toto, quantum ad totum, idem juris est in parte, quantum ad partem*, l. qua de tota. 76. de rei vind. l. 3. pro derel. §. si rem. 12. in fin. sup. de legat. Simile est, quod sup. §. 1. de leg. Falc. docuit, in singulis hæredibus rationem legis Falcidiz poni.

## TEXTUS.

De eo, quod hæres voluntate testatoris deducit, præcepitve.

9. Si quis unâ aliquâ re deductâ, sive præceptâ, qua quartam continet (veluti fundo vel aliâ re) rogatus sit restituere hæreditatem, simili modo ex Trebelliano Senatusconsulto restitutio fiet, perinde ac si quartâ parte retenta rogatus esset reliquam hæreditatem restituere. Sed illud interest, quod altero casu, id est, cum deducta sive præcepta aliqua re restituitur hæreditas, in solidum ex eo Senatusconsulto actiones transferuntur, & res, que remanet apud heredem, sine ullo onere hæreditario apud eum remanet, quasi ex legato ei acquisita. Altero verò casu, cum quartâ parte retentâ rogatus est hæres restituere hæreditatem, & restituit, scinduntur actiones, & pro dodrante quidem transferuntur ad fideicommissarium, quo quadrante remanent apud heredem. Quinetiam licet unâ aliquâ re deductâ aut præceptâ, restituere aliquis hæreditatem rogatus sit, in quâ maxima pars hæreditatis contineatur, æquè in solidum transferuntur actiones. Et secum deliberare debet is, cui restituitur hæreditas, an expediat sibi restitui. Eadem scilicet interveniunt, & si duabus plu-

ribusve rebus deductis præceptisve, restituere hæreditatem rogatus sit. Sed etsi certa summa deducta præceptave, que quartam vel etiam maximam partem hæreditatis continet, rogatus sit aliquis hæreditatem restituere, idem juris est. Quam autem diximus de eo, qui ex asse institutus est, eadem transferimus & ad eum, qui ex parte hæres scriptus est.

## NOTE.

9. Unde aliquâ re deductâ] Qui certa aliquâ re aut summa deductâ rogatus est hæreditatem restituere, similis est hæredi, cui ex re certâ instituto cohæres simpliciter datus; nam & illum & hunc pro legatario haberi placet, l. 1. §. ult. hoc tit. l. pen. C. de her. inst.

In qua maxima pars hæreditatis] Nam pretium rei non mutat rationem juris; onera autem non patitur, nisi qui partem jure hæreditario retinet, d. l. 30. §. 3. Quod si res deduci jussu quartam partem non exæquet, poterit hæres quod deest, jure hæreditario retinere, per l. 1. §. 16. eod.

Duabus pluribusve] Ratio, quia semper inspicitur, utrum qua pars jure hæreditario hæredi attribuitur, an in rebus singulis.

Qui ex parte hæres] Ut si præcepta re aliquâ rogatus sit restituere, res illa apud eum sine onere remaneat.

## COMMENTARIUS.

1. An & quatenus in casu proposito consumpta portione restituta, legatarii & creditores cum hærede agere possint.

**S**upra tit. de hered. inst. sub §. & si plures. 8. docuimus, si quis solus ex re certa institutus fuerit, eum perinde hæredem fieri, omniumque bonorum hæreditatem obtinere, ac si simpliciter sine ullâ mentione rei scriptus esset, ex l. 1. §. si ex fundo. d. tit. l. cohæredi. 41. §. ult. de vulg. & pup. At si plures instituti sint, quidam ex re certa, alii simpliciter aut ex parte hæreditatis, tum eos solos hæredes effici, qui simpliciter aut ex quota scripti sunt; qui ex certa re aut summa, pro legatarii haberi, l. pen. C. de her. inst. nisi hæredes partis universæ defecerint: tum enim idem juris esse, ac si instituti in singulari ab initio soli fuissent. Huic posteriori speciei similis est, quæ hoc loco proponitur, videlicet cum quis deducta certa re vel summa rogatus est hæreditatem restituere. Restituta enim in proposito hæreditate fideicommissarius instar cohæredis est, hæres instar ejus qui ex re certa institutus cohæredem habet scriptum simpliciter. Quamobrem recusante quidem fideicommissario hæreditatem recipere, solus qui rogatus est & adiit, hæres erit: at hæreditate recepta, jam solus fideicommissarius hæredis locum obtinet, alter tanquam cohæres ex re certa vicem subit legatarii.

Una aliqua re] Quæ præced. §§. dicta sunt de scissione actionum hæreditariarum inter hæredem fiduciarium, qui parte aliqua ex voluntate defuncti retenta reliquam hæreditatem restituit, & fideicommissarium Trebellianum, ea tunc obtinere hic docemur, quando quis rogatus est hæreditatem restituere retenta parte aliqua hæreditatis 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 partem vel amplius contineat. Nam et si hic quoque similiter restitutio ex Senatusconsulto Trebelliano fiat, actiones tamen nullas pro parte retenta, nullo onera hæreditaria apud hæredem remanere, sed hæc omnia transire ad fideicommissarium, hæredemque præceptum habiturum jure legatarii, id est, sine ullo onere hæreditario, quo constat legatarios non premi, l. si hæreditatem. 32. mand. l. ult. C. de her. act. Mæcianus breviter & dilucide rem totam proponit in l. si legatus. 30. §. 3. hoc tit. *Multum interest, inquit, utrum qua pars jure hæditario retineatur, an vero in re vel pecunia: nam superiore casu actiones dividuntur inter hæredem & fideicommissarium; posteriore vero apud fideicommissarium sunt actiones.* Huc pertinet l. 1. §. ult. eod. Quod si hæres coactus à prætore adierit, etiam commo præceptionis privabitur, l. ita. 27. §. si præceptis. 14. eod.

*Qua quartam continet*] Quod si res deduci jussa quartam partem non exæquet, tum hæres vel ad supplementum agere poterit, vel quod quartæ deest, jure hæditario retinere. *Gloss. & DD. hinc arg. §. sed quia. 7. hoc tit. l. 1. §. si hæres. 16. eod.* Equum autem tunc esse, ut hæres saltem pro ratione istius supplementi creditorum actiones excipiat, utique in subsidium censent Glossa in d. l. 1. §. ult. *Cantiunc. & Myn. hic.*

*Ex Senatusconsulto Trebelliano*] Ante transfusionem Pegasiani in Trebellianum, si hæres 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 hæredem remanebant, & stipulationes interponebantur, secundum ea, quæ tradita sunt §. ergo. 6. eod. Hodie remoto Pegasiano distinctè pro parte restituta actiones transeunt. In casu autem proposito etiam antea restitutio fiebat ex Trebelliano, l. 1. §. si hæres. 16. eod. actionesque in solidum transferebantur; quoniam hæres, apud quem nulla pars jure hæditario remanet, similis est legatario.

*In qua maxima pars hæditatis*] Finge, cum, qui quadringenta possidebat, rogasse hæredem, ut præcepto fundo, qui trecentorum erat, hæreditatem Titio restitueret. Hic etiam si fundus iste maximam partem hæditatis, id est, dodrantem contineat, nihilominus tamen reliquo restituto in solidum actiones in Titium transferuntur. Neque enim pretium rei rationem juris mutat, aut efficit, quo minus res sit singularis. Ceterum hoc casu consumpta portione restituta, fideicommissario subveniendum esse hæredemque pro eo, quod ultra quartam habet, legatariis respondere debere, tradunt *Cantiunc. & Myn. hic.* Et multo ergo magis pro eadem quantitate tenebitur creditoribus; quippe quibus in subsidium etiam pro tota ea parte, quam præcepit, teneatur, si hæreditas solvendo non sit, ut vult idem *Mynsing. & Goshof. in annos. marg. ad Schneid.* quod etiam tanquam certum atque apud nos quoque receptum tradit *D. Gros. 2. manud. cap. 20.* Et si autem forte rationi juris veteris hæc non satis conveniunt, & fortassis nec novo, si fideicommissarius inventarium facere ne-

glexerit, quo casu obligatur ultra vires receptæ hæditatis; novo tamen juri consentanea videntur, ubi fideicommissarius inventarium ex præscripto Justiniani fecit, aut hæres à se factum ei cessit. Quorum alterutrum satis est ad exonerationem æris alieni, quatenus modum hæditatis excedit, per ea, quæ habet *Bart. in l. in ratione. 11. §. quod vulgo. 5. ad leg. Falc. num. 9. & 10.* quanquam Bachovius putat, etiam si ipse fideicommissarius solvendo non sit, hæredem tamen in subsidium conveniri non posse, cum aliud remedium creditoribus paratum sit, & præcipue hoc, ut si putent hæredem 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 hæditate, §. extraneis. 5. sup. de hered. qual.

*Si duobus pluribusve*] *L. ita tamen. 27. §. si præceptis. 14. hoc tit.* Quippe non multitudo rerum relictarum, sed modus relinquendi juris differentiam inducit, inspiciturque semper, utrum qua pars in hæditate seu jure universo hæredi attributa sit, an in rebus singulis hæditariis. *Mynsingerus* imperitè rem hæditariam cum quota hæditatis confundit.

*Sed & si certa summa*] Huc ergo pertinet l. 1. §. 17. eod. quem locum perperam *DD. comm.* alio trahunt, nimirum ut probent, etiam retentâ quartâ parte hæditatis actiones legatorum in solidum in fideicommissarium dari: quanquam vera mihi videtur propositio.

*Ad eum, qui ex parte*] Pone, eum, qui quadringenta habebat, duos hæredes instituisse, singulos ex semisse; alterumque rogasse, ut deducto fundo, qui centum valet, aut deductis centum, partem suam restitueret *L. Titio.* Titius receptâ hæditate solus pro semisse actiones excipit; cum ubi partis dimidiæ hæres rogatus est, ut retentâ parte quartâ aut quadrante suæ portionis restituat, atque restituit, pro sextante obnoxius maneat.

## TEXTUS.

## De fideicommissio hæredis ab intestato.

10. *Præterea intestatus quoque moriturus potest rogare eum, ad quem bona sua vel legitimo jure vel honorario pertinere intelligit, ut hæditatem suam totam partemve ejus, aut rem aliquam, veluti fundum, hominem, pecuniam, alicui restituat: cum alioqui legata nisi ex testamento non valeant.*

## NOTÆ.

10. *Intestatus moriturus*] Poterat dubitari, quia legitimi & honorarii hæredes nihil à defuncto accipiunt, sed illos lex, hos prætor vocat, ejus autem, qui à defuncto nihil accipit, fideicommissi non potest, l. 9. C. de fideicommissis. Sed huic dubitationi occurrit *Paul. l. 8. §. 1. de jur. cod. Ulpian l. 1. §. 6. de leg. 3.* Nimirum etiam his hæditatem tacitè à defuncto relinqui, dum eos non excludit alios instituendo; quod pro jure suo facere poterat.

## COMMENTARIUS.

1. Ratio, cur etiam à legitimis & honorariis hæredibus fideicommissum relinqui possit.
2. An fideicommissum à legitimo hærede relictum, successione propter repudiationem primi gradus agnati ad sequentem devoluta, debeat.

**F**ideicommissum tam hæreditatis, quàm singulare, non solum testamento, verum etiam codicillis relinqui potest. Quid ei observandum sit, qui testamento relinquere fideicommissum hæreditatis velit, didicimus §. 2. *sup. hoc tit.* nimirum ut directo testamento hæredem intituat, atque ab eo relinquat. Codicillis potest quidem & ab hærede testamentario relinqui, l. 3. §. 2. l. 8. *in pr. de jur. cod. Ulpian. tit. 25. §. 9.* Cæterum potest & ab eo, qui ab intestato venturus est, sive legitimus sit, sive honorarius successor, d. l. 3. *pr. d. l. 8. §. 1.* Unde quamvis de instituto tantum hærede senatus loquatur, l. 1. §. 2. *hoc tit.* tamen ad legitimum quoque & honorarium per interpretationem consultum senatus extensum est, d. l. 1. §. 5. & §. 7. l. 6. §. 1. *cod.*

*Inestatus moriturus*] Dubitari potuit, an à successore legitimo aut honorario fideicommissum rectè relinquatur. Sic enim jus est, ut ab eo, qui nihil à defuncto accipit, nihil per fideicommissum relinqui possit, l. 9. *C. de fideicomm.* Legitimi autem hæredes aut honorarii nihil à defuncto accipiunt, sed illos lex 12. tabb. ad hæreditatem vocat, hos prætor ad bonorum possessionem. Verum hæc dubitatio facilè tolli potest. Quamvis enim in casum non ademptæ hæreditatis legitimi hæredes à lege, honorarii à prætore vocentur: tamen cum defunctus eos testamento facto excludere potuisset aliis hæredibus institutis, (salvâ utique portione liberis & parentibus debita) hæreditatem ipsis tacitè relinquere videtur, dum non adimit, quod pro jure suo facere poterat. Atque hoc est, quod Jurisconsultus significat in l. 1. §. sciendum. 6. *de legat. 3.* cum ait, *fideicommissi eorum posse, ad quos aliquid perventurum est, vel dum ipsis datur, vel dum non adimitur:* in quam sententiam elegant Paulus l. 8. §. 1. *de jur. cod.* Idèd, inquit, *fideicommissi dari possunt ab intestato succedentibus, quoniam creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hæreditatem.* Ex quo etiam hoc efficitur, neminem posse fideicommittere hæredis ab intestato, nisi qui testamentum facere potest, l. 3. *in pr. de jur. cod. Ulpian. d. tit. §. 3.* Estque hoc juris explorati, eos, qui testamentum facere non possunt, nec codicillos posse, l. 6. §. 3. l. 8. §. 3. *de jur. cod.* De illo quæsitum est, si quis intestatus decedens ab eo, qui primo gradu ei succedere potuit, fideicommissum reliquerit, si illo repudiante ad sequentem gradum devoluta sit successio, an fideicommissum debeat. Negat Ulpian. d. l. 1. §. *pen. de legat. 3.* quod tamen idem affirmare videtur l. si Titio. 61. §. 1. *de legat. 2.* & Julian. l. 3. *de jur. cod.* Doctores vulgo cum *Accurs. & Bart. ad dd. ll.* interesse respondent, utrum simpliciter hæredes ab intestato venientes gravati sint, an aliquis nominatim: illo casu fideicommissum à quolibet succedente deberi; hoc casu non deberi, nisi à cohærede gravati portionem suam repudiantis; quoniam is in portione accrescente similis est substituto, *argum. dict. l. 3. de jur. cod. junct. l. pater meus. 29. §. 1. de legat. 2. add. Bart. in l. cum pater. 77. §. cum existima-*

*res. 29. de legat. cod.* quæ distinctio rationem habet. Anton. Faber 4. *conject. 15.* contendit, vitiosam esse lectionem d. §. *pen. l. 1. de legat. 3.* legendumque dempta negatione, *fideicommissum debere.* Mihi tam 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. *Ulp. tit. 24. fac. l. si is. 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 leg hæredem facit. Probabile tamen est, legata codicillis ab intestato data, interpretatione plerumque adjuncta, atque ut vim fideicommissi haberent, benigne receptum fuisse, *arg. l. Scævola. 76. hoc tit.* Hodie autem postquam constitutione Justiniani confusa est legatorum & fideicommissorum natura, l. 2. *C. comm. de legat.* hanc etiam differentiam sublatam esse tenebimus, & legata quoque ab intestato relicta directo valere, contra Joh. Fabrum, Angel. & Giphani.

## TEXTUS.

De fideicommissio relicto à fideicommissario.

11. *Enum quoque, cui aliquid restituitur, potest rogare, ut id rursus alii, aut totum, aut partem, vel etiam aliquid aliud restituat.*

## COMMENTARIUS.

**N**on modò hæres de restituenda hæreditate aut parte ejus rogari potest, verum etiam fideicommissarius, ut vel totum, vel partem ejus, quod accepit, rursus alii restituat: atque in hac etiam restitutione placet actiones ex Senatusconsulto transferri in fideicommissarium, secundum l. 1. §. *de illo. 8. hoc tit.* posse & cogi primum fideicommissarium, qui totam hæreditatem, cum suspecta diceretur, recepit, totam restituere, l. si patroni. 55. §. 2. *cod.* Solus autem hæres beneficio legis Falcidie utitur, id est, jus quartæ retinenda habet, l. lex Falcidia. 47. §. 1. *ad leg. Falc.* Etenim cum semel adita est hæreditas, omnis defuncti voluntas rata constituitur, d. l. 55. §. 2. Proindè cæteri, quatenus ceperunt, & rogati sunt restituere, fideicommissio obstringuntur. *L. Lucius. 78. §. hæres. 11. hoc tit.* similiter ut legatarii, à quibus fideicommissum relictum est, l. *patronales. 32. §. si Titio. 4. ad leg. Falc.* Planè, si hæres, ut priori fideicommissario donaret, jure suo usus non sit, posse quartam secundo fideicommissario detrahi, responsum est, l. 1. §. *inde Nervatus. 19. hoc tit.*

## TEXTUS.

De probatione fideicommissi.

12. *Et quia prima fideicommissorum cunabula à fide hæredum pendent, & tam nomen, quàm substantiam acceperunt, ideo D. Augustus ad necessitatem juris ea retraxit. Nuper & nos eundem Principem superare contendentes, ex factis, quod Tribu-*

*Tribonianus vir excellentissimus, Quaestor sacri palatii, suggestit, constitutionem fecimus, per quam disposuimus, si testator fidei heredem 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 heredem, sive alius quicumque sit, qui fidem heredem elegerit, & ab eo restitui aliquid voluerit: si heres perfidia tentus adimplere fidem recusat, negando rem ita esse subsecutam; si fideicommissarius ei jusjurandum detulerit, cum prius ipse de calumnia juraverit: necesse enim habere, vel jusjurandum subire, quod nihil tale à testatore audiverit, vel recusantem ad fideicommissi vel universalis vel specialis solutionem coartari. Ne deperat ultima voluntas testatoris fidei heredem 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 à se relictum esse, sed ad legis subtilitatem recurrat, omnino solvere cogendus est.*

## COMMENTARIUS.

1. Quando dispositioni h. §. locus.
2. Non mutari constituta l. ult. §. ult. C. de codic. nec l. 23. C. de fideic.
3. Heredem in specie proposita non posso jusjurandum referre.
4. Glossema in fine textus observatum.

**A**Udivimus supra, 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 presentium fidei aliquid commissum est, nunc constant, nec ordinariam probationem desiderant. Constitutum hoc à Justiniano l. ult. C. de fideic.

1. *Neque ex scriptura, neque ex quinque testium numero*] Quando testator, contempta omni alia probatione scripturae vel testium, fidei solius heredem committit, ut aliquid praestare, placet Justiniano, fideicommissum ab herede praestandum, idque sive negat haeres, 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 prioribus colligitur. Cur enim haeres jurare recusans fideicommissum solvere cogitur? Non aliam utique ob causam, quam quod recusatio jurisjurandi tacitam confessionem habet, l. manifesta. 38. de jurejur. ut proinde multo magis fideicommissum 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. Si quis enim fortè objiciat, iniquum esse, ab herede fideicommissum exigi citra ullam probationem, respondet; illud hac in re iniquum non esse, ubi haeres jurando sibi delato in sua causa constituitur testis & iudex, ut sit in ejus potestate, non teneri jurando se nescire quicquam relictum esse. Si quis dicat, in omni suprema voluntate ad minimum requiri quinque testes, l. ult. §. ult. C. de codic. respondet, id justum esse, 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. si veritas. 23. C. de fideicom. cum similib. ex imperfecta scriptura nihil deberi, hoc etiam nunc manet; & nisi de fide scripturae, quam testator servari voluit, justo numero testium constet, fideicommissum exigi non poterit: consule Mantic. de conject. ult. volans. lib. 2. tit. 15. num. 5. Quia autem ratione motus jus hoc introduxit 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, argum. l. ubi numerus. 12. de testib. de quo plenius sub §. ult. inf. de codic. Manet autem nunc etiam jus constitutum d. l. ult. §. ult. C. de codic. ut ex hoc loco intelligitur. Nam quod hic & d. l. ult. C. de fideicom. Justinianus sancit, tunc solum obtinet, cum defunctus rem, quam praestari voluit, fidei heredem praesentis commisit extra testamentum aut codicillos.

*Cum prius ipse de calumnia juraverit*] Id est, se non calumniandi seu vexandi, haeredemque religione urendi animo jusjurandum deferre: sed quia ita se rem habere sibi plane persuasum sit: quod jusjurandum licet alias in usu esse desiderit: tamen in omni judiciali jurisjurandi delatione, si exigatur, est praestandum, juxta l. jusjurandum. 34. §. 4. de jurejur. Damboud. prax. civil. c. 151. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8.

*Vel jusjurandum subire*] Conditione jurisjurandi in judicio delata regulariter reus jurare cogitur, aut referre, aut solvere, l. 9. C. de reb. cred. Manifestae enim confessionis esse creditur, nolle jurare, aut jusjurandum referre, l. manifesta. 38. de jurejur. At in proposito ne referre quidem haeres potest: quippe cum hic agatur non de eo, quod uterque scire potest, sed quod solus haeres, & cujus actor ignarus est: quo casu relationi non est locus, l. Marcellus. 11. & seqq. rer. amor. d. l. jusjurandum. in pr. de jurejur. & ita rectè Mynsing. Schneid. Wessemb. hic. mirumque est, veteres interpretes in re tam manifesta variare.

*Postquam negaverit*] Haec verba neque in ipsa constitutione Justiniani reperiuntur, & testibus Cujacio, Rufardo, Hotomanno, Contio, Fabrot. defunt in veteribus codicibus, neque Theophilus ea agnoscit: & Joh. Faber quoque refert, se Bononiae aliquot codices vidisse, à quibus aberant. Quare suspicari licet, glossema esse. Si vero retineantur, non ita accipienda sunt, quasi non alia conditione haeres in specie proposita fideicommissum

missio obligetur, quam si prius negaverit, & ad jusjurandum actus jurare recuset: sed ideo posita, quia hic casus solum verbis expressus fuit: cæterum simpliciter, quisquis confitebitur de fideicommissio obligabitur: neque enim pœnæ causa hic quicquam constitutum, ut hæredis inficiatio coërceatur; in qua falluntur DD. *comm. Barr. Salic. Castr. Sichard. ad d. l. ult. Mynsing. Schneid. bic.*

sed totum voluntatis testatoris servandæ causa ut disertè scriptum est in extremo *d. l. ult.* & tenent *Joh. Fab. & Fas. in d. l. ult.* quos etiam ex facto consuetus non attenda communi opinione, in respondendo secutus est quondam Curiz nostræ Coryphæus, Reinerus ab Amsterdam. Atque hæc sententia probatur etiam à *Wesemb. bic. Donello in d. l. ult. nec alienus Mantica d. lib. 2. tit. 13. num. 5.*

TITULUS XXIV.  
DE SINGULIS REBUS PER FIDEICOMMISSUM  
RELICTIS.

Continuatio, & argumentum tituli.

**A**ctenus de fideicommissis universalibus, quibus scilicet hæreditas aut pars hæreditatis relinquitur; quæ à legatis multum differunt: sequuntur nunc fideicommissa specialia, quibus relinquuntur res singulæ, quorumque & legatorum eadem ex constitutione Justiniani natura est, idemque effectus: nam exæquatio illa legatorum & fideicommissorum, de qua agit §. 3. *sup. de legat. & l. 2. C. comm. de legat.* ad sola fideicommissa particularia pertinet, ut demonstravimus in explicatione *d. §. 3. & pr. tit. præc.* Docet hic Imperator, à quibus fideicommissa singularum rerum relinquuntur, tum quæ res per ea relinquuntur: postremo in genere, quibus maximè verbis fideicommissa relinquuntur.

TEXTUS.

Summa.

*Potest tamen quis etiam singulas res per fideicommissum relinquere; veluti fundum, argentum, hominem, vestem & pecuniam numerariam; & vel ipsum heredem rogare, ut alicui restituat, vel legatarium, quamvis à legatario legari non possit.*

NOTÆ.

*Vel legatarium*] Interdum & in contractibus fideicommissum constituitur, exempl. in *l. 26. pr. de pos. l. 77. de leg. 1.*

*A legatario legari non possit*] Hoc etiam ad jus vetus referendum. Ulpian. *tit. 24. §. 19.* Cajus *lib. 2. tit. 7.* Nam hodie hæc quoque differentia sublata; utique quod à legatario legatum est, valebit nunc jure fideicommissi, argum. *l. 2. C. comm. de leg.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur olim à legatario legari non potuerit, & an hodie possit.*

**F**undum, argentum, hominem, vestem] Hæc nomina generalia quidem sunt, verum specificè hic sumuntur: intelligitur enim certa species ex eo genere relicta, *l. legato. 37. de legat. 1.* Cæterum & 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 hærede relinqui possunt, verum etiam à legatario. Possunt & ab hærede hæredis vel legatarii, *l. 5. §. 1. de legat. 3.* Idem juris est de fideicommissario etiam rei singularis, §. 1. *hoc tit. l. ab eo. 9. C. de fideicommissis*, & donatario mortis causa, *l. cum pater. 77. §. 1. de legat. 2. l. 8. §. 2. de transact.*

*A legatario legari non possit*] A legatario legari non posse, quamvis fideicommissa ab eâ rectè dentur, discimus etiam ex Ulpian. *tit. 24. §. à legatario. 19. & Cajo lib. 2. tit. 7. §. 3.* Cujus differentia hæc ratio esse videtur, quod legata verbis civilibus & imperativis relinquuntur, quibus uti in eum solum liceat, quem universi juris successorem esse volumus & locum nostrum habere. Differit 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 una cum cæteris hodie sublata 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 hæredi à coheredibus duntaxat legari constat. Non video etiam, quomodo per vindicationem possit à legatario legari. Etenim si testator, postquam ita legavit, *Titio fundum Tusculanum do; lego*, mox eundem fundum Sejo leget hæc formula, *Sejo eundem fundum Tusculanum do; lego*, aut sic, *Sejus fundum Tusculanum sibi habeto*: aut conjunctio erit, aut ademptio. At damnationis formulæ hic usus esse potest, *Titius damnas esto partem dimidiam fundi, quem ei legavi, dare 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. §. ultim.* Quin etiam finendi modo à legatario rectè legari, defendi potest, veluti si testator dicat, *L. Titius legatarium meum 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 §. *præterea. io.* simpliciter scripsit, legata nisi ex testamento non valere. Omnes quippe §§. in quibus observat differentiam inter legata &

M m m

fidei-

fideicommissa, ex constitutione sua emendationem recipere voluit: quamvis separatim ita tractet, quasi differentia adhuc manerent, id quod se facturum antea testatus est §. 3. *sup. de legat.* quo permistio & similitudo noviter introducta clarior esset & facilior.

## TEXTUS.

Quæ relinquī 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 eare rogari potest, 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 & prestare, aut æstimationem ejus solvere.*

## COMMENTARIUS.

1. Jam olim communia fideicommissis cum legatis.
2. Declaratio regula, Neminem posse rogari, ut plus restituat, quam ipse cepit.

**M**ulta etiam jam olim fideicommissis communia cum legatis fuisse: 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 hæredis esse, vel legatarii aut fideicommissarii, vel tertii alicujus, quæ sola in hac tractatione plerumque aliena dicitur, ut notavimus §. 4. *sup. de legat.* Quemadmodum igitur non solum res testatoris legari potest, sed etiam hæredis; d. §. 4. ita sciamus, non solum rem testatoris, sed etiam hæredis per fideicommissum relinquī posse; & quod responsum est, valere hujusmodi legatum, etiam si testator existimaverit rem suam esse, l. unum. 67. §. si rem. 8. *de legat.* 2. id ad hujus generis fideicommissum quoque pertinere. Contra quemadmodum res, quæ legatarii est, ei inutiliter legatur; §. *sed si rem. 10. sup. de legat.* ita & fideicommissario rem, quæ ipsius sit, inutiliter relinqui. De re 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 relinquī 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 hæredis esset, valeret. *arg. d. l. unum. 67. §. si rem. 8. de legat. 2. d. §. 4. sup. de legat. cum ibi notat.* Porro illud quoque commune est, quod hic ait Justinianus, etiam rem cujuslibet

bet alterius, quæ uno nomine in hoc argumento aliena dicitur, per fideicommissum relinquī posse: nam legari posse docuit d. §. 4. Denique illud etiam, quod eodem loco & plenius a 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 sc. qui rogatur, aut fideicommissarii primi: nam per fideicommissum non modo reddendi onus imponi potest, sed etiam dandi: Ipsi vero fideicommissario rem suam inutiliter relinquī existimo, *arg. §. sed si rem. 10. sup. de legat.* & mutuz exæquationis legatorum & fideicommissorum, quicquid contra disputet Bachovius.

*Ne plus rogatur quinquam restituere*] Hoc summam rationem habet. Ut enim liceat morientibus eam legem, quam velint, suis rebus dare; tamen hoc licere nemini debet, ut aut alium, cui nihil dedit, oneret, aut oneret quemquam supra id, quod ei reliquit, & disponat de alieno, l. 1. §. si is qui. 37. *ad sen. Treb. l. 1. §. sciendum. 6. de legat. 3. l. filiusfam. 114. §. 3. de legat. 1. l. 9. C. de fideic.* Hujus autem regulæ complures traduntur exceptiones: quæ tamen non tam exceptiones sunt, 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 eam excedunt, l. *imperator. 70. §. 1. de legat.* 2. Tale item est illud, quod qui acceptis centum rogatus sit rem propriam, quamvis majoris pretii, restituere, is agnito legato fideicommissio obstringitur: quoniam agnoscendo legatum non majoris rem suam æstimasse videtur, d. l. *imperator. §. 1. in fin.* Item hoc quod traditum est, si cui fundus legatus sit, atque is eum fundum restituere sit rogatus, & centum dare, valere fideicommissum, si legatarius interim centum ex fructibus perceperit. d. l. *filiusfam. 114. §. 3. de legat. 1.* Denique etiam illud, quod duabus rebus disjunctim legatis, atque ea, quæ pretiosior est, restitui jussa, fideicommissum debeatur, licet legatarius viliores elegerit, propterea quod eam, quæ pluris erat, eligere potuisset, l. *plane. 94. §. 2. de legat. 1.*

*Redimere & prestare, aut æstimationem ejus solvere*] Re aliena per fideicommissum relicta, is, qui rogatus est, vel redimere eam debet & prestare, vel si dominus eam non vendat, æstimationem ejus inferre, perinde ac juris est in rei alienæ legato: l. *non dubium. 14. §. 2. l. qui quatuor. 30. §. ult. de legat. 3.* quod latius explicatum *sup. §. 4. 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 &*

*manu-*

manumitti debet. Quod si dominus eum non vendat, (si modo nihil ex iudicio 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 sit libertus, etiamsi testatoris servus sit, sed ejus, qui manumittit. At is, qui directo ex testamento liber esse jubetur, ipsius testatoris libertus sit; qui etiam Orcinus appellatur. Nec alius ullus directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore testatoris fuerit, & quo faceret testamentum, & quo moreretur. Directo autem libertas tunc dari videtur, cum non ab alio servum manumitti rogat, sed velut ex suo testamento libertatem ei competere vult.

COMMENTARIUS.

1. Libersi Orcini, & numquid juris in eos familia.
2. Differentiam libertas directæ & per fideicommissum data non solli l. 2. comm. de legat.
3. L. 58. de man. test. cum aliis locis conciliata.

**E**tiam libertates per fideicommissum dari possunt, & quidem largius, quam directo, cum non tantum propriis servis, sed etiam alienis per fideicommissum libertas dari possit, modò vulgaribus atque evidentibus verbis voluntas testatoris exprimitur, teste Licinio in l. libertates. 16. de fideicommiss. libers. 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 testam. man. Putaverit tamen quis, etiam in casu libertatis servo alieno directo datæ favore libertatis defendi ei posse fideicommissariam, arg. l. generaliter. 24. §. si quis. 10. l. de fideicommiss. libers. l. 10. §. ult. de testam. sut. sed obstant memorati textus, & maxime l. 9. C. de testam. manum. quo loco rescribitur, ne hæredis servo directo libertatem dari posse. Quod si directo data saltem in vim fideicommissæ valeret, id utique Imperatores consulti non dissimulassent, & in l. si servus. 108. §. si servus. 9. de legat. 1. tale legatum dicitur esse nullius momenti.

*Vel legatarius vel fideicommissarius*] Qui, si testatoris servus est, ab hærede eum rediment & manumittent; si modò quod à defuncto iis relictum est, agnoverint.

*Aut legatarii*] Quo casu legatarius accepto legato cogitur servum manumittere; etiamsi fortasse minus sit in eo, quod accepit, quam in pretio servi, d. l. generaliter. §. si quis. 12. de fideicommiss. libers. quia non plurius servum suum æstimasse videtur, l. sed si. 36. ad leg. Falc.

*Aut etiam extranei*] l. 6. C. de fideicommiss. libers. Cæterum legatarius alienum servum manumittere rogatus, non aliàs erit cogendus, quam si tanti possit redimere, quanti est id, quod ex iudicio defuncti consecutus est, d. l. generaliter. §. si quis.

*Non statim extinguitur libertas*] Si dominus servum suum, cui libertas per fideicommissum relicta est, ven-

dere nolit, non idèò protinus fideicommissum extinguatur; sed expectanda est emendi opportunitas, d. l. 6. C. de fideicommiss. libers. equidem existimatio hic præstari non potest, ut in casu §. præc. in fin.

*Ejus, qui manumittit*] Cui per fideicommissum libertas relinquatur, is ejus libertus efficitur, à quo manumissus est; l. 7. C. de fideicommiss. libers. Cæterum hic manumissor jus patronatus in eo tantum acquirit, ut contra tabulas & ab intestato ad bona ejus venire possit: at non ut etiam operas ei possit imponere, aut impositas ab eo ptere, l. qui ex causa. 29. de bon. libers.

*Ipsius testatoris*] Directa libertas ipso jure statim ab adita hæreditate competit, l. 10. C. de testam. man. l. testamento. 23. & l. 25. D. de man. test. l. quaro. 32. §. ult. de testam. sut. Itaque is, qui directo testamento liber esse jubetur, testatoris libertus sit, ut hic ait Justinianus: quam ob causam libertus Orcinus appellatur. quasi Orci libertus, aut ejus, qui ad Orcum demissus est: Archeronticus à Cujacio, Xapaniatis à Theophilo vocatur, eadem forma, qua Orcini senatores, quorum in Augusto c. 35. meminit Suetonius, à Plutarcho in M. Antonio Xapaniay dicuntur. Orcinorum crebra in libris nostris mentio est, l. 3. §. 3. de legit. sut. l. 8. de her. inst. l. dominus. 22. de pecul. leg. l. 1. alias. 2. §. per contrarium. de dot. pral. l. 2. de statulib. l. 4. §. hi qui. 12. de fideicommiss. lib. l. 10. C. de testam. man. l. 8. C. de jur. & fact. ign. Orcini etiam liberti efficiuntur, qui latitante hærede vel legatario rogato manumittere ad libertatem perducentur, quique ob necem domini detectam præmium libertatis consequuntur, l. cum quasi. 30. §. querendum. 12. l. si is. 49. de fideicommiss. libers. l. 5. qui sine man. Igitur Orcinicum eum patronum habeant, qui esse desit, non malè dicuntur liberti nullius esse, l. 4. in pr. de bon. libers. Legimus tamen, Orcinos ad familiam testatoris pertinere, l. 3. §. 3. de legit. sut. liberos familiæ fieri, l. si socius. 48. de manum. testam. liberos & cognatos jus patronatus in Orcino habere, l. un. §. sed etsi. 7. C. de Latio. lib. soll. Qua de causa suspicari licet, quamvis familia plenum jus patronatus in Orcino non habuerit, quædam tamen jura ut in liberto habuisse. Porrò hæc differentia etiam post constitutionem Justiniani, qua 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.

*Quo faceret testamentum & quo moreretur*] Hoc item traditur in l. Servius. 35. de manum. testam. Neque obscuram rationem habet. Nam cum alieno servo inutiliter libertas directo ab initio detur, ex postfacto ea datio convalescere non potest, propter regulam Catonianam: & quamvis servo proprio data sit, si tamen is servo tempore mortis in aliena potestate est, vindicare libertatem nequit. Proindè quod apud Marcianum l. verum. 58. de manum. testam. legimus, cum, qui liber esse jussus est, alienatum à testatore, si ante aditam ejus hæreditatem rursus hæreditarius factus sit, hæreditate adita ad libertatem pervenire, sic omnind accipiendum est, si superstite testatore in potestate redierit: nam jacente hæreditate, qui mortis tempore testatoris non

fuit, hæreditarius fieri nequit. Planè, 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. si servi. 30. de man. test.*

*Velut ex suo testamento]* A *pluribus*, protinus ex testamento: cum testator servum suum se mortuo simpliciter liberum esse jubet, nec ab alio libertatem dari mandat.

## T E X T U S.

## De verbis fideicommissorum.

3. *Verba autem fideicommissorum hac maxime in usu habentur: Peto, rogo, volo, mando, fidei tux committo: qua perinde singula firma sunt, atque si omnia in unum congesta essent.* —

## N O T A.

3. *Peto, rogo, &c.]* Hac verba dicuntur precaria, & precativa, opponunturque civilibus, directis & imperativis, vid. *Ulp. tit. 25. Paul. 4. sent.* Hodie autem de verbis laborandum non est, postquam Justinian. verbum omne, significans legitimum sensum testatoris, legare aut fideicommittere volentis, utile atque validum esse jussit, *l. 2. C. comm. de leg.*

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

1. *Verba imperativa interdum vim habere precariorum.*

**R**ecensentur hic à Justiniano verba fideicommissorum maxime usitata, & quæ vulgaria dicuntur in *l. libertates. 16. de fideicomm. libers.* nam incrementum progressu temporis favore fideicommissorum longè plura recepta sunt, placuitque fideicommissum etiam aliis verbis relictum valere; veluti his, *cupio des, opo des, credo te daturum, exigo, desidero ut des, volo hæreditatem meam Titius esse, scio, peto, mando, te hæreditatem meam restitutum Titio. l. etiam. 115. l. & eo. 118. de legat. 1. l. unum. 67. §. ult. de legat. 2. l. Pamphilo. 39. de leg. 3. Paulus 4. sent. 1. scribit, his omnibus verbis fideicommissi posse, Rogo, peto, mando, deprecor, cupio, injungo, desidero quoque & impero. Quod Paulus impero quoque inter verba fideicommissi numerat, id non videtur convenire differentie, quam *Ulp. tit. 24. & 25.**

facit inter legata & fideicommissa; legatum definiens; quod imperativè relinquatur; fideicommissum, quod precativè: perinde enim hoc est, ac si diceret, legatum esse, quodcumque verbis imperativis, quæ aliàs directæ & civilia vocantur, relinquatur; fideicommissum, quod verbis precativis sive precariis. Sed sciendum est, verba imperativa sæpè vim habere precariorum, quod ex objecto & voluntate testatoris æstimandum est. Etenim si sic dicat; *L. Titio hæredi meo impero, ut servum meum Stichum manumittas*, procul dubio hic per fideicommissum libertas data intelligitur. Idemque est, si dixerit, *Jubeo, aut hæres damnas esto manumittere*. Similiter si imperaverit hæredi, ut hæreditatem aut rem aliquam restituat, valebit hoc jure fideicommissi, tanquam verbo precario relictum. Et cur minus eo verbo relictum valeat, quàm si dicat, *jubeo*? quod etsi directum est, *Ulp. d. tit. 24. §. 3. l. 2. C. comm. de legat.* vim tamen precarii habere constat, quotiens quid restitui jubetur; *l. Lucius. 88. §. quisquis. ro. de leg. 2. l. Aurelius. 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 hæres, ut L. Titio centum des*; hoc jam non fideicommissum erit, sed legatum. Nihil enim interest, *impero* quis dicat, *an hæredem meum dare jubeo, aut hæres 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. de legat. 3. l. 12. C. de fideicomm. libers.* At ex verbo *relinquo* videtur fuisse petitio fideicommissi, *l. Lucius. 78. §. filiam. 8. ad Sen. Trebell.* Sed de eo nunc laborandum non est, postquam Justinianus omne verbum, significans testatoris legitimum sensum, legare vel fideicommittere volentis, utile atque validum esse jussit, *l. 2. comm. de leg.* Sæpè etiam, quod notandum est, ex conjectura voluntatis fideicommissum inducitur, cum verba fideicommissi non sunt, aut sunt fideicommissi inutilis, si sola spectantur: *exempl. in l. ex facto. 17. in princ. l. si quis. 29. ad Trebell. l. cum proponebatur. 64. l. peto. 69. in princ. de legat. 2. l. 11. §. si quis ita. 4. l. ult. §. 3. de legat. 3. Consulantur Martinec. epis. legat. lib. 1. c. 3. Chifflet. lib. 2. de jur. fideicomm. 18. & 20. Mansie. lib. 7. & 8. de conj. ultim. vol. D. Tuldon. comm. in tit. prac. cap. 3.*

## TITULUS XXV.

## DE CODICILLIS.

*Dig. Lib. 29. Tit. 7. C. Lib. 6. Tit. 36.*

*Ratio ordinis. Codicilli unde dicti: eorum definitio, & divisio. Summa tituli.*



**V**ideri alicui poterit disputatio de codicillis non rectè subjecta tractationi de successione ex testamento: quippe cum si codicilli tantum facti sint, succedatur ab intestato. Verùm 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 quandam testamenti exhibent, *l. ab intestato. 16. hoc tit.* Codicilli dicti sunt parvi codices, id est, tabellæ ex codicibus aut ligao. Ita-

que quemadmodum testamentum codex appellatur, *Juvenal. satyr. 10. Codice suo Hæredes vocat esse suos*, quia testamentum in codicibus tantum scribatur sive tabulis grandioribus: ita voluntas suprema, minus solemnibus plena, codicilli, & aliquando numero unitatis codicillus: *l. si ita. 38. de cond. & dem. hoc tit. 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 *unusquisque*, à co-



à codice: quanquam obtinuit, ut etiam nuncupata imperfecta voluntas codicillus dicatur, l. 13. C. de sacrosanct. Eccl. l. ult. C. de bon. libert. l. ult. §. ult. C. de cod. quemadmodum hæredi nuncupato dari dicitur bonorum possessio secundum tabulas, licet tabulæ nullæ sint, l. 2. C. de bon. poss. sec. tab. 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 hic commemorat Justinianus, à quibus & quam ob causam usus codicillorum introductus comprobatusque sit: deinde modum ordinationis, & quæ res codicillis relinqui possint, ostendit.

T E X T U S.

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 impleset; deinceps reliqui ejus auctoritatem sequuti, fideicommissa præstabant: & filia Lentuli legata, qua jure non debebat, solvit. Dicitur autem Augustus convocasse sapientes viros, interque eos Trebatium quoque, cujus tunc auctoritas maxima erat, & quasise, an posset recipi hoc, nec absonans à juris ratione codicillorum usus esset: & Trebatium suavisse Augusto, quod diceret, utilissimum & necessarium hoc civibus esse, propter magnas & longas peregrinationes, qua apud veteres fuissent: ubi, si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posset. Post qua tempora cum & Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur.

N O T A.

Codicillorum jus] Codicilli sunt supremæ voluntatis testatio minus solemnis, non in hoc comparata, ut testamentum sit, l. 1. l. 13. §. 1. hoc tit. Et possunt quoque confici ab intestato, §. seq. Imperfecta igitur est definitio Græcorum Th. hîc. Harm. lib. 5. tit. 7. §. 3. in Basil. lib. 36. tit. 1. *ἡ κωδὶκίλλος ἐστὶν ἀπὸ τῆς ἐπιπέρας ἀποκαταστάσεως: αὐτὴ δὲ ἀποκαταστάσις ἐστὶν ἀπὸ τῆς ἐπιπέρας ἀποκαταστάσεως: αὐτὴ δὲ ἀποκαταστάσις ἐστὶν ἀπὸ τῆς ἐπιπέρας ἀποκαταστάσεως:* aut *ἡ κωδὶκίλλος ἐστὶν ἀπὸ τῆς ἐπιπέρας ἀποκαταστάσεως: αὐτὴ δὲ ἀποκαταστάσις ἐστὶν ἀπὸ τῆς ἐπιπέρας ἀποκαταστάσεως:*

Jure optimo admitterentur] Eorumque recepta duo genera, scripti, in quibus voluntas scribitur; & non scripti, in quibus nuncupatur, l. 13. C. de SS. Eccl. l. ult. §. ult. C. hoc tit. quanquam obstat nominis ratio, v. Hotomann. & nostra in comm.

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

Lentulus, ex cujus persona etiam fideic.] Quod ait, à persona Lentuli & fideicommissorum & codicillo-

rum usum cœpisse, non sic accipiendum est, quasi primus hic Lentulus fidei hæredis aliquid commiserit, aut primus fecerit codicillos: sed quod ille primus occasionem præbuit, ut fideicommissa, quæ antea nullo juris vinculo continebantur, rata esse cœperint, iisque hæredes 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.

Testamento confirmatos] Testamento scilicet, quod antea Romæ aut in Italiâ fecerat, cum in eo scripsisset, se ab hæredibus suis petere, ut si quid postea codicillis relicturns 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 hæredem institutum fuisse, saltem ex aliqua parte: & frequens erat illis temporibus, ut viri primarii Principem ex portione aliqua hæredem scriberent.

Deinceps reliqui] An reliqui testamento Lentuli Augusto cohæredes dati, ut vult Wesembec. Theophilum secutus? An potius alii aliorum codicillis rogati, ut ferè amant subditi exemplum Principis sequi? quod magis placet.

Et filia Lentuli legata, qua jure non debebat] Non quia relicta incapacibus *τοῖς μὴ δυνατοῖς λαμβάνειν*, 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 quod nihil eorum, quæ codicillis, licet testamento confirmatis, scripta erant, valeret. Et præcedentia arguunt, legata hic positum pro fideicommissa. Plane postea receptum fuit, ut etiam legata codicillis testamento confirmatis dare liceret, l. 2. §. 2. hoc tit. l. 8. §. ultim. eod. Apparet autem ex hoc loco, filiam quoque Lentuli ex parte hæredem à patre scriptam fuisse; cum tamen eo tempore vigeret adhuc lex Vocenia: quod argumento est, filias partem aliquam hæreditatis paternæ per legem capere potuisse, atque ex ea parte etiam directo hæredes institui: qua de re scripsimus fufius supra ad §. 1. de fideicom. bar. Nulla igitur causa est, cur cum Hotomanno pro filia restituamus filia.

Convocasse sapientes viros] Augustus, ut erat Princeps prudentissimus, non temerè aut inconsulto irrepentem in rempub. novum codicillorum usum confirmandum sibi putavit: sed prius explorare voluit judicium & sententiam virorum sapientum; censerent 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 Ulpian. 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 necessarij erant, penuriam. De facto enim loquitur, non de jure, uti jurisconsultus in l. 8. §. 2. hoc tit. nam testamenti factio loco alligata non est, DD. comm. in l. 1. C. de SS. Eccl. Cæterum & illud palam est, eum qui testamentum face-

re non potest, nec codicillos posse, *l. Divi. 6. §. 3. d. l. 8. §. 2. hoc sit.*

*Cum & Labeo*] Qui eodem tempore maximæ auctoritatis fuit, & à Trebatio institutus est, auctore Pomponio in *l. 2. §. post hunc. 47. de orig. jur.*

## T E X T U S.

## 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 precedunt, posse fideicommissum peti, si appareat, eum, qui testamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat non recessisse.*

## N O T E.

1. *Sed & intestatus*] Codicilli ab intestato facti vicem testamenti exhibent, suisque ipsi viribus nituntur. Proinde quicumque intestati successor erit, etiam postea natus, codicillis relicta præstabit, *l. 3. l. 8. pr. & §. 1. l. 16. eod.* nisi voluntas in hoc parata sit, ut testamentum esset, *l. 1. l. 13. §. 1. eod. l. 14. C. de testam.* non adjecta scilicet clausula codicillari, *l. propen. qui testam. fac. l. 41. §. 3. de vulg. & pup. l. ultim. §. 1. C. hoc sit.* Testamento autem facto codicilli vires ex testamento capiunt, & jure ejus sequuntur, *l. 3. §. ult. d. l. 16. eod. l. 1. C. eod.*

*Papinianus ait*] *l. 5. eod.* & hæc Papiniani sententia receptissima erat Plinii temporibus, ut constat ex *lib. 2. epist. 16.*

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

1. *Voluntatem in hoc paratam, ut testamentum sit, ne jure quidem codicillorum valere, nisi adjecta sit clausula codicillaris.*
2. *Testamento facto codicillos quoscunque & quocunque tempore factos jus testamenti sequi.*
3. *Differentia inter codicillos confirmatos & non confirmatos: caterum hodie sublata.*
4. *Quatenus ex his, qua testamento cauta, mutare quid liceat.*
5. *Sententia extremorum verborum hujus §.*

**C**odicilli & 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. ab intestato. 16. hoc sit.* Hoc unum exigimus, ut codicilli valeant, ne voluntas defuncti in hoc instituto 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. Tulden. hic. c. 2.* Itaque si quis verbi causa codicillis scripserit hanc voluntatem suam esse testamentum, aut caverit, quæ sunt testamenti propria, nihil à legitimo peti poterit, *l. 1. l. illud. 13. §. 1. hoc sit. l. propen. qui test. fac. l. non codicillum. 14. C. de testam.* nisi adjectis, velle se eam voluntatem, si jure testamenti non possit valere saltem vice codicillorum; quæ cautio vulgo clausula codicillaris dicitur; aut valere quacunque ratione poterit, sive, ut nunc fere, omni meliori modo, *d. l. propen. qui test. fac. l. coheredi. 41. §. 3. de vulg. & pup. l. 3. in fin. de test. mil. l. Titia. 13. de inoff. test. l. Lucius. 88. §. ult. de legat. 2. l. ult. §. 1. C. hoc sit.* 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 clausulam adscriptam esse, an ex voluntate & scientia testatoris; vid. *Mantic. de conjest. ult. vol. lib. 1. tit. 9. & 19. add. Gail. 2. obs. 114. Chifflet. lib. 3. de jur. fideic. Schneid. hic. cap. de claus. codicil.* & eruditissimum Joan. Decherum *lib. 1. dissert. 8. num. 27. & seqq. Christin. vol. 4. decis. 32. Anton. Fab. Cod. suo. hoc sit. fere per tot.* Testamento autem condito codicilli quocunque tempore facti fuerint, ad testamentum pertinent, viresque ex eo capiunt, etiam si in eo confirmati non sint, *l. 3. §. ult. d. l. ab intestato. 16. hoc sit.* denique infirmato testamento & codicilli concidunt, *l. 1. C. eod. d. l. 3. §. ult.* Illud interest inter codicillos testamenti nominatim confirmatos & non confirmatos, quod illis relicta etiam directo jure valent, veluti legata, & libertates directo datæ; *l. libertates. 43. de man. testam. perindeque omnia habeantur ac si in testamento scripta essent, excepta causa hæreditatis, l. 2. §. 2. hoc sit.* quo loco palam est Julianum agere de codicillis confirmatis. At quæ codicillis non confirmatis relicta sunt, sive verbis directis sive precariis, debentur jure fideicommissi, *argum. d. l. 2. §. ult. l. illud. 13. §. 1. hoc sit. l. Scavola. 76. ad senat. Trebell.* 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 constat. Fuit quidem usitatum, ut etiam futuri codicilli testamento confirmarentur, ut apparet ex *l. quadam. 7. & l. seq. §. ult. l. Plautiana. 18. de fideic. libert. l. 6. l. ult. C. eod.* sed id fieri solitum majoris securitatis gratia: nam ad validitatem codicillorum specialem hanc confirmationem non fuisse necessariam patet ex *l. 3. §. ultim. hoc sit.* nisi ad hoc, ut legata & libertates datæ directo valerent.

Illud

4 Illud quæritur, quatenus codicillis posterioribus ex his, quæ testamento cauta sunt, mutare quid aut tollere liceat. Hæreditatem codicillis adimi non posse, tralatitium est. Quam ob causam nec conditio hæredi instituto codicillis adjici potest, §. seq. At potest hæres testamento scriptus codicillis rogari, ut hæreditatem restituat, l. 2. C. hoc tit. Possunt & fideicommissa testamento relicta codicillis adimi: quinimo & legata, utique hæcenus, ut legatarius ex testamento agens repelli possit exceptione doli mali, arg. l. 4. §. præterea. 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 quocunque judicio retineretur, l. 5. hoc tit. motus, ut credibile est, hac ratione, quod qui post codicillos a se factos testamentum facit, mutet causam successionis, transiens a causa intestati ad causam testati. Quo facto videtur codicillos istos revocare una cum voluntate habendi hæredem ab intestato.

*Divi Severus & Antoninus contra*] Contra sententiam Papiniani, qui exigebat, ut voluntas codicillis, expressa saltem novo aliquo judicio retenta probaretur. Imperatores ergo ne illud quidem in proposito exigunt, sed retentam voluntatem interpretantur, quæ mutata non ostenditur: ut jam mutatæ voluntatis probatio incumbat hæredi, cum ex sententia Papiniani retentæ voluntatis probatio exigeretur ab eo, qui ex codicillis quid peteret; atque ut nunc præsumptio sit pro codicillis, cum antea contra esset.

5 *Si appareat eum, &c. non recessisse*] Hoc omnino sic accipiendum est cum clarissimo D. Tuldeno, 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 successerit, voluntatem codicillis declaratam quocunque judicio retentam probari, ut bene disputat Anton. Fab. 15. conject. 15. Similis loquendi formula in eodem sensu etiam apud veteres occurrit, ut in l. dotem. 30. de jur. dot. l. generaliter. 24. §. sed est. 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 facta revocati probentur, tacite confirmatos intelligi. *Gloss. & Bart. in l. 5. hoc tit. Mantie. lib. 1. de conject. ult. vol. tit. 8. Mynf. 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 hæreditas neque dari, neque adimi potest; ne confundatur jus testamentorum & codicillorum: Et ideo nec exhæreatio scribi. Directo autem hæreditas codicillis neque dari neque adimi potest: nam per fideicommissum hære-

ditas codicillis jure relinquitur. Nec conditionem hæredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directo quis potest.

NOTÆ.

2. *Hæreditas neque dari*] l. 10. eod. l. 2. C. eod. l. 67. ad SC. Treb. neque confirmari, l. 2. §. ult. h. t. l. pen. §. 1. C. de nec. serv. har. quamvis cætera codicillis testamento confirmatis etiam directo dari possint, l. 3. de test. tut. l. 43. de man. test. l. 2. §. 2. h. t. Non obstant l. 77. de har. inst. l. 10. de cond. instit. Nam illic non proponuntur species hæreditatis codicillis datæ aut confirmatæ, sed datæ testamento, quod codicillis declaratur.

*Neque adimi*] Quæ testamento data aut lege debita, l. 4. C. de his quæ ut indign. Hoc autem superiori consequens est ex doctrina contrariorum, l. pen. §. 1. de cond. inst. l. 2. C. h. t. & ideo liberi codicillis frustra exhæredantur hoc text. fac. l. 14. C. de testam.

*Ne confundatur jus testam.*] l. 7. C. eod. aliam rationem affert Papinianus l. 10 eod.

*Per fideicommissum*] Seu verbis precariis, l. 2. C. h. t. quo casu hæres scriptus aut legitimus quartam partem sibi retinere potest ex SC. sup. de fideic. har.

*Nec conditionem adjicere*] Neque detrudere: qui adjicit, in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitat; qui detrahit, de pure danda, quæ prius in defectum conditionis data non erat, l. 6. h. t. l. pen. §. ult. de cond. instit.

COMMENTARIUS.

1. Hæreditatem codicillis dari aut adimi non posse nec si testamento confirmati sint & quæ hujus juris ratio.
2. Regulam hanc intelligi de hæreditate directo danda non per fideicommissum. Et quid inter hæc intersit.
3. Consequens esse superiori regula, instituto hæredi codicillis neque conditionem recte adjici, neque detrahi, neque directo substitui.

UT cætera omnia codicillis vel ab intestato factis, vel à testato, licet testamento non confirmatis, relinquere possint, maxime novo jure post exæquationem legatorum & fideicommissorum; hæreditas tamen codicillis dari non potest, nec si testamento confirmati sint, l. quod per manus. 10. hoc tit. l. 2. C. eod. l. Scævola. 76. ad senatusc. Trebell. & militis in hoc privilegium agnoscimus, quod codicillis hæredem facere possit, l. militis. 36. de testam. mil. Datur enim hæreditas per institutionem hæredis aut substitutionem directam, quod solius testamenti proprium est, neque in illum alium actum sive inter vivos sive ultimæ voluntatis aut donationis mortis causa conferri potest, l. 7. C. hoc tit. l. licet. 19. C. de pact. l. cum donationis. 34. C. de transact. l. 5. C. de pact. conv. tam sup. dos. l. 4. C. de inust. stip. Non obstant species propositæ in l. affe. 77. de har. inst. l. 10. de cond. instit. illic enim non proponitur hæreditas data aut confirmata codicillis sed data testamento, quod codicillis declaratur, aut purificatur, ut loquitur Baldus. Hoc autem posito, hæreditatem codicillis dari non posse, consequens est ex doctrina contrariorum, nec codicillis posse adimi, scilicet his, qui vel in testamento scripti sunt. vel ex lege sunt hæredes, l. pen. §. 1. de cond. inst. l. 2. C. hoc tit. l. 4. C. de his quib. ut indign. & ideo liberi codicillis frustra exhæredantur, fac. l. non codicillum. 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 hæredum accipit, confirmari videretur, ut Papinianus disputat in *d. l. quod per manus. h. s.* Nimirum si hæreditas codicillis vel dari vel adimi posset, sequeretur, & confirmari testamentum & revocari per codicillos posse: denique idem posse, idem esse codicillos, quod testamentum. Cur ergo hæc distinguerentur? Cur diversum nomen inderetur iis rebus, quas vis ac potestas una sociasset? collectio est Constantini in *l. 7. C. hoc tit.*

*Directo autem hæreditas, &c. nam per fideicommissum*] Quod totiens traditum est, hæreditatem codicillis nec dari nec adimi posse, sic accipitur, ut directo non possit dari, puta hæredem 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.* Cæterum per fideicommissum seu verbis precariis etiam codicillis hæreditas jure relinquitur, *l. 2. C. hoc tit.* daturque & adimitur. Dari intelligitur ei, cui hæreditas restitui rogatur; adimi ei, qui rogatur restituere. Nam licet is ipso jure adhuc hæres maneat; manet tamen nomine tantum, effectu autem is hæres fit, cui hæreditas restituitur. Multum vero interest, utrum dicamus codicillis directo hæreditatem relinqui posse, an per fideicommissum duntaxat: nam directo relicta semper tota capitur ab instituto: relicta per fideicommissum non capitur à fideicommissario, nisi imminuta detractio quartæ Falcidix, si is, qui rogatus est restituere, jure suo uti velit, qui pro ea parte etiam effectu tum hæres manet. Porro cum confirmatio quoque in speciem directæ dationis cadat, negat Jurisconsultus in *l. 2. §. ult. hoc tit.* hæreditatem testamento inutiliter datam posse codicillis quasi hæreditatem confirmari; sed tantum ex fideicommissio peti salva ratione legis Falcidix. Unde Justinianus secundum veteres leges sic definit, hæreditatem codicillis neque dari neque confirmari posse, *l. pen. §. 1. C. de nec. serv. her. inst.*

*Nec conditionem adicere*] Hæredi pure instituto conditio codicillis adici non potest, *l. Divi. 6. in pr. hoc tit.* quia scilicet conditione adjecta testator in defectum conditionis de ademptione hæreditatis cogitasse intelligitur, *l. quidam 27. §. ult. de cond. inst.* Quod si codicillis adicere conditionem institutioni non licet, multo minus licebit detrachere, cum hoc casu pure hæreditas detur, quæ prius in defectum conditionis data non erat.

*Neque substituere directo*] Nam qui directo substituit, in defectum prioris hæredis alium hæredem instituit. Est enim species institutionis substitutio, *l. 1. de vulg. & pup.* Plane interdum directis verbis facta in codicillis substitutio ad fideicommissum trahitur benigna interpretatione, *l. Sævola. 76. ad Trebell.* In universum autem si constat, aliquem qui testamentum non habebat, codicillos, non testamentum facere voluisse, in ea scriptura directa institutionis verba ex voluntate defuncti, quamvis clausula codicillaribus adjecta non sit, in vim fideicommissi valere placet, perindeque haberi, ac si legitimus hæres rogatus esset scripto in codicillis hæreditatem restituere, *l. 13. §. 1. hoc tit.* & ibi *Barr. Bald. & alii*, & in *l. 7. de vulg. & pupill.* eoque jure utimur.

## TEXTUS.

## Numerus &amp; solennitas.

3. Codicillos autem etiam plures quis facere potest: & nullam solennitatem ordinationis desiderant.

## COMMENTARIUS.

1. Cur cum plura testamenta unius hominis esse non possint, plures possint esse codicilli.

2. Codicillos non esse omnino sine aliqua solennitate ordinationis: quod tamen non pertineat ad confirmatos testamento.

3. Utrum mulier in codicillis recte testis adhibeatur.

**N**otantur hic & alix differentix inter testamentum & codicillos. Plura testamenta unius hominis esse non possunt, quamvis pluribus codicibus seu exemplis unum idemque testamentum fieri possit, §. *pen. sup. de testam. ord.* Nam cum unumquodque testamentum universam successionem contineat, si novissimum testatoris voluntatem servari placet, prius semper per posterius rumpatur necesse est, §. *2. sup. quib. mod. testam. inf.* Codicillos autem plures non modò pluribus exemplis quis facere potest, sed etiam diversos & diversarum rerum, *l. 6. §. 1. hoc tit.* nec quicquam per posteriores de prioribus detrahatur, nisi sint contrarii, *l. 3. C. eod.*

*Nullam solennitatem ordinationis*] Existimò, hoc è veteris alicujus Jurisconsulti commentariis sumptum, qui ante Theodosium vixit, & fortè ex Marciano *d. l. 6. §. 1. hoc tit.* Nam Theodosius quinque testes in codicillis requirit, atque ut uno eodemque tempore, hoc est, uno actionis contextu, coram iis negotium absolvatur, etsi in scriptis fiant, etiam testium subscriptionem desiderat, *l. ult. §. ult. C. hoc tit.* Quæ sanè declarant, codicillos hunc non omninò esse sine solennibus & subtilitate ordinationis, *fac. l. ult. C. de fideicommiss. §. ult. sup. de fideicommiss. her.* & jejuna illa quorundam distinctio est inter solennitatem ordinationis & probationis. Nam solennitas omnis etiam in testamento non alia de causa requiritur, quam ut certo de voluntate defuncti constare possit. Enimverò in codicillis testamento confirmatis non putò necesse esse ea adhiberi, quæ à Theodosio præcipiuntur. Quippe quod his codicillis relictum est, perindè habetur, ac si ipso testamento relictum esset, *l. 2. §. 2. hoc tit.* ut proinde ad horum relictorum vim solennitas testamenti sufficere debeat, *argum. l. affe. 77. de her. inst. l. 10. de cond. instit.* atque etiam secundum ipsam constitutionem Theodosii. Quæsitum est, an etiam mulier in codicillis testis adhiberi possit? vulgo placet posse, propterea quod non uti in testamento, ita in codicillis expressè prohibita est testimonium dicere. *Gloss. & DD. comm. in d. l. ult. §. ult. C. hoc tit. Grass. §. testamentum. quest. 57. num. 4. Mynf. Schneid. hic.* Cæterum mihi non fit verisimile, ullos actus solennes adhibitis mulieribus apud veteres expediri potuisse: & Theodosius non qualitate & sexu, sed numero tantum testes codicillarios à testamentariis distinguit. Revise ad ea, quæ scripti ad §. *testes. 6. sub de testam. ord.* Apud nos codicilli, item ut testamenta passim confici solent coram duobus testibus & tabulario; jusque & nomen testamentorum ac codicillorum fere confusum. *D. Coren. obs. rer. jud. 31. sect. pen. Grot. 2. introduct. 22. Groenew. de legib. abrog. hic.*

ARNOLDI VINNII, J. C.  
IN LIBRUM TERTIUM  
INSTITUTIONUM  
IMPERIALIUM  
COMMENTARIUS  
Academicus & Forensis.  
CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS I.  
DE HÆREDITATIBUS, QUÆ AB INTESTATO  
DEFERUNTUR.

*Dig. Lib. 38. tit. 16. C. Lib. 6. tit. 55. & 58. N. 118.*

*Ratio ordinis, cum argumento tituli.*

**D**E cursis omnibus supremæ voluntatis partibus, redit Imperator ad institutam de universitate bonorum acquirenda dispositionem. Ex quatuor hujus generis acquisitionis modis, propositis §. *uls. sup. per quas pers. cuiq. acq.* eum primo explicandum suscepit, per quem hæreditas nobis obvenit. Obvenire vero nobis dixit vel ex testamento, vel ab intestato. Quoniam igitur de hæreditate ex judicio defuncti acquirenda hætenus solum tractavit, cujus semper prior & potior causa est; *l. 39. de acq. her. l. 89. de reg. jur.* quod reliquum est ad tractationem istam absolvendam, de hæreditate legitima, seu ea, quæ lege ab intestato deferretur, pertexere prius voluit, quam ad cæteros per universitatem acquirendi modos transitum faceret. Hæreditates, quæ ab intestato deferuntur, eadem passim & lege deferri dicuntur, nomenque legitimarum hæreditatum sibi proprium fecerunt, licet testamentaria quoque hæreditas dici possit lege obvenire, *l. lege. 130. de verb. sign.* Sed illæ solæ hoc nomen occupaverunt, propterea quod immediate & proxime deferuntur à lege, & à lege sola absque voluntate defuncti; cum testamentariam non ipsa lex deferat, sed delatam à testatore confirmet duntaxat, *d. l. 130.* Hinc etiam hæredes legitimi & testamentarii passim opponuntur, *l. 3. §. 2. pro soc. l. 17. §. 1. l. in plurim. 70. l. illud. 77. de acq. her. l. 2. & tot. tit. de suis & legis. her.* Succeditur ab intestato vel ingenuis, vel libertis. De ingenuorum successione tractat priore loco: deinde de successione libertorum, & demum *tit. 8.* Hoc autem titulo solum agitur de successione descendentium sive liberorum, quorum in causa suc-

cessionis legitimæ prima semper ratio habita. Cum autem varia sint liberorum genera, & pro varietate eorum varia quoque jura succedendi ab intestato, eo ordine hic proceditur, ut primi, & statim post descriptionem intestati prodeant, qui principem locum jure civili inter ipsos liberos obtinebant, aut potius soli in causa successione liberi habebantur, sui sc. hæredes. Inde §. 9. transitur ad successionem emancipatorum. Postea §. *pen.* commemoratur mutatio juris circa liberos adoptivos. Ad extremum discrimen vetus ex masculis & fœminis descendentium tollitur. Quæ mutatio jure novissimo in successione ab intestato facta sit *Nov. 118.* in unoquoque ordine succedentium; suo quæque loco indicabimus, ubi res id postulare videbitur; & denique totum illud jus accuratius tractabimus seorsum, adjectis institutis patriis; post explicationem tituli de *success. cogn.* qui hujus libri quintus.

TEXTUS.

Definitio intestati.

*Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit, aut non jure fecit; aut id quod fecerat, ruptum, irritumve factum est; aut si ex eo nemo hæres extiterit.*

NOTÆ.

*Intestatus decedit*] Ex Ulp. *l. 1. de suis & legis.* Intestatorum hæreditates nomen legitimarum sibi proprium fecerunt, propterea quod immediate à lege deferuntur, *l. 130. de verb. sign.* Impuberes quoque, furiosi, &

Nan

pro-

prodigi suos successores ex lege habent, & ad hos etiam vox *intestatus*, licet minus proprie, refertur *d. l. 1.*

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

1. An appellatio intestati etiam ad pupillum, furiosum, prodigum pertineat.
2. Appellatione rupti quid hic significetur.
3. Quando successioni ab intestato locus testamento irritato.
4. De testamento desistito.

**D**escriptio est intestati, cui similis Ulpiani in *l. 1. pr. de suis & legit.* Ait, qui aus omnino testamentum non fecit. Testamentum non fecisse atque intestato mortuus esse dicitur non solum is, qui non fecit testamentum, cum facere potuerit: verum etiam is, qui cum civis Rom. esset, & sui juris, propter ætatem aliamve causam testari non potuit, ut pupillus, furiosus, prodigus, *d. l. 1. in pr.* quamvis si quis captare velit verbum *intestatus*, non videantur hi proprie dici intestati: siquidem ubi habitus non est, non potest esse privatio. Sed cum duo tantum genera successioinum jus civile agnoscat, ex testamento, & ab intestato; cui synonyma ex lege, & impuberes quoque, furiosi, & prodigi suos successores ex lege habeant, vox *intestatus*, ut forte minus proprie, ex sententia tamen legum accipienda fuit, non utique pro negatione privante, sed pro negatione, quæ à Philosophis *negans* dicitur. Adde quod tametsi ipsi non possunt, possunt tamen parentes iis testamentum facere. Successorum impuberum ab intestato mentio est in *l. 4. §. 3. qui pot. tut. l. 9. de reb. dub. l. vel singulis. 37. de unig. & pup. l. 6. C. ad Terryll. l. 10. C. de legis. her.* Quamobrem dubitandum non est, quin recte sentiant, qui cum Bart. in *d. l. 1. de suis & legit.* statuta de successione intestati loquentia ad supradictas quoque personas pertinere statuunt. Confule Forster. *lib. 3. de her. qua ab intest. c. 4.*

*Non jure fecit* ] Puto quod legitimum numerum testamentum non adhibuerit, aliaive solemnitates, quæ ad ordinanda testamenta necessario desiderantur, omiserit; aut quod liberos, quos in potestate habebat, hæredes non instituerit, aut exheredaverit, secundum ea, quæ tradita sunt libro superiore, *sic. de exher. lib.*

**Ruptum** ] Rumpi testamentum proprie dicitur, cum testatore manente in eodem statu jus testamenti vitiat, *§. 1. sup. quib. mod. test. inf.* Ex duobus vero modis, quibus testamentum rumpi docemur, *l. 1. de injust. rupt. test. & d. §. 1. cum seq.* unus tantum huc pertinet, agnatio sui hæredis: nam mutatione voluntatis testatoris aliud testamentum postea facientis, etsi prius quidem etiam rumpitur, tamen ei non succeditur ab intestato, sed hæreditas defertur ex posteriori. Plane mutatio voluntatis, in qua testator subsistit, puta si tabulas testamenti incidit, scripturam deleverit, cancellaverit, signa avulserit, intestatum eum facit, *sic. de his qua in test. del. l. 1. §. pen. si tab. test. null. ext. l. pen. C. de testam.* Rescissio quoque testamento per querelam inofficiosi paterfam. intestatus fit: ac retroversus perinde omnia habentur, ac si hæreditas nunquam adita esset, *l. 6. §. 1. l. 21. §. 2. de inoff. test. l. ut liberu. 17. C. de collat. idemque est, si petita bonorum possessio contra tabulas, d. l. ut liberu.* De quo fortassis alibi diligentius.

*Irritumve factum* ] Si testamentum irritum factum in speciali significatione accipimus, nempe pro testamento, quod per testatoris capitis deminutionem infirmatum est, quo modo fere accipi solet, cum opponitur testamento rupto; *§. 4. & 5. sup. quib. mod. test. inf. l. 12. de injust. rupt.* non video, quomodo id ad quæstionem propositam applicari queat: nam capitis deminutione testatoris, qualiscunque ea sit, non tantum irritum fit testamentum, quod antea factum est: sed per eam etiam persona testatoris in eum statum deducitur, ut simul jus testamenti faciendi amittat, atque adeo bona quoque ipsa, ut nec hæredem ab intestato habere possit. Quod si respicimus casum, quo capite minuti mutata iterum conditione bona & hæredem habere possunt, veluti si deportatus beneficio Principis restitutus sit, adrogatus sui juris iterum factus; atque ita decesserint non condito novo testamento: ne sic quidem pro intestatis habentur, saltem jure prætorio: nam restituti quidem testamentum etiam citra novam declarationem voluntatis convalescit, *l. 6. §. pen. de injust. rupt.* si sui juris effecti, si codicillis aut aliis literis declaraverit, se eo testamento, quod ante adrogationem fecit, velle decedere, *l. pen. §. 2. de bon. poss. sec. tab. ut proinde, si verba, ut dictum est, strictè accipimus, unus tantum casus relinquatur, qui huc accommodari possit, si is, qui sui juris postea effectus, voluntatem, quam irritam fecerat capitis deminutio, recenti aliquo judicio non resuscitaverit. Quid si dicamus, de irritato additum propter jus civile, quo hæreditas ex testamento, quod semel irritum factum est, nullo casu defertur? Sane causam non habet Bachovius, cur cautius Tribonianum loqui velit, quam locutus est Ulpianus in *d. l. 1. de suis & leg. her.**

*Nemo heres extiterit* ] Etiam iud testamentum, ex quo nemo hæres extitit, nullas vires habet, *§. 2. sup. quib. mod. testam. inf. l. 9. de restam. tut.* ac proinde non adita hæreditate paterfam. retroversus intestatus decessisse intelligitur, *l. 64. de verb. sign.* Hoc autem casu in specie dicitur testamentum destitui aut deseri, *§. 7. & 8. inf. eod. §. 2. sup. de leg. Falc. l. ult. in fin. de cond. inf.* nonnunquam etiam irritum fieri, ut in *l. 1. de injust. rupt. l. 20. cons. tabb. l. 50. de man. test.* & tamen ab irritato, strictius accepto vocabulo; distinguitur in *d. l. 1. de suis & leg. her.* unde hic locus descriptus est. Itaque sine causa iterum Bachovius Tribonianum reprehendit, quod destitutum testamentum hoc loco separat ab irritato. In transitu observetur, etsi utroque modo fiat, ut intestatus decessisse quis intelligatur, & is, cujus testamentum post mortem deseritur, & cujus testamentum ipso adhuc vivo infirmatur; tamen in tempore deferendæ hæreditatis & effectus succedendi insignem inter hunc & illum modam esse differentiam: quam videbimus in *§. cum autem. 7. inf. eod. & §. proximus. 6. sic. seq.*

## T E X T U S.

Primus ordo succedentium ab intestato.

1. Intestatorum autem hæreditates ex lego duodecim tabularum primum ad suos hæredes pertinent.

C O M

## COMMENTARIUS.

**N**on reperitur inter reliquias legis duodecim tabularum caput aliquod, quo; mortuo patrefamilias intestato, sui hæredes nominatim ad successionem vocantur. Cæterum non ambigo, quin proprio etiam capite & separatim de hac successione caveriat decemviri, arg. §. 2. *sup. de har. qual. & diff. l. 3. C. de suis & legit. lib.* & quidem mox immediatè post legem testamentariam: quod mihi non obscurè ostendere videtur caput legis de successione agnatorum, quod extat apud Ulpianum in *fragm. tit. 26. in hæc verba; At si intestatus moritur, cui suus hæres nec extabit, agnatus proximus familiam habeto.* Primum enim verba hæc, *At si intestatus*, arguunt, paulo ante cautum fuisse de successione testamentaria, confirmataque defunctorum voluntates, data cuique patrifam. libera testandi potestate; quæ legis illa particula est relata his verbis à Pomponio in *l. 120. de verb. sign. Uti quisque legasset sua rei, ita jus esto, & plenius à Cicerone 2. de invent. & Cornificio 1. rhetor. ad Herem.* Deinde verba sequentia, *cui suus hæres nec extabit*, apertè ostendunt, proximè præcessisse & interjectum fuisse inter hoc & illud de testamentis caput de successione ab intestato, & quidem quo sui hæredes primo loco vocati fuerint. Cur autem ad liberos suos hæredes duntaxat lex successionem hanc pertinere voluerit, à libi explicatum est, & fortassis nonnihil iterum de eo dicitur in sequentibus.

## TEXTUS.

Qui sunt sui hæredes.

2. *Sui autem hæredes existimantur (ut supra diximus) qui in potestate morientis fuerint; veluti filius filiarum, nepos neptisve ex filio, pronepos proneptisve ex nepote, ex filio nato prognatus prognatave. Nec interest utrum naturales sint liberi, an adoptivi. Quibus connumerari necesse est etiam eos, qui ex legitimis quidem nuptiis, vel matrimoniis non sunt progeniti, curiis tamen civitatum dati, secundum Divalium constitutionum, qua super his posita sunt, tenorem, hæredum suorum jura nanciscuntur. Nec non eos, quos nostra complexa sunt constitutiones, per quas jussimus, ut si quis mulierem in suo contubernio copulaverit, non ab initio affectione maritali, eam tamen, cum qua poterat habere conjugium, & ex ea liberos sustulerit, postea vero affectione procedente, etiam nuptialia instrumenta cum ea fecerit, & filios vel filias habuerit, non solum eos liberos, qui post dos em editi sunt, justos & in potestate patris esse; sed etiam anteriores, qui & iis, qui postea nati sunt, occasionem legitimis nominis præstiterunt. Quod obtinere censuimus & si non progeniti fuerint post dosale instrumentum confectum liberi, vel etiam nati ab hac luce fuerint subtrahiti. Ita*

*demum tamen nepos neptisve, pronepos proneptisve suorum hæredum numero sunt, si præcedens persona defierit in potestate parentis esse, siue morte id acciderit, siue alia ratione, veluti emancipatione. Nam si per id tempus, quo quis moritur; filius in potestate ejus sit, nepos ex eo suus hæres esse non potest. Idque & in ceteris liberorum personis dictum intelligimus. Posthumi quoque, qui si vivo patre nati essent, in potestate ejus futuri forent, sui hæredes sunt.*

## NOTÆ.

2. *Divalium constitutionum] l. 3. l. 4. C. de nat. lib. add. Nov. 89. c. 2.*

*Nostri complexa constitutiones] l. 10. l. 11. C. de nat. lib. §. ult. sup. de nupt. add. Nov. 74. Nov. 86. c. 8. Huc etiam pertinent legitimated per rescriptum Principis, d. Nov. 89. c. 9.*

*Posthumi, &c. in potestate ejus] Addendum, si nemo eos gradu præcedat, §. pen. sup. de tutel.*

## COMMENTARIUS.

1. *Legitimated an ad Feudi successionem admittantur.*

2. *Cessare hodie edictum de conjung. cum emanc. lib.*

**H**ic §. prolixus est, sed planus: continet enim repetitionem eorum, quæ jam ante diversis in locis tradita & illustrata sunt, maximè in §. ult. *sup. de nupt. §. 2. de exhar. lib. §. 2. de har. qual.* ut novam explicationem non magnopere desideret. Sui hæredes ita à nobis d. §. 2. *de har. qual.* definiti sunt, liberi defuncti, qui in potestate morientis fuerint, & tempore delatæ hæreditatis primum in familia defuncti gradum obtinent: quæ definitio modis omnibus perfecta est, ut patet ex hoc textu, *junct. §. 7. inf. eod. l. 6. de injust. rups. l. 7. unj. de lib.*

*Pronepos proneptisve] Ordo est, pronepos proneptisve, prognatus prognatave ex nepote nato ex filio: hoc est, ex nepote, qui non ex filia, sed ex filio susceptus sit: nam nepotes ex filia huc non pertinent; quia patris, non matris familiam sequuntur, l. familia. 196. §. 1. de verb. sign. Pertinent quidem huc ex novo jure; sed de eo nondum tempus est dicendi.*

*Nec interest utrum naturales sint, an adoptivi] Per naturales intelligit ex justo matrimonio natos: quæ perpetuam naturalium liberorum significacionem esse, cum opponuntur adoptivis, docuimus in d. §. ult. de nupt. Adoptivi in causa successionis ab intestato eadem conditione sunt, quæ naturales, non veteri solum jure, l. 1. §. 2. de suis & legit. sed etiam novo, ex constitutione Justiniani, qui jus succedendi ab intestato integrum conservavit etiam his, qui adoptati sunt ab extraneo, l. pen. §. 1. C. de adopt. Sed de horum successione plura inf. §. 13. & 14.*

*Quibus connumerari, &c.] Recenset hic duos modos, quibus liberi extra nuptias quæriti, cæterum nati ex concubina, muliere libera, quam pater uxorem habere poterat, jus suorum hæredum nanciscuntur ex suis vel anteriorum Principum constitutionibus; si curiis oblati fuerint; si mater postea uxor ducta: & nimirum eos*



ipſos modos, quibus tradidit, liberos natos ex parentibus non conjugatis legitimis effici & in poteſtate patris, *d. §. ult. de nupt.* Idem jus conſeſſum legitimatis per reſcriptum Principis: qui modus confirmandæ paternæ originis poſtea acceſſit, *Nov. 74. & 89. reviſe, quæ ſup. ad d. §. ult.*

*Quod obtinere cenſuimus, eſſi non progeniti*] Cum conſtitutio Juſtiniani in *l. 10. C. de nat. liber.* qua natos ex concubina, quæ precedente deinde affectione uxor ducta ſit, patri ſuo legitimis fieri voluit, ſtriſtè à nonnullis accepta eſſet, quaſi eo tantum caſu legitimis eos fieri Juſtinianus voluiſſet, quo ex matrimonio ſecuto quoque liberi nati forent, ſuperioribus fratres & ſorores, quod ex verbis conſtitutionis colligebant; Juſtinianus nova & ſpeciali conſtitutione mentem ſuam plenius expoſuit, atque expreſſè juſſit natos ante matrimonium etiam eo caſu legitimis fieri, quo nulli liberi ex matrimonio poſtea contracto nati fuerint, aut nati ex hac luce ſublato. Extat conſtitutio in *l. 11. C. de nat. lib.* Hinc apparet, mendose legi textum, qui claudit *d. §. ult. de nupt.* & omnino reſtituendam eſſe lectionem ſic, ut ex Hotomanno eam illic reſtituimus. Jure feudali ad feudi ſucceſſionem ſoli videntur admitti, qui legitimè nati ſunt, excluſis omnibus legitimatis, *lib. 3. Feud. tit. 26. verſ. naturales. Vult. 1. feud. 9. Somsbec. de feud. lib. 1. pag. 9. n. 72. Hotomann. ad d. verſ. naturales:* quamvis major pars interpretum excipiat legitimatos per ſubſequens matrimonium. Feudiſtæ poſt *Andr. de Iſernia in d. verſ. naturales. Curt. traſſ. feud. part. 1. 2. memb. 3. part. princ. num. 41. Zaſ. de feud. part. 8. D. Tulden. comm. hic cap. 13.* quo jure etiam nos utimur. *Neofad. c. 5. de feud. Holl. ſucceſſ. n. 79.* Distinguunt quoque inter legitimatorem Principis ſimplicem, & quando Princeps nominatim ad feuda quoque liberos legitimavit, *Curt. d. loc. n. 39. Zaſ. ibid. Borcholt. de feud. cap. 7.* Sed de hoc item dictum ſub *§. ult. de nupt.*

*Ita demum nepos nepiſſive*] Quamvis ſemper filius, qui eſt in poteſtate, ſimul ſuus hæres ſit: in perſona tamen nepotis & cæterorum deſcendentium ſæpè contingit, ut in poteſtate ſint aſcendentium, nec tamen numerentur inter ſuos hæredes; puta ſi nepotem filius, pronepotem filius aut nepos præcedat. Nam ad jus ſui hæredis non ſufficit eſſe in poteſtate, niſi ſimul proximum à deſuncto gradum obtineas, hoc eſt, nemo te in tuo ordine antecedit. Ideoque ut nepos, verbi cauſa, jus ſui hæredis conſequatur, neceſſè eſt primum filium de familia ſublato eſſe: tunc autem ſtatim in patris ſui locum ſuccedit, & quaſi agnaſcendo jus ſui hæredis in familia avi nanciſcitur, de quo fuſius ſub *§. 2. de exhar. lib. & §. 2. de har. qual.* Diſertè autem locutus eſt de nepotibus & neptibus ex filio, omiſſis conſulto natis ex filia, quod hi uti extra familiam avi materni naſcuntur, ita & manent matre ſublata. Poſtea tamen vocati ſunt ex conſtitutionibus, & ante agnatos admiſſi, *§. ult. inf. eod.* & pleniffimo jure una cum filiis aut nepotibus ex filio ſuis hæredibus, *Nov. 118. c. 1.*

*Sive alia ratione, veluti emancipatione*] Sed hodie quoad effectum ſuccedendi nepotes in poteſtate retenti in locum patris ſui emancipati non ſuccedunt, aut jus ſuorum hæredum conſequuntur; verum filius nepotem ex ſe natum ſemper excluſit, *d. Nov. 118. c. 1.* ut nec a amplius locus ſit edicto *de conjung. cum emanc. lib. Mul-*

toque magis obſtabunt nepotibus ex ſe natis, quos dignitas de poteſtate patria exemit: quippe quibus jura ſuorum hæredum integra conſervari voluit Juſtinianus, *Nov. 8. c. 2.*

*Poſthumi quoque*] Poſthumi, qui vivo parenti nati in ejus fuiſſent poteſtate, primumque gradum in familia obtinuiſſent, ſuorum hæredum numero ſunt, *§. pen. ſup. de tutel.* ſicut & in aliis ferè omnibus juris partibus, qui in utero ſunt, pro jam natis habentur, quoties de eorum commodo agitur, *l. 7. & pen. de ſtat. hom.* De diverſis poſthumorum generibus tractatum ſup. *§. 1. & ſeq. de exhar. lib. & §. poſthumo. 26. de legat.*

## TEXTUS.

## Quomodo ſui hæredes ſiunt.

3. *Sui autem hæredes ſiunt etiam ignorantes, & licet furioſi ſint, hæredes poſſunt exiſtere: quia quibus ex cauſis ignorantibus nobis acquiritur, ex his cauſis & furioſis acquiri poteſt. Et ſtatim à morte parentis quaſi continuatur dominium; & ideo nec tutoris auctoritate opus eſt pupillis, cum etiam ignorantibus acquiratur ſuis hæredibus hæreditas: nec curatoris aſſenſu acquiritur furioſo, ſed ipſo jure.*

## NOTA.

3. *Etiam ignorantes*] Nimirum quia ipſo jure, *l. 14. de ſuis & leg. fac. l. 1. §. 7. ſi quis om. ca. teſt.* cujus reſ effectum cernere eſt in *l. 3. C. de jur. del.* Jure civili etiam inviti: cæterum prætoris beneficio jus abſtinendi habent, *§. 2. ſup. de har. qual.*

*Continuatur dominium*] *l. 11. de lib. & poſt. vid. ſup. d. §. 2. de har. qual.* non tamen poſſeſſio, *l. 23. de acq. poſſ. facit l. 19. ex quib. ca. maj.*

## COMMENTARIUS.

1. *An uti dominium, ita & poſſeſſio rerum hæreditarium ſuis hæredibus continetur.*

**H**oc quoque loco inculcantur pleraque, quæ relata & explicata ſunt *§. 2. de har. qual.* Ait *ignorantes.* Sui hæredes ipſo jure, id eſt, ſine ullo ſuo factò aut voluntate, ſola juris poteſtate hæredes ſiunt: & ideo non ut extranei, hæreditatem adire dicuntur, ſed hæredes exiſtere, *l. 14. de ſuis & leg. har.* Quo jure poſito conſequens eſt, ut hæredes exiſtant etiam ignorantes: atquo hinc ſi quis ex ſuis hæredibus patri ſuperſtes deceſſerit, quamvis ignorans patrem deceſſiſſe, nihilominus tamen hæreditatem patris, ut jam poteſtate juris quaſitam, ad quoſcumque hæredes tranſmittit, *l. 3. C. de jur. delik.* Quinetiam inviti & nolentes hæredes ſiunt, eaque de cauſa neceſſarii quoque hæredes appellantur, *d. §. 2.* cujus rei magnus jure civili effectus fuit. Cæterum jure prætorio beneficium abſtinendi habent, *d. §. 2.* & tamen poſt abſtentionem nihilominus hæredes manent, quoad multa effecta. Unde illud, non eſt ſine hærede, qui ſuum hæredem habet, licet abſtinentem ſe, *l. cum quaſi. 30. §. ſed eſt. 10. de fideic. libert.* Sed repete notata ad *d. §. 2.* quo loco etiam monuimus, jure harum regionum hæredes omnes eſſe voluntarios.

*Es licet furiosus*] *l. furiosus. 63. de acq. har. l. ult. §. 2. C. de cur. fur.* Hoc autem & ipsum ex jure superiore necessario sequitur: quia, ut ait, quibus ex causis ignorantibus acquiritur, ex his omnibus acquiritur potest & furiosis: quod & alibi traditum, *l. 12. de reb. cred. l. 24. de obl. & act.* eademque ratio & infantis & pupilli est. *Paul. apud Ruffinum t. de leg. succ.*

*A morte parentum continuatur dominium*] Suis non tam acquiritur hæreditas, quam dominium continuatur, *l. 11. de lib. & postb.* Ob eam enim causam sui dicuntur, quod non alienarum, sed suarum quodammodo rerum hæredes esse videantur: quippe suis hæres patri vivo quasi cohæres & communium bonorum socius est, ut illo mortuo non novum acquirat dominium, sed quod prius conceptum erat, nunc plenum habere incipiat, *d. l. 11. d. §. 2. de bar. qual.* cumque ipso mortis momento statim hæres existat, *l. 7. §. qui sunt. 7. si quis om. ca. test. jacere hæreditas nunquam dici potest: pulcherrimè Hostom. 9. obs. 10.* Cæterum non ut rerum hæreditarum dominium, ita & possessio suis hæredibus continuatur: quoniam possessio cum facti sit, citra naturalem rei apprehensionem non acquiritur, *l. 1. §. 3. l. 3. §. 1. l. 8. de acq. poss. l. 19. ex quibus ca. maj.* Et quod traditum est in *l. cum hæredes. 23. de acq. poss.* adita hæreditate jura quidem omnia ad hæredem transire, possessionem vero non transire, nisi naturaliter apprehensa sit; id non magis ad extraneos pertinet, quam ad suos hæredes. Nam ut concedamus, existentiam in suis hæredibus parem vim habere cum additione in extraneis, majorem tamen vim ei inesse putare & fortius operari, valde absurdum est. Imo eandem prorsus vim habet aditio in hæredibus extraneis, quam in suis immixtio. Movere neminem debet, quod in *l. cum miles. 30. ex quibus ca. maj.* apud Paulum scriptum est, possessionem defuncti quasi junctam descendere ad hæredem: de effectu enim usucapiendi loquitur; quod quoad hunc effectum, qui sine possessione nullus est, *l. 25. de usuc.* ipsa simul possessio transire videatur, propterea quod tempora possessionis defuncti & hæredis ita conjunguntur, ut usucapio nunquam interrupta videatur, *l. nunquam. 31. §. pen. d. tit.* Alioqui contra jus expressum inferri posset, etiam hæreditatem jacentem possidere, quoniam usucapio à defuncto cepta etiam ante hæreditatem aditam impleri potest, *l. ceptam. 40. de usuc.* Illud nimis jejunum est, quod vulgo objicitur, dominium non acquiri sine possessione: nam hoc ad modos acquirendi, qui sunt ex jure gentium pertinet: in civilibus autem acquisitionibus non est perpetuum, *l. à Titio. 64. de furs. l. 19. §. 1. quemad. serv. am. add. Vigl. ad d. §. 2. de bar. qual. Gail. 2. obs. 129. Myns. 3. obs. 38. Ant. Fab. C. suo de inoff. test. de su. 4. Christin. vol. 4. dec. 26.* In Burgundia & tota fere Gallia obtinet illud, *Le mort saisis le vis. Tiraquel. in isto traç. Chassan. de success. rubr. 7. §. 1.*

*Nec tutoris auctoritate*] Hoc quoque consuetarium, ut & quod mox sequitur, ex eadem juris ratione est. In extranei hæreditate contra observatur; quippe quam pupillus sibi delatam ad eundem acquirere non potest sine tutoris auctoritate, *l. 9. l. pupillum. 49. de acq. har.* etiam si perspicue lucrosa sit, neque ullum ab additione periculum imminet, *l. 9. §. 3. de auct. tut. §. 1. sup. eod. tit.* Pupillis infantibus quomodo extranei hæreditas acquiratur, cognoscas obiter ex *l. servus. 65. §. 3.*

*ad sen. Treb. l. 18. C. de jur. delib.* tractatio non est hujus loci.

*Nec curatoris assensu furioso*] Imò nihil curatoris assensu furioso acquiri potest; ac proinde nec hæreditas extranei: cum per rerum naturam fieri non possit; ut consensus alterius accommodetur ei, cujus nulla voluntas est. Sed nec ipse curator nomine furiosi hæreditatem jure civili adire potest. Plane potest, si velit, bonorum possessionem nomine furiosi agnoscere, *l. 1. de bon. poss. fur.* imò ex constitutione Justiniani etiam debet, ubi manifesta est furiosi utilitas, *l. ult. §. 3. C. de cur. fur.*

T E X T U S.

De filio post mortem patris ab hostibus reverso.

4. *Interdum autem, licet in potestate parentis mortis tempore suus hæres non fuerit, tamen suus hæres parentis efficitur: veluti si ab hostibus quis reversus fuerit post mortem patris sui: jus enim postliminii hoc facit.*

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

*Licet in potestate parentis, &c. non fuerit*] Respicit ad id, quod dixit initio §. 2. suos hæredes esse liberos, qui in potestate sunt; quo tempore parens moritur: unde hic excipit casum, quo filius ab hostibus captus post mortem patris revertitur. At enim si fictionem postliminii consideramus, nulla hic exceptio est: nam cum postliminium fingat, eum, qui ad suos reversus est, semper in civitate fuisse, secundum hanc fictionem etiam tempore mortis patris in potestate fuit. Verum Imperator in excipiendo spectavit rei veritatem: revera enim suus hæres non est, nec in potestate morientis patris, qui eo tempore in potestate est hostium. Sic & filius ejus, qui apud hostes decessit, invitatus hæreditati obligatur; quamvis suus hæres dici non possit, ut ait Jurisconsultus; *l. 12. qui test. fac.* qui in potestate morientis non fuit: & tamen hic etiam in potestate & suus hæres est, ex lege Cornelia, quæ fingit, captum, ipso momento captivitatis mortuum & in civitate.

*Jus enim postliminii*] Impp. Dioclet. & Maxim. id fictioni tribuunt legis Corneliæ, *l. 9. C. de postlim. rev.* sed abusus est nominum legis Corneliæ pro juris postliminii: nisi sit ἀνεπίτηδες μετανοήσας.

T E X T U S.

De memoria patris damnata ob crimen perduellionis.

5. *Per contrarium autem hoc evenit, ut licet quis in familia defuncti sit mortis tempore, tamen suus hæres non fiat; veluti si post mortem suam pater judicatus fuerit perduellionis reus, ac per hoc memoria ejus damnata fuerit. Suum enim hæredem habere non potest, cum fiscus ei succedat: sed potest dici, ipso quidem jure suum hæredem esse, sed desinere.*

## COMMENTARIUS.

**C**Asus superiori contrarius, quo scilicet fit, ut qui mortis tempore in potestate defuncti est, & proximum in familia gradum obtinet, suus tamen hæres non efficiatur: quod ait evenire, si pater post mortem suam perduellionis reus, iudicatus fuerit: quomodo & Ulp. hoc extulit l. 1. §. 3. de suis & leg. Interdum, inquit, etiam filius suus hæres excluditur, fisco pralato; ut puta si perduellionis fuerit damnatus pater post mortem suam. Basil. 45. tit. 1. in i. cogniti. v. r. c. ad.

Post mortem] Speciale est in crimine perduellionis quod accusatio & cognitio coepta etiam post mortem rei peragitur: nam reliqua ferè crimina mortalitate extinguuntur, aut potius criminum persecutio, l. ult. ad leg. Jul. maj. tot. tit. C. si reus vel accus. mort. Quid intersit inter crimen majestatis & perduellionis demonstrabitur alio loco.

Memoria ejus damnati] Gravius & severius est, memoriam alicujus damnati, quam persecutionem criminis post mortem durare. Persecutio durat etiam, in iudiciis publicis peculatus, repetundarum, de residuis, l. ex iudiciorum. 20. de accus. l. ult. ad leg. Jul. pecul. At memoria rei damnatur in solo iudicio perduellionis, lata in ipsum mortuum sententia, per quam quasi adhuc viveret, memoria ejus deleatur, l. ult. C. ad leg. Jul. maj.

Suum heredem esse, sed definerè] Patre mortis fuit tempore nondum damnato, ac proinde libero & cive Romano decedente, filius non potest non suus hæres esse, cum, ut dictum est, statim à tempore mortis hæreditas suis hæredibus acquiritur: sed quia tempus sententiæ & secutæ postea condemnationis retrahitur ac conjungitur cum tempore admissi criminis, fit ut jus sultatis extingatur, aut potius perinde habendum sit, ac si mortis tempore suus hæres non fuisset, & jam à die contracti criminis desisset esse in potestate, arg. l. 15. l. donatio. nes. 31. §. ult. de don. l. ult. ad leg. Jul. maj.

## TEXTUS.

De divisione hæreditatis inter suos hæredes.

6. Cum filius filiave & ex altero filio nepos nepotisque existunt, pariter ad hæreditatem avi vocantur, nec qui gradu proximior est, ulteriorem excludit. Equum enim esse videtur, nepotes nepotisque in patris sui locum succedere. Pari ratione & si nepos nepotisque sit ex filio & ex nepote pronepos proneptisque, simul vocantur. Et quia placuit, nepotes nepotisque, item pronepotes proneptisque in parentis sui locum succedere, conveniens esse visum est, non in capita, sed in stirpes, hæreditatem dividi; ut filius partem dimidiam hæreditatis habeat, & ex altero filio duo pluresve nepotes alteram dimidiam. Item si ex duobus filiis nepotes nepotisque existant, ex altero unus aut duo forte, ex altero tres aut quatuor; ad unum aut duos dimidia pars pertineat, ad tres vel quatuor altera dimidia.

## COMMENTARIUS.

1. Quid sit in capita, quid in stirpes succedere.
2. Successionis in stirpes jure veteri usum tantum inter suos hæredes fuisse, & hujus successionis ratio.
3. Quatenus hæ successio procedente tempore exonsa.
4. Cur in ea proximior ulteriores non excludat.
5. Illustratur aliis quibusdam exemplis.
6. Etiam ubi soli sunt nepotes ex diversis filiis, in stirpes familiam eresci.

**L**ocusest notabilis, in quo agitur de ratione succedendi & divisione hæreditatis inter suos hæredes primi & sequentium graduum. Descriptus autem est ex Cajo lib. 3. instit. apud Rufin. tit. de legit. success. Omnis ab intestato successio aut est in capita aut in stirpes. In capita, & in stirpes succeditur, cum in tot partes hæreditas dividitur, quot sunt capita sive personæ succedentium: in stirpes, & in stirpes, cum pro numero stirpium secatur; ut qui sunt ex una stirpe, partem unam ferant, qui ex altera, licet pauciores aut unam tantam, partem alteram. Capita sunt personæ unius aut plurium stirpium. Stirpes sunt generis origines; veluti filius est stirpis nepotum; nepos stirpis pronepotum. In capita toties succeditur, quoties personæ succedentium proprio jure & ex sua persona veniunt: in stirpes, cum veniant jure representationis, id est, ex persona ejus, in cujus jus & locum successerunt. Et successionis quidem in stirpes jure veteri inter descendentes tantum eosque descendendum sotos usus fuit, qui ex filiis progeniti aut nepotibus ex filio in avi aut proavi, de cujus successione ageretur, potestate & in familia proximi mortis tempore inventi essent, filii puta aut nepotibus præmortuis emancipatisve, l. 1. §. 4. de suis & legit. her. l. 2. l. 3. C. cod. l. 8. §. quoniam. 8. de inoff. testam. Ulpian. tit. 26. §. 1. Caj. lib. 2. tit. 8. §. 2. Etenim ratio succedendi in stirpes, ut ex citatis locis intelligere licet, tota est ex jure singulari suorum heredum; nec aliud fundamentum habet, quam quod filii fam. vivo etiam nup. patre domini bonorum paternorum habiti sunt, l. 11. de lib. & posth. §. 2. sup. de her. qual. & jam hæredes & & & quodque hinc filio è familia patris sublato statim nepotes ex eo in locum ejus & gradum succedunt, & jus sui hæredis idem illud, quod pater ante habuit, quasi persona ejus induta in familia avi nanciscuntur; d. l. 1. §. 4. de suis & legit. §. 2. sup. de exher. lib. l. 13. de injust. rupt. Hoc siquidem jure constituto, consequens omnino est, ut nepotes & deinceps ex masculis descendentes in successione avi ab intestato & cæterorum per patrem adscendentium in stirpes veniant, ut qui sunt ex una stirpe, licet plures numero, non amplius consequantur, quam partes eorum, cujus personam representant, laturus fuisset, & quam capiunt ex alia stirpe forte pauciores, d. l. 8. §. quoniam. de inoff. test. d. l. 2. C. de suis & legit. lib. Cæterum postquam exemplo suorum hæredum matris etiam & aviz hæreditas liberis delata fuit, & denique liberorum omnium conditio in successione parentum exæquata, placuit & hic quoque eandem rationem in divisione hæreditatis inter liberos primi & inferiorum graduum servari, §. ult. sub fin. l. 9. C. de suis & leg. lib. Nov. 118. cap. 1. In linea quoque collaterali fratrum & sororum filii jure representationis seu in stirpes veniunt cum defuncti fratribus ex eadem nova Justiniani constitutione 118. c. 3.

Nec

4. *Nec qui gradu proximior, ulteriorom excludit*] Quem tamen excluderet, nisi ulteriorem placeret in locum patris succedere, & jure representationis quasi eodem gradu cum proximiorē existentem ad successionem admitti. Hæc autem verba declarant, quomodo accipiendum sit quod præcedit, *pariter ad hereditatem vocantur*, nempe non de æqualitate partium hereditatis, in quas succeditur, sed de pari ac æquali jure successionis, quod scilicet nepotes etiam locum patris ingressi, ut sui hæredes, & ideo æquali jure & pariter sive simul cum patris suis ad successionem avi vocentur, l. 3. C. de suis & leg. lib. Quod autem in specie illic proposita etiam hereditas in partes æquales dividi debet, ex accidenti est, ubi nepos ex uno filio & alter filius soli concurrunt.

*Et ex nepote pronepos pronepsive*] Et pari item ratione si sit ex nepote pronepos pronepsive, & ex altero pronepote abnepos vel abnepot, simul vocabuntur. Nam jus representationis intra certum descendendum gradum conclusum non est, per l. 1. §. *liberos. 7. de conjung. cum emancip. lib. Nov. 118. cap. 1.* Nec aliud hoc loco propositum Justiniano fuit, quam exemplis quæ fortè hic attulit, declarare, quomodo remotiores concurrentes cum proximioribus succedant: quæ & communis est interpretum nostrorum sententia, vid. *Gomez. 1. var. resol. cap. 1. n. 15. Schrader. de fund. part. 7. cap. 5. n. 41.*

5. *In parentis sui locum succedere*] Ratio successionis in stirpes, quæ modo à nobis fufè explicata est. Ait *ex altero filio duo pluresve*: quare &, si unus tantum sit filius, & ex altero filio sex nepotes, ille unus integrum semissem hereditatis, & tantum solus, quantum nepotes omnes habebit. Quod si plures sint filii singuli tantum capiunt, quantum nepotes ex filio præmortuo universi. Et convenienter, si duo aut plures sint nepotes ex diversis filiis, & ex alio nepote pronepotes, hi pronepotes universi non plus ferent, quam nepotum singuli. Quibus casibus mixta est successio. Observandum autem est, non minus neptes ex filio, quam nepotes in locum parentum succedere, l. 1. §. *non minus. de suis & legit.*

6. *Item si ex duobus filiis nepotes*] Exemplum simplicis successionis in stirpes, cum soli sunt nepotes ex diversis filiis: & hoc casu maximè est conspicua vis representationis, quæ ex jure suitatis primam traxit originem. Licet enim omnes hic pari gradu sint, ut proprio singuli jure succedere posse videantur: tamen postquam semel placuit, nepotes in locum patris sui demortui, aliave ratione exuti jure sui hæredis, succedere, non debuit hoc jus ex accidenti aliquo variari, puta ut soli nepotes ex diversis filiis & numero inæquales; seu pauciores cum pluribus ex hac vel illa stirpe concurrentes, in capita hereditatem dividerent, l. 2. C. de suis & leg. hered. Quare sic in universum rectè definimus, descendentes ex masculis omnes, qui sunt diversarum stirpium, quantumvis ejusdem omnes gradus, in stirpes, non in capita succedere.

T E X T U S.

Quo tempore fuitas spectatur.

7. *Cum autem quaritur, an quis suus hæres existere possit, eo tempore querendum est, quo certum est aliquem sine testamento decessisse: quod*

*accidit & deestato testamento. Hac ratione si filius exheredatus fuerit & extraneus hæres institutus, & filio mortuo postea certum fuerit, heredem institutum ex testamento non fieri heredem, aut quia noluit esse hæres, aut quia non potuit, nepos avo suus hæres existet: quia quo tempore certum est intestatum decessisse patremfamilias, solus invenitur nepos: & hoc certum est.*

N O T A.

7. *Deestato testamento*] Eo quod nemo hæres ex eo extiterit: quæ deestitutio patremfam. ex eo tempore intestatum facit, l. 1. de suis & leg. Extra hunc casum idem semper est tempus mortis & delatæ hereditatis.

*Nepos avo suus hæres*] Nec obstat, quod filius patri superstes fuit: quia filio non est delata hereditas, utpote jam mortuo, quo tempore defertur ab intestato, d. l. 1. §. 8. de suis & leg. junct. l. 39. de acq. her.

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

1. & 3. *Quando questioni proposita locus.*

2. *Plura exempla huc pertinentia.*

4. *Removentur qua hic objici posse videntur.*

E T si certum est, in casu successionis ab intestato primum locum obtinere suos hæredes, tractari tamen potest, quo tempore inspiciendum sit, an aliquis suus hæres existere possit, mortine defuncti tantum, an etiam alias delatæ ab intestato hereditatis. Enimvero hæc quæstio locum habere non potest, cum nullum testamentum defunctus fecit, aut non jure fecit: quo casu palam est, tempus mortis à tempore delatæ hereditatis non separari: ac ne tunc quidem, cum testamentum factum est, sed vivo adhuc testatore vitiatum aut destructum; nam hic quoque necesse est, ut tempus delatæ hereditatis cum tempore mortis, quo jam nullum erat testamentum, concurrat. At locum habet in casu testamenti deestituti, hoc est, cum in irritum constituitur testamentum quod jure factum erat, post mortem testatoris, eo quod hæres scriptus ex testamento hereditatem non adierit. Cum enim lex hereditatem nemini deferat ab intestato, quamdiu ea ex testamento adiri potest; l. *quamdiu. 39. de acq. her.* hic jam tractationi propositæ locus sit, utrum cum queritur, an ut quis tanquam suus hæres succedere possit, inspiciendum sit tempus mortis testatoris, quo adhuc sua vis testamento constat, an tempus testamenti deserti, ut sufficiat vel eo tempore suum esse, quo hereditas ab intestato decesseri seu certum esse incipit, defunctum intestatum decessisse, neminemque ei ex testamento heredem fore: quod posterius placuit, l. 1. §. *sciendum. 8. de suis & legit. l. 6. in pr. vers. plano. de injust. rupt. l. 7. unde lib. & hoc text.* Hinc ergo interdum evenit, ut suus hæres existat, qui eo tempore, quo is, de cujus hereditate agitur, decessit, suus hæres non erat. Quæ res uno exemplo hic declaratur, videlicet si paterfam. testamento facto decesserit, exheredato filio, ex quo ei nepos erat, & post exheredati mortem contingat institutum heredem non esse: hoc enim casu nepotem avo suum heredem existere: quo exemplo etiam utitur Ulpian. d. l. 1. §. *sciendum. de suis & legit.* & Papinian. d. l. 7. *unde lib.* Aliud & simile

& simile habemus apud Theophilum, si filius exheredatus, extraneo sub conditione instituto, pendente conditione decesserit, & postea defecerit conditio. Ulpianus d. l. 1. §. sciendum. etiam exemplum affert in filio sub conditione, quæ fuit in arbitrio ipsius, instituto, & mortuo non impleta conditione. In legitima quoque agnatorum successione hujus quæstionis usus est, cum disputatur, quo tempore spectanda proximitas, §. proximus. 6. seq. tit.

*Quod accidit & desituro testamento.* Id est, cum ex testamento nemo hæres extiterit, vel quia hæres institutus hæres esse noluit, vel quia non potuit, ut statim sequitur: quæ desituro ex eo tempore patremfam. tam intestatum facit, quam si aut nullo facto testamento, aut eo, quod factum erat, ante mortem evacuato decessisset, *sup. impr. eod. d. l. 1. de suis & leg. her. l. 1. de injust. rupt. test.*

3 *Si filius exheredatus, & extraneus hæres institutus, & filio mortuo* ] Ait exheredatus; nam ut valeat testamentum, quo filius ipse non instituitur, exheredatum eum nominatim esse oportet, *l. prope. de lib. & post. sup. de exher. lib. in pr.* Ait filio mortuo, deliberante fortè hærede instituto, d. l. 1. §. sciendum. de suis & leg. her. d. l. 7. unde liberi. Necessè autem est, ut quæstioni locus sit, filium medio tempore decessisse; alioqui ipse deserto testamento suus hæres patri existet, *l. filium. 20. de bon. poss. cont. tab.* Hinc colligunt, per exheredationem non tolli jus familiaræ: & rectè, alioqui ipse nepos prorsus patris locum occuparet, atque ipso statim jure everteret testamentum avi, *vid. nostra ad §. non solum. 4. sup. de pup. subst.*

*Aur quis non potuit* ] Puta quod antequam hæreditatem adiret, mortuus sit, aut cum sub conditione hæres institutus esset, conditio defecerit. Adeunte igitur extraneo manet sepultum jus nepotis.

*Nepos suus hæres existet* ] Nec obstat nepoti, quod filius exheredatus patri suo superstes fuit: quia filio non est delata hæreditas: quæ ratio redditur in d. l. 1. §. sciendum. de suis & leg. significatur in l. 6. pr. vers. plane. de injust. rupt. & d. l. 7. unde lib. ac simul removet, quod objici posset, quanquam ejusdem potestatis est, in suis hæredibus successionem non esse, videlicet quia isti regulæ tunc locus est, quando quæstio est de nepote, ut suo hærede admittendo post delatam filio hæreditatem, d. l. 1. §. sciendum. An jure civili hodierno in descendentibus locus sit edito successorio, difficilis & intricata quæstio est, quæ fuse tractatur à *Barr. Bald. Salic. Castr. in l. 3. C. unde liberi.*

### T E X T U S.

De nato post mortem avi, vel adoptato à filio emancipato.

8. *Et licet post mortem avi natus sit, tamen avo vivo conceptus, mortuo patre ejus, posteaque deserto avi testamento, suus hæres efficitur. Plane si & conceptus & natus fuerit post mortem avi, mortuo patre suo, desertoque postea avi testamento, suus hæres avo non existet: quia nullo jure cognationis patrem sui patris attingit. Sed*

*nec ille est inter liberos avi, quem filius emancipatus adoptavit. Hi autem cum non sint sui (quantum ad hæreditatem) liberi, neque bonorum possessionem petere possunt, quasi proximi cognati. Hæc de suis hæredibus.*

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

1. *Species, & cur in ea filius non obstat nepoti, aut nepos non rumpat.*
2. *Conceptus & natus post mortem avi huc non pertinere, & quare.*
3. *De adoptato à filio emancipato.*
4. *Amplius de concepto & nato post mortem avi.*

**P**ost mortem avi natus, tamen vivo conceptus ] Aliud exemplum ad præcedentem tractationem pertinens, & quandam continens amplificationem; nempe si quis filio exheredato nuru prægnante decesserit, & filio deinde mortuo antequam partus ederetur, hæres institutus omiserit hæreditatem. Hic quoniam qui in utero sunt, cum de commodo eorum agitur, pro jam natis habentur; *l. 7. l. pen. de stat. hom. l. 7. de suis & legis.* placet hunc nepotem, licet natum post avi mortem, non minus quam si ante natus fuisset, avo suo ab intestato hæredem fore: neque magis obstat nepoti filium, quam in casu præcedenti, propter eandem rationem, quia filio non est delata hæreditas, ut qui mortuus sit eo tempore, quo adhuc ex testamento adiri poterat. Cur vero hic nepos posthumus non rumpit agnascendo? Nimirum quia agnascendo is solus rumpit, quem tempore mortis nemo præcedebat. Hæc ad hunc ferme modum Jurisconsultus in l. 6. pr. vers. plane. de injust. rupt.

*Plane si & conceptus & natus* ] Quod dictum est §. 2. præc. nepotem avo suo hæredem existere posse, qui tempore mortis suus non erat, modo solus invenitur tempore desituro testamento, hoc nunc sic restringit, ut dicat, id locum habere, cum tempore mortis nepos jam in rebus humanis fuit, aut saltem vivo avo conceptus. Cum Ulp. in l. 1. §. sciendum. de suis & leg. De nepote vero concepto post avi mortem ait, hunc nepotem, mortuo patre suo, non posse deserto testamento suum hæredem avo existere. Et addit rationem; Quia nullo jure cognationis patrem sui patris attingit. Ratio generalis, ex qua consequitur, nec posse eum ullo alio jure succedere, neque ut nepotem, neque ut cognatum ad bonorum possessionem admitti: quod etiam in calce expressum est, & pluribus locis apertissime traditum. Sed de eo videbimus postea.

*Quem filius emancipatus adoptavit* ] Quem filius meus emancipatus adoptavit, nepos meus non est, *l. 26. de adop.* ratio perspicua est, quia per emancipationem filius agnatus esse desit; & ita jus constitutum est, ut adoptati histantum, quibus agnascuntur, cognati fiant, *l. 23. eod. tit.* ut mirum non sit, mortuo filio emancipato non posse adoptivum illum vel tanquam suum vel tanquam inter liberos hæreditatem vel bonorum possessionem petere. Unde putaverit aliquis, hoc exemplum positum esse loco alieno. Sed videtur Justinianus qualiqua similitudine illustrare voluisse, quod dixerat de nepote concepto post mortem avi.

*Cum non sint sui* ] Vocem suus delendam esse Con-tius & Hotomannus existimant, propterea quod ante dixit,

dixit, ne cognatos quidem esse, nedum liberos. Sed non placet nimia ista scrupulositas in examinandis verbis conditorum juris. Et cur vero vox ista retineri non possit? Per occasionem duntaxat, ut probet suos non esse, ne cognatos quidem esse ait: cæterum tota disputatio ex professo de suis hæredibus instituta est, ut ipse Justinianus testatur in extremo hujus §.

*Quantum ad hæreditatem*] Recte quantum ad hæreditatem: nam in aliis rebus, puta privilegiis, causis prohibendarum nuptiarum, jure patronatus, nepotes etiam post mortem avi concepti pro liberis habentur; & sunt sane sanguine conjuncti omnibus, qui avo fuerunt, aut ab eo descendunt, l. 1. §. pen. de suis & legit. Quod succedat in jus patronatus, docet Paul. l. Paulus. 47. §. 3. de bon. libert. quo argumento admitti videntur & ad feuda, ad emphyteusin acceptam pro descendentibus, item ad jus retractus. D. Tuld. comm. hic. cap. 4.

*Neque bonorum possessionem potera quasi proximi cognati*] Sicut is qui post mortem avi concipitur, non vocatur ad legitimam avi hæreditatem tanquam suus hæres, ita nec bonorum possessionem tanquam cognatus accipere potest: quia ut lex duodecim tabularum cum vocat ad hæreditatem, qui morientē eo, de cujus bonis agitur, in rerum natura fuit, quo in numero etiam habetur qui vivo eo est conceptus; ita prætor proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur his, qui defuncto mortis tempore cognati fuerunt, l. 6. cum 2. seqq. de suis & legit. l. 6. in pr. vers. plane. de injus. rups. l. 1. §. si quis. 8. unde cogn. Quare quod dictum supra est, nepotem, qui tempore deserti testamenti solus & proximus invenitur, avo suum hæredem existere, hoc sic est intelligendum, si & remoto mortis tempore obstaculo, aut testamento non factō, & nemine eum tunc præcedentē statim jus succedendi habuisset; quod habere non potest, qui moriente avo in rebus humanis non est. Quod vero nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, id Julianus scribit non proprie, sed per abusivam, vel potius *ἀναφορῶς*, accidere, l. 8. de suis & leg. har. Pileus, ut refert Accursius hic, putavit, nunc etiam posse hunc nepotem suo jure succedere, ex Nov. 118. c. 1. sed contraria Joannis sententia pluribus probata est testibus Joann. Fabr. & Angel. hic. Sane d. Nov. nihil juvat opinionem Pilei, utpote qua tantum tollitur differentia sexus, gradus & potestatis, add. Bachov. in Treutl. vol. 2. Disp. 16. sbef. 1. D. Tuld. in tit. C. de suis & legit. n. 4. & d. c. 4. ad hunc tit. ubi tamen fatendum esse ait proposito Justiniani, qui omnia in hac successione ad simplicitatem nature redigere studet, maxime consentaneum esse, ut hoc quoque emendatum voluerit: cæterum cum id expresse non fecerit hujusmodi casu eveniente, opus esse remedio principali per l. 2. de reb. eor. qui sub tus.

TEXTUS.

De liberis emancipatis.

9. *Emancipati autem liberi jure civili nihil juris habent: neque enim sui hæredes sunt, qui in potestate morientis esse deserunt, neque ullo alio jure per legem duodecim tabularum vocantur. Sed prætor naturali aequitate motus, dat eis*

*bonorum possessionem unde liberi, perinde ac si in potestate parentis tempore mortis fuissent: sive soli sint, sive cum suis hæredibus concurrant. Itaque duobus liberis existentibus, emancipato uno, & eo, qui tempore mortis in potestate fuerit, sane quidem is qui in potestate fuit, solus jure civili hæres est, & solus suus hæres: sed cum emancipatus, beneficium prætoris in partem admittitur, evenit, ut suus hæres pro parte hæres fiat.*

NOTÆ.

9. *Jure civili nihil juris*] Emancipatio & sui hæredis & agnationis jus adimit, l. 11. de suis & leg. l. 1. §. 8. ad SC. Tertull. leg. 7. de cap. min.

*Prætor naturali aequitate motus*] Quia nihilominus liberi manent, naturæ vinculum & jus sanguinis, l. 4. unde lib. & maxime, quia verum nihilominus est, ex masculis eos esse procreatos.

*Bon. possessionem unde liberi*] d. l. 4. & pass. unde liberi. Eadem ratione adductus dat testamento præteritis bonorum possessionem contra tab §. 3. sup. de exh. lib.

COMMENTARIUS.

1. *Qua ratione motus & quo colore prætor emancipatis deferat bonorum possessionem unde liberi.*

**L**iberis emancipatis contingit capitis deminutio, per quam jus agnationis & familiæ amittunt, ut latè docetur lib. 1. Proinde cum nec sui hæredes sint, qui in potestate esse deserunt, nec agnati propter mutationem familiæ; vetus legitima hæreditas, quæ lege 12. tabularum suis duntaxat hæredibus, & post hos agnatis deferitur, ad eos non pertinet, l. 11. de suis & legit. l. 1. §. capitis. 8. ad sen. Tertull. l. 7. de cap. minus. Cæterum quia nihilominus liberi manent, quia manet naturæ vinculum & jus sanguinis, l. 4. unde lib. l. 8. de reg. jur. & maxime quia nihilominus verum est ex masculis eos esse procreatos, prætor his succurrit, rescinditque capitis deminutionem, ut loquitur Jurisconsultus l. 6. §. 1. in fin. de bon. poss. hoc est, perinde emancipatos vocat, ac si capite minuti non essent, vique ipsa restituit iis jus suorum hæredum, dum eis desert bonorum possessionem unde liberi, atque in partem bonorum paternorum una cum suis hæredibus admittit. Sic & in ordinatione testamenti, eadem ratione adductus prætor, quod jus civile in suis tantum hæredibus requirebat, jussit liberos emancipatos vel hæredes institui vel exhæredari, data præteritis bonorum possessione contra tabulas, §. emancipatos. sup. de exh. lib.

*Neque ullo alio jure*] Lex duodecim tab. ad legitimam hæreditatem vocabat alios jure suicitatis, alios jure agnationis, alios jure patronatus. Quod ergo ait, liberos emancipatos neque suos hæredes esse, neque alio jure à lege vocari, planum ac perspicuum sensum habet, nec jure agnationis eos vocari, nec jure patronatus, quo vocantur patrono mortuo liberi ejus ad legitimam hæreditatem liberti, inf. de succ. libert. ac proinde nodum in scirpo quærit Hotomannus, dum pro his verbis per legem duodecim tab. legendum existimat præter legem, &c.

*Bonorum possessionem unde liberi* ] l. 4. & passim. si tab. test. null. extr. unde liberi. §. 1. inf. de bon. poss. Ceterum si quæ propria habent, his, qui in potestate manferunt, conferre debent, l. 20. §. 1. contr. tab. l. 9. l. 18. C. de collat. Ulp. lib. 2. instit. apud Rufin. tit. de legis. success. Unde liberi autem dicimus præcise, pro, ex ea parte edicti, unde liberi vocantur, quod in cæteris quoque bonorum possessionibus usuvenit. Sic dicitur bonorum possessio unde legitimi, item unde cognati, & unde vir & uxor, d. §. 1. & seq. inf. de bon. poss.

*In partem admittitur* ] Dimidiam scilicet: eis τὸ ἕμιον. Theoph. Nam emancipati apud prætorem sunt loco suorum hæredum, tit. seq. in pr. d. §. 1. de bon. poss. & expressè scribit Justinianus l. ult. §. 1. C. de legis. her. filium emancipatum in patris successionem sine ulla deminutione à prætore vocari. Hæc autem bonorum possessio etiam suis hæredibus ex abundanti proposita, d. §. 1. inf. de bonor. possess. l. 1. §. 6. unde liberi. Jure novissimo, etiam jure civili, emancipati succedunt. Nov. 118. cap. 1.

## TEXTUS.

Si emancipatus se dederit in adoptionem.

10. *At hi, qui emancipati à parente in adoptionem se dederunt, non admittuntur ad bona naturalis patris quasi liberi, si modo cum is moreretur, in adoptiva familia fuerint. Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur ad bona naturalis patris, ac si emancipati ab ipso essent, nec unquam in adoptiva familia fuissent. Et convenienter quod ad adoptivum patrem pertinet, extraneorum loco esse incipiunt. Post mortem vero naturalis patris emancipati ab adoptivo patre, & quantum ad hunc adoptivum patrem pertinet, æque extraneorum loco fiunt, & quantum ad naturalis patris bona pertinet, nihilo magis liberorum gradum nanciscuntur. Quod ideo sic placuit; quia iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi, ad quos bona naturalis patris pertineant, utrum ad liberos ejus, an ad agnatos.*

## NOTÆ.

10. *Non admittuntur* ] Quia alium hi patrem habent, cui sui hæredes sunt jure civili, l. pen. C. de adopt.

## COMMENTARIUS.

1. *Cnr ad bonorum possessionem unde liberi non vocentur, qui à patre emancipati se adrogandos dederunt.*
2. *Cnr ab adrogatione emancipati vivo patre naturali, jus liberorum recuperent, secus si post mortem ejus: & quid hic respectu patris adoptivi.*

Quod dictum fuit, liberos emancipatos beneficio prætoris vocari ad bonorum possessionem unde li-

beri, id hic locus docet non esse perpetuum, & primum non pertinere ad eos, qui à patre emancipati se adrogandos dederunt, & quo tempore pater naturalis moritur, adhuc sunt in potestate & familia patris adoptivi, fac. l. ult. unde liberi. Deinde non pertinere omnino ad emancipatos à patre adoptivo, cum de illius successione quaeritur: quæ mox seqq. §§. plenius declarantur.

*In adoptionem* ] Manifestum est, verbo generali significari hoc loco speciem adoptionis, quæ adrogatio dicitur: quippe quæ sola eorum est, qui sunt sui juris, §. 1. sup. de adopt.

*Non admittuntur* ] L. 4. unde lib. Etenim prætori hoc solum propositum fuit, ut succurreret emancipatis, quæ tales sunt, idque ratione quadam commiserationis, quæ in iis cessat, qui se dederunt in adrogationem, aliumque sibi patrem quæsierunt, dum his satis consultum in familia adoptiva, in qua jus suorum hæredum & agnationis nanciscuntur. Adhæc prætor emancipatos vocat inter suos hæredes; & tanquam suos, tit. seq. in pr. l. 6, §. 1. de bonor. possess. ratio autem non patitur, ut quis jus sui hæredis habeat in duabus familiis.

*Quasi liberi* ] Id est, ex ea edicti parte, qua prætor ad successionem ab intestato liberos vocat. Quod ideo expressit; quia etsi non admittuntur, ut liberi, admittuntur tamen alia parte edicti, qua scilicet vocantur cognati, §. admonendi. 13. inf. Illud satis constat, inter legitimos eos non admitti, quia jus agnationis per capitis deminutionem extinctum est.

*Nam vivo eo emancipati ab adoptivo patre perinde admittuntur* ] Si liberi naturales emancipati & adoptati iterum emancipati sint, prætor ex humanitate his restituit jus naturale liberorum, quod ademerat adrogatio, perindeque eos admittit ad bonorum possessionem patris naturalis, ac si semper sui juris mansissent, l. 4. unde lib. scilicet quia alioqui foret, ut spe omni desituerentur, atque excluderentur & à patris naturalis successionem & adoptivi.

*Quod ad patrem adoptivum pertinet, extraneorum loco* ] Jura enim adoptionis in totum dissolvuntur emancipatione, ita ut & nomen liberorum emancipati à patre adoptivo amittant, & pater adoptivus post emancipationem pater esse desinat, l. 1. §. liberos. 6. l. 4. unde lib. l. 2. §. objicitur. 15. ad Torzyl. denique nullum fere ex pristino jure retineatur vestigium, l. 13. de adopt. Particula (fere) eo loco addita à Jurisconsulto, propterea quod filiam quondam adoptivam uxorem habere non possum, l. quin etiam. 55. de ris. nupt.

*Post mortem patris naturalis* ] In bonis patris adoptivi nihil juris habent, si ante, sive post mortem patris naturalis ab adrogatione emancipati fuerint. Quod vero attinet ad successionem patris naturalis, interest, emancipati sint vivo adhuc patre, an post mortem ejus: nam priori casu jus liberorum per adrogationem amissum beneficio prætoris recuperant; posteriore casu non item, sed tertio demum loco invitantur ad bonorum possessionem unde cognati, §. 13. inf. eod.

*Iniquum erat, esse in potestate patris adoptivi* ] Ratio cur ab adrogatione emancipati post mortem patris naturalis liberorum gradum non consequantur; ne alioqui in potestate adrogatoris sit, utri ad successionem ab intestato veniant, liberine, an agnati: quippe qui facere possent, ut succederet agnatus proximus non emancipando,

ut



ut non succederet, emancipando; atque ita jus hæreditatis ex alieno penderet arbitrio: quod regulæ juris non admittunt, l. illa infisusio. 32. de her. inf. Sed longius ista *analogia* petita est. Commodius hæc afferri poterat, ne jam delata aut quæ sita aliis liberis aut agnatis hæreditas ex postfacto & accidenti auferatur: neque ulla hic fit injuria liberis, utpote qui & ultro se in adoptionem dederunt postquam à patre naturali emancipati fuere, & volentes iterum sunt emancipati à patre adoptivo.

TEXTUS.

Collatio filiorum naturalium & adoptivorum.

11. Minus ergo juris habent adoptivi filii, quam naturales. Namque naturales emancipati beneficio prætoris gradum liberorum retinent, licet jure civili perdant. Adoptivi vero emancipati & jure civili perdunt gradum liberorum, & à prætore non admittuntur: & rectè. Naturalia enim jura civilis ratio perimere non potest; nec quia desinant sui hæredes esse, possunt desinere filii filive, nepotes nepteseve esse. Adoptivi vero emancipati extraneorum loco incipiunt esse: quia jus nomenque filii filive, quod per adoptionem consecuti sunt, alia civilis ratione, id est, emancipatione, perdunt.

COMMENTARIUS.

**H**ic locus continet antithesin liberorum emancipatorum naturalium & adoptivorum, cujus explicatio petenda ex iis, quæ dicta sunt sub §§. præc. 9. & 10. Summa hæc est; liberis naturales emancipatos jus liberorum & successione ab intestato, quod amittunt jure civili, retinere jure prætorio: emancipatos vero ex adoptione nec à prætore liberorum numero haberi, ullo modo vocari ad successionem quondam adoptivi patris. Ratio, quia illi, etsi sui hæredes esse desinant, quod nomen civile est, non tamen desinant esse liberi natura: hi plane extranei fiunt, jusque, & nomen liberorum adoptione quæsitum, emancipatione perdunt, l. 1. §. liberos. 6. l. 4. unde lib. Regula, Civilis ratio civilia jura perimere, &c. plenissime à nobis explicata est sub §. ult. de leg. agn. sur. & §. pen. de cap. dom.

TEXTUS.

De bonorum possessione contra Tabulas.

12. Eadem hac observantur & in ea bonorum possessione, quam contra tabulas testamenti parentis liberis præteritis, id est, neque hæredibus institutis, neque, ut oportet, exheredatis, prætor pollicetur. Nam eos quidem, qui in potestate mortis tempore fuerint, & emancipatos, vocat prætor ad eandem bonorum possessionem; eos vero, qui in adoptiva familia fuerint per hoc tempus, quo

naturalis parens moreretur, repellit. Item adoptivos liberis emancipatos ab adoptivo patre, sicut nec ab intestato, ita longe minus contra tabulas testamenti, ad bona ejus admittit: quia desinant in numero liberorum ejus esse.

NOTA.

12. Et in ea bon. possessione] Non solum sc. in causa successione ab intestato. Th.

Eos, qui in potestate & emancipatos] Suis hæredibus præteritis ex abundanti hoc beneficium datum, l. 1. pr. cont. tab. quemadmodum & bonorum possessio, unde liberi & suis & emancipatis pariter proposita. l. 1. §. 6. und. lib.

COMMENTARIUS.

1. Etiam suis hæredibus propositam bonorum possessionem contra tabulas.
2. Communia utriusque bonorum possessionis.
3. Difficilius quem admitti ad bonorum possessionem contra tabulas, quam ab intestato.

**P**rætor non tantum in causa successione ab intestato liberis emancipatis succurrit, data iis bonorum possessione unde liberi: verum etiam testamento facto pollicetur præteritis bonorum possessionem contra tabulas: quæ bonorum possessio cum præcedenti illa tribus in rebus hoc loco comparatur.

Neque ut oportet exheredatis] Non enim quævis exhereditatio summovet liberis à bonorum possessione contra tabulas; sed quæ rite facta est: quæ vitiose, pro præteritione habetur, l. 8. §. 2. de bon. poss. cont. tab. §. 3. sup. de exhered. lib. Incautè D. Tuldenus inf. tit. de bon. poss. c. 5. pro non recto aut vitiose, dixit, inique. Nam qui dicunt inique se exheredatos, certum est, iis nullum remedium superesse, præter querelam inofficiosi testamenti. Eodem autem modo, quo jure civili testamento facto liberi sui hæredes instituendi sunt, aut exheredandi, filii scilicet nominatim, filix & nepotes saltem inter ceteros, voluit prætor institui aut exheredari etiam emancipatos, eoque neglecto decernit eis bonorum possessionem contra tabulas testamenti, §. emancipatos. sup. de exher. lib.

Eos, qui in potestate] Sive naturales sive adoptivos, l. 1. in pr. cont. tab. Licet enim bonorum possessio contra tabulas potissimum comparata sit emancipatorum gratia, quippe qui exheredati aliud remedium non habebant: eadem tamen & in potestate constitutis sive suis hæredibus proposita, si neque instituti neque exheredati sunt, d. l. 1. in pr. quamvis horum præteritione testamentum vitietur, nulliusque momenti jure civili sit, l. 1. de injust. rupt. test. ut proinde ex abundanti hæc illis beneficium tribuatur, fac. l. 2. C. eod. tit.

Vocat ad eandem possess.] Sequuntur nunc comparationes utriusque remedii à similibus. Prima similitudo in eo est, quod ut bonorum possessio unde liberi & suis & emancipatis pariter proposita est, ita & hæc bonorum possessio contra tabulas, d. l. 1. in pr. junct. §. 6. cont. tab. Secunda, quod sicut illa ab intestato non datur liberis, qui tempore mortis patris naturalis in aliena familia sunt, ita nec hæc eis datur contra illius tabulas: & eandem scilicet ob causam, quia alium patrem habent,

cui sui hæredes sunt jure civili, *l. pen. non procul à pr. C. de adopt.* Tertia, quod quemadmodum illa ab intestato non datur emancipatis à patre adoptivo, ita nec hæc contra tabulas testamenti patris adoptivi; quia non sunt amplius ex liberis, jure adoptionis per emancipationem soluto, *d. l. 1. §. 6. l. 3. §. 2. de bon. poss. cont. tab.*

3. *Ita longe minus contra tab.*] A *trouvé* à minori ad majus & difficilius. Qui non admittitur ad bonorum possessionem ab intestato, is non debet admitti ad bonorum possessionem contra testamentum: illud enim minus est; hoc majus, propter favorem testamenti, cujus rescissio difficulter & non nisi gravi ex causa permittitur. Unde Justinianus, cum iis, qui adoptati sunt ab extraneo, reserret jus succedendi ab intestato: tamen testamento facto præteritos aut exheredatos à successione in totum repellit, *d. l. pen. C. de adopt. §. sed ea. 14. inf. hoc tit.*

## TEXTUS.

## Unde Cognati.

13. *Admonendi tamen sumus, eos, qui in aliena familia sunt, quive post mortem naturalis parentis ab adoptivo patre emancipati fuerint, intestato parente naturali mortuo, licet eâ parte edicti, qua liberi ad bonorum possessionem vocantur, non admittantur, alia tamen parte vocari, scilicet, qua cognati defuncti vocantur. Ex qua ita admittuntur, sineque sui hæredes liberi, neque emancipati obstant, neque agnatus quidem ullus interveniat. Ante enim prætor liberos vocat tam suos hæredes, quam emancipatos, deinde legitimis hæredes, tertio proximos cognatos.*

## NOTÆ.

13. *Ex parte edicti, qua liberi*] Neque ex capite altero unde legitimi. Illud, quia alium patrem jure civili habent: hoc, quia defuerunt esse agnati.

*Qua cognati*] Etenim naturale jus cognitionis fortius est, quam ut per actum civilem adoptionis perimi possit, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. sup. de leg. agn. tut.*

*Neque agnatus ullus*] Nam prætor totum agnatorum ordinem cognatis anteposuit, *l. 1. quis ord. in bon. poss. inf. de success. cogn. in pr.* Hodie autem liberi, de quibus hic agitur, non cognatis tantum, sed agnatis etiam omnibus præferuntur, sublato sc. agnationis & cognitionis discrimine. *Nov. 118. c. 3. & 4.*

## COMMENTARIUS.

1. *Cur ab adrogatione emancipati post mortem patris naturalis admittantur ut cognati, non admittantur ut liberi.*

2. *Hodie vix esse hujus questionis usum.*

**D**eclarat hic Imperator, quomodo accipiendum sit, quod dictum est, liberos, qui emancipati à patre naturali se in adoptionem dederunt, & adhuc, cum is moritur, in adoptiva familia sunt, aut post mortem demum patris ab ea emancipati fuerunt ad bonorum ejus possessionem non admitti: nempe non admitti neque ex capite edicti, quo vocantur liberi, quod ante quoque

obiter monuimus, neque ex capite altero, quo vocantur agnati: sed admitti tamen, tertio scilicet loco in ordine cognatorum, inque eo cæteris cognatis jure proximitatis præponi. Cujus rei ratio hæc est; quia et si jus & nomen liberorum per adoptionem amittunt, & agnati quoque esse desinunt; cognitionis tamen jura in familia patris naturalis semper retinent, utpote fortiora, quam ut per actum civilem adoptionis perimi possint, *l. 1. §. 4. unde cogn. §. ult. sup. de leg. agn. tut.* Cur vero minus liberorum numero, quam cognatorum à prætore habentur, cum utrumque nomen æque naturale sit? Quia absurdum prætori visum est, suorum hæredum loco esse patri naturali eos, qui alium patrem habent, cui sunt sui hæredes jure civili. Nam sciendum est, emancipatos à prætore vocari non simpliciter ut liberos, sed ut suos hæredes, quorum numero eos habet, *tit. seq. in pr.* proinde nomen liberorum propemodum civile esse, non utique vocis sono, sed intellectu juris prætorii. Hodie vix ullus esse videtur hujus §. usus. Nam cum Justinianus discrimen agnationis & cognitionis sustulerit, & cognatos æque ac agnatos ad successionem ab intestato vocaverit secundum gradus cujusque prærogativam; *Nov. 118. cap. 3. & 4.* consequens est, liberos, de quibus hic agitur, non cognatis tantum, sed agnatis etiam omnibus, præferri.

*Post mortem naturalis parentis*] Minime mirum: nam emancipatio hæc potius augere debebat, quam minuere jus illud, quod ut cognati in bonis patris naturalis habebant, cum adhuc essent in familia adoptiva. Sane nisi bonorum possessio patris naturalis deferretur liberis tunc, cum adhuc sunt in familia aliena, non deferretur emancipatis post illius mortem: uti diservimus *sup. §. 10.*

*Nec agnatus ullus*] Nam prætor totum agnatorum ordinem cognatis anteposuit: & ideo licet remotiores sint agnati, cognatis tamen proximioribus præferuntur. Quod ultro videtur prætor dedisse juri civili, quo agnati soli vocantur, cognatis insuper habitis.

*Ante enim prætor liberos, &c.*] Hi sunt tres illi gradus successionum ab intestato, aut potius ordines succedendi, quos prætorem fecisse legitimus. Primus ordo est liberorum five sui hæredes sint, five emancipati. Secundus legitimorum: nam statim post liberos ad bonorum possessionem admittit agnatos. Tertius cognatorum: quos jure civili in totum exclusos vocat, deficientibus agnatis, *l. 1. §. 1. unde lib. l. 1. in pr. quis ord. in bon. poss.*

## TEXTUS.

## Emendatio juris antiqui. De Adoptivis.

14. *Sed ea omnia antiquitati placuerunt: aliquam autem emendationem à nostra constitutione acceperunt, quam super iis personis exposuimus, qua à patribus suis naturalibus in adoptionem aliis dantur. Inveniemus enim nonnullos casus, in quibus filii & naturalium successionem propter adoptionem amittebant, & adoptione facile per emancipationem soluta, ad neutrius patris successionem vocabantur. Hac, solito more, corrigentes, constitui-*

stitutionem scripsimus, per quam desinimus, quando parens naturalis filium suum adoptandum alii dederit, integra omnia jura ita servari, atque si in patris naturalis potestate permansisset, nec penitus adoptio fuisset subsecuta: nisi in hoc tantummodo casu, ut possit ab intestato ad patris adoptivi venire successionem. Testamento autem ab eo facto, neque jure civili, neque pratorio, ex hereditate ejus aliquid persequi potest, neque contra tabulas bonorum possessione agnita, neque inofficiosi querela instituta; cum nec necessitas patri adoptivo imponatur, vel heredem eum instituere, vel ex heredem facere, utpote nullo vinculo naturali copulatum: neque si ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus fuerit adoptatus. Nam & in ejusmodi casu neque quarta ei servatur, neque ulla actio ad ejus persecutionem ei competit. Nostra autem constitutione exceptus est is, quem parens naturalis adoptandum susceperit. Utroque enim jure tam naturali quam legitimo in hanc personam concurrente, pristina jura rati adoptioni servamus: quemadmodum si paterfamilias sese dederit adrogandum; qua specialiter & singulariter ex praefata constitutionis tenore possunt colligi.

## NOTAE.

14. Nostra constitutione] *l. pen. C. de adop. cujus frequens in his libris mentio, §. 2. sup. de adop. §. 8. quib. mod. jure per. pot. §. 5. sup. de ex. lib. §. 1. sup. quib. mod. reb. inf.*

Ab intestato ad patris adoptivi, &c.] Et tanquam suus hæres. At liberis hujus patris adoptivi frater non fit, nec eis succedit; quia jura legitima in familia ejus non consequitur, *d. l. pen. §. 1.* Nec obloquitur sibi Just. cum ait, emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, *d. l. pen. §. 2.* Nam hoc non de jure familiae aut patriæ potestatis intelligi debet; sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

Testamento autem facto] Hinc apparet minus esse, habere jus succedendi ab intestato, quam aut testamentum nullam dicendi, aut evertendi per bonorum possessionem contra tabulas, aut querelam inofficiosi.

Ex tribus maribus] Ita quoque legitur in *d. l. pen. §. 3. C. de adop. & apud Th. Qui sectionem immutant, corrumpunt, non corrigunt locum, add. Cujac. in *l. ult. C. de datur.**

## COMMENTARIUS.

1. Quamvis ratio quam ob causam circa successionem adoptivorum facta à Justiniano.
2. Notatur Bachovii officiosio.
3. Collectiones Tribonianæ minime necessaria.
4. Sabiniano Senatusconsulto quid cautum.
5. Disputationem de successione adoptivorum hodie inutilem esse.

**H**oc §. refertur & inculcatur jus novum, quod à Justiniano circa liberos adoptivos introductum est, *l. pen. C. de adop. & de quo actum sup. de adop. §. 2.* Summa huc redit. Jus vetus ita fuit, ut non tantum qui adrogabantur, in potestatem & familiam patris adoptivi transferrent; verum etiam qui filiosam à patre naturali in adoptionem alii dabantur, sine ulla distinctione jus liberorum & suorum hæredum in familia naturali amitterent; novumque nanciscerentur in familia adoptiva. In adrogatione nihil mutatum, in adoptione non nihil, propter incommmodum, quod ex veteri jure nasci poterat. Igitur in casu filii à patre naturali in adoptionem dati ita Justiniano placuit, ut si datus sit personæ extraneæ (qualis omnis, qui est extra lineam parentum) non transferretur in potestatem & familiam hujus patris adoptivi, sed juris parentis naturalis salvum maneret, retineretque filius in illius familia nomen & jus sui hæredis: & porro quod huic consequens erat, ut impune à patre adoptivo testamentum factum præteriri aut ex heredari possit. Hoc uno tamen ei concessio, ut ab intestato huic patri succedat. Si vero datus sit personæ non extraneæ, sed avo materno putæ, aut nepos post emancipationem patris conceptus & pater avo etiam paterno, jus vetus integrum reliquit sine ulla innovatione.

Quia invenimus nonnullos casus] Usus videtur pluraliter pro singulari. Nam antea duntaxat casus reperitur, quo in adoptionem extraneæ dati & patris naturalis & adoptivi hereditate excideret poterant, vid. si post mortem patris naturalis ex adoptione essent emancipati: cuius etiam solius mentio in *d. l. pen.*

Ut possit ab intestato] Et quidem jure sui hæredis: hoc enim jus discrete hæcenus ei tribuitur *d. l. pen. §. 1. fin.* Atque ita occurrit hic casus singularis, quo is qui in potestate non est, & tantum non extraneus, sui hæredis jus habeat, voceturque ad hereditatem una cum defuncti liberis naturalibus & legitimis. Cæterum voluit Justinianus hanc adoptionem tantum prodesse adoptato ad solam successionem extranei patris adoptivi, non etiam ad consequenda jura legitima in ejus familia *d. l. pen. §. 1.* Quamobrem vix scio quid sibi velit Bachovius, qui pro limitatione hic addendum scribit ex *Nov. 118. c. 3.* concurrere hunc extraneum adoptivum tantum cum liberis ab uno latere conjunctis; quia cum utrinque conjuncti excludant consanguineos & uterinos, multo magis adoptivum excludere debeant, &c. Non puto, Bachovium tam profunde somniasse, ut, quamvis sic loquatur, existimaverit, liberorum quosdam esse ex uno latere conjunctos, quosdam ex utroque, & hos illis, ac proinde & adoptatis in successione parentis ex *d. Nov. præferri*: sed ut apparet ex *d. c. 3.* quod allegat, cogitasse de successione collateralium, & admonere voluisse, in ea successione adoptivos defuncti fratres ex *d. Nov. c. 3.* non plus juris habere posse, quam conjunctos ex uno parente tantum, quibus præferuntur conjuncti utrinque. Credibile quoque est, eum intellexisse liberos adrogatos: nam hi, de quibus hic agimus, liberis extranei adoptatoris fratres non sunt, nec eis succedunt prorsus. Ut ut sit, aut alienum est, quod Bachovius monet, aut fallitur.

Neque jure civili neque jure pratorio] Olim liberi adoptivi omnes, quia transferantur in familiam patris adoptivi, quamdiu in eadem conditione manebant, non minus quam justis nuptiis quæsitæ, hæredes institui aut

exhæredari debebant: præteriti & jure civili testamentum nullum dicere poterant, & jure prætorio contra tabulas bonorum possessionem petere: exhæredari patebat querela inofficiosi testamenti, §. 4. *sup. de exhæred. lib. l. 1. in pr. cons. tab. §. 2. sup. de inoff. test.* quod Justiniani lege mutatum in adoptatis ab extraneo, vel ut consequens ei, quod voluit, eos non transire in adoptivi patris potestatem. Ergo ex d. constitutione impune hi præteriti vel exhæredari possunt, nulloque remedio, siue civili siue prætorio, adversus testamentum adjuvantur, d. l. *pen. C. de adopt.* Non obloquitur sibi Justinianus, cum ait, emancipatione talis filii jura adoptiva dissolvi, l. *pen. §. 2.* hoc enim non de jure familiæ aut patris potestatis intelligi debet, sed de jure succedendi ab intestato, quod solum apud patrem adoptivum habebat.

3 *Cum nec necessitas imponatur patri adoptiva*] Non factis bona collectio; Non est necesse hunc hæredem instituire vel exhæredem facere: ergo nullo remedio contra testamentum uti potest. Nam nec mater nec avus maternus liberos, nec liberi parentes necesse habent hæredes instituire aut exhæredare, qui tamen præteriti aut exhæredati testamentum per querelam inofficiosi impugnant. Sic nec illa confiscatio necessaria est: Non est mihi naturali vinculo copulatus; ergo non est necesse eum hæredem instituire, &c. quasi solo vinculo civili nemo adstringatur ad aliquem hæredem instituendum, &c. quæ tamen vis adhuc hodie est adrogationis, ut in *fin. hujus §.*

4 *Ex Sabiniano Senatusconsulto ex tribus maribus*] Quo Senatusconsulto quantum ex hoc loco conijcere est, cautum fuit, ut qui unum ex tribus alterius liberis maribus adoptasset, quartam partem ei bonorum suorum relinquere cogere, sicut ex constitutione Antonini Pii quarta relinquenda est adrogato impuberi. Ex eodem Senatusconsulto manasse videtur, quod Justinianus commemorat in l. *ult. C. de decur. lib. 10.* ut qui tres mares haberet, si unum ex iis, qui decurio esset, in senatum maximum allegendum curaret, ei curiæ liberationem pareret: quod referendum inter privilegia *mulierum*. Meminit quoque hujus Senatusconsulti Justinianus in d. l. *pen. §. 3. C. de adopt.* Nihil agunt, qui hunc locum vel aliter explicant, ut Connan, 2. *comm. 15.* vel aliter legunt, & pro *tribus maribus*, ut etiam legitur apud Theophil. substituunt *tribus maribus*, ut *Alciat. 4. parerg. 3. tribus mancipationibus*, ut *Ravard, c. 6. de aut. prud. add. Cujac. in d. l. ult. C. de decur. Gothofr. ad d. l. pen. §. 3. C. de adopt.*

5 *Prisina jura salsi adoptionis servamus*] Propterea quod hoc casu concurrente naturali vinculo cum civili, cessat metus superioris incommodi, ne scilicet adoptatus ab utriusque patris successione aliquando excludatur; qui sensus est d. l. *pen.* Jus vetus adoptionis plane nunc excoluit: neque enim adoptati aut liberorum aut agnatorum aut cognatorum jure hodie censentur, sed tantum pro alumnis sunt: ut proinde tota disputatio de successione liberorum adoptivorum hodie sit inutilis; videbis quæ *sup. tit. de adopt.*

## T E X T U S.

## De descendibus ex fœminis.

15. *Item vetustas ex masculis progenitos plus diligens, solos nepotes vel neptes, qui quæve ex virili sexu descendunt, ad suorum vocabat successionem, & jure agnatorum eos anteponebat: nepotes autem, qui ex filiabus nati sunt, & pronepotes, qui ex neptibus, cognatorum loco commemerans, post agnatorum lineam eos vocabat, tam in avi vel proavi materni, quam in avia vel proavia, siue paterna siue materna successionem. Divi autem Principes non passi sunt talem contra naturam injuriam sine competenti emendatione relinquere: sed cum nepotis & pronepotis nomen commune sit utrisque, tam qui ex masculis, quam qui ex fœminis descendunt, ideo eundem gradum & ordinem successionis eis donaverunt. Sed ut amplius aliquid sit eis, qui non solum natura, sed etiam veteris juris suffragiis manumuntur, portionem nepotum vel neptum, vel deinceps, (de quibus supra diximus) paulè minuendam esse existimaverunt; ut minus tertia parte acciperent, quam mater eorum, vel avia, fuerat acceptura, vel pater eorum, vel avus paternus siue maternus, quando fœmina mortua sit, cujus de hereditate agitur: isque licet soli sint, advenitibus, agnatos minime vocabant. Et quemadmodum lex duodecim tabularum, filio mortuo, nepotes vel neptes; pronepotes vel proneptes, in locum patris sui ad successionem avi sui vocat: ita & principalis dispositio in locum matris suæ vel avia eos cum jam designata partis tertia deminutione vocat. Sed nos, cum adhuc dubitatio maneret inter agnatos & memoratos nepotes, quartam partem substantiæ defuncti agnatis sibi vindicantibus ex cujusdam constitutionis auctoritate, memoratam quidem constitutionem à nostro Codice segregavimus, neque inseri eam ex Theodosiano Codice in eo concessimus. Nostra autem constitutione promulgata, toti juri ejus derogatum est: & sancimus talibus nepotibus ex filia, vel pronepotibus ex neptes vel deinceps superstitis, ad agnatos nullam partem mortui successionis sibi vindicare: ne hi qui ex transversa linea veniunt, potiores his habeantur, qui recto jure descendunt. Quam constitutionem nostram obtinere secundum sui vigorem & tempora & nunc sancimus: ita tamen ut quemadmodum*

dum inter filios & nepotes ex filio antiquitas statuit, non in capita, sed in stirpes dividit hereditatem, similiter nos inter filios & nepotes ex filia distributionem fieri jubeamus, vel inter omnes nepotes & neptes, & inter pronepotes vel proneptes, & alias deinceps personas; ut utraque progenies matris vel patris, avia vel avi portionem sine ulla deminutione consequatur: ut si forte unus vel duo ex una parte, ex altera tres aut quatuor extent; unus aut duo dimidiam, alteri tres aut quatuor alteram dimidiam hereditatis habeant.

NOTÆ.

15. Item *vetustas*] Intelligit tum legem 12. tabb. tum jus prætorium: nam & prætor nepotes, &c. ex sexu muliebri demum vocabat in cognatorum ordine, post lineam agnatorum.

*Quam mater eorum*] Ex. ca. Titius decessit relicto filio, & ex filia præmorta nepote: hic filius, quia juvatur prærogativa legis 12. tabb. aut si emancipatus est, suffragatione juris prætorii, bessellem hereditatis ex d. constitutione feret, nepos trientem reliquum, id est, tertia parte minus, quam mater latura fuisset.

*Vel avia*] Hic ponendum thema, quo queritur, de hereditate proavi materni inter filium & pronepötém natum ex nepte prognata ex filio aut filia.

*Vel pater eorum*] Adde *vel mater*. v. c. Titia decessit relicto filio aut filia, & nepote neptive ex filio filiave demortuis. Hic quia filio aut filia suffragatur SC. Orfici- num *inf. tit. 4. pr. & §. 1.* nepos neptive ex d. constitutione non aliter admittuntur, quam cum deminutione tertie partis.

*Quartam partem substantia*] Hanc quartam agnati sibi vindicabant, nepotibus ex filia solis existentibus, non quando concurrerant cum munitis suffragio juris veteris: memorati Principes quandam Falcidiam vocant.

*Sed in stirpes*] Ut in locum parentum veniant, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu.

*Sine ulla deminutione*] Quartæ scilicet agnatorum, quando non concurrunt liberi primi gradus aut nepotes ex sexu virili: nam tertie deductio tributam iis, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, intactam reliquit, *l. ult. C. de suis & leg. lib.* ad quam hic se refert. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio. *Nov. 118. c. 1.*

COMMENTARIUS.

1. Qui descendentium lege 12. tabb. & à prætore ad successione[m] intestati vocentur.
2. Jure veteris derogatio qua ratione, & an sufficienti nitatur.
3. Planius & plenius, quam vulgo, explicatur quatenus per l. 4. C. Theod. de legit. hered. veteri juri derogatum.
4. Quid insuper detractum, quid adjectum constitutione Justiniani l. ult. C. de suis & leg. lib.
5. Cantiancula & Mynsingeri error.

**H**æc pars est hujus tituli postrema, in qua primum repetuntur ex vetusto jure differentie circa succes-

sionem descendentium ex masculis & foeminis: deinde ostenditur, quantum his differentiis detractum & de antiquo jure derogatum sit constitutione recentiorum principum, & postremo Justiniani. Locus est obscurus & ænigmaticus, à paucis intellectus, & ab his, qui eum intellexisse videntur, ita explicatus; ut tamen aliquid amplius desideres, & plus lucis. Plenius ergo & planius, si potero, rem totam explicabo.

*Item vetustas*] Intelligit tum legem duodecim tabularum, tum jus prætorium. Falluntur enim, qui putant; legem duodecim tabularum ad hereditatem ab intestato vocasse tam natos ex filiabus, quam ex filiis, totumque illud discrimen, quod hic refertur, adscribant medice jurisprudentiæ, inter quos Myns. Cantianc. & Giphanius. Etenim palam est, lege duodecim tabb. ex descendentibus eos solos ad hereditatem vocari, qui sunt sui hæredes, atque his deficientibus ex transversa linea solos agnatos: eos vero qui tantum cognati essent, jus successione ab intestato nullum ex ea lege habuisse: Nimirum Decemviri, ut dignitati & propagationi familiarum consulere, ad eos solum successione[m] pertinere voluerunt, qui essent ejusdem gentis & familie. Quare cum nepotes ex filia non sint sui hæredes avo materno, sed patri, in cujus sunt potestate; & foemina non suam aut patris, sed alienam, in quam nubit, familiam propaget; *l. 195. §. ult. de verb. sign.* non poterant hi nepotes ad successione[m] avi materni ullo modo venire; excludebanturque non tantum à filiis & filiabus defuncti, ab iisve, qui ex filiis essent progeniti; verum etiam ab agnatis ejus. Denique prætor emancipatos duntaxat inter suos vocabat, ut masculorum quoque progeniem: hoc autem nepotes, & ceteros ex sexu muliebri demum post lineam agnatorum, in tertio scilicet ordine, qui cognatorum est.

*Quam avia vel proavia: sive paterna sive materna*] In avia aut proavia paternæ successione nihil plus juris nepotes aut pronepotes ex lege 12. tabb. habeant, quam habent in successione avi proavive, avia, proavive maternorum: non enim magis avia aut proavia paternæ sui hæredes aut agnati sunt, quam avo aut proavo materno, &c. cum nec filius matri ut, ob eamque causam nec ipse matri ex lege succedat; nec à prætore in primo ordine vocetur. Filii tamen aut filia[m] mentionem non facit: quia his matris legitima hereditas pridem delata fuerat Senatusconsulto Orficiano, non avia nepotibus, *inf. tit. 4.* & ideo rectè ait, nepotes pronepotesve atavia & proavia successione[m] à prætore admissos fuisse demum in linea cognatorum, quia nec post illud Senatusconsultum jus liberorum in ea successione habebant.

*Divi autem Principes non passi sunt, &c.*] Sequitur jam derogatio juris antiqui, quæ auctores habet Valentinianum, Theodosium & Arcadium, *l. 4. C. Theod. de legit. her.* quam parte aliqua mutilatam in Codice sum retulit Justinianus *l. 9. C. de suis & leg. lib.* Justitia derogationis duplici ratione commendatur. 1. quia inæqualitas illa juris inter descendentes ex masculis & foeminis injuriosa in ipsam naturam; quomodo alibi naturæ accusatores appellat, qui differentiam inducunt inter masculos & foeminas, *l. 4. C. de lib. præ.* 2. quia nomen nepotum & pronepotum omnibus commune, & tam iis, qui ex foeminis, quam qui ex maribus progeniti sunt, conveniens. Quarum tamen rationum, si liberè dicendum

dum est, altera vera non videtur, altera minimè sufficiens. Nam quæ injuria est in naturam, si is, qui jus percipiendarum hæreditatum in sua familia habet, ut suus, aut agnatus, non admittatur eodem jure in familia aliena, ne duabus in familiis simul regnum teneat? Deinde si contra naturam non est, hoc proficere, ut ne familiæ splendor ac dignitas minuatutur aut pereat; sed consentaneum etiam juri gentium legibusque plurimarum bene ordinarum civitatum, dare operam, ut partæ testæ familiæ conserventur; non potest à ratione naturali alienum videri, si masculi potius atque ex masculis descendentes, propagatores & columnæ familiarum, quam foeminae, in quibus familiæ intereunt, ad hæreditatem vocentur: quod & ipsum diligenter cautum reperitur legibus Mosais. Num. 27. 8. Vid. Philon. de vit. Mos. 3. Hinc jam sponte intelligitur, quam ficulneum argumentum sit alterum, quod à communione petitur nominis, ad inducendam juris æqualitatem inter eos, quos tam insignis consideratio disjungit. Sed videamus quid placitum Græcis Principibus.

3. *Eundem ordinem & gradum successiois*] Donaverunt Imperatores eundem gradum successiois nepotibus & pronepotibus, de quibus hic sermo est, quem habent illi, qui succedunt ex lege duodecim tabularum, & qui vocantur à prætoribus: hoc est; voluerunt ex foeminis prognatos non minus jus liberorum & successiois ab intestato habere, quam prognati ex masculis, ut sui hæredes habent ex lege 12. tabb. & liberi emancipati ex edicto prætoris unde liberi, ut cum his in successione concurrant. Addo, ut sequentia minore negotio percipiatur, ut concurrant etiam cum liberis primi gradus, patris scilicet & avunculis suis, in successione avix, quos jam temporibus Marci agnatis in successione matris præposuerat Senatusconsultum Orficianum. Cæterum portio horum nepotum aliquantum memoratorum Principum constitutione minuta fuit, ut mox audiemus.

*Veteris juris suffragiis munitur*] Jus vetus hic accipere debemus tum legem duodecim tabularum, quæ ex liberis suos duntaxat hæredes ad hæreditatem vocabat, tum edictum prætoris, quo ad bonorum possessionem ab intestato invitantur liberi emancipati: & denique Senatusconsultum Orficianum, quo, ut diximus, matris legitima hæreditas defertur filiis & filiabus. Latius enim tractatio hujus §. se extendit, quam spondet principium, plusque sensit, quam scripsit Justinianus, uti statim videbimus.

*Ut minus tertiam parte*] Quamvis prædicti Principes nepotes neptisque ex sexu foemineo descendentes cum his, à quibus jure veteri in totum excluderentur, ad successioem ab intestato admiserint; noluerunt tamen, illos cum his æqualiter hæreditatem partiri, sed aliquanto plus habere eos, qui etiam juris veteris suffragatione nituntur, & nimirum illos triente minus, quam hos, consequi, d. l. 9. C. de suis & legit. quod datum reverentix juris veteris fuit.

*Quam mater eorum vel avia*] Casus pertinens ad successioem ascendendum marium, cum defunctus descendentes unis pater, avusque aut proavus paternus, aliis avus proavusque maternus est: de foeminarum ascendendum successioem mox subjicitur. Cum igitur de successioem avi materni quaeritur inter filium superstitem & ex filia demortui nepotes, hic filius, quia juva-

tur prærogativa legis duodecim tab. aut si emancipatus est, suffragio juris prætorii, bessim hæreditatis ex d. constitutione feret, nepotes trientem reliquum, id est, hi tertia parte minus ferunt, quam mater superstes latu- ra fuisset; illa enim hæreditatem paternam æqualiter cum fratre suo divisisset: jam si de semisse, quem mater habitura fuerat, tertiam partem detrahas, triens tantum nepotibus relinquitur; alter semis auctus accessioem detracti sextantis bessim efficit. Similiter quando quaeritur de hæreditate proavi materni inter filium & pronepote natum ex nepte prognata ex filio aut filia, filius favore juris veteris altero tanto amplius habebit; quam hi pronepotes, qui pro semisse, in quem avia eorum vocata fuisset, trientem tantum accipiunt, id est, tertia parte minus. Nihil autem in successioem proavi materni interest, nati sint pronepotes ex nepte, an ex nepote ex filia: nam quod ad stirpem attinet, aviam scilicet, filiam proavi, omnes ex sexu muliebri veniunt. Illud quoque non refert, utrum pari gradu, an impari sint descendentes ex sexu virili cum posteris ex sexu foemineo, remotiores, an propiores. Nam et si filio tantum nepos sit aut pronepos ex nepote ex filio nato; five suus five emancipatus, & ex adverso nepos ex filia: illi nihilominus propter suffragationem juris veteris bessim totius hæreditatis auferent, hic non amplius triente.

*Pater eorum, vel avus paternus five maternus, quando foemina mortua*] Hic apparet, plus sensit Justinianum, quam hæcenus scripsit. Nihil enim huc usque traditum est, quo id quod hic proponitur, referri posse videtur. Nam initio locutus est tantum de descendentes ex masculis, quos solos dixit à veteribus ut liberos ad hæreditatem vocatos fuisse, insuper habitis iis, qui ex foemineo sexu descenderent. Deinde ait, hos cum illis admittos fuisse à Divis Principibus, cum deminutione tamen tertix partis, propter suffragationem juris veteris, qua juvantur qui ex viris progeniti sunt. Quamobrem quod hic scribit, ænigma videri poterat, nisi ante monuissem, id quod de juris veteris prærogativa dixit, ex mente ejus referendum esse etiam ad eos, quibus suffragatur Senatusconsultum Orficianum; quod collatum cum constitutione dd. Principum, sane vetus etiam est. Hoc Senatusconsulto vocantur liberi ad hæreditatem matris, & vocantur pleno jure absque partis ullius detractioem, exclusis in totum defunctæ agnatis. At vocantur liberi duntaxat primi gradus, filii sc. & filix: nepotes & deinceps ad successioem avix non vocantur, tit. 4. inf. in pr. & §. 1. sed hi demum cum illis admitti sunt eadem illa constitutione, cujus jam sæpè facta mentio: admitti vero cum deminutione item tertix partis, propterea quod filii & filix juris quoque veteris suffragio muniti erant, id est, Senatusconsulto Orficiano.

*Pater eorum*] Supple, vel mater. Casus enim est, in quo agitur de hæreditate foeminae defunctæ dividenda inter liberos primi & secundi gradus. Pone igitur, hinc esse filium filiamve, illinc nepotem neptemve ex filio filiave demortui. Senatusconsultum Orficianum hæreditatem ex assè attribuit soli filio aut filix, nepoti neptive nihil. Ex nova vero constitutione etiam nepos & neptis ad avix successioem vocantur, & simul cum filio filiave; ita tamen, ut pati debeant tertiam sibi detrahi de parte, quam integram pater eorum vel mater superstites

rites habituri fuissent in materna hæreditate ex Senatusconsulto.

*Vel avus paternus sive maternus* ] Casus quo queritur de successione foeminae defunctæ inter liberos primi gradus & pronepotes proneptesve, qui tertio gradu sunt: supplendum igitur, *vel avia paterna sive materna*: nam hæ quoque superstitibus matri successissent ex Senatusconsulto. Ponamus ergo, cum filio aut filia superstitibus concurrere pronepotes proneptesve natos natasve ex nepote nepteve nato natave ex altero filio aut filia demortuis. Hi pronepotes proneptesve in totum à successione proaviz repelluntur Senatusconsulto. A Principibus autem una cum filio aut filia admittuntur: cæterum cum deminutione illa, quam diximus, partis aviz: quod datum honori Senatus; ut sc. tertia minus consequantur, quam habituri fuissent avi avizve, qui si viverent, ex æquo cum fratre aut sorore maternam hæreditatem partirentur. Sed quid dicendum in proposito, si hinc nepos tantum sit, aut neptis, illinc pronepos aut proneptis, nulli autem liberi primi gradus? Rectè nimirum censet Hotomannus, nihil amplius hic laturos nepotes, quam pronepotes: sed æqualiter omnes, illos ad aviz, hos ad proaviz hæreditatem ex principali dispositione admittebunt esse: quia cum nepotes in successione aviz non magis jus liberorum ante constitutionem habuerint, quam pronepotes in successione proaviz, sive legem antiquam consideres, sive edictum prætoris, sive denique Senatusconsultum Orficianum, non possunt illi majorem sibi portionem vindicare, partemve aliquam detrachere pronepotibus ob juris ullius antiquioris suffragium, quo nomine tantum detractio illa à Principibus permissa est.

*Licet soli sint, advenitibus, agnatos minimè vocabant* ] Hoc non sic accipiendum est, quasi agnati hoc casu in totum fuerint exclusi, quod demum à Justiniano constitutum, ut ipse postea commemorat; sed non admissi soli & in solidum, ut jure antiquo. Liquebunt enim ex constitutione, ut ea integra extat in Codice *Theod. l. 4. de legis. bar.* agnatos non penitus excludi, neque priore illo casu, cum avo aut proavo mortuo soli reperiuntur ex liberis nepotes aut pronepotes ex sexu muliebri descendentes, neque hoc posteriore, cum mortua avi aut proavia soli reperiuntur liberi secundi aut inferioris gradus: sed agnatos cum his nepotibus & deinceps admitti in quadrante hæreditatis. Hoc enim est, quod in d. constitutione legitur, agnatos in casibus propositis in quandam Falcidiam, nepotes in dodrantem succedere. Cæterum hæc pars d. constitutionis detracta est à Triboniano inferente eam Codici Justiniano, *l. 9. C. de suis & legis. propter l. ult. C. eod.* qua quarta illa adempta agnati in totum repelluntur, ut postea iterum dicitur.

*Et quemadmodum lex duodecim tabularum, &c. ita principalis dispositio, &c.* ] Dicendum erat, quemadmodum lex 12. tabb. filio mortuo nepotes & pronepotes vocat ad hæreditatem avi aut proavi paterni, & vocat in locum patris sui aut avi paterni, ut una cum superstitibus defuncti filii aut filiaz succedant: ita ex dispositione principali, mortua filia, nepotes & pronepotes ex ea vocari ad successionem avi vel proavi materni, & vocari in locum matris suæ aut aviz maternæ, ut simul succedant cum defuncti liberis superstitibus, sive suis hæredibus, quos solos decemviri, sive emancipatis,

quos præterea admittit prætor: & quemadmodum Senatusconsultum Orficianum filios tantum & filias vocat ad successionem matris, ita dispositionem Principum vocare etiam nepotes & pronepotes ad successionem aviz aut proaviz sive paternæ sive maternæ, & simul etiam cum liberis primi gradus: sed & in hoc & in superiore concursu detractio tertiz partis, quam diximus, patet.

*Cum adhuc dubitatio maneret inter agnatos, &c.* ] 4. Sequitur juris antiqui altera derogatio, & augmentum juris, quod descendentibus ex sexu muliebri accessit constitutione Justiniani *l. ult. C. de suis & legis. lib.* Air, *cum adhuc dubitatio &c.* non quod jus dubium fuit; quippe cautum expressè *l. 4. C. Theod. de legis. bar.* Sed hoc vult dicere, cum adhuc agnati ex ejusdem constitutionis auctoritate (sic legendum, non *cujusdam*) quæ est *d. l. 4.* nepotibus ex foeminis solis existentibus (nam cum concurrerant cum liberis, qui etiam jure veteri vocabantur, agnatis nullum jus erat) quartam hæreditatis partem sibi vindicare poterant, se hoc jus in totum constitutione sua abrogasse, quæ est *d. l. ult. C. de suis & legis. lib.* atque ob eam causam noluisse constitutionem prædictam suo Codici inseri, id est, noluisse inseri integram: nam utique detracta illa clausula, qua agnati in quadrante vocabantur, inserta est. Confer *d. l. 4. C. Theod. de legis. bar.* cum *l. 9. C. Justin. de suis & legis. lib.* Quartam igitur agnatorum tantum sustulit, deductionem tertiz reliquit.

*Ne hi, qui ex transversa linea veniunt, potiores* ] Rectus dixisset, ne qui ex transversa linea veniunt, una cum iis, qui recta ex nobis descendunt, ad successionem admittantur, vel in partem aliquam duntaxat. Quamquam in eo nihil absurdi est, si collateralium aliqui ob jus agnationis præferantur in successione iis descendentibus, qui non sunt de familia defuncti.

*Non in capita, sed in stirpes* ] Postquam nepotibus ex filia & pronepotibus natis ex nepte nepteve ex filia hoc jus datum est, ut in locum veniant parentum, succedantque ad instar nepotum & pronepotum ex virili sexu; non est sine ratione, ut eodem modo hæreditatem dividant, sive soli sint, sed plures ex diversa stirpe ad hæreditatem avi vel proavi materni vocentur, sive cum filiis aliisve descendentibus ex virili sexu concurrant, cum deminutione tertiz partis.

*Ut utraque progenies matris vel patris, &c.* ] Non tantum igitur cum de successione masculi agitur, avi aut proavi materni, nepotes & pronepotes etiam soli existentes agnatos excludunt, quamvis hæcenus nihil amplius dictum: sed etiam cum foemina mortua proponitur, avia vel proavia sive paternæ sive maternæ: & in hac item successione nepotes aut pronepotes eodem modo hæreditatem dividunt, salvo liberis primi gradus, si cum his concurrant, jure deducendæ tertiz partis.

*Sine ulla deminutione* ] Hæc ita scripta sunt, ut non sine causa existimare quis possit, etiam liberis primi gradus & nepotibus ex sexu virili denegari tertiz deductionem, quod etiam Cantiancula & Mynsing. pro certo tradunt. Cæterum nihil minus cogitasse Justinianum, patet tum ex sæpè memorata constitutione Principum, quam ita in Codicem suum retulit, ut nihil amplius ei detraxerit, quam particulam, qua in quadrante vocabantur agnati cum posteris ex sexu foemineo, non concurren-



currentibus cum illis liberis, qui etiam jure veteri veniunt, relicta illa parte, qua istis tertiæ deductio tribuitur, intacta: tum ex ipsius constitutione Justiniani, ad quam hic se refert, scilicet *l. ult. C. de suis & legis lib.*

quæ quidem correctoria illius Principum, sed quartam duntaxat tollit agnatorum. Jure novissimo par liberorum omnium in successione ab intestato conditio est, Nov. 118. cap. 1. de quo accuratius *inf. post. tit. 5.*

## T I T U L U S II. DE LEGITIMA ADGNATORUM SUCCESSIONE.

*Dig. Lib. 38. tit. 16. C. Lib. 6. tit. 58.*

*Continuatio, & argumentum tituli.*

**H**ucusque de primo ordine succedentium ab intestato, in quo sunt descendentes vel liberi, ex lege duodecim tabularum soli sui hæredes, §. 1. *tit. prac.* ex jure prætorio etiam emancipati, §. 9. *ead.* ex constitutionibus nepotes quoque & pronepotes ex sexu fœmineo, de quibus in §. *ult. eod.* Sequitur ordo secundus, qui agnatorum fuit: insitit enim Imperator vestigiis legis duodecim, qua nemo ex ascendentibus ad hæreditatem vocatur: non pater ad hæreditatem filii; quia si filius in potestate fuerat, nec habere poterat hæredem, cum patri omnia acquireret, & bona castrensia, quæ postea filio concessa, eo intestato mortuo occupabat pater jure peculii, *l. 2. de cast. pecul.* si emancipatus, pater huic & ille patri, ratione familiæ extraneus erat. Sed nec prætor patrem qua patrem, vocabat ante ordinem cognatorum, *l. 10. de suis & legis.* Aio, qua patrem: nam jure patroni vocabatur etiam ad hæreditatem legitimam, *d. l. 10.* Non mater, quia & ipsa filio eadem ratione extranea; & ideo à prætore quoque inter cognatos demum admissa fuit. De Senatusconsulto Tertylliano videbimus *tit. seq.* Hoc titulo primum descriptionem habemus agnatorum tum naturalium tum adoptivorum: mox docetur qui ex his & quomodo succedant, & tum matres, tum fœminæ: hinc quo ordine vocentur; & postremo qua ratione parens vocetur ad legitimam hæreditatem filii emancipati.

### T E X T U S.

Secundus ordo hæredum legitimorum.

*Si nemo suus hæres, vel eorum, quos inter suos hæredes prætor vel constitutiones vocant, existat, qui successionem quoquo modo amplectatur, tunc ex lege duodecim tabularum ad agnatum proximum pertinet hæreditas.*

### N O T A.

*Quos prætor vel constitutiones* ] Scil. liberos emancipatos, & nepotes ex sexu fœmineo, quorum illos prætor, hos constitutiones vocant, §. 9. *C. ult. tit. prac.*

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

**E**xistat ] Nec speretur fore, ut existat. Nam quamdiu vel spes est futurum, ut suus hæres defuncto existat, tamdiu agnatis locus non est; puta si defuncti uxor prægnans sit, quæ suum hæredem paritura speratur: aut

defuncti filius apud hostes sit, qui de captivitate reverti potest, *l. pen. §. 1. unde legis. fac. l. 2. in pr. de suis & legis. Ulp. tit. 26. §. 2.*

*Tunc ex lege duodecim tab. ad agnatum proximum* ] Dictum hoc paulo crassius. Nam lex 12. tabularum ex liberis eos solos ad hæreditatem vocat, qui sunt verè sui hæredes, hoc est, liberos defuncti legitimos, qui tempore mortis in potestate ejus erant, & proximum ab eogradum in familia obtinebant; atque his non extantibus, itatim loco proximo agnatos: sed postquam & alii tum à prætore tum constitutionibus admissi sunt & præpositi agnatis, lex duodecim, non nisi istis quoque deficientibus vim suam exercuit, agnatisque detulit hæreditatem.

*Adgnatum proximum* ] In primo ordine sufficit, verbi causa, suum esse, nec gradus queritur: in secundo agnatum esse non sufficit: sed proximitatis five graduum ratio habetur ex verbis ipsis legis duodecim, §. 5. *inf. hoc tit. l. 2. §. 4. de suis & legis.* in duodecim *adgnatus* proximus, familiam habeto:

### T E X T U S.

De agnatis naturalibus.

*I. Sunt autem adgnati (ut primo quoque libro tradidimus) cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti, quasi à patre connati. Itaque ex eodem patre nati fratres, adgnati sibi sunt: qui & consanguinei vocantur: nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. Item patruus fratris filio, & invicem is illi adgnatus est. Eodem numero sunt fratres patruales, id est, qui ex duobus fratribus procreati sunt, qui etiam consobrini vocantur. Qua ratione etiam ad plures gradus adgnationis pervenire poterimus. Et etiam qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis nanciscuntur. Non tamen omnibus simul adgnatis dat lex hæreditatem: sed iis, qui tunc proximiora gradu sunt, cum certum esse cœperit, aliquem intestatum decessisse.*

### N O T A.

*1. Libro primo* ] *Sup. tit. de legis. agn. tut. in pr.*  
*Per virilis sexus person. conjuncti* ] *Supple, nec capi-*

10 minuti. §. ult. sup. d. tit. & generali quidem nomine adgnatorum continentur etiam sui, l. ult. §. 3. de grad. & affin. l. 2. de suis & legit. In specie autem iis attribuitur, qui ex latere per virilem sexum conjuncti: & specialissimè iis, qui sequuntur consanguineos, id est, fratres ἀνοπάριτος l. 2. pr. de suis & leg.

COMMENTARIUS.

1. Modestini locus in l. 5. unde legit. expositus.
2. Quod modis nomen agnatorum usurpetur.
3. Qui nostris consanguinei: & unde sic appellentur.
4. Prærogativa consanguinitatis sublata.

**C**ognati per virili[sexus personæ] Eodem modo describit adgnatos lib. 1. tit. de leg. agn. tur. & JC. l. ultim. §. 2. de grad. & affin. nempe inter cognatos & agnatos hoc interest, quod inter genus & speciem, ut ait Paul. d. l. ult. §. 4. de grad. & affin. genus cognati, agnati species cognatorum. Cæterum nomen cognationis non tantum generale est, sed etiam speciale, & proprium eorum, qui vel per foemineum sexus personas conjunguntur, d. l. ult. §. 2. vel capitis deminutione jura agnationis amiserunt: quippe ad quos speciali & proprio designandos discernendisque ab agnatis necesse fuit, nomen generale atque utriusque commune coarctare & quasi proprium facere ejus speciei, quæ aliud nomen proprium non invenit: quod in aliis quoque nominibus sæpè ufurvenit, ut notavimus sup. de adop. §. 1. eaque significatio frequentissima & in hoc argumento fere perpetua est. Alio autem sensu dixit Modestinus, in agnatis & cognatos contineri, in cognatis non utique & adgnatos. l. 5. unde legit. nimirum considerans, essentiam generis & speciei. Generis enim essentia tota inest in singulis speciebus: tota vero speciei essentia non est in genere: liquidem, ut Porphyrius cap. 4. scribit, διαφορῆ ἐστὶν ἡ ἀλλοτρίωσις τοῦ ἐξ ἑαυτοῦ ἔχοντος, & ibid. ἴνῃ ὁ ἀνοπάριτος μὴ μὲν πάσις ἔχει τὴν τὴν ὅφ' αὐτὸν διαφορῆς, ἀλλ' ἐν τῷ ἑαυτοῦ ἑαυτοῦ. Adgnatorum quoque nomen modo generalius, modo specialius usurpatur. Generali significatione continentur etiam sui, d. l. ultim. §. 3. de grad. & affin. unde filius dicitur patri esse adgnatus proximus, l. 12. de suis & legit. Specialiter vero adgnati appellantur, qui ex latere sunt per virilem sexum conjuncti, ut in præsententi tit. Sed & ex his quidam nati sunt nomen speciale, vocatque consanguinei, ut fratres & sorores eodem patre geniti: unde altera vocis restrictio, agnatique specialissimè appellati, qui fratres sequuntur, l. 2. in pr. & §. 1. de suis & legit. l. 4. unde cogn. l. 6. §. 1. ad Tertyll. quam distinctionem media peperit jurisprudentia.

3 **Qui & consanguinei vocantur** Fratres ἀνοπάριτοι, id est, ex eodem patre nati, consanguinei nostris dicuntur. Cajus lib. 2. tit. 8 §. 3. l. 3. C. de legit. tur. l. 1. l. 6. C. de legit. hered. Hinc Virgilius 6. Æneid. soporem appellat *lethi consanguineum*, quem Homerus 2. Iliad. Κασιγνητοὶ Δαναῶνιο. Græci ἀνοπάριτοι vocant, teste Theophilo. Dicuntur & ἀνοπάριτοι. Sophocles in Ajac. τὸ ἑαυτοῦ ἀνοπάριτος, fratrem furiosum vocantes. Ita consanguineum interpretaberis l. 1. §. post suos. 9. l. 2. in pr. de suis & legit. l. 1. §. pen. l. 6. §. 1. l. 7. ad Tertyll. l. 1. C. ad Orfic. l. 3. C. de legit. hered. Cassius consanguineos definit, qui sanguine inter se connexi sunt, d. l. 1. §. pen. de suis & leg. quæ definitio nimis lata videtur: nam & cæteri agnati atque adeo cognati omnes sanguine

inter se conjuncti sunt. Quin etiam per jus sanguinis sola naturalis cognatio sæpè significatur: ut in l. 2. unde cogn. l. 12. de manum. vind. l. 23. de adopt. l. 8. de reg. jur. Necesse igitur est propria quadam ratione fratres eodem patre progenitos isto nomine, alioqui communi, appellatos esse; fortassis quia hi eundem sanguinis auctorem immediatè habent; & quod sanguinis origo magis ex patre æstimanda sit, quam ex matre: quippe cum etiam Peripatetici, si Galeno & recentioribus quibusdam credimus, totum hoc ex patre æstimaverint. Jura igitur consanguinitatis à patre, ut ait Jurisconsultus l. 4. unde cogn. oriuntur: qua de causa etiam non refert, eodem patre nati communem matrem habeant, an diversas, l. 1. C. de legit. her. Hodie vero fratres jure solius consanguinitatis prærogativam non habent: sed qui ex utroque parente conjuncti sunt, præferuntur iis, qui conjuncti sunt ex uno duntaxat: nec qui ex eodem solum patre conjunguntur plus juris habent, quam qui eadem tantum matre nati. Nov. 118. cap. 3. auth. itaque. C. comm. de success. ubi consanguinei appellantur in specie, qui tantum eundem patrem habent: opponuntur enim tam fratribus germanis, quam uterinis. Canonistæ verbo consanguinitatis usi sunt ad significandam omnis generis cognationem, & de consang. & affin.

**Fratres patruelas, qui etiam consobrini** Agnatorum numero sunt & duorum fratrum filii, qui fratres patruelas appellantur, & ἀνοπάριτοι consobrini: proprie enim, ut quidam putant, consobrini sunt duarum sororum liberi, ita dicti quasi confororini, vid. inf. tit. 6. §. 4. ubi hoc fufius explicabitur. Sed & deinceps cæteri virili sexu ab eodem orti in infinitum inveniunt agnati sunt; l. 2. §. 1. de suis & legit. Quemadmodum autem gradus numerentur, docebit nos idem tit. 6. inf.

**Qui post mortem patris** Etiam qui post mortem patris nascuntur, jura consanguinitatis & agnationis habent, l. ult. unde legit. l. 1. §. pen. de suis & legit. Cæterum quod ad jus succedendi attinet, necesse est, ut moriente eo, de cujus successione quæritur, in rerum natura fuerint, aut saltem vivo eo concepti, l. 6. cum 2. seqq. de suis & legit. vid. sup. tit. 1. §. 8.

**Qui proximio gradu sunt, &c.** Legitima hæreditas tantum proximo defertur, l. 2. §. 4. de suis & legit. & diserta sunt verba ipsa legis 12. tabb. *Agnatus proximus familiam habeto.* Æstimatur autem proximus ex tempore delatæ hæreditatis: quapropter si nullum factum est testamentum, proximus intelligitur, qui tunc fuit, cum paterfam. moreretur: si factum est testamentum, qui tunc, cum certum esse cœperit, ex eo testamento hæredem existere non posse. Sed hæc iterum & fufius §. 5. & seq.

TEXTUS.

De adoptivis.

2. *Per adoptionem quoque agnationis jus consistit. Veluti inter filios naturales & eos quos pater eorum adoptavit. Nec dubium est, quin si improprie consanguinei appellantur. Item si quis ex cæteris agnatis suis, veluti frater aut patruus, aut denique is, qui longiore gradu est, adoptaverit*

verit aliquem, agnatus inter tuos esse non dubitatur.

## COMMENTARIUS.

**A**gnatorum nomen civile est, l. ult. §. 4. de grad. & affin. uti & suorum hæredum. Proinde quemadmodum nihil interest, quoad jus suitatis, utrum naturales sint liberi, an adoptivi: §. 2. præc. tit. ita quoque quod ad jus agnationis attinet, nihil refert, utrum natiuitate conjuncti sint, an adoptione. Nam & qui adoptatur, iisdem sit agnatus, quibus pater ipsius agnatus fuit, legitimamque eorum hæreditatem consequitur, vel ipsi illius, l. 2. §. 3. de suis & legit. l. 23. de adopt. Ulp. in collat. Rufin. tit. 16. Consanguineos & adoptio facit & adrogatio.

[Impropria consanguinei] Rectè: nam ex definitione Cassii consanguinei propriè sunt, qui sanguine inter se sunt connexi, l. 1. §. pen. de suis & legit. hoc est, ut nos interpretati sumus, qui eundem patrem sanguinis auctorem habent: adoptati vero etiam communem cum liberis naturalibus patrem habeant; sanguinis tamen paterni nexu cum istis copulati non sunt. Malè autem ad hoc probandum adducitur ab Hotomanno & Pacio d. l. 23. de adopt. quo in loco manifestum est jus sanguinis accipi non pro consanguinitate, sed pro mera cognatione naturali. Cæterum etiam adoptati propriè consanguinei non sunt, jus tamen consanguinitatis, & propter hoc legitimæ successione, cum aliis, qui sunt in familia, habent l. 1. §. ult. de suis & leg. l. 44. de adopt. atque hujus effectus intuitu etiam fratres adoptivi consanguinei vocantur, l. 2. §. sed & s. 19. l. 7. ad Terryll. Post constitutionem Justiniani l. pen. C. de adopt. soli ex adoptivis jus consanguinitatis & agnationis in familia adoptiva nanciscuntur, qui adoptati sunt à persona non extranea.

[Agnatus inter tuos non esse dubitatur] Hotomannus agnatos legit in casu accusandi; quod parum refert. In vulgatis codicibus est inter suos hæredes: sed illa lectio manifestè vitiosa est, & vox hæredes omnino delenda: quam etiam ab antiquis omnibus codicibus abesse testatur Hotomannus. Cum eodem pro suos reposui tuas: quia contextus id flagitat.

## TEXTUS.

De masculis & fœminis.

3. Cæterum inter masculos quidem agnationis jure hæreditas, etiamsi longissimo gradu sint, ultro citroque capitur. Quod ad fœminas vero attinet, ita placebat, ut ipsa consanguinitatis jure tantum capiant hæreditatem, si sorores sint; ulterius non capiant. Masculi autem ad earum hæreditates (etiamsi longissimo gradu sint) admittantur. Quia de causa fratris tui, aut patris tui filia, vel amita tua hæreditas ad te pertinebat: tua vero ad illas non pertinebat. Quod ideo ita constitutum erat, quia commodius videbatur, ita jura constitui, ut plerumque hæreditates ad masculos confluerent. Sed quia sane iniquum erat, in uniuersum eas quasi

extraneas repelli, prætor eas ad bonorum possessionem admittit ea parte, qua proximitatis nomine bonorum possessionem pollicetur: ex qua parte ita scilicet admittuntur, si neque agnatus nullus, neque proximior cognatus interveniat. Et hac quidem lex duodecim tabularum nullo modo introduxit: sed simplicitatem legibus amicam amplexa, simili modo omnes agnatos, siue masculos siue fœminas, cuiuscumque gradus, ad similitudinem suorum invicem ad successionem vocabat. Media autem jurisprudentia, qua erat quidem lege duodecim tabularum junior, Imperiali autem dispositione anterior, subtilitate quadam excogitata præfatam differentiam inducebat, & penitus eas à successione agnatorum repellebat, omni alia successione incognita, donec prætores paulatim asperitatem juris civilis corrigentes, siue quod deerat, implentes, humano proposito alium ordinem suis edictis addiderunt; & cognationis linea proximitatis nomine introducta, per bonorum possessionem eas adiuvabant, & pollicebantur his bonorum possessionem, que unde cognati appellatur. Nos vero legem duodecim tabularum sequentes, & ejus vestigia hac in parte conservantes, laudamus quidem prætores sua humanitatis non tamen eos in plenum huic causa mederi invenimus. Quare etenim uno eodemque gradu naturali concurrente, & agnationis titulis tam in masculis, quam in fœminis aqua lance constitutis, masculis quidem dabatur ad successionem venire omnium agnatorum: ex agnatis autem mulieribus nulli penitus, nisi soli sorori, ad agnatorum successionem patebat aditus. Ideo nos in plenum omnia reducunt, & ad jus duodecim tabularum eandem dispositionem exequantes, nostra constitutione sancimus, omnes legitimas personas, id est, per virilem sexum descendentes (siue masculini generis siue fœminini sint) simili modo ad jura successione legitima ab intestato vocari, secundum sui gradus prærogativam: nec ideo excludendas, quia consanguinitatis jura, sicut germana, non habent.

## NOTÆ.

3. Simplicitatem legibus amicam] sup. §. 7. de fideic. her. dicit sibi in legibus magis simplicitatem, quam difficultatem placere.

Siue quod deerat implentes] Th. διορθῶτες, ἢ καὶ τὸ ἰδεῖν τὸ ἀναπληρῶτες, aut potius quod deerat implentes. Quod prætori familiare, l. 7. de just. & jure.

## COMMENTARIUS.

1. *Quando consanguinitas ab agnatione distinguitur & quam ob causam coepta.*
2. *Fœmina agnata non consanguinea quo ordine vocatur à prætoribus.*
3. *Quid per modicam jurisprudentiam intelligat Justinianus. Ubi quaedam non vulgaria.*
4. *Veteris Jurisprudentia contra accusationem Justiniani defenso.*

**L**ocus verborum. Narratur mutatio juris facta circa legitimam successionem fœminarum agnatarum, & revocatur jus vetustius. Lege duodecim tabb. fœminæ agnatæ juxta ac masculi, cujuscunque gradus essent, ad legitimam agnatorum hæreditatem vocabantur: quod jus, cum mediæ ætatis conscriptorum interpretatione coangustatum esset, restrictumque ad consanguineas, id est, sorores *ὁμωνήσις*, exclusis remotioribus, quæ tantum à prætoribus postea admittæ sunt nomine proximitatis in ordine cognatorum, Justinianus hic restituit. Hæc summa est.

*Etiamsi longissimo gradu*] Id est, ut plerique interpretati sunt, etiamsi decimo sint gradu, quo terminari putant legitimam agnatorum successionem rectene, an secus, videbimus infra §. *ult. de success. cognat.*

1. *Ut ipsa consanguinitas iure*] Hoc est, fraternitatis. Nam ex quo hoc jus introductum est, consanguinitas coepta est distingui ab agnatione, & consanguinei ab agnatis ulterioribus: & quia post consanguineas muliebris sexus personæ, licet agnatæ essent, non admittebantur, agnatis definitur esse virilis sexus personæ, l. 2. §. 1. *de suis & legit.* duoque quasi ordines ex uno facti: l. 1. §. 9. d. l. 2. *in pr. d. tit. l. 4. unde cogn.* cum antea leg. 12. tabb. omnes per virilem sexum cognatos uno agnatorum nomine appellasset, & proximis ex his sine ulla sexus aut consanguinitatis discretionem detulisset hæreditatem.

*Quia commodius videbatur*] Prudentibus visum fuit, utilius esse ac rationi magis consentaneum, ut hæreditates ad masculos potius, quam ad fœminas pervenirent: non tantum quia masculi reipub. magis profunt, dum aut bella gerunt, aut sacra faciunt, aut muneribus publicis funguntur, quam rationem hic affert Theophilus; aut ne mulieres ditescerent, ac propter hoc elatæ æquarent se viris: verum etiam & potissimum, quia familiaræ, quæ in fœminis intereunt, per mares conservantur & propagantur. Ac talis etiam scopus decemviris propositus fuit, dum solis agnatis hæreditatem detulerunt, exclusis cognatis omnibus non ejusdem familiaræ.

*Proximitatis nomine*] Quia cognati non alio jure, quam proximitatis veniunt, & hoc ex edicto prætoris, verbum proximitatis factum est proprium juris prætorii, eoque cognati propriè designantur, non agnati, l. 3. l. 4. *unde cognati.* In suis hæredibus nulla omnino servatur gradus prærogativa. In ordine vero agnatorum et si proximitas etiam spectatur, dum agnati inter se conferuntur, ea tamen non spectatur, quando conferuntur cum cognatis: quippe quibus omnibus solo jure agnationis præferuntur, etiamsi ipsi longe sint remotiores.

2. *Si neque agnatus ullus, neque proximior cognatus*] Fœminas agnatas secundo gradu remotiores, quæ jure civili in totum à successione ab intestato repelluntur,

postquam iis jus agnationis in ea causa ademptum erat disputatione fori, prætor, ne in universum exclusæ manerent, in linea, quam tertiam ipse fecit, admittit, id est, nomine proximitatis vocavit ad bonorum possessionem unde cognati. Et vero nulla causa fuit, cur has minus in eo ordine admitteret, quam qui tantum cognati sunt. Ait, *neque agnatus ullus.* Non ait *proximior*, ut mox, cum de cognato loquitur: quia universus agnatorum ordo cognatis simpliciter præponebatur, sine consideratione gradus. Ait, *neque proximior cognatus.* Nam in successione cognatorum, uti quisque proximior est, ita alterum excludit: nec prætor quicquam in deferenda hac bonorum possessione considerat præter solam proximitatem.

*Media Jurisprudentia*] Cujacius & Hotomannus, quos 3 Pacius & Tuningius sequuntur, existimant, Imperatorem ita loqui, cum intelligat *νομοθεσία* seu leges quæ late sunt post duodecim tabulas, & videlicet legem Voconiam. Sed à vero longe abest hæc eorum opinio. Nam lex Voconia jam prisca temporibus in desuetudinem abierat, ut aperte testatur *Gell. lib. 20. c. 1.* Jus autem, quod hic media Jurisprudentia introduxisse dicitur, ætate Pauli & Ulpiani adhuc erat in viridi observantia. *Paul. 4. sent. 8. Ulp. tit. de legit. hæ. §. fœminas.* Ac diu etiam post obtinuit, adeoque duravit usque ad tempora Justiniani, qui demum post consulatum Lampadii & Orestis id sustulit, l. *pen. C. de legit. hæ.* Præterea, ut alibi offendimus ex Cic. *Ascon. Dion. Augustino*: lex Voconia sanxerat, ne quis virginem neve mulierem hæredem faceret, ac nec unicam filiam. Quod si ita est, nullo modo referri ad legem Voconiam potest, quod hic adscribitur mediæ Jurisprudentiæ. Nam si Voconius ne filias quidem ad hæreditatem patris admittit, procul dubio magis removet sorores à successione fratrum: & si nec ex testamento fœminas hæredes esse voluit, multo minus ab intestato; quippe plus semper tributum voluntati testatoris, facit §. 12. *sup. tit. 1. l. pen. §. 1. C. de adopt.* Fefellit haud dubie Cujacium idem, quod Hotomannum, nimirum locus Pauli 4. *sent. 8.* ubi sic scribit, *Fœmina ad hæreditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque jure civili vel Voconia rogatione videtur effectum. Ceterum lex duodecim tabularum nulla discretionem sexus agnatos admittit.* Etenim ex hoc loco non magis colligere possis, rogatione Voconia effectum, ne fœminæ ultra consanguineas ad legitimam successionem admitterentur, quam jure civili, hoc est, disputatione Jurisconsultorum; quæ juris pars, uti constat, communi nomine appellatur jus civile, l. 2. §. 5. *de orig. jur.* Disjuncta enim cum sit Pauli oratio, non minus hoc, quam illo posito, veritas ejus constabit. Ac proinde si verbis Justiniani servientes mediam jurisprudentiam cum Theophilo interpretemur, *τῶν κτ' ἢ δουδανάτων σφῶς*, non magis nobis Paulus adversabitur, quam alios juvabit, qui Voconium plebiscitum intelligunt: videturque tantum Jurisconsultus usus esse hac disjunctione, ut sibi caveret; cum id quod de legitima consanguinearum successione, & reliquarum agnatarum exclusionem scribebat, alterutro quidem jure effectum sciret, utro autem effectum esset, in præsentia non occurreret, nec vacaret inquirere. Nos vero sine cunctatione juri civili adscribemus, quod tributitæ rogationi nullo modo tribui posse clare ostendimus; idque

ex ipsius etiam sententia Pauli. Quippe cum in omnibus disjunctionibus à differente significetur, unum saltem verum esse. Et omnino sic sentio, jam diu antequam Vocationis legem rogaret, quod factum esse inter secundum & tertium bellum Punicum, testatur Augustinus 3. *de civ. Dei* c. 21. prudentum auctoritate atque interpretatione legitimam foeminarum successiones coercitas fuisse intra gradum consanguinearum. Postea autem lege Vocationis foeminas omnes penitus remotas fuisse & ab omni successione. Cæterum cum ea lex, ut nimis rigida, paulatim iterum in desuetudinem abiisset, revocatum de novo fuisse jus pristinum, non quod duodecim tabularum, sed quod prudentum introduxerat interpretatio. Quæ interpretatio mediæ nominis jurisprudentiæ hic significatur.

*Imperiali dispositione anterior*] D. Wefembecius putat, mediam jurisprudentiam viguisse usque ad occupatam à Cæsaribus rempub. Sed malo cum Bachovio eam porrigere usque ad tempora translati in Orientem imperii: tunc enim primum pleraque mutata sunt una cum forma reipub. & vetera instituta exolescere cœperunt. Priores vero Principes majorum institutis constanter inhæserunt, nec nisi parcissime legibus stante adhuc repub. latis, aut veterum consuetudini, derogarunt. Quin etiam major dignitas juricivili, hoc est, disputationi fori, accessit, ex quo Augustus constituit, ut consulti ex Principis auctoritate de jure responderent, legesque interpretarentur, l. 2. *circa fin. de orig. jur.* Quamobrem quod Justinianus hic ait de imperiali dispositione, id ad Imperatores refero Constantinopolitanos.

*Laudamus prætores sua humanitatis*] Εὐμενικῶς, more Græcorum: intelligitur enim ergo vel causa. Theophilus in paraphrasi reddidit, ἰπαιὶ πρὸς φιλευθροῦσιν τῶς πρῶτοις. Laudat quidem prætores propter humanitatem. Græcis hæc locutio familiaris est. Luc. 16. 8. ἰπαιὶν ὁ κέρειον τὸ δειγνόνον τὸ ἀδίκιας. Eadem reticentia est apud nostros, cum ajunt, noxæ dedere, satis legatorum d. *siderare*, l. 3. §. 2. *ut in poss. leg. satis dotis fieri*. l. 22. §. *si patri*. 4. *sol. matrim.* Id est, nomine noxæ, nomine legatorum, dotis. Cic. 5. *in Verr. aliquid lucri vel accessionis dare*, i. e. nomine, vice accessionis. Celf. lib. 1. *laudatur Hippocrates artis & facultia.*

4. *Quare etenim, &c.*] Tota vêtus jurisprudentia responderet, æquissimum esse, ut plus maribus tribuatur, quam foeminis, propter onera, quæ domi militiæque soli mares sustinent, dum operantur, bella gerunt, munia omnia reipub. obeunt. In bene constitutis civitatibus præcipuam semper familiarum & gentium rationem habitam fuisse, quarum dignitas cum sine opibus & pecunia retineri non possit, optimos quosque legislatores id operam dedisse, ut ad masculos fere hæreditates confluerent, ut solos generis ac nominis conservatores propagatoresque. Sext. Cæcilius Jurisconsultus etiam legem Voconiam revocandam censeret. Diceret, nihil sibi ea lege videri utilius: quippe qua impotenti sexui præclusa sit via omnis perveniendi ad divitias; ne ditatus insolenter sese efferat & insultet ipsi viris. Ideoque merito Marcum Catonem, illum familiæ Porciæ principem & cognomento Sapientem, se illius legis jactare suaforem, &c. Sed noster legislator more suo pro muliebri sexu, cui impensè semper favet, declamitat, l. *pen. C. de legit. bar.* l. 4. *C. de lib. præ.*

*Nostra constitutione*] Extat in d. l. *pen. C. de legit. bar.* ubi similiter, ut hoc loco, legem duodecim tabularum prolixè commendat, ut quæ bene humano generi prospexerit. Cæterum ubi vitium est, eam iterum incusat, veluti in *pr. seq. sis.* ubi eam hoc nomine reprehendit, quod nimis angustis terminis jura successionis conclusit. Tandem longissime ab ea recessit, sublata omni agnatorum prærogativa. Nov. 118.

*Secundum sui gradus prærogativam*] Ita ut ex constitutione Justiniani foeminae omnes agnatæ gradu proximiores agnatis masculis remotioribus præferantur. In quo plenius ipsis consuluit, quam prætor, qui agnatas remotiores consanguineis ne in ordine quidem agnatorum admisit, sed demum post omnes agnatos vocavit, ordine tertio inter cognatos & post cognatos proximiores. Ut autem hic utrumque sexum in suo ordine exæquavit Justinianus, ita d. *Nov. 118.* jura agnationis & cognationis.

## TEXTUS.

## De filiis sororum.

4. *Hoc etiam addendum nostra constitutioni existimavimus, ut transferatur unus tantummodo gradus à jure cognationis in legitimam successionem; ut non solum fratris filius & filia (secundum quod jam definivimus) ad successionem patris sui vocentur: sed etiam germana consanguinea vel sororis uterina filius & filia soli, & non deinceps persona, una cum his ad jura avunculi sui perveniant: & mortuo eo, qui patruus quidem est sui fratris filius, avunculus autem sororis suæ soboli, simili modo ab utroque latere succedant, tanquam si omnes ex masculis descendentes legitimo jure veniant, scilicet ubi frater & soror superstites non sunt. His etenim personis præcedentibus & successionem admittentibus ceteri gradus remanent penitus semoti, videlicet hæreditate non in stirpes, sed in capita dividenda.*

## NOTÆ.

4. *Vel uterina filius*] Ipsi fratres & sorores uterini jam ante editam d. l. *pen.* translati fuere in ordinem legitimorum, l. *ult. C. ad SC. Terryll.* quod repetitum postea l. *ult. §. 2. C. de leg. hered.*

*Sed in capita*] Ut puta duos fratres habui, quorum unus unum filium reliquit, alter duos; hæreditas mea in tres partes dividetur, quarum singuli singulas ferent, l. 2. §. 2. *de suis & leg. Ulp. sis. 26. §. 3.* Nec id abolitum d. *Nov. 118. c. 3. §. 1.* Utique in Oriente observatum conitat. *Harm. lib. 5. tit. 8. §. 21.*

## COMMENTARIUS.

1. *Fratres germani.*
2. *Fratres uterini, eorumque & ex iis natorum in ordinem legitimorum translatio, novissimique juris crebra inculcatio.*

I N cæcæ superioris tit. descendentes ex foeminis translatis in ordinem suorum: proxime præcedenti §. *foeminis*

minis agnatis ultra secundum gradum jura successionis legitimæ restituit. Hic etiam cognatos aliquos ex tertio ordine accersitos transponit in ordinem agnatorum, sororum scilicet filios & filias, itemque avunculos defuncti, quos pariter cum agnatis ejusdem gradus vult succedere. Non quiescet, donec discrimen omne sexus, agnationis, cognationisque confuderit.

*Addendum nostra constitutioni*] Duo sunt constitutionis supradictæ, & scilicet *l. pen. C. de leg. har.* capita, quorum in priore formis agnatis, quocumque gradu sint, jus legitimæ successionis datur, in altero sororum filii & avunculis defuncti.

*Unus tantummodo gradus*] Tertius scil. In ulterioribus enim cognationis gradibus adhuc retinet ordinem antiquum, ut post agnatos demum cognati tertio gradu remotiores veniant. Cæterum *Nov. 118.* cognatis omnibus æqualia jura cum agnatis concessit.

1 *Germana consanguinea, vel sororis uterina filius*] *Ἀδελφὸς ἐμοῦ καὶ τῆς μητρὸς ἐμοῦ καὶ τῆς μητρὸς ἐμοῦ υἱὸς*, sororis consanguineæ vel uterinæ filius. Theoph. sic in extremo §. præcedentis germanam appellat etiam quæ ex eodem tantum patre nata est. Vulgo tamen creditur, fratres germanos proprie dici, qui eundem utrumque parentem habent. Terent. in *Anar.* *Si te in germani fratris dilexi loco.* Idem in *Adelph.* *O mi Æschime, ὁ mi germane.* Magis id probat locus Ciceronis 1. *de divinat.* *Clodius cum sorore germana nefarium suprum fecit.* Ubi *germana* expressum videtur ad augendam gravitatem delicti; cum grandius nefas admittat, qui sorori ex utroque parente conjunctæ stuprum infert, quàm qui consanguineæ tantum, aut uterinæ. Nomen à germine deductum Feitus scribit; *Germen*, inquit, est, quod ex arborum surculis nascitur: unde & *germani*, quasi eadem stirpe geniti. Græcis dicuntur *ἀδελφοὶ ἀπὸ τῆς μητρὸς*. Podarces *ἀπὸ τῆς μητρὸς* Protefilai. *Iliad.* 13.

2 *Vel sororis uterina*] Fratres & sorores uterini qui dicantur fati notum est, nimirum qui geniti diverso patre prodierunt ex eodem utero, sive qui eandem habuerunt matrem duntaxat, *ἐμοῦ καὶ τῆς μητρὸς ἐμοῦ* seu *ἐμοῦ καὶ τῆς μητρὸς ἐμοῦ*. Sic autem hic loquitur Imperator quasi ipsa soror uterina sit in numero legitimorum. Estne igitur? Jure antiquo sane non fuit, cum non sit agnata: & constat, eo jure filium fratris præmortui sororem defuncti uterinam exclusisse, agnatosque adeo omnes, quantumvis gradu remotissimos, ordine tamen potiores fuisse solis cognatis. Sed sciendum est, ab ipso Justiniano jam ante editam *l. pen. C. de leg. har.* fratres & sorores uterinos translatos fuisse in ordinem legitimorum, *l. ult. C. ad sen. Tertyll.* quod repetitum postea *l. ult. §. 2. C. de leg. har.*

*Soli, & non deinceps*] Solos nunc filios & filias sororis, qui in tertio cognationis gradu sunt, cum agnatis ejusdem gradus ad legitimam successionem vocat, non ultiores cognatos. *Nov. 118.* omnes pari jure, ut jam dictum est.

*Avunculus autem sororis sua soboli*] Finge igitur, esse defuncto, de cujus hæreditate agitur, filium fratris, esse & filium sororis, præterea patrum & avunculum: hic cognati, filius sc. sororis & avunculus defuncti, una cum agnatis, fratris filio & defuncti patruo, ad hæreditatem jure legitimo venient. In *d. Nov. 118.* fratrum & sororum filii patruis & avunculis defuncti etiam præferuntur.

*Frater & soror superstitis non sunt*] Hoc quoque mutatum jure novissimo, unaque cum fratribus & sororibus defuncti admissi germanorum fratrum & sororum filii & filiarum jure repræsentationis, ut in stirpes veniant, *d. Nov. 118. c. 3. Nov. 127. c. 1.* Eodem jure non solum fratres germani, sed etiam eorum demortuorum filii, præferuntur fratribus defuncto conjunctis ex uno latere tantum.

*SucceSSIONEM ADMITTENTIBUS*] Repudiantibus enim vel deficientibus primis succedunt & admittuntur proximi graduum sequentium. De quo sub *§. pen. inf. eod.*

*Non in stirpes sed in capita*] Ut hæreditas in tot partes distribuatur, quot sunt hæredes: ut puta, duos fratres habui, quorum unus unum filium, alter duos reliquit: singulas mea in tres partes dividitur, quorum singuli hæredes ferent, *l. 2. §. 2. de suis & legitim. Ulp. tit. 26. §. 3.* Ratio cur in capita fiat divisio, hæc est, quod omnes, ut pari gradu sunt, ita suo quoque jure atque ex sua persona veniant, non jure repræsentationis aut successionis in locum parentum: cum aliqui simul cum suis patruis & avunculis admitti debent, ut nepotes admittuntur ad hæreditatem avi una cum filiis, & quemadmodum eos jure Novellarum admitti, & tunc in stirpes succedere jam diximus. An autem eodem jure fratrum filii, etiam cum soli sunt, in stirpes succedere debeant, quod Joannes voluit, an vero in capita, ut olim, quod Azoni placuit, videbimus *inf. sub tit. 5.*

## T E X T U S.

## De proximis vel remotis.

§. *Si plures sint gradus adgnatorum, aperte lex duodecim tabularum proximum vocat. Itaque si (verbi gratia) sint defuncti frater, & alterius fratris filius, aut patruus, frater potior habetur. Et quamvis singulari numero usa lex duodecim tabularum proximum vocat: tamen dubium non est, quin si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur. Nam & proprie proximus ex pluribus gradibus intelligitur: & tamen non dubium est, quin, licet unus sit gradus agnatorum, pertineat ad eos hæreditas.*

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

**L** *Ex duodecim tab. proximum vocat*] Hisce verbis, *Agnatus proximus familiam habeto. l. pronuntiatio. 195. §. 1. de verb. sign. Ulp. tit. 26.* Voluit ergo lex, in ordine agnatorum servari gradus prærogativam, & solos proximos hæreditatem capere: eaque causa est, cur inter agnatos semper in capita, non in stirpes, hæreditas dividatur, *l. 2. §. 2. de suis & legitim.*

*Frater potior habetur*] Nimirum quia frater secundo gradu est, fratris filius tertio: solum autem proximum lex vocat. Eadem ratione soror quoque defuncti consanguinea vincit, atque excludit alterius fratris defuncti filios, *l. 3. C. de leg. har.* Cæterum, ut etiam dictum est §. præced. Justinianus *Nov. 118.* concessit fratrum filiis beneficium repræsentationis.

*Si plures sint ejusdem gradus, omnes admittantur*] Lex duodecim numero singulari proximum vocat, non quod, si plu-

si plures sint pari gradu, neminem admitti voluit, quod esset ridiculum: sed quia divinare non potuit, quot quisque agnatos relicturus esset. Quod si ergo plures sint ejusdem gradus, ex mente legis omnes æqualiter admittuntur l. 2. §. 2. de suis & legit. Simili modo cum lex agnato proximo tutelam defert, si plures sint eodem gradu agnati, pariter omnibus deferre intelligitur, l. 8. l. 9. de legit. tut. §. ult. sup. de cap. dem.

*Proprie proximus ex pluribus gradibus.]* Proximus enim dicitur relative ad differentiam remotiorum, eumque significat proprie, qui inter plures diversorum graduum proximior est, l. 1. §. 5. und. cogn. Sed docet hic Imperator, verbum hoc captandum non esse; atque ex sententia legis, etiam si unus tantum gradus agnatorum sit, ad eos hæreditatem pertinere: quemadmodum & Ulp. d. l. 2. §. 4. de suis & legit. qui sic eo loco scribit; *Legitima hæreditas tantum proximo defertur. Nec interest, unus solus sit, an ex duobus prior, pluribusve, an duo pluresve ab eodem gradu venientes, qui vel ceteros antecedant, vel soli sint: quia & is proximus est, quem nemo antecedit: & is ultimus, quem nemo sequitur; & interdum idem primus postremusque, qui solus occurrit, add. l. 1. §. 5. und. cogn. l. proximus. 92. l. proximi. 155. l. in vulgari. 162. de verb. sign.*

## T E X T U S.

Quo tempore proximitas spectatur.

6. Proximus autem, si quidem nullo testamento factò quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo mortuus est is, cujus de hereditate queritur. Quod si factò testamento quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo certum esse cæperit, nullum ex testamento heredem existurum. Tunc enim proprie quisque intestatus decessisse intelligitur. Quod quidem aliquando longo tempore declaratur. In quo spatio temporis sæpe accidit, ut proximior mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus.

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

1. Tempus delata ab intestato hereditatis non semper unum esse & idem.

Cum queritur quo tempore spectandum, five an quis ius sit, five an proximus agnatus cognatusve, dicendum quidem est, semper spectari tempus delatæ ab intestato hereditatis. Cæterum hoc tempus non semper unum est & idem. Interest enim utrum is, de cuius bonis queritur, nullo testamento factò decesserit, (quod tunc quoque intelligitur, cum aut non jure fecit, aut quod fecit ipso adhuc vivo eversum est) an factò jure testamento, quod demum post mortem ejus in irritum constituatur. Priore casu proximum eum accipi placet, qui tunc fuit, cum paterfam. moreretur; quia hic tempus delatæ hereditatis cum tempore mortis concurrat; posteriore eum, qui tunc est, cum testamentum deferretur: quia mortuo paterfam. testamento factò, non ante hereditas ejus ab intestato deferri incipit, quam certum

est, neminem ex eo testamento heredem existurum; l. 2. §. 5. & 6. de suis & legit. l. 1. §. 6. & 7. und. cogn. Uterius hæc exposuimus sub §. 7. superioris tit.

*Tunc enim proprie quisque intestatus.]* D. Contius legit; *Tunc enim etiam proprie* &c. quomodo Ulpian. l. 1. pr. de suis & legit. cum etiam, cujus ex testamento hereditas adita non est, ait, non improprie intestatum decessisse. Sed Justinianus tantummodo indicare voluit differentiam, quæ sit in proposito inter eum, qui testamentum non fecit, qui protinus intestatus moritur, & eum, qui fecit testamentum, qui ex eo demum tempore, quo testamentum ejus destitutum est, intestatus decessisse intelligatur.

*Qui moriente testatore non erat proximus.]* Sit species hujusmodi. Fecit quis testamentum, cum haberet patruum & patruum filium; deliberante hærede scripto patruus decessit: mox hæres institutus repudiavit hereditatem; patruus filius admittetur, l. 2. §. 5. de suis & legit. quo loco quod Ulp. ait, interdum ulteriorem agnatum admitti, ulteriores accipi constat, non qui ulterior sit, quo tempore admittitur, five tempore destituti testamenti: sed anaphorice, qui erat ulterior cum patruus moreretur.

## T E X T U S.

De successorio Edicto.

7. Placebat autem, in eo genere percipiendarum hereditatum successionem non esse: id est, ut quamvis proximus, qui secundum ea, quæ diximus, vocatur ad hereditatem, aut spreverit hereditatem, aut antequam adeat, decesserit, nihilo magis legitimo jure sequentes admittantur. Quod iterum prætores imperfecto jure corrigentes, non in totum sine adminiculo relinquebant, sed ex cognatorum ordine eos vocabant, utpote agnationis jure eis recluso. Sed nos nihil perfectissimo juri deesse cupientes, nostra constitutione, quam de jure patronatus humanitate suggerente protulimus, sancimus, successionem in agnatorum hereditatibus non esse eis denegandam: cum satis absurdum erat, quod cognatis à prætore apertum est, hoc agnatis esse reclusum; maxime cum in onere quidem tutelarum & primo gradu deficiente sequens succedit; & quod in onere obtinebat, non erat in lucro permissum.

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

1. Olim in legitimis hereditatibus successionem non fuisse, & quamobrem.
2. Quomodo accipiendum, quod dicitur; successionem non esse in suis hereditatibus: & num id postea mutatum.
3. Cur Imperatori visum, successionem in agnatorum hereditate admitti.

Jure antiquo in legitimis hereditatibus non erat locus successioni, hoc est, proximo repudiante vel deficiente



ad insequentem agnatorum gradum ex lege hæreditas non transmittatur. *Ulp. tit. 26. §. 4.* & ideo, fratre, verbi causa decedente antequam adiret aut repudiaret hæreditatem, fratris filius admitti non poterat. *Paul. 4. sent. 8.* Atque hoc est, quod scribit idem *Ulp. l. 2. in pr. de suis & leg. Si sunt consanguinei, licet non adierint hæreditatem, legitimis*, id est, agnatis remotioribus, non deferri. Rationem hujus juris suggerit *Paul. d. loc. quia* omnis successio proximiori defertur, hoc est, quia lex 12. tabularum hæreditatem defert agnato proximo, & tantum semel, ut unica illa delatione potestate legis consumpta, gradus insequens, cui lex non defert, legitimo jure admitti non possit. Nimirum sic primis deferretur, ut in horum persona confisteret jus percipiendæ hæreditatis. Quod si illi hæreditatem omisissent, aut non adissent morte præventi, sequentibus gradibus non deferretur, sed vacabat hæreditas, eoque redibat ad fiscum, ut cætera bona vacantia. Quod jus Imperator hic arogat data legitimis hæreditibus successione exemplo cognatorum.

*In eo genere* ] In secundo scilicet ordine hæredum, in quo vocantur agnati. Quæquam nec in suis hæreditibus successio est, teste *Ulp. l. 1. §. sciendum. 8. de suis & legit.* ubi scilicet agitur de gradibus ejusdem lineæ, de filio & nepote ex eo; ut postquam filio semel delata est hæreditas, nepoti ut suo hæredi aut agnato non deferatur, *l. ult. C. unde lib.* alioqui constat, nepotes in locum patris sui præmortui succedere, & una cum liberis primi gradus admitti ad hæreditatem avi. Putant autem plerique etiam, *d. l. ult.* correctam esse per hunc §. aut certe per *Nov. 118. c. 1.* sed contrarium teste Jafone tenuerunt Ultramontani & DD. Rononienses, quorum sententia mihi videtur ex ratione juris communis verior.

2. *Nihil magis legitimo jure sequentes* ] Quid si plures sint eodem gradu agnati, & quidam ex his omiserint hæreditatem, vel morte vel alia ratione impediti fuerint, quomodo adirent? Reliquis, qui adierint, illorum portio accrescit: & licet docefferint, antequam accresceret, ad hæredes tamen eorum pertinet, *l. 9. de suis & legit. §. ult. inf. de sen. Orfic. Ulp. tit. 26. §. 4.*

*Ex cognatorum ordine eos vocabant* ] Edicto successorio, *l. 1. de success. edit.* Observabat autem prætor in eo ordine gradus prærogativam, v. g. Titius intestato decessit relicto fratris filio, itemque filio sororis, & alterius fratris nepote: repudiante hæreditatem fratris filio, nepos alterius fratris ad hæreditatem legitimam non admittitur; sed nec ut cognatus ad bonorum possessionem, quia obstat filius sororis cognatus proximior.

*Adgnationis jure eis recluso* ] Recluso dixit pro occulto; ut & iterum postea, *hoc agnatis esse reclusum*, contra auctorum loquendi consuetudinem; quibus recludere est, quod clausum erat, aperire, referare. *Virg. 8. Æneid. Infernas referet sedes & regna recludat. Horat. lib. 3. carm. od. 2. Virtus recludens innoxias portas Cælium, &c.* Justinus tamen *lib. 1. de pellicibus regis loquens*, dicit singulas separatim recludi, pro occulti. *In l. pen. C. de legit. hæred. recludit* dixit Justinian. pro excluditur, cum ait, *Gormanu ejus ab eadem successione recluditur.*

*Constitutione nostra* ] Constitutionis hujus de jure patronatus meminit etiam *inf. tit. 7. in pr.* & multis aliis in locis: sed desideratur. Hac autem constitutione inter

alia hoc cautum, ut agnato proximo hæreditatem sibi delatam repudiante, amitterentur ex eodem ordine gradus sequentes exclusis cognatis etiam proximioribus: atque ita auctius factum est jus agnatorum. Hodie vero nullus est hujus beneficii usus, postquam cognati per omnia agnatis exæquati. *Nov. 118. c. 4.*

*Quod cognatis à prætoris apertum* ] Duas rationes affert Imperator, cur in agnatorum hæreditatibus locum esse velit successioni. Prima est, quæ hic redditur, quia prætor eam admittit in ordine cognatorum, *l. 1. §. quisam. 6. & §. quibus. 10. de success. edit.* & ut verum fatear, mera quædam juris subtilitas est, quod proximior agnato deficiente ulterior admitti non possit.

*Maxime cum in onere tutelæ* ] Ratio altera, & argumentatio ab onere ad emolumentum. Si in onere tutelæ, quam ad cognatos ideo pertinere ipsa lex 12. tabularum voluit, quia eisdem vocavit ad hæreditatem, successioni locus est, & proximior agnato vel mortuo vel capite minuto, qui post eum est, in administratione succedit, *l. 3. §. pen. de leg. tut.* justum & æquum est; ut eodem modo deficiente priore, qui sequitur, emolumento potiatur hæreditatis, juxta *l. 10. de reg. jur.*

## T E X T U S.

## De legitima parentum successione.

8. *Ad legitimam successionem nihilominus vocatur etiam parens, qui contracta fiducia filium vel filiam, nepotem vel nepotem, ac deinceps, emancipat. Quod ex nostra constitutione omnino inducitur, ut emancipationes liberorum semper videantur quasi contracta fiducia fieri: quæ apud veteres non aliter hoc obtinebat, nisi specialiter contracta fiducia parens manumississet.*

## N O T A.

8. *Ex nostra constit.* ] *l. ult. C. de emanc. lib.* ubi imaginarias antiquæ emancipationis solennitates sustulit, salvo tamen jure patris manumissoris, ut scilicet nihilominus tanquam patronus ad legitimam hæreditatem filii vocetur, *d. §. 6. sup. quib. mod. jus pat. pot.* Sed hodie parens manumissor jure patroni in commodo hæreditatis non amplius utitur. *Nov. 118. c. 2.*

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

1. *Filiusfam. hæredem ab intestato non habuisse usque ad constitutionem Leonis & Anthemii.*
2. *Quo loco ex ea constitutione pater vocetur, & quo ex Nov. 118.*
3. *Quo jure olim pater, ut pater, successerit filio emancipato.*

**T** Ractatur hic de legitima successione parentis, non quatenus ut parens consideratur, sed quatenus ut manumissor patronus. Quo ordine pater filio olim successerit, non satis liquet. Illud constat, in filiosam, hujusmodi quæstioni locum esse non potuisse jure illo veteri, quo filius omnia patri acquirebat. Ac licet postea exceptum fuerit peculium castrense, & paulatim etiam quasi castrense, permissumque filiosam. in his bonis hæredem sibi testamento instituire: jus tamen vetus hærenus patri conservatum fuit, ut si filius intestatus defuisset,

fisset, bona ista pater jure peculii occuparet, l. 2. l. 9. de cast. pec. Hoc igitur casu manebat adhuc eadem conditio bonorum castrensiu, quæ reliqui peculii. Atque hucusque filiusfam. hæredem ab intestato habere non potuit: sed habere posse demum cœpit posterioribus temporibus, cum liberis concessa fuit proprietas bonorum maternorum & materni generis, & de veteri illo jure patrio multa detracta sunt. Extat constitutio Leonis & Anthemii l. 4. C. de bon. qua lib. qua res liberorum defunctorum primo eorum liberis deferuntur: si nulli sint liberi, fratribus & sororibus: si hi quoque desint, tertio loco parentibus: nec ergo jam amplius tanquam peculium, sed ut hæreditas. Eadem procul dubio ratio succedendi fuit & in bonis castrensis. Nam si bona adventitia, quorum usum fructum tamen habebat, pater jure peculii occupare non poterat, omnino credibile est nec potuisse castrensis. Quod & ipsum satis aperte testatur Justinianus in princ. tit. quib. non est perm. fac. test. lib. 2. cum ait, si filiam. qui castrense peculium habent, intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, id ad parentes eorum jure communi pertinere: jure communi, hoc est, jure hæreditario ex posteriorum Principum constitutionibus: nam si jure peculii ad patrem pertineret, nemo patri præferri posset, nec cuiquam hæreditario jure deferri. De quo in explicatione d. loc. fusius differuimus. Novella 118. parentes sine discretionem sexus aut potestatis vocantur ad legitimam hæreditatem in ordine secundo, cum quibus tamen simul admittantur fratres ex utroque latere defuncto conjuncti. Ad filium vero emancipatum quod attinet, planum quidem est, patri manumissori legitimam intestati hæreditatem delatam fuisse: at quo jure quoque loco successerit ut pater, non item. Habuisse patrem jus succedendi, patet ex eo, quod præteritus suo jure de inofficioso agere potuit, l. 1. §. ult. si à par. qui man. l. 14. de inoff. quod utique nemo potest, nisi qui jus succedendi ab intestato habet: & tamen jure civili hæredem eum esse non potuisse, argumento est, quod eo jure ad hæreditatem tantum sui hæredes, & his non existentibus agnati vocantur: pater autem neque suus est, neque agnatus filio emancipato. Dices, à prætore admissum ad bonorum possessionem. Ex quo ergo capite? unde legitimi, an unde cognati; Si unde legitimi, debuit excludere fratres & sorores, qui ad bonorum possessionem fratris sui emancipati ex alio capite venire non potuerunt, quam

unde cognati. Sed etsi unde cognati dicas: adhuc tamen pater jure proximitatis præferri debuit defuncti fratribus: Atqui contra pater a fratribus exclusus fuit, l. 2. C. ad sen. Tertyll. Rursus si unde cognati dicas, mater una cum patre vocari debuit, & post Senatusconsultum Tertyllianum, ex quo mater ex capite unde legitimi vocata fuit, etiam patri ordine præferri, l. 2. §. ult. unde legit. At pater in petenda bonorum possessione matri prælatas fuit etiam post illud Senatusconsultum, l. 10. de suis & legit. l. 2. §. objectur. 17. ad sen. Tert. §. 3. inf. eod. tit. Ego sic existimo, patrem olim admissum fuisse ex capite unde cognati, cognatisque omnibus nomine proximitatis prælatum, & jure patris etiam matri: quod jure expressè reservatum fuerit Senatusconsulto, dictantque l. 2. C. ad sen. Tertyll. à Triboniano interpolatam accommodatamque ad jura recentiora, & nominatim ad l. 4. C. de bon. qualib. §. l. 11. C. comm. de success.

[Qui contracta fiducia, &c.] Id est, qui liberos ex pacto fiducias sibi remanipatos manumittit: Nam inventis ad usurpationem vetustatis in emancipatione liberorum imaginariis illis venditionibus & manumissionibus, de quibus in §. præterea. 6. sup. quib. mod. jus patr. pot. solv. solebat plerumque pater naturalis fiduciam cum emptore imaginario contrahere de liberis sibi remanipandis, quos ipse deinde manumittebat, eoque facto ipse pater in eos eorumque bona jura patroni consequeretur, tit. si à par. qui man. Ceteroquin omnis emancipatio fiebat contracta fiducia, hoc est; ea lege & fide saltem interposita, ut liberos sibi tradidit, emptor manumitteret: qui ob id dicebatur pater fiduciarius, teste Cajo lib. 1. tit. 6. §. 3.

[Semper videantur quasi contracta fiducia fieri] Justinianus imaginarias illas antiquæ emancipationis solemnitates sustulit, l. ult. C. de emanc. lib. salvo tamen jure antiquo patris manumissoris, ut scilicet adhuc ad legitimam hæreditatem filii vocetur, cæteraque jura patroni consequatur, perinde ac si contracta fiducia cum emancipasset. Parum autem subtiliter loquuti sunt Compositores, cum ajunt, emancipationem ex constitutione Justiniani semper intelligi fieri contracta fiducia: Cur enim, aut quomodo fieri videri volunt, quod penitus sublata est? Jure Novellarum parens manumissor jure patroni, quoad commodam hæreditatis, non amplius utitur, arg. Nov. 118. c. 2.

## TITULUS III.

## DE SENATUSCONSULTO TERTYLLIANO.

Dig. lib. 38. tit. 17. C. lib. 6. tit. 56.

Argumentum hujus &amp; sequentis tituli.



Hoc titulo docet Imperator, quando & quomodo mater ad liberorum suorum intestatorum legitimam hæreditatem vocetur: in sequenti, quando & quomodo illi matri intestatæ succedant.

## TEXTUS.

De lege 12. Tab. &amp; jure Prætorio.

Lex duodecim tabularum ita scripto jure utebatur, & præponebat masculorum progeniem; & eos, qui per feminam sexus necessitudinem sibi junguntur,

guntur, adeo expellebat, ut ne quidem inter matrem & filium filiamve ulro citroque hereditatis capienda jus daret: nisi quod prætores ex proximitate cognatorum eas personas ad successionem bonorum, possessione unde cognati accommodata, vocabant.

## COMMENTARIUS.

**N**E quidem inter matrem & filium] Ait, lege duodecim tabularum ne inter matrem quidem & filium filiamve jus ulro citroque hereditatis concessum fuisse. Quod verum est. Nam lex ista duos duntaxat ordines hæredum ab intestato fecerat, suorum scilicet hæredum, & agnatorum. Mater autem & liberi nec sui hæredes invicem sunt, nec agnati. Cognati quidem invicem sunt, sed cognati nulli à lege vocantur.

*Nisi quod prætores ex proximitate]* Pro nisi utendum erat conjunctione discreta, ceterum, aut sed: ne quis putet, ex præscripto legis quod prætores fecerunt. Sensus enim est, prætorem more suo rigorem legis antiquæ mitigasse, & quod poterat, matrem & liberos, qui hæredes invicem ex lege non erant, invicem sibi fecisse bonorum possessores, ad mutuam successionem eos vocando in ordine cognatorum, quem ipse solius proximitatis & sanguinis ratione introduxit & tertium fecit.

## TEXTUS.

## De Constitutione Divi Claudii.

**I.** Sed hæc juris angustia postea emendata sunt. Et primus quidem divus Claudius matri ad solatium liberorum amissorum legitimam eorum detulit hæreditatem.

## COMMENTARIUS.

**H**ÆC juris angustia emendata] Hoc est, ipsi legi 12. tabb. postea derogatum est, & quod prætor facere non poterat, jus legitimæ hereditatis etiam matri & liberis datum Senatufconsultis: ac dehinc cum antea demum post omnes agnatos à prætore vocarentur ad bonorum possessionem, vocari cepti sunt ordine secundo ex capite *Unde legitimi*, l. 2. §. ult. unde legis.

*Primus D. Claudius]* De Claudio nihil apud alios reperitur, quod quidem ad rem propositam facere videatur, nisi huc referas, quod Suetonius scribit c. 19. eum scæminis dedisse jus quatuor liberorum: quod etsi quid significet, obscurum est, opinor tamen, cum intelligere jus liberis succedendi, cujus hic fit mentio: quod quidem Claudius primus matribus dedit, ceterum non omnibus, verum his duntaxat, quæ quater peperissent. Sane accipi non potest pro jure liberorum, quod olim à Principibus pro beneficio datum fuit orbis, ad evitandas poenas legis Papiæ: quarum una erat, quod solidum capere non poterant: quod indicatur à Juvenale *satyr.* 9.

*Jura parentis habes, propter me scriberis hæres,*

*Legatum omnia capis, nec non et dulce caducum.*

Adulterum inducit Poëta, qui maritum hoc sibi beneficium debere ait, quod poenas orbitatis lege Papiæ constitutas jam non patiat, sed solidi capiendi jus habeat: quippe cum maritus ipse liberos ex uxore suscipere non posset, vicem ejus supplevisse, & inde liberos natos.

*Ad solatium liberorum amissorum]* Ut hoc qualiqui solatio luctum amistarum liberorum levaret: quomodo Pompon. l. 6. de jur. des. patri successum esse scribit, ut filia amissa dos ab eo protecta ei redderetur, ne & filia amissa & pecuniæ damnum sentiret. Hotomannus & Tuningius putant, per amissos significari eos, qui in acie ceciderunt.

## TEXTUS.

## Ad Senatufconsultum Tertullianum.

## De jure libertorum.

**2.** Postea autem Senatufconsulto Tertulliano, quod divi Adriani temporibus factum est, plenissime de tristi successione matri, non etiam avia deferenda, cautum est: ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad bona filiorum filiarumve admittatur intestato mortuorum, licet in potestate parentis sit: ut scilicet cum alieno juri subjecta est, jussu ejus adeat hæreditatem, cujus juri subjecta est.

## NOTÆ.

**2.** *De tristi successione matri]* Ut ad quam summus ætate turbato ordine morte filii pervenit, ad eandem quoque luctuosa hæreditas perveniret.

*Licet in potestate parentis]* l. 6. C. ad SC. Tertyll. Commodum tamen omne hæreditatis hoc casu acquirebat patri: hodie vero mater proprietatem, avus usumfructum habet, per l. 6. C. de bon. qua lib.

## COMMENTARIUS.

**D**ivi Adriani temporibus] Zonaras lib. 2. testatur, hoc Senatufconsultum factum esse divo Pio auctore: quod & facti confirmant, in quibus post Barbatum & Regulum consules ponuntur Tertyllus & Sacerdos; quo tempore jam annos viginti Antoninus Pius rei Romanæ præfuerat. Ergo divum Adrianum hic accipimus non patrem, sed filium, Antonium scilicet Pium, qui jure adoptionis idem cum patre nomen sortitus est, & Adrianus quoque appellatus. Sic epistola vulgo Adriani dicta, qua pluribus unius rei fidejussoribus beneficium divisionis datum est, divo Pio tribuitur l. si testamento. 49. §. 1. in fin. de fidejuss. Ob eandem rationem Adrianus quoque Trajani nomine sæpè appellatur. Cujac. hic.

*Plenissime de tristi successione]* Plenissime, id est, diligentissime; accuratè enim de hac successione Senatufconsulto cautum, definitumque, qui cum matre concurrant, quos ipsa, vel qui ipsam excludant, quid matri faciendum incumbat, &c. vid. l. 2. hoc tit. *Tristi successione:* luctuosam hæreditatem appellat l. ult. C. de inst. & substit. scilicet quia obvenit contra votum matris, quæ velit & optet liberos suæ superesse vitæ hospites & superstites.

*Non etiam avia]* Senatufconsultum Tertullianum matri tantum filiorum filiarumve hæreditatem detulit, non avia aut ulterioris gradus ascendentibus nepotum neptumve aut deinceps descendentium. Unde petenda ratio l. 9. C. de legis. bar. quæ in successione intestatæ

sororum præfert aviæ; nimirum consanguineam: nam ex edicto unde cognati avians cum uterina, ut gradu patrem, simul admittam fuisse non est dubitandum. Creditibile autem est, ob juris veteris reverentiam tunc ultra primum gradum processum non esse: ulterius tandem progressus est Justinianus. *Nov. 118.*

[*Ingenua trium liberorum, libertina quatuor*] Hoc quoque veterum legum venerationi datum videtur, quod Senatus non simpliciter matribus omnibus, sed quæ multos cives reipub. peperissent, prospexit: & nimirum ingenuis, quæ ter, libertinis civibus Romanis, quæ quater enixæ essent, dummodo vivos & pleni temporis. Reliquæ ex Senatusconsulto non succedunt, nisi jus liberorum à Principe consecutæ sint, *Pap. 4. sent. 9. in pr. & fin. Ulp. tit. 16. §. ult.*

[*Intestato mortuorum*] Igitur necesse est, ut liberi defuncti, quorum de successione agitur, fuerint sui juris: nam qui in potestate sunt, jure antiquo nullo casu hæredem ab intestato habere potuerunt, ne in bonis quidem castrensibus, ut demonstravimus sub §. ult. *prac. tit.* Hodie vero id fecus est: nam ex *Nov. 118.* mater proprio jure succedit, & vel sola, vel cum patre & fratribus defuncti, ut jam nullus amplius hujus Senatusconsulti usus sit.

[*Licet in potestate parentis*] Quominus mater ad hæreditatem ex Senatusconsulto admitteretur, non impediebat, quod in aliena erat potestate, *l. 6. C. hoc tit. quævis* hoc casu nihil admodum emolumenti ad eam perveniret, sed avo magis, cui commodum omne hæreditatis acquirebatur, quam matri, consulerebatur. At hodie usum fructum tantum in proposito avus consequetur, mater proprietatem habebit, per *l. cum oportet. C. de bon. qualib.*

## T E X T U S.

Qui præferuntur matri vel cum ea admittuntur.

3. *Præferuntur autem matri liberi defuncti, qui sui sunt, quive suorum loco sunt, sive primi gradus, sive ulterioris. Sed & filia sua mortua filius vel filia præponitur ex constitutionibus matri defunctæ, id est, aviæ suæ. Pater vero utriusque, non etiam avus & proavus, matri anteponitur, scilicet cum inter eos solos de hæreditate agitur. Frater autem consanguineus tam filii, quam filia excludebat matrem: soror autem consanguinea pariter cum matre admittebatur. Sed si fuerant frater & soror consanguinei, & mater liberis onerata, frater quidem matrem excludebat; communis autem erat hæreditas ex aequis partibus fratribus & sororibus.*

## N O T A.

3. *Frater consanguineus, &c.*] Tria dicit, 1. fratres defuncti consanguineos matrem exclusisse. 2. sorores consanguineas, si solæ, cum matre admittas. 3. si & sorores & fratres consanguinei, sorores cum fratribus admittas exclusa matre.

[*Liberis onerata*] Cujac. ad Ulp. *tit. ult. §. ult.* ostendit legendum esse *honorata*. Th. *ixxon dnyon naidon. & inf. §. 5. xingopda.* Cic. *1. Tuscul. Metellus ille honoratur quatuor filiis.*

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

1. *Qui ex liberis filii defuncti matri præferantur.*
2. *Qui ex liberis filia defunctæ.*
3. *Qui ascendentium.*
4. *Qui lateraliū.*

Continet hic §. declarationem Senatusconsulti Testylliani: doceturque primò quid juris sit, si cum matre defuncti existant liberi; deinde si pater aut avus paternus: tertio si fratres aut sorores.

[*Præferuntur matri liberi defuncti*] Quando cum matre concurrunt liberi defuncti sive primi sive ulterioris gradus, liberi matrem excludunt: idque sive agatur de masculi, sive de foemina successione, ut mox apparebit.

[*Qui sui, quive suorum loco*] Hic necesse est casus ponatur, quo filius mortuus est: siquidem filia suos hæredes habere non potest. Ait autem Imp. matri defuncti præferri liberos, qui sui defuncto hæredes sunt, tum qui sunt suorum loco. Sui sunt etiam liberi adoptivi: cæterum hi post emancipationem matri defuncti non obstant, nec admittuntur, nisi fuerint ex liberis naturalibus, ut puta nepos adoptatus ab avo, *l. 2. §. liberi. G. hoc tit.* Quid autem juris hodie, si adoptati ab extraneo? Non habent hi quidem jus suorum hæredum: sed tamen quia Justinianus expressè iis servavit jus successionis ab intestato, dicendum videtur, matri præferendos esse, *l. pen. §. 1. C. de adopt.* Quid si quis decesserit relicta matre & item filia, quam in adoptionem dederat? & quidem in adoptionem dati neque sui hæredes sunt patri naturali, neque suorum hæredum loco. Placuit tamen cessare Senatusconsultum, & simul admitti ad bonorum possessionem undè proximi cognati matrem & filiam, *l. 2. §. sed si. 9. hoc tit.* Suorum loco sunt primum liberi emancipati, quos sæpè diximus præterem suorum numero habere, eosque tanquam suos, vel cum suis hæredibus, vel solos bonorum patris possessores, facere. Deinde suorum quoque loco sunt ex constitutionibus Principum, & præcipuè Justiniani, nepotes & pronepotes ex filia: nam & hi inter suos & cum suis vocantur, §. ult. *sup. de her. qua ab intest.* ut matri defuncti præferri debeant, cum in suis, aut qui suorum numero sunt, gradus non queratur, hoc est, nihil referat primi gradus sint, an ulteriorum, ut ipse Imp. hic docet.

[*Filia sua mortua*] Casus, ubi de filia intestato mortuæ successione queritur. Ait *suæ*, id est, quæ sui juris fuerit potestatis fuerit: quomodo M. Tullius *lib. 3. de reipub.* Est, inquit, *genus injusta servitutis, cum ii sunt alterius, qui sui possunt esse.* Peritius, *Vindicta postquam meus à patre recessi, & alioqui nec huic Senatusconsulto, nec successioni ab intestato omnino locus esse potest, ut notatum §. præc.* Utique illud palam est, liberos suos hæredes matri non esse. Apud Wesembecium vox *suæ* deest.

[*Filius vel filia præponitur ex constitutionibus*] *L. 4. C. ad Senatuscons. Orfic. l. 11. C. de suis & legit. l. 3. & pen. C. Theod. de legit. her.* Ut autem filius & filia matri præferentur, nec inter eos & matrem divideretur hæreditas,

tit, constitutionibus opus fuisse. Ideo Hotomannus & Bachovius scribunt, quia pari jure niti videantur, mater suffragio Senatusconsulti Tertylliani, filius & filia Officiani & tamen in Officiano excluduntur consanguinei, qui in Tertylliano aut præferuntur aut cum matre concurrunt: unde si intestatæ mulieri consanguinei extant, & mater & filia, ad solam filiam ex Senatusconsulto Officiano hæreditatem pertinere rescriptum est ab Alexandro l. 1. C. ad Senatuscons. Orfic. Planè illud ex constitutionibus est, quod etiam nepotes neptesque admittantur & matri defunctæ præponantur, d. l. 11. C. de suis & legis. lib.

3 *Pater vero utriusque, non etiam avus & proavus]*

Jam cum matre conferre incipit ascendentes alios, patrem, avum, proavum. Ait, patrem matri anteponi, patrem scilicet naturalem: nam adoptivus matri non nocet, l. 2. §. objicitur. 15. l. 3. hoc sit. Ait, utriusque, id est, & filii & filia intestato mortuorum, de quibus distinctè antea locutus erat. Summovet autem matrem, sive manumissor hæres pater existat, sive non manumissori bonorum possessio competat, d. l. 2. §. objicitur. l. 10. de suis & legis. Non etiam avus & proavus, neque avus neque proavus, ait Ulpianus in Tertylliano, matri nocent, quamvis fiduciam contraxerint, d. §. objicitur.

*Cum insar eos solos]* Scilicet, ajunt Hotomannus, Welsch. Pac. inter patrem & matrem: qui manifestus error est: pater enim semper & omnimodo matrem excludit. Referendum hoc omnino est ad proximè antecedens, nempe si mortuo jam ante patre defuncti inter avum aut proavum & matrem solos de hæreditate agatur: hoc casu significat Imperator, matrem potiore esse: ast ubi simul pater superest, cui avus anteponatur, non item, verbi causa, nepos ab avo manumissus decessit patre & avo & matre superstibus, hic avus manumissor, quia speciali jure tanquam patronus patri, id est, filio suo in potestate retento, præfertur, matrem quoque, cui pater obstat, propter patrem excludet, l. 5. §. ult. hoc sit. neque enim matri prodesse debet, quod avus patri anteponitur jure patroni. At patre mortuo si avus solus extet cum matre, avus etiam manumissor matri postponetur, d. l. 2. §. objicitur. eod. Unde notant Jo. Fab. Porc. & alii, regulam, si vinco vincentem te, multo magis vinco te, non procedere, ubi non sunt parès termini: ego dicerem, ubi non meo jure te vinco, sed propter tertium. Non ab similibus casus est, qui proponitur ab Ulp. d. l. 2. §. si sit consanguinea. 18. eod.

4 *Frater consanguineus excludit matrem, soror autem pariter, &c.]* Hic cum matre conferuntur fratres & sorores, atque hæc tria docentur. 1. si fratres consanguinei cum matre defuncti existant, fratres esse potiores. 2. si sorores consanguineæ, siquidem solæ, cum his pariter matrem admitti. 3. si & sorores sint & fratres consanguinei, non prodesse matri, quod tunc sorores æquè ac fratres admittantur: neque enim ut matrem, ita & sorores à fratribus excludi. Porro cum fratres duntaxat & sorores hoc loco matri objiciantur, existimandum est, cæteris à latere venientibus sive agnatis sive cognatis matrem præferri. Sed & quia consanguineorum tantum mentio fit, credibile est, fratres & sorores utriusque Senatusconsulto fuisse exclusos: cæterum Justi-

nianus hos etiam cum matre admittit §. 5. inf. eod. Novella 118. totum hoc jus mutatum est, ut identidem monuimus.

*Et mater liberis onerata]* Probabilis est conjectura Cujacii in not. ad Ulp. tit. ult. pro onerata legendum existimantis honorata: ut enim verum sit, liberis matri esse oneri: tamen respectu Senatusconsulti Tertylliani, de quo hic agitur, non oneri, sed emolumento matri sunt. Conjecturam Cujacii Theophilus quoque juvat, qui vertit, *ἡ μήτηρ διὰ τὸν πατέρα*. Et §. 5. eandem appellat *διὰ τὸν πατέρα καὶ τὸν υἱόν*. Cicero 1. Tusc. Metellus ille honoratur quatuor filiis.

## T E X T U S.

## Jus novum de jure liberorum sublato.

4. *Sed nos constitutione, quam in Codice, nostro nomine decorato, posuimus, matri subveniendum esse existimavimus, respicientes ad naturam, & puerperium, & periculum, & sæpè mortem ex hoc casu matribus illatam. Ideoque impium esse credidimus, casum fortuitum in ejus admitti detrimentum. Si enim ingenua ter, vel libertina quater non pepererit, immerito defraudabatur successione suorum liberorum. Quid enim peccavit, si non plures, sed paucos peperit? Et dedimus jus legitimum plenum matribus, sive ingenuis sive libertinis, etsi non ter enixa fuerint vel quater, sed cum tantum vel eam, qui quæve morte intercepti sunt, ut sic vocentur in liberorum suorum legitimam successionem.*

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

*Constitutione, quam in Codice]* Ea est l. 2. C. de jur. lib. qua matri jus legitimæ successionis omnimodo conceditur, licet ingenua tres, libertina quatuor liberos non pepererit.

*Impium esse credidimus]* Non debet disputare adversus Senatusconsultum, quo jura matrum adaucta sunt: nec impium, sed plenum pietatis Amplissimi Ordinis consilium fuit; nimirum præmio aliquo matres invitare ad liberorum procreationem atque educationem, & occurrere detestabili infantium exponendorum audacix: fortè & flagitiis aliis foeminarum obviam ire, quæ, quicum temporis mores erant, frequenter abortionibus operam dabant: cujus rei testis nobis sit Juvenalis satyr. 6.

*Sed jacet aurato vix ulla puerpera lecto*

*Tantum artes hujus, tantum medicamina possunt,  
Quæ steriles facit, atque homines in ventre necandos  
Conducit.*

*Quid enim peccavit]* Cur non ommissa omni disputatione pro imperio suo statuit, quod vult, & tribus verbis simpliciter matri jus legitimæ successionis dat? Senatus non fortunam, sed civitatis propagationem spectavit, uti & lex Papia Poppæa, quæ non modo cælibes, verum orbos etiam poena affecit, quamvis nil peccantes; cum nemo divinare possit, uxorem, quam ducit,

infecundam fore. Equo tamen animo hujusmodi ferenda sunt, & cedendum publicæ utilitati.

## T E X T U S.

Quibus mater præponitur, & quibuscum admittitur.

3. *Sed cum antea constitutiones jura legitima successionis perscrutantes, partim matrem adjuvabant, partim eam pragravabant, nec in solidum eam vocabant, sed in quibusdam casibus tertiam ei partem abstrahentes, certis legitimis dabant personis, in aliis autem contrarium faciebant: nobis visum est, recta & simplici via matrem omnibus personis legitimis anteponi, & sine ulla deminutione filiorum suorum successionem accipere: excepta fratris & sororis persona, (sive consanguinei sint, sive sola cognationis jura habentes) ut quemadmodum eam toti alii ordini legitimo preposuimus, ita omnes fratres & sorores (sive legitimi sint, sive non) ad capiendas hereditates simul vocemus: ita tamen ut, siquidem solæ sorores agnate vel cognate, & mater defuncti vel defunctæ supersint, dimidiam quidem mater, alteram vero dimidiam partem omnes sorores habeant. Si vero mater superstite, & fratre vel fratribus solis, vel etiam cum sororibus, sive legitima, sive sola cognationis jura habentibus, intestatus quis vel intestata moriatur, in capita ejus distribuatur hereditas.*

## N O T A.

5. *Cum antea constitutiones*] Vid. l. 1. l. 2. & pen. C. Th. de legit. hered. Cujac. hic.

*Anteponi, & sine ulla deminutione*] Superiores constitutiones jus matris minuebant admittis agnatis in partem tertiam, quas constitutiones abrogat l. ult. C. h. t.

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

**P**artim adjuvabant, partim pragravabant] Eiusmodi extat constitutio Constantini l. 1. C. Theod. de legit. her. Adjuvat ea matrem, quia matri etiam non habenti jus liberorum defert tertiam partem bonorum filii intestati detractam agnatis, à quibus antea in totum excludebatur. Vicissim pragravat, quia licet mater habeat jus liberorum, tamen agnatis proximis ultra consanguineos, patruo scilicet ejusque filio & nepoti, non ulterioribus, pari beneficio defert tertiam portionem detractam matri, quæ ex Senatusconsulto totum sola habitura fuisset. Eodem pertinet l. 2. d. tit. & C. Gravabatur etiam mater jus liberorum habens, si thorum priorem secundo mutasset amplexu, proprietate ipsi adempta rerum filii defuncti paternarum, l. pen. d. tit. C. Justin.

*In aliis contrarium faciebat*] Hoc est, ut illic detrahebant matri liberis honoratæ trientem, quem adper-

gebant agnatis: ita hic contrarium faciebant, triontemque detrahebant agnatis, quem adpergebant matri jure liberorum non honoratæ.

*Matrem omnibus legitimis, & sine ulla deminutione*] Matres omnes jure liberorum honestantur, l. ult. C. de jur. lib. Ex quo secundum sententiam Senatusconsulti Tertylliani mater, sive ter peperisset, sive non, agnatis omnibus secundo gradu remotioribus simpliciter præferenda fuerat, nisi obstiterent constitutiones, quibus jus matris liberis honestatæ minuebatur, agnatis, quos diximus, admittis in partem tertiam: quas constitutiones Justinianus hic abrogat, matrem omnibus agnatis sine ulla deminutione anteponebat.

*Excepta fratris & sororis persona, sive consanguinei, &c.*] In Tertylliani fratres consanguinei matrem excludebant, mater uterinos, soror consanguinea cum matre pariter admittebatur: Justinianus etiam cum fratribus consanguineis matrem admittit, & cum matre etiam uterinos, l. ult. C. hoc tit.

*Quemadmodum eam toti alii legitimo ordini*] Cum ipsum eum modum jura matrum beneficio Justiniani aucta sint, ut legitimis omnibus, præter fratres, in totum exclusis, etiam ter non pepererint, solæ succedant; ut cum consanguineis defuncti fratribus, à quibus antea excluderentur, quantumvis jus liberorum haberent, nunc admittantur, etiam si non habeant: putavit Imperator, matres haud iniquo animo pati debere, si uno in casu vicissim jus ipsarum minueret, & fratrum sororumque hæcenus auget, ut cum ipsa admitteret & uterinos.

*Ita tamen ut, siquidem solæ sorores*] Quæ sequuntur, pertinent ad modum succedendi, sive rationem distribuendæ hereditatis inter matrem defuncti ejusque fratres & sorores. Constituit autem, ut si cum matre concurrant sorores solæ, sive consanguineæ sive uterinae, duo semisses fiant, quorum unam mater, alterum sorores capiant: si fratres, sive soli, sive etiam cum sororibus, in capita hereditas dividatur, totque partes fiant, quot sunt persone succedantium, d. l. ult. C. hoc tit. Hæc iterum mutata sunt Nov. 118. qua fratres & sorores omnes, & uno tantum latere defuncto conjuncti, tam à matre, quam à fratribus utrinque conjunctis, excluduntur, mater cum his ex æquis partibus succedit.

## T E X T U S.

De tutore liberis petendo.

6. *Sed quemadmodum nos matribus prospeximus, ita eas oportet sua soboli consulere: scilicet eis, quod si tutores liberis non perierint, vel in locum remoti vel excusati, intra annum postea neglexerint, ab eorum impuberum morientium successione merito repellentur.*

## N O T A.

6. *Impuberum morientium*] Diserte impuberum, ut & in d. l. 10. C. de leg. her. nam si puberes moriantur, mater ab eorum hereditate non excluditur, l. 3. C. hoc tit. Nec qui filio puberi curatorem non petit, excluditur, d. l. 2. §. 29. *αὐτὸς ἡδὲ αὐτῷ αὐτῷ.* Modestini l. 2. §. 5. *quis per-* *ius.* l. 6. C. eod.

## COMMENTARIUS.

**I**ta eas oportet sua soboli consulere ] Matri onus tutelæ impositum non est: quia virile munus est, tutelam gerere: at petendi tutores negotium inunctum, quod maternæ pietati maximè convenit. Quod si petere neglexerit, ut indigna à legitima hæreditate filii repellitur, l. 2. §. 1. & 2. qui per. tut. l. 2. §. si mater. 23. & multu seq. hoc tit. ubi hic locus fufe explicatur.

*Non petierint, vel in locum remoti* ] Si mater, inquit Ulpian. non petierit tutores idoneos filiis suis, vel prioribus excusatis reiectisve non confestim aliorum nominata egidior, jus non habet vindicandorum sibi bonorum intestatorum filiorum, d. l. 2. §. si mater. hoc tit. idque etiam hodie adhuc obtinebit, si mater nec tutorem petat, nec ipsa administrationem tutelæ suscipiat: quod matri concessum. Nov. 118. cap. 5. Sed hæc moribus obliterata. *Christin. vol. 4. decis. 63. n. 7.*

*Intra annum* ] Quid ergo, si intra annum pupillus moriatur non petito tutore? an tum mater excusabitur à pœna? Non puto: quia requiritur, ut petat confestim, ubi primum potuit, id est, prætoris copiam habuit huic rei sedentis, d. l. 2. §. si mater. & §. confestim. 43. ubi Græci, *ὅτι τῆς ἐπιπέρας τῆς ἐπιπέρας τῆς ἐπιπέρας*. Quod vero hic dicitur, & in l. 10. C. de leg. har. si intra annum non petierit, sic accipio, ut nullo modo post annale spatium excusetur; nec si magnam causam non petendi habuerit, quæ usque ad annum eam excusaret, per d. l. 2. §. confestim.

*Impubertum morientium* ] Ex contrario ergo si puberes moriantur, quibus tutor petitus non est, mater ab eorum hæreditate non excludetur: quod & disertè rescriptum est in l. 3. C. hoc tit. & ideo in d. l. 10. C. de le-

gis. har. expressè additur hæc restrictio, si impuberes moriantur. Quippe credendum, puberem, qui testamentum facere poterat, intestato mori malentem, ultro matri injuriam remittere, & tacite velle ad matrem legitimam hæreditatem pertinere, per l. 8. §. 1. de jur. cod.

## TEXTUS.

## De vulgo quæsitis.

7. Licet autem vulgo quæsitus sit filius filiarum, potest tamen ad bona ejus mater ex Tertulliano Senatusconsulto admitti.

## COMMENTARIUS.

**Q**uemadmodum mater à prætorè admittitur ad liberorum etiam vulgo quæsitum bonorum possessionem, & vicissim liberi etiam vulgo quæsitum ad bonorum possessionem matris ex capite unde proximi cognati, l. 2. unde cognat. ita & mater ex Senatusconsulto Tertulliano admittitur ad legitimam hæreditatem filii filiarum, tam eorum, qui vulgo quæsitum sunt, quam qui procreati ex iustis nuptiis, l. 2. §. 1. hoc tit. Et contra etiam vulgo quæsitum ex Orficiano admittuntur ad legitimam hæreditatem matris, l. 1. §. 2. eod. §. per. tit. seq. Nimirum mater semper certa est, & in his Senatusconsultis matris & filiorum personæ naturaliter designantur, l. 7. de cap. minor. cumque vulgo quæsitum patrem non habere intelligantur, à quo sunt agnationis & familiaris jura, nemo est, qui matri jure consanguinitatis aut agnationis hic objici possit, l. 4. unde cogn. Atque hoc jure etiam utimur, add. quæ sub §. 3. seq. tit.

## TITULUS IV.

## DE SENATUSCONSULTO ORFICIANO.

Dig. Lib. 38. tit. 17. C. Lib. 6. tit. 57.

## TEXTUS.

Origo & summa senatusconsulti.

*Per contrarium autem liberi ad bona matrum intestatarum admittuntur ex Senatusconsulto Orficiano, quod Orficio & Ruso Consulibus effectum est, divi Marci temporibus: & data est tam filio, quam filia, legitima hereditas, etiam si alieno juri subjecti sunt, & præferuntur consanguineis, & agnatis defunctæ matris.*

## COMMENTARIUS.

**E**ge duodecim tabularum nec mater liberis, nec liberi matri ab intestato succedebant: nam duo duntaxat genera lex agnoscebat, suos hæredes & agnatos, cujusmodi nec mater liberis, nec illi matri sunt, ut dictum supra est in pr. præc. tit. Cæterum cum placitum esset hoc dare naturali conjunctioni, ut mater vo-

caretur ad legitimam successionem filii & filiarum; æquum erat, ut retro tantundem etiam concederetur liberis, ut scilicet & hi vicissim jus legitimæ successionis consequerentur in bonis matris: cum adeo liberorum conditio in causa successionis etiam potior esse debeat, propter naturæ simul & parentum commune votum, l. 7. §. 1. unde lib. Id effectum est Senatusconsulto Orficiano viginti ferme annis postea, quam matri legitima hæreditas delata fuerat Senatusconsulto Tertulliano, ut ex Fastis colligitur. Cur matri tanto tempore ante consultum fuerit, quam liberis, causam ignorare me fateor.

*Orficio & Ruso Coss. D. Marci temporibus* ] In Imperio Marci Antonini Philosphi & Commodi notantur hi Consules, Vettius, seu, ut alii, Velius Rufus, & Corn. Scipio Orfitus, anno ab urbe condita 930. qui vigesimus est à consulatu Flavii Tertylli, à quo Senatusconsultum Tertyllianum. *Lamprid. in Commod. Onuphr. in fast.* Moris erat illis temporibus, ut ex Imperatorum orationibus vel epistolis in curia recitatis, quasi in eorum sententiam Senatusconsulta fierent: unde sæpè eandem rem & Senatusconsultis tribui & orationibus videmus; quem-



quemadmodum etiam in proposito Cajus l. pen. hoc tit. oratione D. Marci (quem appellatione sacratissimi Principis designat) cautum scribit, ut matris intestatæ hæreditas ad liberos pertineat.

*Etiamsi alieno juri subiecti* ] d. l. pen. uti ex contrario quoque mater: licet in potestate patris sit, admittitur ad bona liberorum. Ergo uti mater filiam. ita & hi liberi jussu patris adibunt, §. postea. 2. tit. prac. Matrem autem, de cujus successione quæritur, sui juris fuisse, cum moreretur, oportet: alioqui si jus illorum temporum spectamus, hæredem ab intestato habere non potuit. Plane hodie post Nov. 118. etiam filii & filiarum. intestati hæredes habent in adventitiis, quorum ipsis concessa proprietas.

*Et præferuntur consanguineis* ] Filius & filia ex Orficiano plenior jure vocantur ad hæreditatem matris, quam ipsa ad illorum ex Tertulliano: illi enim vocantur cum prærogativa ante omnes, non modo agnatos, quos etiam in Tertulliano mater excludit, verum etiam ante defunctæ matris fratres consanguineos, cum in Tertulliano consanguinei defuncti præferantur matri: & quamvis v. c. ex duobus filiis alter adierit, alter repudiaverit hæreditatem matris, tamen ad consanguineum aut agnatum defunctæ proximum pars repudiata non pertinet, sed accrescit alteri filio, l. 1. §. sed si nemo. 9. hoc tit.

## TEXTUS.

## De nepote &amp; nepte.

1. Sed cum ex hoc Senatusconsulto nepotes & neptes ad avia successionem legitimo jure non vocarentur, postea hoc constitutionibus Principalibus emendatum est, ut ad similitudinem filiorum filiarumque & nepotes & neptes vocentur.

## COMMENTARIUS.

**U**trumque Senatusconsultum & Tertullianum & Orficianum reverentia quadam juris veteris in primo gradu cognationis substitit: atque ut Tertullianum soli matri filiorum & filiarum detulit hæreditatem, aviam ad hæreditatem nepotum neptumque non admisit, sic Orficianum similiter filios duntaxat & filias vocavit ad successionem matris, non etiam nepotes & neptes ad successionem aviarum. Nam quod Modestinus l. 8. unde cogn. respondet, nepotes, atque adeo etiam vulgo quæsitos, ad aviarum bona ab intestato admitti, ad editum prætoris pertinet, quo deficientibus legitimis ad bonorum possessionem vocantur proximi cognati.

*Constitutionibus Principalibus* ] Principes Valentinianus, Theodosius & Arcadius etiam nepotes & neptes vocarunt ad legitimam successionem aviarum, l. 4. C. Theod. de legit. her. ut tamen tertia parte minus acciperent, quam pater eorum vel mater habituri fuissent. De quo diximus ad §. ult. sup. de her. qua ab intest. Novissimo jure in successione ab intestato descendentes omnes æquale jus habent, nec sexus, suitatis aut agnationis ulla amplius prærogativa est, Nov. 118.

## TEXTUS.

## De capitis deminutione.

2. Sciendum autem est, hujusmodi successio-

nes, que ex Tertulliano & Orficiano Senatusconsultis deferuntur, capitis deminutione non perimuntur, propter illam regulam, qua nova hæreditates legitimæ capitis deminutione non perirent: sed illa sola, qua ex lege duodecim tabularum deferuntur.

## COMMENTARIUS.

**R**egula juris est, novas hæreditates legitimæ capitis deminutione non perimi, l. 7. de cap. min. l. 11. de suis & legis. l. 1. §. capitis. 8. hoc tit. Novas hæreditates appellat, quæ novo jure post legem 12. tabb. deferuntur vel ex constitutionibus vel ex Senatusconsultis, ad. U. & l. 3. in fin. de hered. per. Capitis autem deminutionem minimam intelligi, manifestum est, scilicet quæ contingit salva civitate: nam libertate aut civitate amissa de successione queri non potest, d. l. 1. §. capitis. Hujus regulæ rationem hanc Paulus affert d. l. 7. de cap. min. quod novis legibus & hisce Senatusconsultis hæreditates sic deferantur, ut personæ naturaliter designentur, id est, nomine naturali, puta matris aut filii filiarum: quæ nomina ut naturalia sunt, ita post capitis deminutionem adhuc manent.

*illa sola, qua ex lege duodecim tabb.* ] Propterea quod lege 12. tabb. hæreditas sic defertur, ut personæ designentur civiliter, id est, civili nomine, suorum scilicet hæredum & agnatorum; quæ nomina cum civilia sint, minima quoque capitis deminutione perirent, §. ult. sup. de leg. agn. sui.

## TEXTUS.

## De vulgo quæsitis.

3. Novissime sciendum est, etiam illos liberos, qui vulgo quæsitii sunt, ad matris hæreditatem ex Senatusconsulto admitti.

## NOTA.

3. *Qui vulgo quæsitii* ] Et hi matri quoque succedunt simul cum liberis legitimis, nisi mater sit illustris, & legitimam sobolem habeat: nati autem ex concubinato (sc. licito, *μη ἐξ ἀφαιρογυναίας*) pariter cum legitimis admittuntur etiam ad matris illustris successionem, l. pen. C. h. t. Nimirum mater semper certa est, & in his SCtis personæ naturaliter designantur.

## COMMENTARIUS.

1. *Ex concubina natos meliore conditione esse, quam vulgo quæsitos, & hos, quam natos ex damnato coitu.*

2. *Quid moribus hic receptum?*

**S**icut mater ex Tertulliano succedit liberis etiam vulgo quæsitis, ita vicissim & vulgo quæsitii matri succedunt ex Orficiano, l. 1. §. 2. hoc tit. propter rationem, quam paulo ante indicavi, & sub §. ult. prac. tit. Succedunt autem matri non tantum, cum soli sunt, sed simul etiam cum liberis ex justo matrimonio procreatis, nisi mater illustris sit, cui spurii non aliter ex constitutione Justiniani succedunt, quam si legitima soboles deficit, ne stirpis claritudo ista labe & memoria maternæ infamix dedecoretur, l. pen. C. eod. Sed & præteriti de officio

officioso matris testamento dicere possunt, *l. si suspecta. §. 1. de inoff. test.* Inter patrem vero & spurios jus idem mutuz successione non est. Porro sciendum est, liberos naturales, id est, natos ex concubina, paulo meliore conditione esse, quam spurios seu vulgo quæsitos, sive de successione matris quærat, sive de successione patris, & utrosque meliore, quam natos ex complexu damnato incestove. Naturales seu nati ex concubinato admittuntur una cum legitimis ad matris etiam illustris & per matrem ascendentium successione, *d. l. pen. C. hoc tit.* Denique & patri naturali ex jure novissimo in duas uncias una cum matre dividendas succedunt, nisi ille liberos legitimos vel uxorem reliquerit, quo casu alimentis contentos esse oportet. *Nov. 89. cap. 12. unde auth. licet. C. de nat. lib.* quorum neutrum pertinet ad *πρωτογενούς*. Ex incesto aut damnato legibus coitu procreati nihil ne ex matris quidem successione capiunt; ac ne alimenta quidem petendi jus habent. *d. Nov. 89. cap. ult. Nov. 74. cap. ult. auth. ex complexu. C. de incest. nupt.* quem tamen rigorem mitigavit æquitas juris Canonici, *cap. cum haberet, in fin. de eo qui dux. in uxor. quam adult. poll.* Sane nec putarem jus civile refragari, quominus magistratus, ex officio liberis hujusmodi, alias fame perituris, alimenta jubeat ministrari: nam & pater, licet incestuosus & impius, alendus est, quia pater est. *Nov. 12. cap. 2. vid. Palæot. de nob. & spur. cap. 41. cum seqq. Gail. 2. obs. 115. Christin. vol. 1. decis. 198. & vol. 4. decis. 64.* Mores hac in parte non nihil à jure Romano discesserunt. *D. Gudelinius lib. 2. de jure noviss. cap. 13. in fin.* scribit, moribus plerarumque regionum liberos naturales, seu natos ex illegitima conjunctione, ne ad matris quidem, aut parentum maternorum bona admitti; & nullibi in his provinciis ad duas uncias hæreditatis paternæ: quod posterius etiam tradit *Wames. cent. 1. conf. 42. & post eum D. Tulden. comm. in tit. 1. hujus lib. cap. 11.* Apud nos naturales, nec non ex his descendentes, non tantum matri, reliquisque maternæ lineæ parentibus vel in totum vel ex parte succedunt, sed reliquis quoque per matrem conjunctis personis: quoniam respectu matris in causa successione illegitimi idem juris, quod legitimi, habent, extra quam, si nati sint ex vetito aut nefario complexu; qui cum sobole sua ab omni successione remoti. Et vicissim materni naturalibus in partem dimidiam succedunt, videlicet matre mortua: partem autem alteram fiscus occupat tanquam vacantem. Quod si mater adhuc vivat, universa hæreditas ad fiscum devolvitur, quemadmodum & universa devoluta fuisset ad paternos, si defunctus legitimus procreatus fuisset. Eorum, qui nati sunt *ἐξ ἀνεπιτογαμίας*, ex damnato & punibili legibus coitu, (quos vocamus *überwonnen bastards*) hæreditatem fiscus sine distinctione totam sibi vindicat; quasi eorum, qui destituti sint omni cognatione, & tam materna, quam paterna, propter admissum à parentibus nefas,

*vid. Gros. lib. 2. manuduct. cap. 28. in fin. & cap. 31. ubi & jura quædam singularia commemorat, concessa quibusdam civitatibus.*

## T E X T U S.

De jure accrescendi inter legitimos heredes.

4. *Si ex pluribus legitimis hæredibus quidam omiserint hæreditatem, vel morte, vel alia causa impediti fuerint, quominus adeant, reliquis, qui adierint, accrescit illorum portio: & licet ante deceaserint, ad hæredes tamen eorum pertinet.*

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

**H**ic locus continet doctrinam omnibus legitimis successioneibus communem; nempe si plures sint ejusdem ordinis & gradus, qui simul ad successione vocentur, & eorum aliqui defecerint, portionem illorum cæteris, qui adierunt, accrescere. Ex quo discimus, jus accrescendi non modo locum habere inter hæredes testamentarios, verum etiam inter legitimos, sive sui sint, sive alterius generis hæredes. Quod si nullus eorum, qui pari gradu & proximi sunt, adierit, sequentibus ejusdem ordinis hæreditatem deferri docemur *§. pen. sup. de leg. agn. succ.*

*Reliquis, qui adierint accrescit ] L. 1. §. si nemo. 9. hoc tit. l. 9. de suis & legit.* unde totus hic locus descriptus est. Ratio est, quia nemo hæredem pro parte habere potest, aut diversi generis successores, puta hæredem legitimum & fiscum, illa autem ratio, quod nemo pro parte testatus, pro parte intestatus, decedere potest, adæquata non est, sed particularis, ubi ex pluribus testamento institutis alii adeunt, alii omittunt, aut pars aliqua vacat.

*Licet ante deceaserint ]* His verbis non hoc significat Imperator, portionem hæreditatis, quæ uni ex legitimis hæredibus delata sit, mortuo eo antequam hæreditatem adeat, ad hæredes ejus pertinere, etiamque portionem deficientium accrescere: certum enim est, hæreditatem non aditam non transmitti, *l. unic. §. 5. C. de cad. toll.* portionem autem accrescere portioni, *l. si Titio. 33. in fin. de usufr.* ut proinde nihil hæredibus illius legitimi hæredis, qui non adit, accrescere possit: sed si deceaserit, antequam ipsi accresceret; quod diserte expressit Marcian. *d. l. 9. de suis & leg.* hoc est, si deceaserit postea quidem, quam portionem sibi ab initio delatam adeundo vel pro hærede gerendo acquisivisset; sed antequam cohæredes deficerent, eorumque portio ipsi deferretur & accresceret. Plane ad suos hæredes, qui ipso jure sine additione hæredes existunt, *l. 14. de suis & legit.* & qui ex lege Theodosii hæreditatem non aditam transmittunt, *l. un. C. de his qui ant. ap. tab.* pars deficientis quoquo modo pertinebit.

## DE SUCCESSIONE COGNATORUM.

## T E X T U S.

Tertius ordo succedentium ab intestato.

*Post suos hæredes, eosque quos inter suos hæredes prætor & constitutiones vocant, & post legitimos (quorum numero sunt agnati, & hi, quos in locum adgnatorum tam supradicta Senatusconsulta, quam nostra erexit constitutio) proximos cognatos prætor vocat.*

## N O T A.

*Prætor vocat*] Ad bonorum scil. possessionem: nam cognati hæredes jure civili non fiunt. *Vide inf. in comm.*

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



Ex antiqua duodecim tabularum duostantum hæredum ab intestato ordines fecit, suorum & agnatorum. Novæ leges & Senatusconsulta non addiderunt quidem ordinem novum, sed personas quasdam, quæ nec sui hæredes, nec agnati revera sunt, suorum hæredum & agnatorum numero esse voluerunt, atque in ordine suorum vel agnatorum una cum vere suis hæredibus aut agnatis ad hæreditatem intestati admitti. Inter suos hæredes novæ leges numerant, suisque per omnia exæquant liberos legitimatos, §. 2. *sup. de her. ab intest.* Inter eosdem quoque, & simul cum iis vocant nepotes & pronepotes ex sexu foemineo, §. ult. *d. tit. 1.* In agnatorum ordinem Senatusconsulta transferunt matrem & liberos, Justinianus fratres & sorores uterinos, eorumque & sororum consanguinearum filios & filias, §. 4. *sup. de leg. agn. success. l. pen. §. 1. C. de leg. her.* Anastasius fratres & sorores emancipatos, §. 1. *inf. hoc tit.* Prætor vero tres succedentium ab intestato ordines fecit: primum liberorum; (non dixit *suorum*, quia ex liberis vocat etiam non suos) alterum legitimorum, in quo vocantur agnati & jura agnationis habentes ex posterioribus legibus, aut ex Senatusconsultis; *l. 2. §. ult. & l. seq. unde legit.* tertium cognatorum, in quo admittit omnes, quos sola sanguinis ratio vocat ad hæreditatem, licet jure civili deficient, *l. 1. in pr. l. 2. unde cogn. item eos, qui quod prioribus ordinibus exclusi essent, ex nullo alio capite venire poterant, l. 5. d. tit. §. 1. inf. hoc tit.* Tandem Justinianus cognatos omnes etiam hæredes legitimos fecit, adempta agnatis omni prærogativa, *Nov. 118.*

*Proximos cognatos prætor vocat*] In hoc ordine qui ad successionem vocantur, videlicet cognati, jure civili hæredes non fiunt: sed jure prætorio bonorum possessores: ac proinde pertinent ad *tit. de bon. poss. inf.* Possunt tamen etiam hoc loco considerari, quia prætor bonorum possessores pro hæredibus habet, & vi ipsa hæredes facit. Post *Nov. 118.* cognati jure civili succedunt, ut non magis quam agnati prætoris auxilio indigeant.

## T E X T U S.

Qui vocantur in hoc ordine. De agnatis capite minutis.

*1. Qua parte naturalis cognatio spectatur. Nam adgnati capite deminuti, quique ex his progeniti sunt, ex lege duodecim tabularum inter legitimos non habentur, sed à prætore tertio ordine vocantur; exceptis solis tantummodo fratre & sorore emancipatis non etiam liberis eorum: quos lex Anastasiana cum fratribus integri juris constituitis vocat quidem ad legitimam fratris hæreditatem, sive sororis, non aquis tamen partibus sed cum aliqua deminutione, quam facile est ex ipsius constitutionis verbis intelligere. Aliis vero adgnatis inferioris gradus, licet capitis deminutionem passi non sunt, tamen antepone eos, & procul dubio cognatis.*

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

**P**orro jam declarare instituit Imperator, quoniam illi sint, quos prætor in ordine tertio proximitatis nomine vocat: & ad extremum successionem eorum determinat. Revocemus illos ad tres classes. Primum in eo numero ponit agnatos capite minutos, id est, minimam capitis deminutionem passos: nam media & maxima capitis deminutione interveniente jus omne successionis tollitur, *l. 1. C. de her. inf.* Igitur ut capite deminuti, hoc est, emancipati aut adrogati amittebant jus agnationis & legitimæ hæreditatis, quæ lege 12. tabb. deferebatur, ita nec prætor his dabat bonorum possessionem jure hæredum legitimorum, *l. 5. unde cogn. l. 1. unde legit.* Cæterum quia jura naturalis cognationis & sanguinis minima capitis deminutione non pereunt, sed post eam salva adhuc & integra manent, §. ult. *sup. de leg. agn. suc. l. 8. de rog. jur.* prætor qui tertia edicti parte, qua scilicet proximos cognatos vocat, tantum naturalem sanguinis conjunctionem spectavit, eadem parte recte etiam admisit capite minutos, scilicet post suos & legitimos, *l. 1. unde legit. d. l. 5. unde cogn.* Ut ecce, frater emancipatus ad fratris sui hæreditatem jure civili propter capitis deminutionem non vocabatur, neque solus, neque cum fratribus integri capitis: unde nec jure honorario venire poterat ad bonorum possessionem ex edicto unde legitimi: sed tertio demum loco admittebatur jure cognationis naturalis, quod capitis deminutione non perimitur.

*Exceptis fratre & sorore emancipatis, &c. quos lex Anastasiana*] Hæc lex Anastasii desideratur. Inserta sine dubio fuit priori Codici, quoniam hic legenda nobis commendatur: sed in Codice repetitæ prælectionis posita non est, propter *l. ult. C. de leg. hered.* ut opinor. *qua*

qua plenius fratribus & sororibus emancipatis consulti-  
tur, & eorum quoque filiis ac filiabus jus legitimæ suc-  
cessionis datur. Anastasius enim solos fratres & sorores  
emancipatos vocaverat, & cum partis aliqua deminutione,  
nimirum ut fratres integri juris altero tanto ampli-  
us consequerentur, si fides Theophilo. Justinianus  
vero emancipatos cum reliquis fratribus succedere vo-  
luit æquo jure & sine ulla deminutione, *d. l. ult. §. 1.*  
& 3. Itaque hic etiam *§. per d. l. ult.* correctus est: quippe  
quam post Institutiones jam compositas & editas pro-  
mulgatam esse apparet ex eo, quod Imp. in ipsa lege  
mentionem Institutionum facit. Vestigium legis Anastasiani  
extat in *l. 4. C. de leg. iur.*

*Aliis vero adgnatis, &c. antepone eos, & proculdubio cognatis*] Hoc expeditius procedit post *Nov. 118.* Pertinent etiam ad hanc classem, qui in adoptionem dati sunt à patre, aut qui cum sui juris essent, se adrogari siverunt: nam & isti jus agnationis ita amittunt, ut cognationis jus in familia naturali erga omnes retineant; ac propterea etiam tertio hoc capite à prætore vocantur, *l. 1. §. 4. unde cogn.*

## TEXTUS.

## De conjunctis per fœminas.

2. *Eos etiam qui per fœminini sexus personas ex transverso cognatione junguntur, tertio gradu proximitatis nomine prætor ad successionem vocat.*

## COMMENTARIUS.

**H**æc secunda classis est eorum, qui à prætore vocantur gradu seu ordine tertio, nimirum qui per muliebrem sexum ex transversa cognationis linea conjuncti sunt, quique agnationis jus, quippe quod à patre oritur, nunquam habuerunt, *l. 2. & l. 4. unde cogn.* Ait autem diserte *ex transverso*: quia qui sunt in linea recta, eos secundo capite prætor vocat: quoniam his jus legitimorum hæredum competit ex Senatufconsultis & constitutionibus, de quibus actum est superius.

*Proximitatis nomine*] Id est, cognatos, *l. 3. d. l. 4. unde cogn. l. 8. de sui & leg. §. pen. & ult. inf. eod.* In cognatione enim sola proximitas spectatur: agnati vero licet gradu remotiores, ordine tamen potiores sunt omnibus cognatis, qui jus legitimum non habent. Sed hodie potiores non sunt, ut sæpe dictum est.

## TEXTUS.

## De liberis datis in adoptionem.

3. *Liberi quoque, qui in adoptiva familia sunt: ad naturalium parentum hæreditatem hoc eodem gradu vocantur.*

## COMMENTARIUS.

**L**iberi in adoptionem dati jus cognationis in familia naturali retinent, *l. 1. §. 4. unde cognati.* Pertinent autem hi ad primam classem, eorum scilicet qui jus agnationis per capitis deminutionem amiserunt, ut notavimus in fine *§. 1. hoc tit.* Quod si ab adoptivo patre emancipati fuerint vivo adhuc patre naturali, recipiunt gradum liberorum, *l. 4. unde lib.* & perinde admittuntur

ad bona patris naturalis, ac si ab ipso emancipati essent, nec unquam fuissent in familia adoptiva, ut scilicet jam ex prima parte edicti veniant, qua prætor liberos vocat, *§. ar. bi. 10. junct. §. admonendi. sup. de har. qua ab intest. dof.*

## TEXTUS.

## De Vulgo quæsitis.

4. *Vulgo quæsitos nullos habere adgnatos, manifestum est: quum adgnatio à patre sit, cognatio à matre; hi autem nullum patrem habere intelligantur. Eadem ratione ne inter se quidem possunt videri consanguinei esse: quia consanguinitatis jus species est adgnationis: Tantum ergo cognati sunt sibi, sicut & matri cognati sunt. Itaque omnibus istis ex ea parte competit bonorum possessio, qua proximitatis nomine cognati vocantur.*

## NOTÆ.

4. *Nullos habere adgnatos*] Quia adgnationis jus à patre oritur, quem nullum habent vulgo concepti, *d. l. 4. unde cogn. l. 23. de stat. hom.* Sed nec ex concubina nati jus adgnationis in familia patris habent, *l. 24. d. tit.* Imo ne cognationis quidem in causa successionis ab intestato, extra casum auth. licet. *C. de nat. lib.*

*Sicut & matri cognati*] Leg. ut vet. Cod. *ex matre cognati.* Th. *dei patres.*

## COMMENTARIUS.

1. *Non magis natos ex concubina, quam vulgo quæsitos, jus agnationis habere.*
2. *Naturales & spurios ex eadem matre editos, & inter se & cum aliis per matrem conjunctis jus cognationis habere; ex patris sanguine latere junctos non item.*
3. *Natos ex damnato legibus coitu omnis successionis esse expertos.*

**I**n tertia classe eorum, qui nomine proximitatis vocantur, sunt vulgo quæsitæ; qui & ipsi inter se, & cum aliis per matrem à latere conjunctis jus cognationis habent. Ajo, à latere: quoniam inter matrem ipsam & liberos, licet vulgo quæsitæ sint, etiam legitimæ hæreditatis capiendæ ultro citroque jus est ex Senatufconsultis & constitutionibus. Post *Nov. 118.* idem jus successionis inter se habent, quod parentes & liberi legitimi.

*Nullos habere adgnatos*] Ad spurium nullius hæreditas, & ad nullum hæreditas spurii jure agnationis pertinere potest: quoniam agnationis jus à patre oritur, quem nullum habere intelliguntur, qui vulgo concepti sunt, *l. 4. unde cogn. junct. l. cum legitima, 19. l. vulgo. 23. de stat. hom.* Sed nec natorum ex concubina hæreditas ad ullum jure agnationis pertinet: quia etsi patrem demonstrare possunt, jura tamen agnationis in familia patris non habent; quippe quæ nemo ex naturalibus liberis consequitur, nisi qui ex legitimo matrimonio natus est: ceteri omnes matrem sequuntur, *d. l. 19. l. lex. 24. de stat. hom. Forster. tract. de har. qua ab int. circa fin. lib. 1.*

*Ne inter se quidem possunt videri consanguinei*] Argumentum à remotione generis ad remotiorem speciem. Si

volgo quæsti non sunt inter se agnati, nec erunt inter se consanguinei: quoniam consanguinitas est species agnationis. Etenim agnati omnes sunt, qui per virilem sexum conjunguntur: consanguinei solifratres & sorores eodem patre nati. Quare si jure agnationis hæreditas ad vulgo quæsitos pertinere non potest, nec poterit jure consanguinitatis, l. 4. unde cogn. Ex hoc autem loco apparet, consanguinitatem non esse ordinem per se, sed gradum in ordine agnatorum. Qua de re abunde supra de leg. agn. succ.

Cognati sunt sibi, sicut & matri] L. 4. §. 2. de grad. & affin. l. 2. unde cogn. An igitur liberi extra nuptias concepti, sive vulgo sive ex concubina, matri tantum & maternis cognati sunt, non etiam patri & paternis? Sunt sane: & naturalis hæc cognatio obstat, quominus pater filiam, frater forem vulgo quæsitam uxores ducere possint, l. 14. §. 2. l. & nihil. 54. de rit. nupt. Ceterum in causa successione ratione patris jus cognationis nec inter se, nec cum patre, aut conjunctis per patrem habent; quantumvis nati sint ex concubina: quanquam hos Justinianus patri succedere voluit in duas uncias, si nulli liberi legitimi nec uxor superstit, *auth. licet. C. de natur. lib.* quod tamen in his regionibus non observari, monuimus sub §. pen. superioris tit. Sic ergo habeto: Fratres naturales & spurii ex diversis matribus, quamvis geniti eodem patre, nec sibi invicem, nec legitimis genitorum liberis, aliisve per patrem conjunctis, succedunt. Contra vero etiam fratres illegitimi, sive ex concubina sive vulgo nati, ex eadem tamen matre, licet diversis patribus, geniti, invicem sibi jure cognationis succedunt, & item per matrem à latere conjunctis; & hi vicissim illis, d. l. 2. unde cognat. & hoc text. dum tamen ex eo complexu orti non sint, qui jure accusari & puniri queat. Nam ex damnato & secundum leges, ut loquuntur, punibili coitu nati omnis successione sive paternæ sive maternæ, tam ex testamento, quam ab intestato penitus sunt incapaces; nec ullum vel cognationis jus cum patre matre (quod est extra controversiam) nec inter se ipsi, aut cum aliis per patrem matremve à latere conjunctis habent. Quippe cujusmodi sobolem nec liberorum nomine censendam, nec eam, ex qua nati appellatione matris, Justinianus constituit: proinde nec fraternitatis inter illos necessitudo esse videtur, quæ faciat successione locum. Per c. ult. Novell. 74. & c. ult. Nov. 89. Glossa comm. approbata in l. ult. C. de natural. lib. Cagnol. in l. pen. C. ad Senatusconf. Orfic. Palaot. de noth. & spur. cap. 43. Forster. tit. de success. eor. qui ex damnat. coit. conclus. 5. Anton. Fab. C. suo, lib. 6. tit. 33. decis. 3-7. & 8. Fachin. 6. cont. 10. Diff. Christin. vol. 1. decis. 198. & ibi citata. De jure patrio dixi sub §. penult. prac. tit.

### TEXTUS.

Ex quoto gradu vel agnati vel cognati succedunt.

§. Hoc loco & illud necessario admonendi sumus, adnationis quidem jure admitti aliquem ad hæreditatem, etsi decimo gradu sit, sive de lege duodecim tabularum quæramus, sive de edi-

cto, quo prator legitimis hæredibus daturum se bonorum possessionem pollicetur. Proximitatis vero nomine iis solis prator promittit bonorum possessionem, qui usque ad sextum gradum cognationis sunt, & ex septimo à sobrino sobrinaque nato natave.

### COMMENTARIUS.

1. Cur latius agnatorum successionem diffundi placuerit, quam cognatorum.
2. In obscuro esse, cur sexto potius, quam quo alio gradu successio cognatorum determinata, explorata ratione Mynsingeri & aliorum.
3. Supradictum discrimen sublatum esse Nov. 118.
4. Agnatorum successio an certo gradu terminetur, & an novo jure item cognatorum. Et quid hic usus servet.

Hoc §. determinatur successio eorum qui ex tertio capite unde cognati veniunt, & simul insinuarur differentia, quæ hac in parte sit inter agnatos & cognatos.

Agnationis jure etsi decimo gradu] Nominis & familiaris propagandæ studium fecit, ut successio, quæ agnationis jure nititur, latius diffunderetur, quam quæ naturali duntaxat cognatione. Nec à prætoris in infinitum producenda fuit successio jure civili incognita. Ait, etsi decimo. Hoc dicitur *αὐτὸς δὲ δώδεκον* sexti, quo terminatur successio cognatorum: nam agnatorum successionem verius est nullo sine terminatam fuisse, ut mox audiemus.

Edicto quo prator legitimis] Nam quibus jus civile legitimam defert hæreditatem, iidem, etsi hæredes non extiterint, prætor, ut custos & minister juris civilis, etiam jure legitimi hæredis defert bonorum possessionem; quamvis sexto gradu sint remotiores.

Usque ad sextum cognationis gradum] Inclusive, ut loquuntur, l. 1. §. 3. l. pen. unde cogn. Quid prætoris moverit, ut potius sexto gradu, quam quinto aut alio hanc successionem determinaret, difficile est dicere. Paulus 4. sent. 11. in fin. hanc rationem affert, quod in sexto gradu deficiunt nomina cognationis, quibus personæ proprie denotentur. Mynsingerus, Hotomannus & Wesembecius aliam afferunt, quia scilicet naturalis cognatio propter vitæ humanæ brevitate ultra sextum gradum non producatur. Sed hæc ratio, quod pace tantorum virorum dictum sit, perspicue inepta & falsa est. Tractatur enim hic non de successione ascendentium aut descendentium, sed eorum, qui ex latere veniunt, quos ultra sextum aut septimum gradum qui reperiri posse negat, eum necesse est sanæ mentis non esse. Et vero si natura ultra eum gradum neminem patiatur vivere, nec patietur ultra vivere agnatos. Cur ergo hos, licet longe remotiores sint, & jus civile & prætor admitti voluit? Equidem fateor, Paulum quoque dicto loco eandem illam rationem expressisse, & Modestinum quoque in l. 4. in pr. de grad. & affin. Verum illi, ut credibile est, in hac *αιτιολογια* reipexerunt maxime ad successionem superiorum & inferiorum, id est, eorum, qui sunt in linea recta, & transversa inæquali. Nam in transversa æquali, puta si ex duobus fratribus continua serie sobolem propagatam ponamus, vel vicefimo gradu

3 inter se distantes reperias. De eo nemo dubitat, si Homannum exceperis, quin hodie, sublato per Nov. 118. agnationis & cognationis discrimine, intelligi debeat sublatum quoque esse discrimen termini successionis; quod pene etiam expressum est in calce cap. 3. d. Nov. 118. *Gloss. Joann. Fab. Ang. Wesemb. hic. Forster. dict. tract. 3. cap. 9.* Unum superest non satis expeditum, utrum quemadmodum sextus gradus terminus successioni cognatorum hic positus est, ita etiam decimus præfixus intelligi debeat successioni agnatorum; an vero hæc certo gradu non terminetur. Unde dependet decisio quæstionis, utrum ex novo jure cognati pariter & agnati tantum ad decimum usque gradum succedant; an vero etiam ultra eum. Ut dicamus, decimum gradum terminum successioni agnatorum hic constitutum, multa suadent. Primum enim cur decimi gradus mentionem Imperator facit, si etiam ultra decimum agnati admittantur? Deinde cum utrumque dicat, agnatos succedere etiam qui in decimo gradu sunt, & cognatos usque ad sextum, ratio pati non videtur, ut dicamus, uno numero successionem terminari, altero non item. Postremo nisi finis aliquis successioni agnatorum statuatur, vix unquam ordini tertio, aut quarto, in quo sunt vir & uxor, locus futurus est. Hoc igitur posito, decimo gradu terminatam fuisse successionem agnatorum, dicendum est, æquato cum agnatis jure cognatorum *dict. Nov. 118.* utrosque jam ad decimum gradum admittendos esse, non ultra. Quod & vulgo receptum est, testibus *Joann. Fab. Ang. Porc. Myns. Schneid. Wesemb.* & apud nos servari tradit *Gros. lib. 2. introduct. cap. 30.* Sed in contrarium movet, quod supra Justinianus tradidit, jure agnationis hereditatem ulro citroque capi, etiam si longissimo gradu sint, §. 3. *in pr. de leg. agn. success.* quod & mox ibidem repetit, & iterum §. *ultim. inf. de serv. cognat.* item quod *Ulpian. l. 2. §. 1. de suis & leg. definit*, agnatos esse cognatos virilis sexus, ab eodem ortos in infinitum: in qua definitione effectum & jus succedendi Jurisconsultum considerasse perspicuum est: ideo enim virilis sexus tantum meminit, ut significet, masculos solos, non etiam feminas agnatas, consanguineis remotiores, jus legitimæ successionis habere, §. 3. *sup. de leg. agn. success.* Et denique quod lex duodecim tabularum simpliciter & sine ulla determinatione gradus, si sui hæredes non extent, proximum agnatum familiam habere jubet. Nec difficilis responsio est ad ea, quæ pro communi sententia proferuntur. Nihil enim prohibet, quominus dicamus, exempli tantum gratia, hic decimi gradus mentionem fieri. Non enim eodem modo de agnatis & cognatis Imp. loquitur. De agnatis non loquitur determinative: sed ait, eos succedere, etsi decimo gradu sint, utens rotundo & certo numero pro incerto. De cognatis contra determinative: ait enim, eos succedere usque ad sextum gradum. Porro facile evenire potuit, ut defunctus vel nullos agnatos relinqueret propter emancipationes, vel ut agnati in suo ordine non succederent, puta si proximus defecisset, §. *placebat. 7. sup. de leg. agn. succ.* His jam consequens est, post *d. Nov. 118.* etiam cognatos ultra decimum gradum succedere debere, uti etiam in *fin. cap. 3. d. Nov.* omnes deinceps à latere cognati simpliciter & sine ulla determinatione vocantur. Quæ sententia Baroni quoque & Bachovio probatur, item Gudelino *lib. 2.*

*de jur. Nov. c. 15. & Valent. Forstero d. tract. lib. 3. c. 10. in fin.* sed in eo fallitur, quod ita etiam moribus receptum putat: contrarium enim testantur pragmatici illi omni exceptione majores, quos ante citavimus: & apud nos constat, deficientibus cognatis decimi gradus bona defuncti ad fiscum devolvi. *Gros. 2. manud. 30.*

*Sobrino sobrinaque nato natave*] Bonorum possessio, ait Ulpian. quæ ex hac edicti parte datur, cognatorum sex gradus complectitur, & ex septimo duas personas, iobrinum & sobrinam natam, l. 1. §. 3. *unde cognat.* Propter has autem duas personas, quæ ex septimo veniunt, Paulus videtur septem gradus constituisse, *lib. 4. sent. 11. in fin.*

## Ratio succedendi ab intestato ex jure novissimo.

### De successione liberorum.

1. *Jure novell. liberos omnes, non habita ratione familiarie, sexus, gradus, cæteris omnibus in successione parentum præferri: & qua inde consecutaria.*
2. *Dua causa, in quibus alia persona cum liberis admittitur.*
3. *Quis succedendi in hoc ordine modus.*
4. *De liberis legitimatis, illegitimis, & adoptivis, remissive.*

Succedendum ab intestato tres ordines Justinianus novissime fecit Nov. 118. Primus est descendentium sive liberorum defuncti. Hos voluit cæteris omnibus præferri, solosque admitti ad hereditatem parentum intestato mortuorum, & ita admitti omnes, ut neque sexus, neque familiarie, neque gradus ulla prærogativa esset: sed sive masculi sint, sive femine, sive ex masculis, sive ex feminis descendant, & sive suæ sint potestatis, sive sub potestate; primi sive inferiorum graduum, ascendentibus omnibus & lateralibus præponerentur, *d. Nov. 118. c. 1.* Ex quo primum intelligimus, liberos emancipatos in hac successione suis sic exæquari, ut illi jam non amplius indigeant auxilio prætoris. Etsi nihilominus ad acquirendam hereditatem, camve ad quoscunque hæredes transmittendam, necessaria iis sit additio, uti & iis, qui ex feminis descendant, ut bene doctissimus Vigl. in §. *sed hac. sup. de exhar. lib.* Deinde sic admitti, ut etiam patri, in cujus potestate defunctus fuerat, præferantur in iis bonis, quæ patri ex constitutionibus non acquiruntur; quod etiam expresse *d. cap. 1.* cautum est. De pluribus autem gradibus liberorum sic statuit; vivos quidem liberos primi gradus ob stare nepotibus ex se natis in successione avi: illis autem mortuis, nepotes in locum eorum succedere & admitti ad successionem avi, sive soli sint, sive cum filiis defuncti, iisdemque thiiis suis concurrant; ut jam olim juris fuit in nepotibus suis hæredibus, §. *cum filius. 6. sup. de her. qua ab int.* Quid si filius emancipatus sit, nepos in potestate retentus? Dicendum est, filium solum excluso nepote admitti, ut nunc amplius locus non sit edicto *de conjugendis cum emanc. lib. arg. d. c. 1.* quod & D. Gudelinus *lib. 2. de jur. nov. c. 13. post. D. Wesemb. in par.* ad istud edictum, recte observavit: ut ut id negent *Cujac. ad hanc Nov. & Horom. ad calcem. tit. de her. qua ab int.* Duo tantum sunt casus, quibus parens superstitia-

cum liberis ad certam partem jure singulari admittitur; pater in usumfructum virilis partis bonorum, (quæ ex hæreditate materna ad filios emancipatos pervenerunt) l. 3. C. de bon. matern. conjux inops in bona conjugis locupletis pro quarta aut virili usufructus eorum. Nov. 53. c. ult. Nov. 127. cap. 5. *auth. præterea. unde vir & ux.* de quo pluscula D. Tuld. comm. de her. qua ab int. c. 14. Cæterum neutrum horum jure patrio obtinet.

3. Modus succedendi in hoc ordine talis est. Nepotes five soli sint, diversarum tamen stirpium, five cum thiis suis concurrant, succedunt in stirpes; quoniam jure representationis semper veniunt, ut scilicet in parentis demortui locum succedant, non habita ratione, cujus sexus parens fuerit, aut an liberis in potestate habuerit, nec ne, d. cap. 1. quod representandi jus etiam in pronepotibus, & deinceps cæteris locum habet, concurrentibus cum iis, qui sunt gradu proximiores. Per §. ult. 4. *sup. de her. qua ab intest.* Liberi vero omnes, qui ejusdem sunt stirpis & gradus, in capita succedunt, id est, viritum, ut æqualiter hæreditas inter eos dividatur, d. c. 1. *facit* §. 6. *& d. §. ult. de her. qua ab intest.* Sciendum autem est, Justinianum toto d. cap. 1. Nov. 118. loqui de solis liberis natis ex justo matrimonio; quibus tamen etiam ex æquari sunt in hac causa liberi legitimi, §. 2. *sup. d. tit.* ubi diximus. Nov. 74. & 89. De illegitimorum successione alibi tractavimus, §. *pen. sup. de Senatusconsult. Orfic.* In successione adoptivorum sequendum, quod constitutum est l. *pen. C. de adopt.* de quo non uno loco differimus sub *tit. de hered. qua ab intest.* Sæpe etiam alibi monuimus, apud nos adoptionem in usu non esse, certe non tribuere jus liberorum, aut cognationis omnino, ut sub *rubr. de adopt.* & sub *tit. de exher. lib.*

#### De successione parentum.

1. In hoc ordine quis succedendi modus; & an reseruat unde bona obvenierint.
2. Qui pariter cum ascendentibus admittantur, & in quam partem.

**S**ecundus ordo ascendentium est, five parentum. Hi liberis defuncti non extantibus ad legitimam liberorum suorum hæreditatem vocantur hoc modo. Si nec fratres defuncti reliquerit, succedunt soli, & soli inter eos, qui sunt gradu proximi, d. Nov. 118. c. 2. Et siquidem ex eadem sunt linea, succedunt in capita: quippe in hoc ordine locum non habet representatio, d. c. 2. *auth. defuncto. C. ad sen. Tertyll.* sin ex diversa, tanquam in stirpes, ut semissem unum paterni, alterum materni, licet impares numero, consequantur, d. c. 2. Nec attenditur, unde bona, aut major bonorum pars defuncto obvenierit, à paterna linea, an à materna, per d. c. 2. *verf. si autem. Gzdelin. lib. 2. de jure noviss. c. 14.*

2. *Sub. C. suo. lib. 6. tit. 33. de fin. 2.* Quod si cum adscendentibus inveniantur simul fratres ex utroque parente defuncto conjuncti, non soli parentes ad hæreditatem admittuntur, sed una cum horum proximis fratres & sorores superstitis: quæ successio in capita est, & hoc singulare habet, quod nec usufructus portionis fratribus delatæ parentibus, quorum in potestate sunt, acquiritur, d. c. 2. *verf. si vero.* Postea cum parantibus & fratribus germanis admitti etiam eorum fratrum demortuorum filii in stirpes, data his portione, quam pater

eorum superstes accepturus fuisset, Nov. 127. cap. 1. *auth. cessante. C. de leg. her.* Nepotes ex fratre non idem juris habent; neque fratres consanguinei tantum cum patre, aut uterini cum matre admittuntur, per d. cap. 2. *auth. defuncto. C. ad Senatusconsult. Tertyll. ubi DD.* Sed nec fratrum germanorum filii soli cum parentibus ex d. Nov. 127. succedunt; verum ita demum, si fratres concurrant. De parentibus illegitimis statuendum ex successione liberorum illegitimorum: de adoptivis ex jure veteri & l. *penult. C. de adopt.*

#### De successione lateralium.

1. Qui primi in hoc ordine: & qua ratione vocentur.
2. Utrum fratrum filii, quando soli sunt, in capita, an in stirpes, succedant.
3. Qui secundo loco veniant: & utrum fratres consanguinei & uterini concurrentes ex æquo in bona omnia defuncti fratris, an illi in paterna, hi in materna, succedant.
4. Qui qua ratione postremo loco vocentur.

**T**ertius ordo collaterales habet, qui omnes ex d. Nov. 118. c. 3. veniunt remoto discrimine sexus, agnationis cognationisve. Hos inter primum locum obtinent fratres sororesque germani seu ex utroque latere conjuncti; cum quibus tamen admittuntur & fratrum eorum defunctorum filii jure representationis, ut tantum ferant quantum pater eorum habiturus fuisset: & quamvis soli sint, præferuntur tamen defuncti thiis, atque adeo fratribus ex uno tantum latere defuncto conjunctis, quemadmodum pater eorum, si vixisset, iidem defuncti fratribus, & tam consanguineis, quam uterinis præferendus fuisset, d. c. 3. *auth. itaque. C. comm. de success.* Omnia contra rationem juris veteris, quo jure fratres, qui tantum consanguinei sunt, idem jus habent, quod germani; & ad patruus æque, ac ad fratrum filios legitima hæreditas pertinet; nec non ad avunculos æque, atque ad filios sororum honoraria, l. 1. §. *pen. unde cogn. vid. sup. de legit. agn. succ. & de success. cogn.* Illud non satis expeditum fuit, num fratrum filii, quando soli existunt, in stirpes, an vero in capita ex jure novissimo succedere debeant. Accursius censuit, etiam tunc in stirpes succedere, Azo. contra in capita. Uterque magnos habet propugnatores, quos vid. apud Forster. 8. *de success. abint. c. 3. Racin. 6. cont. 3.* Mihi semper probabilior visa est Azonis sententia: propterea quod juri veteri & constitutionibus quoque posterioribus consentanea est, §. *hoc etiam. 4. sup. de leg. agn. succ. l. 2. §. 2. de suis & leg. l. pen. fin. & ult. §. 3. C. de leg. her.* nec ostendi potest, Justinianum quicquam, quod quidem ad hæc causam attinet, innovasse. Nam quod Accursius, eumque secuti ajunt, constitutione Justiniani filios fratrum, jure representationis vocari, atque ex eo sic argumentantur; Qui jure representationis succedunt, illi non aliter succedere possunt, quam in stirpes, cum non amplius possint accipere, quam is, cujus locum representant, accepturus fuisset, §. *cum filius. 6. sup. de her. qua ab int.* At filii fratrum succedunt jure representationis, d. c. 3. Nov. 118. Ergo. Ad hoc respondeo, falsam esse istius argumentationis assumptionem, si in sensu diviso, de quo quaeritur, accipiatur, hoc est, quando fratrum filii soli succedant, Nam Justinianus in d. c. 3. eo tantum casu jus representationis filiis fra-



fratrum concedit, quando concurrunt: cum patris aut avunculis suis: quippe cum hoc casu ex sua persona succedere non possint; quoniam uno gradu remotiores sunt fratribus defuncti, quibus ne injuria fieri videatur, jus representationis introducendum fuit, ut in patris locum succederent, atque ex persona ejus vocarentur: quod necessarium non est, cum soli reperiantur, & propria ex persona succedere possunt. Non obstat exemplum nepotum, quos constat in stirpes semper succedere, sive succedant cum patris, sive soli, quasi post constitutionem Justiniani eadem plane esset ratio filiorum fratrum, quæ jure veteri nepotum fuit, ut nimirum parentum suorum locum in succedendo perpetuo occupent. Nam hæc duæ species certo jure distinctæ sunt. In linea recta descendente nunquam proximitas spectatur, d. §. cum filium. & §. ult. de bar. quæ ab int. in linea collateralis perpetuo & sola, sup. de leg. agn. succ. in pr. & in pr. de succ. cogn. l. 3. C. de legit. bar. unde unum tantum casum, cum quem diximus, exceptit Justinianus. Atque ajunt, fratris filii excludunt defuncti patrum, qui eodem gradu est, d. c. 3. hoc vero certum esse argumentum, eos non jure proximitatis, sed representationis, succedere. Respondeo, excludunt & fratrem ex uno tantum latere defuncto conjunctum, qui uno gradu est proximior; nec tamen inde sequitur, quod putavit Fachin. d. loc. eos hoc casu succedere jure representationis; non magis quam si dicam, filius & filia defuncti patrem & matrem excludunt, qui eodem gradu sunt, ergo succedunt jure representationis. Sed & frater ex utroque latere conjunctus præfertur fratri ex altero latere conjuncto duntaxat, qui tamen eodem gradu est, non tamen jure representationis. Quo igitur? Non alio, quam proximitatis; quia tertium non datur. Concludo igitur, fieri posse, ut aliqui pari gradu constituti jure proximitatis soli succedant, exclusis iis, qui eodem gradu aut etiam proximior sunt, si illorum jus sit potius, ut ex constitutione Justiniani est jus filiorum fratrum, tanquam descendendum, quam patruorum aut avunculorum, qui insar sunt ascendendum: & jus plenorum sive germanorum fratrum, & horum item filiorum, propter duplex sanguinis vinculum, quam consanguineorum tantum aut uterinorum. Nov. 84. c. 1. §. 1. Nec dicat quis, hoc jure posito magnam liberis fratrum inferri injuriam, si forte unus plures, alter pauciores reliquerit. Nam ubi fortuiti casus par in utramque partem ratio est, neuter lædi videtur, l. si pater. 12. C. de inoff. test. Azonis sententia constitutione Caroli Quinti in comitiis Spirensibus confirmata est, anno 1529. probataque & Gallicanis Parliamentis. Papon. lib. 21. tit. 1. ar. rest. 11. & 12. Maynard. lib. 6. decis. 92. num. 3. Cofal. in l. 1. §. ultim. si pars har. pot. & plerisque aliis supremæ jurisdictionis curiis. Tessauro. decis. 162. Am. Fab. C. suo. tit. de legit. bar. defun. 1. Christin. vol. 1. decis. 194. Atque ita quidem ego olim pro Azone. Cæterum postea dum singula d. cap. 3. Nov. 118. enucleatus examino, vereri ceppi, ne non satis ex mente & sententia Justiniani. Sane verbis d. cap. 3. Azonis opinio minus convenire mihi visa, nisi cum Fachin. de loc. eam sic limitemus, ut eo duntaxat casu procedat, quo fratrum filii ex propria persona veniunt: non autem quando vocantur ad exclusionem aliorum, qui alias aut cum iis concurrerent, aut eos ipsos excluderent: de quo nos opulen-

tius lib. 2. select. quæst. c. 30. Post fratres germanos eorumque demortuorum filios admittuntur fratres consanguinei & uterini, & cum his eorum demortuorum filii in stirpes, d. Nov. 118. c. 3. aurb. post fratres. C. de leg. bar. Atque hos ex æquo succedere in omnia fratris defuncti bona, sive ea paterna sint, sive materna, sive quæ sita aliunde, magna causa est cur existimem; licet DD. comm. contra sentiant, & consanguineis paterna, uterinis materna assignent, aliunde quæ sita demum æqualiter censeant distribuenda: uti & Forster. lib. 8. cap. 8. Gomez. ad l. Tauri. 8. num. 8. Gudelin. lib. 2. de jur. nov. c. 15. Nam primum bona cujusque undecumque profecta unum & simplex patrimonium ejus constituunt, atque ex vera ratione juris successio fit in bona universa, æqualique jure succedentes æqualiter defunctum representant: qua eadem ratione plerique defendunt; parentes liberis suis, remota quæstione unde bona obvenierint, succedere. Forster. lib. 7. cap. 4. num. 6. & seqq. Fachin. 6. cont. 4. Covarr. epit. de success. ab intest. num. 3. Deinde Justinianus primo utrinque conjunctos simpliciter præfert conjunctis ex uno latere, ac mox post illos etiam hos indistinctè vocat. Quod si causa & origo bonorum spectaretur, vide quæ huic rei sint consequentia. Unum est, ut consanguinei cum germanis admittantur ad bona paterna, uterini cum iisdem ad bona materna. Secundum, ut admittantur, & multo magis, cum eadem distinctione bonorum, consanguinei & uterini cum fratrum germanorum filiis. Etenim in bonis, quæ v. c. à communi patre provenerunt, nihil operari potest aut debet concurrere in altero fratrum defuncti à matre cognatio, aut efficere, ut is ob eam causam præferri debeat conjuncto tantum per patrem, si, unde bona obvenierint, non jus succedentium, consideremus: quemadmodum in feudis constat consanguineos à germanis non excludi. Alvaros. in tit. de success. frat. §. in his vero. lib. 2. Feud. tit. 11. Curt. tract. de feud. part. 3. v. 56. Denique si defunctus nulla bona materna habeat, sed paterna duntaxat, uterinum hac ratione frater consanguineus in totum submovebit. Quæ quidem omnia & cum verbis & cum mente Justiniani in d. c. 3. Nov. 118. pugnare videntur, consanguineos & uterinos simpliciter & pari jure ad successionem intestati fratris vocantis. Communis opinio fundatur in l. de emancipatis. 13. §. 2. C. de legit. bar. & Nov. 84. c. 1. §. 2. Sed verissimum est, minimeque obscurum, quod etiam D. Gothofr. ad d. l. 13. notat, textus istos per hanc Novellam nostram abrogatos esse: quippe in quibus pater fratrum cum omnibus postponitur; nec tamen alio casu, quam cum pater adhuc vivit, & usum fructum consequitur, ex eadem matre nati in bonis, quæ à matre profecta sunt, consanguineis præferuntur. Postremo veniunt cæteri collaterales, & tam ex uno latere, quam ex utroque cognatione juncti. Quo autem quisque proximior est, ita alterum excludit. Si plures sint ejusdem gradus, in capita familiam dividunt, d. Nov. c. 3. in fin. Unde duo colligimus, quæ diligentè notanda sunt. Unum est, quod qualitas duplicis conjunctionis sive plenioris sanguinis non consideratur ultra fratres eorumque filios: alterum, quod jus representationis in hoc ordine fratrum filii terminant. De successione lateralium illegitimos plene diximus sub §. pen. de success. cognat. De lateralibus adoptivis ad §. 2. de legit. agn. success.

Forma

Forma succedendi ab intestato apud Hollandos & Westfrisos.

1. *Quibus in oppidis & agris Scabinico olim jure, & in quibus Æsdomico circa successionem ab intestato usi.*
2. *Successio Scabinica qualis, & quo fundamento nitasur.*
3. *Juris Æsdomici ratio, & qualis ex eo jure successio.*
4. *Jus uniforme introductum constitutione politic. an. 1580. sed ab eo recessum an. 1599. ut jam iterum duplex apud nos sit succedendi ratio.*
5. *Communia utriusque juris in successione descendentiū & ascendentiū.*
6. *Uno ex parentibus defuncti, liberos non relinquentis, mortuo, quid juri apud meridionales, ubi viget constitutio politica.*
7. *Qua circa successionem collateralium juxta d. constitutionem in univ. tenenda.*
8. *Notatur insignis differentia inter jus Rom. & hoc nostrum, circa jus representationis in linea transversa.*
9. *Quid si nec fratres nec fratrum filii aut nepotes exsint: & quid si aliquid d. constitutione omissum, ex quo jure de eo statuendum.*
10. *Forma succedendi apud Septentrionales & Westfrisos ex placito de success. ab intest. edito anno 1599. si defunctus nec liberos reliquerit, & alterum tantum parentem superstitem habeat.*
11. *Decisio controversia cujusdam orta ex verbis finalib. art. 3. d. plac.*
12. *Quomodo successio collateralium juxta d. placit. procedat.*
13. *Quando avus & avia, fratrum pronepotes & deinceps, & quam in partem singuli vocentur.*
14. *Quando & quomodo patruus, avunculus, & his deficientibus ceteri.*
15. *Quomodo divisio fiat, si cum fratrum filiis nepotes ex fratre concurrant.*
16. *Discrimen bonorum in nulla harum successionum attendi.*
17. *Quod d. placito definitum non est, ad cuius juris normam id exigendum.*
18. *Quando & quibus in bonis prædicta constitutiones non obtinent.*

**I**N his regionibus duplex ratio succedendi ab intestato, eaque toto inter se cœlo distans, usurpata quondam fuit; una ex jure Zelandico, quod nostri *Scabinicum* appellant; altera ex veteri jure Frisiorum, quod *Æsdomicum* sive *Afingicum* dicimus. Illo utebantur urbes & agri Hollandiæ meridionalis, quæ scilicet Rheno & Mosâ fluminibus concluditur, cujusque caput est Dordracum: hoc in urbibus & agris trans Rhenum & Yssalam ad Aquilonem positis usitatum erat, videlicet in Noordhollandia, Kennemerlandia, Westfrisia, atque in tota etiam Rhyndlandia, licet magna hujus territorii pars cis Rhenum sita sit ad Africum. Cæterum Hagacomitatenses & Roterodamenses, quamvis ad plagam Yssalæ septentrionalem positi, Scabinico jure usi sunt. Juris Scabinici seu successionis Zelandicæ hoc fundamentum fuit, *'t Goedt moet gaen van daer 't gekomen is.*

Hoc est, bona eo redire debent, unde profecta sunt: quod tamen sic acceptum, ut liberi semper in locum parentum veniant una manu, ut scilicet non plus omnes accipiant simul, quam parens eorum habiturus fuisset. Hoc principio posito, graduum aut proximitatis ratio non magnopere habenda fuit; sed potius spectandum, unde bona ad defunctum per successionem pervenerint aut pervenire potuerint. Hinc est, quod si liberi non exarent, prima in successione causa, utriusque simul parentis erat; nimirum quia bona defuncti ab iis profecta censebantur, non quod primo essent gradu. Indidem est, quod altero parente mortuo, nec superstes, nec fratres, nec ulli alii per eum defuncto juncti ad hæreditatem partemve ullam hæreditatis admittebantur, sed cognati parentis præmortui, etiam si remotioris essent gradus. Hinc item est, quod utroque parente mortuo fratres germani in concursu cum consanguineis & uterinis, aut horum alterutris, duplici divisione utebantur. Ne plura commemorem, verum juris Scabinici schéma nobis exhibet constitutio politica edita anno 1580. excepto, quod infinitam collateralium representationem ad fratrum nepotes & patruorum atque avunculorum filios restringit. Jus Æsdomicum contrario fundamento nititur; hoc nimirum, *'t Naeste bloedt / beurd het goedt*: id est, proximus sanguine, proximus successione: ita tamen ut hoc jure nihilominus descendentiū causa potior esset, quam ascendentiū; atque ascendentiū, quam lateraliū. Cum ergo in unoquoque ordine solam hic proximitatem & gradum spectari placeret, hinc eveniebat, ut ne in liberorum quidem ordine representationi locus esset, sed filii excluderent nepotes, hi pronepotes, &c. ut nulla germanitatis, consanguinitatis aut uterinitatis haberetur ratio: ut patruus & avunculus, amita & matertera cum fratre & sororum filiis in capita succederent, denique collaterales omnes, uti quisque gradu esset proximus. Plura qui hic nosse desiderat, adeat *D. Neostad. de pact. antenupr. obs. 2. D. Gros. lib. 2. manu d. ad Jurispr. Batav. c. 28. Johan. Arn. Corvin. in erot. subj. tit. lib. 3. inst.* Ex duobus his tam dissimilibus ac difformibus succedendi modis tandem jus simplex atque uniforme constat, quod sine distinctione in locis omnibus hujus provinciæ servaretur. Id effectum AA. Ordinum constitutione politica, anno 1580. Cæterum cum ea constitutio propemodum in omnibus partibus sequeretur jus Scabinicum, illi autem, qui juri Æsdomico assueti erant, exceptis paucis, mediis Rhenum inter & Yssalam, adduci se non paterentur, ut à jure majorum, præsertim quatenus parentibus favebat, tam longè, quantum d. constitutio, recederent, concessum postea est his querentibus jus speciale, ex Æsdomico & Scabinico mixtum ac temperatum: quod factum anno 1599. constitutione sive placito de success. ab intestato: in cuius placiti principio urbes & agri enumerantur, quibus petentibus hoc jus indultum est. Ex quo tempore iterum diverso jure in causa successionis ab intestato uti cœpimus; alio in oppidis & agris Hollandiæ meridionalis; alio in Noordhollandia & Westfrisia, illic eo, quod in commune sancitum est anno 1580. hic illo temperato, quod specialiter constitutum anno 1599. præterquam in pagis quibusdam & vicis, iis nimirum, quos nominatim hæc constitutio excipit.

Utroque jure in successione ab intestato prima causa est libero-

liberorum, in qua successione gradus non quaeritur, sed cum liberis primi gradus succedunt & liberi gradus secundi aut inferiorum jure representationis seu in stirpes, ut tantam portionem accipiant, quam parens eorum laturus fuisset, *art. 20. cons. pol. art. 1. placit. de success. ab intest.* in quo nihil difsonum à jure Romano; uti neque in eo, quod liberi, qui aliquidi à parentibus acceperunt extra causam simplicis donationis, veluti ad subsidium matrimonii, ad mercaturam, aliame negotiationem exercendam promovendamve, id fratribus confortibus in divisione hæreditatis conferre debent, *art. 29. d. cons. pol. l. pen. §. 1. C. de collat.* Igitur quod descendentes attinet, uno communi jure per totam Hollandiam & Westfrisiam utimur, scripto Romanorum per omnia consentaneo. Illud quoque in commune statutum & receptum est, ut deficientibus liberis defuncti, si uterque parens primi gradus, sive pater & mater adhuc vivant, hi soli ad universam liberorum suorum successionem veniant, & fratres quantumvis germanos, eorumque filios excludant, quos simul admittit Justinianus, *art. 21. d. cons. pol. & art. 2. d. placit.* Altero vero parente mortuo jus variat. In omni autem successione, si forte brevitas causa masculorum tantum mentionem faciemus, memento, me eorum appellatione etiam feminas cognatas complecti. In Hollandia meridionali, ubi antea mero jure Scabinico seu Zelandico utebantur, recepta est in omnibus partibus d. constitutio politica anni 1580. qua constitutione, quantum attinet casum propositum, cautum est, ut altero è parentibus defuncti, de cujus successione agitur, mortuo, parens superstes à successione excluderetur, ne quis alius descendendum, rupto morte unius è conjugibus thoro, ad liberorum suorum successionem venire possit, *art. 22. & 26. de cons. pol.* Uti si in cognatione paterna vel materna aut utraque reperiretur, avus & avia ambo adhuc superstites, hi defuncti thois ex eodem latere, eorumque liberis præferantur, *art. 25. d. cons. pol.*

De successione collateralium juxta *d. cons. pol.* hæc 7 ante omnia & in universum tenenda sunt. Primum uno ex primi gradus parentibus defuncti, qui liberos non reliquit, mortuo, sicut parens superstes, aliique per hunc parentem ascendentes, à successione removentur, ita nec ullos laterales per eundem parentem superstem defuncto conjunctos ad successionem ejus vel in totum vel ex parte venire possunt. Secundo, mortuo utroque parente, hæreditatem tunc dividi in duas æquales partes, quarum alteram paterni, alteram materni ferant; nec considerari, utrum à parte patris, an à parte matris major pars bonorum obvenit. Tertio uno duntaxat parentem mortuo, totam hæreditatem ad eos solos pervenire, qui ei, de cujus successione agitur, per illum parentem mortuum conjuncti sunt. Quarto hinc esse, quod mortuo patre & matre fratres & sorores consanguinei, ceterique laterales ex uno tantum latere defuncto conjuncti, admittantur solum dimidiata seu semiplena manu, ita ut ex utroque latere conjuncti primo semissem totorum bonorum sibi vindicent: deinde alter semis inter eosdem & ex uno latere conjunctos dividatur; qui iisdem contra, uno ex parentibus mortuo, plena manu veniunt, si defuncto conjuncti sint per parentem demortuum. Hæc ita comprehensa sunt declaratione super ordinat. de success. edita anno 1594. Postre-

mo & illud sciendum, quanquam hoc nunc per totam Hollandiam observatur, jus representationis (quod est vetus jus Scabinicum) porrigi tantum in linea transversali ad fratrum & sororum nepotes, & patruorum atque avunculorum filios inclusivè. Ubi notanda insignis inter 8 jus Romanum & hoc nostrum differentia. Nam jure Romano in linea collateralis soli jus representationis habent fratrum filii, nostro etiam fratrum nepotes, & patruorum atque avunculorum filii. Fratrumque præmortuorum filii & nepotes etiam tunc cum soli sunt, non in capita, sed in stirpes jure representationis succedunt. Inter cæteros autem laterales jus Æsdomicum servari, quo jure qui gradu proximior est, ulteriori excludit, paresque gradu in capita succedunt, *art. 28. de cons. pol.* Quod autem apud Roterodamenses duobus gradibus ulterius, quam dictum est, jus representationis extenditur, ex speciali concessione est. Igitur vel utroque parente vel altero deficiente, fratribus & sororibus, & jure representationis filiis eorum ac nepotibus, defertur hæreditas; ut tamen in familia eriscunda, quod ad fratres & deinceps ex uno latere conjunctos attinet, servetur illud discrimen, cujus modo mentio facta, *art. 22. & seq. d. cons. pol.* Si nec fratres nec fratrum filii aut nepotes extent, tum hæreditas, uti dictum est, in duas partes secatur, quarum unam laterales paterni accipiunt, alteram materni, *art. 27. d. cons. pol.* Quod si contingat, adhuc avum & aviam simul, sive paternos sive maternos, in vivis esse, hi soli in eo latere, in quo reperiuntur, hæredes erunt. Sed avo atque avia aut alterutro eorum mortuo, succedunt patri & avunculi, & jure representationis sive in stirpes etiam eorum filii. In cæteris & remotioribus gradibus jus Æsdomicum servari placet, hoc excepto, quod fratrum pronepotes & deinceps, quamvis quinto aut ulteriore gradu sint, tamen in successione præferantur avo, aviz, & qui supra hos sunt ascendentes: item patris, avunculis, eorumque liberis. Cæterum in capita, non in stirpes hæreditatem partiuntur, ut jam dictum est. Si quid incidit, quod non satis expressè per *d. cons. pol.* decisum videri possit, de eo non ex jure Romano, quod nominatim d. constitutio abrogat *art. 19.* sed secundum præcedentia theoremata, & porro ex jure Scabinico in locis, in quibus hoc usurpatum fuit, statuendum erit.

Apud Hollandos autem septentrionales & Westfrisios, 10 qui ante simplici jure Æsdomico utebantur, hæc porro forma succedendi ex placito de success. ab intest. anni 1599. servatur. Mortuo uno ex primi gradus parentibus ejus, de cujus successione quaeritur, & qui nec liberos reliquit, parens superstes una cum fratribus defuncti, & fratrum filiis ac nepotibus, per representationem ad intestati successionem admittuntur, *art. 3. d. plac. de success. ab intest.* Cumque jure Romano parentes cum fratribus defuncti vocentur in capita, *d. Nov. 118. c. 2.* hic parens superstes in semissem hæreditatis venit, alter semis inter cæteros dividitur. Cæterum hic etiam cum parente superstite admittuntur fratres ex uno latere, modo per parentem præmortuum, defuncto conjuncti, eorumque filii & nepotes; cum jure Romanorum soli concurrant fratres germani eorumque filii, non etiam nepotes, ut supra demonstratum. Quod si defunctus nullos fratres per parentem prædefunctum conjunctos habeat, tunc ad solum parentem superstem tota successio pertinet,

net, etiam si prædictorum fratrum liberi supersint, aut etiam fratres defuncto conjuncti per parentem superstitem duntaxat. Quod deficientibus fratribus germanis nihilominus cum parente supersite admitti dicimus fratres ex uno parente conjunctos, dum ex præmortuo, id quidem verbis finalibus *d. art. 3. placit. de succ. ab intest. parum convenire videtur: sed tamen lite super ea re exorta inter patrem supersitem & fratrem defuncti ex præmortua matre, Curia provincialis secundum fratrem pronuntiavit; & appellatione quoque deinde interposita, sententia Curie à supremo Senatu approbata est. D. Coen. obs. rer. à sup. Sen. jud. 29. Cæteri adscendentes demum post fratres eorumque filios & nepotes, uti quisque proximior est, vocantur, idque in capita, *art. 7. d. plac. de succ. ab intest.* Enimvero si defunctus non alios fratres aut fratrum filios nepotesve reliquerit, quam ex uno tantum latere conjunctos, & ex altero latere avum aut aviam, aut his etiam remotiores adscendentes supersites habeat, hoc casu placet prædictos fratres, eorumque filios & nepotes jure repræsentationis succedere in unum semissem tantum: alter semis proximo memoratorum adscendentium attribuitur, si plures sint ejusdem gradus, viritim distribuendus, *art. 6. d. placit.**

12 Collateralium autem successio sic secundum *d. plac.* procedit. Si neque liberi nec primi gradus parentes extant, fratres fratrumque filii & nepotes (qui hic etiam cum altero parente supersite succedunt eo, quo supra diximus, modo) ad universa defuncti bona veniunt, videlicet fratrum filii & nepotes jure repræsentationis, *art. 4. d. consil. de succ. ab intest.* Fratres germani eorumque filii & nepotes in concursu cum consanguineis & uterinis, gemina divisione, hinc consanguineis, illinc uterinis eorumque filiis & nepotibus; partem auferunt, *d. art. 4.* Quod si vel consanguinei tantum, vel tantum uterini, eorumque filii aut nepotes, cum germanis eorumve filiis aut nepotibus concurrant, tum duo semisses fiunt, quorum alter inter fratres vel consanguineos vel uterinos, eorumque filios vel nepotes, & fratres germanos eorumque item filios aut nepotes, dividitur; alterum soli sibi habent germani eorumque liberi quos diximus, utpote qui ex hoc latere nullos alios cohæredes habent, *d. art. 4.* Si fratres germani eorumque liberi primi & secundi gradus deficient; extant autem fratres consanguinei & simul uterini, aut item utrinque horum filii aut nepotes; hoc casu bona in duas æquales partes dividuntur; quarum una distribuitur consanguineis, & filiis eorum ac nepotibus in stirpes; altera uterinis eorumque item filiis ac nepotibus simili modo in stirpes. Quod si fratres, fratrum filii, aut filiorum filii, qui supersunt, omnes ex uno duntaxat latere defuncto conjuncti sint, tum hi fratres, sive consanguinei sive uterini, eorumque filii & nepotes, per repræsentationem in universa defuncti bona succedunt: nisi fortè avus aviave, aut supra hos alii adscendentes (defuncto per alterum latus juncti) supersint: quo casu placet memoratos fratres, sive consanguineos sive uterinos, eorumque filios & nepotes, jure repræsentationis admitti in semissem hæreditatis duntaxat: in alterum semissem prædictos avum &

aviam aliosve adscendentes pro virilibus portionibus venire, *art. 6. d. placit.* Post fratres omnes eorumque filios ac nepotes ad universam successionem defuncti vocantur avus, avia & cæteri adscendentes jure proximitatis atque in capita: quod etiam locum habet, etsi ab una parte avus & avia, ab altera alter tantum supersit; atque ita porro in remotioribus adscendentibus pari gradu defuncto conjunctis, *d. placit. art. 7.*

Adscendentibus quoque cunctis deficientibus, tum proximi descendentes ex fratrum liberis secundi gradus, pronepotes fratrum scilicet & deinceps, qui quinto gradu aut ulteriore sunt, ad omnia bona defuncti veniunt, exclusis cunctis cæteris collateralibus. Succedunt autem non in stirpes, sed in capita, nec quaeritur, utrum progenti sint ex defuncti fratribus germanis, an consanguineis uterinisve, *art. 8. d. plac.* Ac tametsi qualitas duplicis conjunctionis jure Romano ultra fratres eorumque liberos primi gradus non attenditur, hoc nostro tamen jure finitur demum in fratrum liberis gradus secundi. Post hos vocantur patruus & avunculi in capita, eorumque liberi primi gradus ex repræsentatione, succeduntque in omnia defuncti bona, sine inquisitione, utrum patruus aut avunculi per utrumque parentem patri defuncti juncti sint, an per alterum duntaxat, *art. 9. d. plac.* Si nec patruus nec avunculi extabant, soli sanguine proximi ad hæreditatem in capita veniunt, nullo item discrimine habito, utrum cognatio procedat à fratribus utrinque, an ex uno latere duntaxat conjunctis. Et convenienter patruus magni & avunculi magni cum cohæredibus æqualiter succedunt, *art. 10.* In successione collateralium repræsentationi locus non est, quando omnes, qui ad successionem vocantur, eodem aut pari gradu cognationis defunctum contingunt, *art. 11. d. plac.* Cæterum si defunctus non alios propiores cognatos reliquerit, quam fratrum filios, & cum his item nepotem nepotesve alterius fratris, filio etiam hujus præmortuo, hoc casu fratrum filii succedunt in capita, nepotes fratris in stirpes seu jure repræsentationis, *art. 12.* Porro nulla in successione in locis commemoratis, ubi viget *d. plac. de succ. ab intest.* attenditur, unde aut à qua parte bona profecta sint, neque utrum sint hæreditaria, an ex quaestu aut aliunde obvenerint, *art. d. plac. 13.* Postremo si quid incidens videri possit, *d. consil. de succ. ab intest.* non satis evidenter definitum, id non ad normam juris Æsdomici Scabinicive, aut constitutionis politicæ, (quippe quæ, quod ad successiones ab intestato in prædictis locis attinet, sublata est) sed ad rationem juris scripti Romanorum dirigendum erit, uti nominatim cautum *art. 14. d. consil. de succ. ab intest.* Illud etiam sciendum est; prædictas constitutiones DD. Ordinum non alias locum habere, quam si testamentis, pactis antenuptialibus, aliisve modis, expressis *art. 19. & 29. consil. polis.* aliter tantum non probetur. Successionibus quoque feudalibus nihil istis constitutionibus derogatum est: proinde in feudis antiqua & propria natura succedendi etiam nunc sequenda erit, de qua tractatum scripsit D. Neostadius piz memorie, supremæ apud nos Curie quondam Senator. *add. D. Hung. Gros. introduci. ad Jur. rupp. Batav. lib. 2. cap. 41.*

TITULUS VI.  
DE GRADIBUS COGNATIONUM.

Dig. Lib. 38. Tit. 10.

TEXTUS.

Continuatio, & Cognationis divisio.

*Hoc loco necessarium est exponere, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Quare in primis admonendi sumus, cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, qua etiam a latere dicitur. Superior cognatio est parentum: inferior liberorum: ex transverso fratrum sororumve, & eorum, qui quave ex his generantur: & convenienter patru, amita, avunculi, matertera. Et superior quidem & inferior cognatio à primo gradu incipit: at ea, qua ex transverso numeratur, à secundo.*

COMMENTARIUS.

1. *Causa, ob quam cognationum gradus nosse oporteat: & cur seriem generationum, gradus Jurisconsulti vocitent.*
2. *Qua serie gradus numerentur tum in cognationis linea recta, tum in laterali.*



On unam ob causam Jurisconsultus cognationum gradus nosse debet: nam & legitimæ hæreditates & tutelæ ad proximum quemque agnatum redire consueverunt, & edicto prætor proximo cuique cognato dat bonorum possessionem, *l. ult. in pr. de grad. & affin.* & jure novissimo ab intestato tam ad hæreditatem, quam ad tutelam cognati omnes, id est, non tantum agnati, sed etiam cæteri cognati, servata gradus prærogativa, vocantur. *Nov. 118. c. 4. & 5.* Præterea lege publicorum judiciorum contra certi gradus cognatos in viti testimonium dicere non cogimur, *l. 4. de test. d. l. ult. de grad. & affin.* Sed & propter nuptias distinctio graduum cognationis cognoscenda est, maximè post jus Canonicum, quod hic diversâ à jure civili dinumeratione uti cœpit: quam differentiam, eo quod in causis matrimonialibus duntaxat etiam in foro Ecclesiastico servatur, supra exposui ad §. 4. de nupt. Primus autem & potissimus hujus disputationis usus jure civili in hæreditatibus cernitur: atque ob hanc causam ait Imperator, necessarium esse hoc loco exponere, quomodo gradus cognationum numerentur. Itaque proposita primum divisione cognationis respectu linearum, in quibus gradus collocantur, gradus ipsos deinde specialiter enumerat, eorumdemque numerandorum rationem hoc titulo ostendit. Gradus Jurisconsulti *μὲν ποσειδῶν* vocant ipsam generationum seriem, quod alii ab aliis, quasi gradibus quibusdam orientur. Gradus, inquit Paulus, dicti sunt à similitudine scalarum, locorumve proclivium, quos ita ingredimur, ut à proximo in proximum,

id est, in eum, qui quasi ex eo nascitur, transcamus, *d. l. ult. §. gradus. 10. de grad. & affin.*

*Aliam supra, aliam infra, aliam ex transverso]* Linea graduum cognationis duplex est; una recta & perpendicularis; altera transversa sive lateralis: illa vel est superior, in qua sunt parentes, id est, omnes ascendentes, vel inferior, in qua liberi, id est, descendentes; hæc eorum est, qui ex latere veniunt, fratrum scilicet & sororum, & qui ex his generantur, item patruorum &c. Estque vel æqualis, in qua latera utrinque coeunt, quæ scilicet eorum est, qui pari gradu distant à communi parente: vel inæqualis, cum alter est remotior, ut patruus & fratris filius. Recta linea & sursum & deorsum initium capit à primo gradu: transversa autem incipit à gradu secundo, *l. 1. §. 1. l. τιμητικῆ. de grad. & affin. & hoc text. in fin.* Ut ecce, pater recta generat filium; filius recta generatur à patre: & ita deinceps ascendendo aut descendendo progrediendum, totidemque gradus numerandi, quot sunt generationes. Lateralis autem cognatio ex alio origine trahit, quam de cujus hæreditate agitur puta fratris ex patre aut matre, patru & avunculi ex avo & avia: nam frater, verbi causa, à fratre non generatur, sed ut ortus utriusque auctor est communis parens, ita & conjunctio eorum ab eo pendet. Itaque quamvis gradus semper numerentur per generationes, id tamen in cognatione laterali sit serie nonnihil diversa. Etenim cum à latere ad latus perveniri non possit, nisi per eum transeas, à quo veluti communi limite utrumque latus descendit, necesse est primum ut ab eo, de cujus cognatione queritur, ad communem cognationis auctorem, *ἐπι τῆς κοινῆς ἀπογονίας ἀπὸν ἀρχαίον*, ut Theoph. *de legit. agn. succ. in princ.* sursum progrediare, & inde rursus deorsum ad alterum; de quo & ipso queritur. Quamobrem si queratur, frater quoto gradu à fratre distet, primum ab uno fratre ascendendum est ad caput utriusque, patrem scilicet; deinde descendendum ad alterum fratrem, & compariemus fratres duobus gradibus inter se distare: ut ecce, ego genitus à patre meo; hic habes unum gradum. Idem pater meus genuit Titium fratrem meum; hic habes alterum. Pari ratione, si queras quoto gradu patruus tuus tibi conjunctus sit, adicende primum ad avum vestræ cognationis communem limitem: deinde iterum descendere ad ejus filium qui est patruus tuus, & reperies eum tibi conjungi tertio gradu cognationis. In remotioribus longiori circuitu opus est: eadem tamen proportio servatur: numerata enim generationes, & gradus numeraveris. Atque hæc est perspicua, germana, ipsique natura prorsus consentanea graduum numeratio.

TEXTUS.

De 1. 2. & 3. gradu.

1. *Primo gradu est supra pater, mater: infra*

fra filius, filia. 2. Secundo gradu supra avus, avia: infra nepos, nepis: ex transverso frater, soror. 3. Tertio gradu supra proavus, proavia: infra pronepos, pronepis: ex transverso fratris sororisque filius, filia: & convenienter patruus, amita, avunculus, matertera. Patruus est patris frater, qui Græcis πατεριδελφον appellatur. Avunculus est frater matris, qui Græce μητεριδελφον dicitur, & uterque promiscue πατεριδελφον appellatur. Amita est patris soror, quæ Græce πατεριδελφη appellatur, Matertera vero matris soror, quæ Græce μητεριδελφη dicitur: & utraque promiscue πατεριδελφη appellatur.

COMMENTARIUS.

In his §§. nihil est quod interpretem desideret. Nomina Græca, quæ hic addita, non sunt apud Cajum l. 1. §. 3. & 2. seqq. de grad. & affin. & quædam etiam desunt, quæ aliter leguntur in aliis editionibus. Pro πατεριδελφον & μητεριδελφον apud Cujac. Hotoman. Cont. Wesemb. legitur πατεριδελφον & μητεριδελφον, quomodo & Theophilus habet. Illa autem πατεριδελφη & μητεριδελφη non agnoscunt: nec satis Græca sunt: quoniam Græci non solent sic composita efferre terminatione scæmina: & diserte Pollux in ὀνομαστικῶν scribit, τῶν πατεριδελφῶν πατεριδελφοῦ, τῶν μητεριδελφῶν μητεριδελφοῦ appellari, πατεριδελφον & μητεριδελφον nomina esse constat, quibus promiscue fratres & sorores tam patris quam matris appellantur. In calce §. 3. inter πατεριδελφον & μητεριδελφον appellatur, in nonnullis editionibus interpositum est, quæ etiam πατεριδελφον quod interferit etiam Theophilus, quamvis fortassis de suo, ut paraphrastes. Plane Polluci πατεριδελφον est μητεριδελφον. Helychio & Suidæ πατεριδελφον, tam patris quàm matris soror, sed apud hos legitur πατεριδελφον. Fratris sororisque filii & filiz speciale cognationis nomen apud Romanos non habent, l. ult. §. tertio. 14. de grad. & affin. Apud Græcos habent, & eleganter fratris filius ἀδελφιδῆς, filia fratris ἀδελφιδῆ vocatur. Erasmus & Valla ἀδελφιδῆς patrueles vertunt: quo nomine rectè notantur à D. Giphano. Bacus Plutonis ἀδελφιδῆς, apud Lucianum, Jovis & Æginæ filius. Fratruelis. Gloss. gr. lat. ἀδελφιδῆς, fratruelis, fratris filius, vel patruus.

TEXTUS.

Quartus gradus.

4. Quarto gradu supra abavus, abavia: infra abnepos, abnepis: ex transverso fratris sororisque nepos nepisque: & convenienter patruus magnus, amita magna, id est, avi frater & soror: item avunculus magnus & matertera magna, id est, avia frater & soror: consobrinnus, consobrinnina, id est, qui quæve ex sororibus aut fratribus procreantur. Sed quidam rectè consobrinnos eos proprie dici putant, qui ex duobus sororibus progenerantur, quasi consororinos: eos vero, qui

ex duobus fratribus progenerantur, proprie fratres patrueles vocari. Si autem ex duobus fratribus filia nascuntur, sorores patrueles appellari. Ad eos, qui ex fratre & sorore progenerantur, amittinos proprie dici putant. Amita tua filii consobrinnum te appellant, tu illos amittinos.

NOTA.

4. Quidam rectè consobrinnos, &c. ] Qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt, fratres & sorores patrueles proprie appellantur; qui quæve ex duobus sororibus, consobrinni consobrinnæque, quasi consororini; qui quæve ex fratre & sorore, amittini & amittinæ, l. 1. §. 6. l. ult. §. 15. h. tit. ubi tamen ] Cui testantur hos omnes à plerisque communi appellatione consobrinnos vocari.

COMMENTARIUS.

Hæc quoque sunt perspicua quoad rem ipsam, illud tantum notandum, quod tum qui ex duobus fratribus, tum qui ex duobus sororibus, item qui ex fratre ex sorore nati sunt, propriis quidem nominibus distinguuntur, sed quorum plerisque vulgo promiscue utimur. Nam & qui quæve ex duobus fratribus nati natæve sunt, fratres & sorores patrueles proprie appellantur; qui quæve ex duobus sororibus, consobrinnos consobrinnasque, quasi consororinos; qui quæve ex fratre & sorore, amittinos & amittinas dici tradunt Cajus l. 1. §. quarto. 6. & Paul. l. ult. §. quarto. 15. de grad. & affin. ubi tamen hos omnes à plerisque uno communi nomine consobrinnos vocari testantur: quemadmodum apud Belgas quoque hi omnes dicantur *Dusterlingen* / quod respondet *vel consobrinni*. Et quamvis amittini nunquam inter se duo sint, quoniam qui alteri amittinus est, is ab eo consobrinnus nominatur; ut in *fin. hujus* §. etiam Justinianus indicat: tamen ex sorore & fratre natos mutuo amittinos quoque dici significant. Ex quo hoc etiam apparet, consobrinnorum nomen non posse restringi ad solos duarum sororum liberos: nam avunculi filium non alio nomine proprie appellare possum, quam consobrinni. In lege Pompeja de parricidiis appellatione patruelium videtur significari fratres & sorores consanguinei, matruelium uterini, l. 1. de parricid. nec enim potes isto loco patruelem & matruelem consobrinnos interpretari cum Bachovio; tum quia non debent consobrinni præponi patruo & avunculo; tum etiam, quia eodem loco post patruum & avunculum collocantur consobrinnus & consobrinnina, ut bene observavit D. Cujac. 6. obs. 17. ubi refert, etiam Græcos patruelem interpretatos ὀμοπατριῶν, fratrem sororemque consanguineos, matruelem ὀμομητριῶν, fratrem sororemque uterinos. Itaque & qui ex duobus fratribus orti sunt, fratres patrueles rectè appellabimus, & ipsos quoque fratres consanguineos: illos, quod per patres conjungantur; hos, quod eundem patrem habeant. Idemque sentio de fratribus matruelibus.

TEXTUS.

Quintus gradus.

5. Quinto gradu supra atavus, atavia: infra atnepos, atnepis: ex transversa fratris sororisque

risque pronepos, proneptis: & convenienter propatruus, proamita; id est, proavi frater & soror: & proavunculus & promatertera, id est, proavia frater & soror: item fratris patruelis, vel sororis patruelis, consobrini & consobrina, amitini & amitina filius, filia: propior sobriño, propior sobrina. Hi sunt patruus magni, amita magna, avunculi magni, matertera magna filius, filia.

## NOTÆ.

5. Propius sobriño] Dicitur & propior sobriño, d. l. 1. §. ult. l. ult. §. 16. vers. persona, eod. & propior sobriñus, l. 2. C. und. leg. Græci *εὐγενὴς ἰξυγενε* appellant in l. 2. C. comm. de success.

## COMMENTARIUS.

**P**ropior sobriño] Propior sobriño, sobrina, & propius sobriño, sobrina; item propior sobriñus, sobrina, & propius sobriñus, sobrina, recte omnimodo dicitur, l. 1. §. ult. l. ult. §. quinto. 16. vers. persona. de grad. & affin. l. 2. C. und. leg. Paul. 4. sent. 11. Festus in verbo propius. Usitatus tamen est propior sobriño, pro quo Tacitus 12. annal. 64. dixit sobriño prior. Lepida, inquit, minore Antonia genita, avunculo Augusto, Agrippina sobrina prior, &c. parem sibi claritudinem credebatur. Neque enim accessit est, ut cum Cujacio & Giphano pro prior legamus propior; nam utrique voculæ eadem vis, ut bene Lipsius. Est autem propior sobriño, sobrina, patris ejus, de cujus cognatione queritur, consobrini, consobrina, d. l. 1. §. ult. & l. 2. eod. cui vicissim ille est consobrini filius, d. l. 1. §. ult. & hoc text. Sic Lepida cum esset Germanico, patri Agrippinæ, consobrina, (nam ab Agrippina vocata est sobrina propior) Agrippina illi consobrini filia. Verum ut confusa est utrinque amitini & consobrini appellatio, ita factum arbitror, ut propiori sobriño ego etiam vocer propior sobriñus, l. 2. C. und. legit. Fest. d. loc. ubi ait, propius sobriño mihi esse consobrini mei filium & patris mei consobrini.

## TEXTUS.

## Sextus gradus.

6. Sexto gradu supra tritavus, tritavia: infra trinepos, trinepitis: ex transverso fratris sororisque abnepos, abneptis: & convenienter abpatruus, abamita, id est, abavi frater & soror: abavunculus, abmatertera, id est, abavia frater & soror: item propatruus, proamita, proavunculus, promatertera filius, filia: item propius sobriño, sobriñave filius, filia: item consobrini, consobrina nepos, neptis: item sobriñi, sobrina, id est, qui quæve ex fratribus vel sororibus patruelibus, vel consobrinis, vel amitinis progenuerunt.

## COMMENTARIUS.

**I**tem propius sobriño sobriñave, filius filia] Hæc verba omnino inducenda sunt, ut superflua. Etenim filii & filiz propioris mei sobriñi & sobriñæ, aut sunt mihi nepotes ac neptes consobrini & consobrinæ, aut ipsi mihi sobriñi & sobriñæ: quorum utrorumque mox fit mentio. Hoc autem dempto cætera recte habent: neque aut plura demere cum Cujacio, aut ordinem mutare cum Hotomanno aut Welsembeco necesse est. Omnino enim male Gothofredus verba ista retinuit, illa autem, itam consobrini, &c. expunxit.

Item consobrini, consobrina nepos, neptis] Hotomannus ex Cajo l. 3. de grad. & affin. sic restituit; Item fratris patruelis, sororis patruelis, consobrini, consobrina, amitini, amitina nepos, neptis. Nulla tamen necessitate: quoniam, ut supra notatum est, generali consobrinorum appellatione patruelus quoque & amitini continentur.

Qui quæve ex fratribus patruelibus] Sobrinorum nomina, ut patruelium & consobrinorum, inter se referuntur, ut qui mihi sobriñus est, ego ei vicissim sum sobriñus. Ne quis igitur ex hoc loco existimet, fratris patruelis, &c. filium sobriñum dici. Sententia enim Imperatoris hæc est, utrinque sobriños dici eos, qui ex duobus patruelibus, ex amitino & consobrino, ex duobus item consobrinis nati sunt: quos nos archtersters & hinderen / vocamus. Hoc gradu propria cognationis nomina desinunt, l. ult. §. ult. de grad. & affin.

## TEXTUS.

## De reliquis gradibus.

7. Hactenus ostendisse sufficit, quemadmodum gradus cognationis numerentur. Namque ex his palam est intelligere, quemadmodum ulteriores quoque gradus numerare debeamus: quippe semper generata persona gradum adjicit: ut longe facilius sit respondere, quoto quisque gradus sit, quam propria cognationis appellatione quemquam denotare.

## NOTÆ.

7. Generata persona gradum adjicit] Id est, unaquæque generatio gradum facit. Itaque ex numero generationum constituendus erit numerus graduum. Jas autem Canon. alia denominatione utitur in linea transversa; quæ tamen in causis matrimonialibus duntaxat servatur, v. t. ad sedem. c. parensola, c. 35. q. 5.

## COMMENTARIUS.

**G**enerata persona gradum adjicit] Quantum numerus generationum, tantundem excrescit numerus graduum. Quippe unaquæque generatio gradum facit. Et ideo in quavis quæstione proposita videndum, quot iater utramque personam generationes extiterint, atque ex earum numero constituendus erit numerus graduum.



## TEXTUS.

## De gradibus agnationis.

8. *Adgnationis quoque gradus eodem modo numerantur.*

## COMMENTARIUS.

**R**ecte Hotomachus hunc locum sic interpretatur, non quasi Justinianus dicere voluerit, agnationis gradus eodem modo numerari, sicut cognationis: tam enim agnatorum, quam cognatorum hactenus mentio facta: sed hoc, etiam agnationis gradus eadem, quam modo dixit, ratione crescere, nimirum ut semper persona generata adjiciat gradum.

## TEXTUS.

## De graduum descriptione.

9. *Sed cum magis veritas oculata fide, quam per aures animis hominum insigatur: ideo necessarium duximus, post narrationem graduum, eos etiam presenti libro inscribi, quatenus possint &*

*auribus & oculorum inspectione adolescentes perfectissimam graduum doctrinam adipisci.*

## COMMENTARIUS.

**R**ei cujusque cognitio certius ex oculorum sensu, quam aurium percipitur. Cujus rei rationem Aristoteles *ἀπὸ ἀδύνατος* hanc affert, quod aspectus per se ac vi sua, nulliusque alterius opera percipit; auditus vero per accidens & opera aliena. Sane quia quæ videmus in propinquo sunt, ideo ea nos magis afficiunt, quam quæ audimus, quæ absunt fere, & ideo non ita movent. Poëta in arte;

*Segnius irritant animos demissa per aurem,*

*Quam qua sunt oculis commissa fidelibus.*

Hoc Candaules credidit; & in Gyge cum amissione regni expertus est, quæ oculis hauriuntur, celerius ad animum accedere, quam quæ aurium via manant. Polyb. 12.

*ὁ φθλαμοὶ τῶν ἀπὸ ἀδύνατος καὶ ἀπὸ ἀδύνατος.*

*Præsenti libro inscribi.]* Hæc graduum cognationis descriptio perit temporum injuria. Sed nullo negotio similis delineari & in tabula representari potest: quod cum etiam à plerisque factum sit, quorum commentarii in manibus candidatorum juris versantur, nobis nihil opus est, hic item tabulam aliquam exhibere.

## TITULUS VII.

## DE SERVILI COGNATIONE.

Dig. Lib. 38. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 4.

## TEXTUS.

*Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere: nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Sed nostra constitutione, quam pro jure patronatus fecimus, (quod jus usque ad nostra tempora satis obscurum atque nube plenum, & undique confusum fuerat) & hoc humanitate suggerente concessimus, ut si quis in servili constitutus consortio, liberum vel liberos habuerit, sive ex libera sive ex servilis conditionis muliere: vel contra serva mulier ex libero vel servo habuerit liberos cujuscumque sexus; & ad libertatem his pervenientibus, si qui ex servili ventre nati sunt, libertatem meruerint, vel dum mulieres libera erant, ipsi in servitute eos habuerint, & postea ad libertatem pervenerint, ut hi omnes ad successionem patris vel matris veniant, patronatus jure in hac parte sopito. Hos etenim liberos non solum in suorum parentum successionem, sed etiam alterum in alterius successionem mutuanam vocavimus ex illa*

*lege specialiter eos vocantes, sive soli inveniantur, qui in servitute nati & postea manumissi sunt, sive una cum aliis, qui post libertatem parentum concepti sunt: sive ex eodem patre, sive ex eadem matre, sive ex aliis nuptiis; ad similitudinem eorum, qui ex justis nuptiis procreati sunt.*

## NOTÆ.

*Liberum vel liberos.]* Liberum, numero unitatis, v. sup. §. 2. per quas pers. Satis erat dicere, liberos habuerit, l. 148. de verb. sign.

*Sivo ex aliis nuptiis.]* Vide comm. etiam Cujac. & Hotom. qualicumque copulatione. Sed tamen nati ex nefario & damnato coitu succedere nequeunt.

## COMMENTARIUS.

**N**otant fere recentiores omnes, in plerisque manuscriptis & in Græca paraphrasi hunc locum nullam novam inscriptionem habere; sed coherere titulo precedenti: cujus etiam partem esse arguit collatio ordinum & graduum, quæ hoc eodem loco instituitur. Sed age rem ipsam videamus. Erimus autem tum in hujus, tum in sex proxime seqq. tit. explicatione solito breviores, ne nimium hoc opus exerceat curiosa tractatione earum rerum, quæ nullum aut perexiguum usum nunc habent.

Ait, neque edicti prætoris eam partem, qua bonorum possessio cognatis defertur, neque legem ullam antiquam ad

ad cognationes serviles pertinere. Ex *Ulpian. l. 1. §. 2. unde cogn. & Paul. l. ult. §. non parcimus. 5. de grad. & affin.* Quod sic intelligendum est, non pertinere edictum aut leges antiquas ad servorum cognationem etiam postquam manumissi sunt: nam quamdiu servitute serviunt, nec successorem habere possunt, nec ipsi alteri succedere, *l. 4. C. commun. de success.* neque novi juris quæ sequitur constitutio ad servos, quamdiu in servitute manent, pertinere potest.

*Nec ulla antiqua lege talis cognatio.]* In causa videlicet successionis, de qua hic agitur. Nam in nuptiis etiam jure antiquo servilis cognationis ratio habetur, nuptiisque impedimento est, si forte pater & filia, frater & soror, manumissi fuerint, *§. illud. sup. de nupt. l. adoptivum. 14. §. 2. & 3. de rit. nupt.* Quo loco etiam diversa juris ratio indicatur, hæc nimirum, quod in contrahendis matrimoniis naturalis jus & pudor inspicitur. In successioneibus autem naturalis servorum cognatio insuper habita fuit, *d. l. ult. §. non parcimus. 5. de grad. & affin.* Itaque si verbi causa, ancilla cum liberis, quos in servitute pepererat, manumissa fuerat, neque liberi ex Senatusconsulto Orficiano ad hæreditatem defunctæ matris, neque mater ex Senatusconsulto Tertylliano ad hæreditatem liberorum, & neque hæc neque illi ad bonorum possessionem ex parte edicti unde cognati proximi, vocabantur: licet inter matrem & vulgo quæsitos invicem capiendæ hæreditatis & accipiendæ bonorum possessionis jus esset.

*Sed nostra constitutione.]* Desideratur hæc constitutio. Epitomen ejus in membranis quibusdam Latine expressam, atque à se repertam, Cujacius exhibet *lib. 20. observ. 34.* in qua tamen epitome tantum jura patronatus definiuntur. Eodem loco repræsentat ex Basilicis constitutionem Græcam, quam putat esse integram hanc Justiniani. Sane Græce scriptam fuisse testatur ipse Justinianus, *§. 3. seq. tit.*

*Humanitate suggerente.]* Et si servilis cognationis, quamdiu durat servitus, in causa successionis ratio haberi non potest: potest tamen servitute sublata. Atque adeo plenum humanitatis est, tunc in hac etiam causa cognationem illam naturalem spectari.

*Ut hi omnes ad successionem.]* Igitur hac constitutione Justiniani nati ex servis ancillive, si parentibus manumissis ipsi quoque manumissi sint superstites, eis ab intestato succedunt, exclusis patronis, à quibus ipsi antea excludebantur.

*Alterum in alterius successionem mutuan.]* Ita ut non solum parentibus, sed etiam ipsi manumissi fratres & sorores inter se succedant. Quod tamen ego sic accipiendum esse existimo, si, quod multis modis accidere potest, patronus deficiat. Nam liberis non extantibus, expresse statim patronorum ad liberti intestati successionem ipse Justinianus vocat, idque eadem constitutione, quam hic significat, *d. §. 3. vers. in autem. tit. seq.* Quamvis sane fratres patrono præferendos arguat, *l. 2. C. ad Senatuscons. Tertyll.* Sed non est eadem ratio patris & filii emancipati, quæ liberti proprie dicti & patroni: utique postquam fratres in successione patri prælati sunt, *l. 4. C. de bon. qua lib. l. ult. C. commun. de success.* ad quod jus Tribonianus *d. l. 2.* interpolando conformavit.

*Sive soli inveniantur.]* Quare non modo qui nati in servitute postea manumissi sunt, inter se ab intestato suc-

cedunt, sed etiam cum aliis, qui post parentum libertatem nascuntur.

*Sive ex aliis nuptiis.]* Verbum nuptiis tollendum esse censent Cujac. Cont. Hotom. Giphani auctoritate quorundam manuscriptorum & Theophili, apud quem tantum est, *ἢν ἐκ ἀγορίων.* Ut horum verborum sive ex aliis hic sit sensus, sive ex alio & diverso patre, sive ex alia seu diversa matre. Sed contra hos insurgit Bachovius, & maxime in Cujacium. Ego in hac eorum lite Palæmon.

## T E X T U S.

## Collatio ordinum &amp; graduum.

1. *Repetitis itaque omnibus, qua jam tradidimus, apparet non semper eos, qui parem gradum cognationis obtinent, pariter vocari: eoque amplius ne eum quidem, qui proximior sit cognatus, semper potiores esse. Cum enim prima causa sit suorum hæredum, & eorum, quos inter suos hæredes enumeravimus apparet, pronepotem vel abnepotem defuncti potiores esse, quam fratrem aut patrem aut matrem defuncti: cum alioqui pater quidem & mater (ut supra quoque tradidimus) primum gradum cognationis obtineant, frater vero secundum, pronepos autem tertio gradu sit cognationis, & abnepos quarto. Nec interest, in potestate morientis fuerit, an non, quod vel emancipatus, vel ex emancipato aut femineo sexu propagatus est. Amotis quoque suis hæredibus, & quos inter suos hæredes vocari diximus, agnatus, qui integrum jus habet agnationis, etsi longissimo gradu sit, plerumque potior habetur, quam proximior cognatus. Nam patris nepos vel pronepos avunculo vel matertera præferitur. Toties igitur dicimus, aut potiores haberi eum, qui proximior gradum cognationis obtinet, aut pariter vocari eos, qui cognati sunt; quoties neque suorum hæredum quique inter suos hæredes sunt, neque agnationis jure aliquis præferri debeat, secundum ea, qua tradidimus: exceptis fratre & sorore emancipatis, qui ad successionem fratrum vel sororum vocantur: qui etsi capite deminuti sunt, tamen præferuntur ceteris ulterioris gradus agnatis.*

## N O T E.

*Exceptis fratre & sorore emancip.]* Ex constitutione Anastasii *§. 1. sup. d. tit.* item sorore uterina & sororis consanguineæ sive uterinæ filiiis & filiabus, *§. 4. sup. de leg. agn. succ.* Hodie agnatorum & cognatorum jura confusa sunt. *Nov. 118.* ubi Just. tres novos ordines succeden-

cedentium fecit. 1. Descendentium; qui reliquos omnes excludunt; in quo ordine graduum ratio non habetur. 2. Ascendentium; sed horum proximi tantum vocantur: & cum iis admittuntur etiam fratres ex utroque parente conjuncti; & horum quoque fratrum filii concurrentes cum fratribus, non autem si soli sint, ex Nov. 127. 3. Lateralium, quorum soli quoque proximi vocantur, nisi, quod fratrum germanorum filii jure representationis una cum thiiis suis veniunt, thiiisque defuncti, ejusque fratribus ex uno latere conjunctis præferuntur.

## COMMENTARIUS.

**H**ic locus ad ea omnia, quæ hæctenus hoc libro tractata sunt, generaliter pertinet. Summa est, duas esse succedentium prærogativas, unam in ordine, alteram in gradu: illius autem quam hujus potiorum rationem esse; in tantum ut qui ordine præcedit, licet gradu sit posterior, præferatur ei, qui est posterior ordine, quantumvis gradu prior.

*Pronepote[m] vel abnepote[m], &c. quam fratrem, patrem, matrem*] Conferuntur hic sui & qui suorum numero sunt cum legitimis; qui cum illis concurrere nunquam possunt, propter prærogativam ordinis suorum. Sed si sui inter se conferantur, hic qui gradu proximior est, puta filius, remotiorem, puta nepotem, non excludit. Nam jus representationis & successio in locum patris facit, ut nepos non videatur remotior.

*Amotis quoque suis hæredibus, agnatus etiam si longissimo gradu, &c.*] Agnati quoque & cæteri legitimi successores, collati cum cognatis, præferuntur non ex prærogativa gradus, sed ordinis: nam cognati demum tertio loco vocantur, *sup. de succ. cogn. in pr.* Verum inter agnatos ipsos spectatur prærogativa graduum; quoniam in hoc ordine representatio locum non habet, extra quam quod novissimo jure introductum est. *Nov. 118. c. 3.* si fratrum filii cum patris concurrant. Cæterum revolve, quæ tradita *sic. de leg. agn. succ.* item de Senat. conf. Tertulliano §. 3. & seqq. quæ hic inculcare non lubet. Hodie agnatorum & cognatorum jura confusa sunt, *d. Nov. 118.* ubi Justinianus tres novos ordines succedentium fecit, unum descendentium, alterum ascendentium, tertium collateralium. Descendentes reliquos omnes excludunt; neque inter eos gradus prærogativa servatur. Cum ascendentibus admittuntur fratres ex utroque parente conjuncti eorumque filii, cæteri laterales ab iisdem excluduntur: inter ipsos autem succedunt tantum proximi, *d. Nov. 118. c. 2. & Nov. 127.* Lateralium quoque proximi solum vocantur, nisi quod fratrum germanorum filii jure representationis simul cum patris & avunculis suis veniunt, & patris avunculisque defuncti, ejusque fratribus ex uno duntaxat latere conjunctis præferuntur, his jure plenioris sanguinis, illis jure quadantenus descendentium: qua de re supra explicatum est diligentius.

## TITULUS VIII.

## DE SUCCESSIONE LIBERTORUM.

Dig. lib. 38. tit. 2.

Ratio ordinis, &amp; summa tituli.

**H**ic usque differuit de successione ingenuorum: sequitur nunc de successione libertorum, id est, de jure succedendi in bonis libertorum. Vox enim successionis hic non active, ut in præcedentibus, sed passive accipitur, non qua libertus succedit alii; sed qua ipsi liberti succedunt. Circa hæreditates libertorum mira extitit juris varietas. Aliud lege 12. tabularum constitutum fuit; aliud prætores introduxerunt: quod auctum postea lege Papia: postremo aliter hæc causam definiivit Justinianus: quæ singula hic ordine referuntur & explicantur.

## TEXTUS.

Qui succedunt. De lege 12. Tabb.

*Nunc de libertorum bonis videamus. Olim itaque licebat liberti patronum suum impune testamento præterire: nam ita demum lex duodecim tabularum ad hæreditatem liberti vocabat patronum, si intestatus mortuus esset libertus, hærede suo nullo relicto. Itaque intestato mortuo liberti, si is suum hæredem reliquisset, Patrono*

*nihil in bonis ejus juris erat. Et siquidem ex naturalibus liberis aliquem suum hæredem reliquisset, nulla videbatur querela: si vero adoptivus filius fuisset, aperte iniquum erat, nihil juris patrono superesse.*

## COMMENTARIUS.

1. Legem 12. tabb. non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum.
2. Cur magis iniquum visum, patronum ab adoptivis excludi, quam patrem, fratrem, &c.

**N**am ita demum lex 12. tabb.] Argumentum ex contrariis, quo probat jure antiquo 12. tabb. licuisse liberti testato decedenti patronum impune præterire. Collectio hæc est; Lex 12. tabularum patronum nominatim vocat ad hæreditatem liberti intestato mortui: ergo in bonis liberti testato mortui nullum jus patronum habere voluit, si videlicet testamento præteritus nihilve ei relicto sit.

*Hærede suo nullo relicto*] Intestato liberti mortuo lex duodecim tabularum primum suis hæredibus defert hæreditatem: si hi non fuerint, tunc patrono. *Ulp. l. 3. in pr. de sui & leg. & in fragm. tit. 27. & tit. ult. in pr. ubi sic*

sic scribit; *Civis Romani liberti hereditatem lex duodecim tabularum patrono defert, si intestato sine suo heredem libertus decesserit. Ideoque sine testamento facto deditur, licet sumus heres ei non sit, seu intestato, & sumus heres ei sit, quamvis non naturalis, sed uxor, puta qua in manus fuit, vel adoptivus filius, lex patrono nihil praestat.* Hinc vero apparet, legem non alio jure patronum censuisse, quam agnatorum, qui & ipsi ab intestato post suos heredes vocantur, & testamento praeteriri possunt. Quod autem primo loco & solum post suos heredes patronum lex vocat, mirum non est: quoniam liberti agnatos non habent.

*Si adoptivus filius, aperte iniquum*] Patronum a liberti liberis naturalibus, id est, procreatis justo matrimonio, excludi, indignum visum non est: at iniquum visum, eundem excludi etiam ab adoptivis & adscititiis. **2.** Cur vero inquis in patrono id minus ferendum fuit, quam in patre, matre, fratribus, sororibus reliquisque agnatis & cognatis, quibus omnibus filium adoptivum in hereditate ingenui praeferi constat? Putat D. Hotomannus, praetorem ideo plus juris patronis in bonis libertorum concessisse, ne alioqui duras nimis condiciones libertis suis in praestanda libertate imponerent, *arg. l. 1. de bon. libert.* Sed & illud duriusculum visum, posse patronum per quemvis heredem testamento liberti scriptum repelli. Ceterum erat hoc consequens liberti testandi facultati lege duodecim tabularum civibus omnibus datae.

## TEXTUS.

## De jure praetorio.

**1.** *Qua de causa postea praetoris edicto hac juris iniquitas emendata est. Sive enim faciebat testamentum libertus, jubebatur ita testari, ut patrono partem dimidiam bonorum suorum relinqueret: & si aut nihil aut minus parte dimidia reliquerat, dabatur patrono contra tabulas testamenti partis dimidia bonorum possessio. Sive intestatus moriebatur, suo heredem relicto filio adoptivo, dabatur aequae patrono contra hunc suum heredem partis dimidia bonorum possessio. Prodesse autem liberto solebant, ad excludendum patronum, naturales liberi, non solum quos in potestate mortis tempore habebat, sed etiam emancipati & in adoptionem dati, si modo ex aliqua parte scripti heredes erant, aut praeteriti contra tabulas bonorum possessionem ex edicto praetorio petierant. Nam exheredati nullo modo repellantur patronum.*

## NOTA.

**1.** *Dimidiam bonorum*] Non tamen admittebatur patronus contra ea bona liberti, quae in castris quaesita, *l. 3. §. 6. de bon. libert.*

*Aequae patrono dabatur, &c. bonor. possessio*] *Th. n. 1. §. 1. de r. v. contra tabulas.* Sed aut somniavit, aut

corruptus est. Qui enim contra tabulas liberti intestato mortuo?

*Si modo ex aliqua parte scripti*] Haec clausula pertinet ad datos in adoptionem.

*Exheredati nullo modo, &c.*] Intellige, nisi per querelam testamentum, ut in officiosum, evertissent.

## COMMENTARIUS.

**P**raetor duo mutavit. Primum testandi licentiam in liberti coarctavit, jusque libertum ita testari, ut patrono non minus parte dimidia bonorum relinqueret, data patrono partis dimidia bonorum contra tabulas possessione, si aut nihil, aut minus parte dimidia ei relicta esset. Ceterum quod hic simpliciter scriptum est, id habet exceptionem, nisi libertus liberos naturales, sive suos, sive emancipatos (nam liberti adoptivi jure praetorio non plus juris contra patronum habent, quam extranei) heredes instituerit: quippe a quibus & non facti testamento patronus excluderetur. *Ulp. d. tit. ult. in pr.*

*Sive intestatus relicto filio adoptivo*] Hoc alterum est, quod in hac causa mutavit praetor. Nam lex 12. tabularum etiam adoptivo filio suo heredem existentem patronum in totum ab hereditate liberti intestato mortui excluderat. Edicto vero praetoris ex parte dimidia admittitur.

*Et in adoptionem dati*] Liberi naturales in adoptionem dati, quamdiu in familia adoptiva sunt, quasi liberi ad bona patris naturalis non admittuntur, sed tantum ex ea parte edicti veniunt, qua vocantur cognati, *§. 1. h. 10. & §. 12. cum seq. sup. de her. qua ab int.* Patronum igitur excludere non potuerunt, nisi testamento heredes scripti; ac proinde clausula sequens, *si modo ex aliqua parte scripti heredes erant*, adjecta est.

*Aut praeteriti contra tabulas*] Hoc ad solos emancipatos referri debet. Quippe cum bonorum possessio contra tabulas iis dari non soleat, qui tempore mortis ejus, de cujus successione agitur, in aliena familia fuerunt, *§. 1. ad dem. 12. sup. de her. qua ab int.*

*Exheredati nullo modo*] Sed quid si testamentum per querelam eversum fuerit? Dubitandum non est, quin liberti patronum excludant, cum res ad causam intestati redeat. Plura Bachovius hic.

## TEXTUS.

## De Lege Papia.

**2.** *Postea vero lege Papia adaucta sunt jura patronorum, qui locupletiores libertos habebant. Cautum enim est, ut ex bonis ejus, qui sesterium centum millium patrimonium reliquerat, & pauciores quam tres liberos habebat, (sive is testamento facto, sive intestatus mortuus erat) virilis pars patrono deberetur. Itaque cum unum quidem filium filiamve heredem reliquerat libertus, perinde pars dimidia debebatur patrono, ac si is sine nullo filio filiave intestatus decessisset. Cum vero duos duasve heredes reliquerat, tertia pars debebatur patrono: si tres reliquerat, repellebatur patronus.*

## COMMENTARIUS.

1. *Sestertius & sestertium an idem valeant.*

**S**ecunda hujus juris mutatio facta est lege Papia Poppea. Tulere hanc legem nomenque ei dederunt suffecti Coss. M. Papius Mutilus, Q. Poppæus Secundus, anno ab V. C. 761. Multa hujus legis fuere capita. Fragmenta restituit notisque illustravit vir clarissimus D. Jacobus Gothofredus.

*Qui locupletiores liberos*] Hæc igitur lex ad liberos locupletiores solummodo pertinuit: in pauperioribus antiquiora jura patronatus intacta reliquit.

*Qui sestertium centum millium*] Locupletiores habiti, qui sestertium centum millium patrimonium habebant: pro quo præcise dixit Africanus rem centum, *l. liberto. 26. de bon. libert.* Hinc libertus centenarius, qui rem centum millium habet, *l. si libertus. 16. de jur. patron.* Etenim, ut docet Hotoman. *lib. de re numm.* duplex veteribus enuntiandi usus fuit, interdum plena oratione ut dicerent, verbi causa, centum millia sestertium, quomodo hoc extulit Justinianus hic; interdum præcise, verbi causa, centum sestertium, aut centum simpliciter: qua forma usus Africanus *d. l. liberto.* Ubi, per octoginta & centum, totidem sestertiorum millia cum intelligere, certum est. Quod autem Cantuincula & Mynsingerus hic scribunt, atque in dictionario suo prædidit Calepinus, sestertium neutro genere, & in plurali numero sestertia singula, significare & valere mille sestertios nummos, secuti auctoritatem magni illius Budæi, qui hoc primus *lib. de Assè* docuit, errorem esse Bachovius existimat, eoque nomine merito Budæum ab Hotomanno *d. lib. de re numm.* reprehensum. Sed videtur mihi Bachovius valde oscitanter Hotomannum inspexisse, qui hoc quidem docet & ostendit, sestertium neutro genere à probatis Latinæ rei auctoribus usurpatum non esse, nisi quod metri causa à Poëtis id factitatum, quod & jam antea observaverat Georg. Agricola *lib. 2. de pond.* Cæterum quod porro asserit Bachovius, sestertium neutro genere eadem significatione usurpari à Poëtis, qua masculino à cæteris, & hoc quoque ex doctrina Hotomanni; in eo dupliciter errat: nam nec Hotomannus id docuit, sed Agricola; & verum non esse, contra Agricolam ipse Hotomannus demonstrat *cap. 22. d. lib. de re numm.* ubi expresse scribit, sestertia à Poëtis dici solita non pro nummis sestertiis, sed pro mille nummorum summa, multis id confirmans auctoritatibus. Unus locus Juvenalis huic rei demonstrandæ sufficiet. *Is satyra 4.* Crispini cujusdam gulam exagitans sic ait;

*Mullum sex millibus emis,*

*Æquantem sane paribus sestertia libræ.*

quod priore versu de minoribus sestertiis Poëta dixerat, sequenti de majoribus enuntiat: significat enim, totidem libras mullum istum pependisse, quod sestertiis Poëtis emptus fuerat, nimirum sex. In eo omnes conveniunt, quod ultra nongenta millia sestertiorum Romani non pronuntiaverint: sed cum ad mille millia ventum esset, adverbis numeralibus usus, ut dicerent, decies aut vicies sestertium præcise, pro decies aut vicies centena millia sestertium. Sed desino plura. Illud tamen adhuc obiter monendum, sestertium fuisse quartam partem denarii; denarium partem vicefirmam quintam aurei; ac proinde aureum continuasse sestertios centum;

idemque valere, centum millia sestertiorum in bonis habere, & mille aureos. De tota re nummaria plura & certiora, quam hæcenus habuimus, expectamus à D. Salmasio.

*Pauciores quam tres liberos, virilis pars patrono*] Lex Papia patronum liberti centenarii seu locupletis, sive testato sive intestato mortui, in virilem ejus hæreditatis partem admittebat, si modo is pauciores quam tres liberos reliquisset.

*Sine ullo filio intestatus*] Reponendum omnino cum Ruffard. Cujac. Cont. Hotom. *sestertus.* Theophilus; *in d. l. l. 2. condito testamento.* Nam liberto intestato & sine liberis defuncto solus & in solidum succedit patronus tam ex edicto prætoris, quam ex lege 12. tabb. *sup. in pr. & §. 1. Cujac. 3. observ. 13.*

*Si tres, repellatur patronus*] In hoc igitur differt lex Papia à jure prætorio, quod Patronus à Prætore repellebatur, etiam si libertus unum aut duos tantum liberos reliquisset: lege vero Papia virilem hic partem patronus obtinebat. At si libertus tres aut plures liberos reliquerat, tunc sive testato sive intestato decessisset, patronus in totum etiam per legem Papiam summovebatur.

## TEXTUS.

## De constitutione Justiniani.

3. *Sed nostra constitutio (quam pro omni natione Græca lingua compendioso tractatu habito composuimus) ita hujusmodi causam definivit: ut siquidem libertus vel liberta minores centenariis sint, id est, minus centum aureis habeant substantiam, (sic enim legis Papia summam interpretati sumus, ut pro mille sestertiis unus aureus computetur) nullum locum habeat patronus in eorum successione: si tamen testamentum fecerint. Sin autem intestati decesserint, nullo liberorum relicto, tunc patronatus jus, quod erat ex lege duodecim tabularum, integrum reservavit. Cum vero majores centenariis sint, si hæredes vel bonorum possessores liberos habeant, sive unum sive plures, cujuscumque sexus vel gradus, ad eos successiones parentum deduximus, patronis omnibus modis cum sua progenie semotis. Sin autem sine liberis decesserint, siquidem intestati, ad omnem hereditatem patronos patronasque vocavimus. Si vero testamentum quidem fecerint, patronos autem aut patronas præterierint, cum nullos liberos haberent, vel habentes eos exheredaverint, vel mater sive avus maternus eos præterierint, ita quod non possint argui inofficiosa eorum testamenta, tunc ex nostra constitutione per bonorum possessionem contra tabulas, non dimittam, ut antea, sed tertiam partem bonorum liberti*

berti consequantur; vel quod deest eis, ex constitutione nostra repleatur, si quando minus tertia parte bonorum suorum libertus vel liberta eis reliquerit: ita sine onere, ut nec liberis liberti libertave ex ea parte legata vel fideicommissa prestantur, sed ad cohæredes eorum hoc onus redundet. Multis abis casibus à nobis in prefata constitutione congregatis, quos necessarios esse ad hujusmodi dispositionem juris perspeximus: ut tam patroni patronaque, quam liberi eorum, nec non qui ex transverso latere veniunt usque ad quintum gradum, ad successionem libertarum libertarumve vocentur, sicut ex ea constitutione intelligendum est. Et si ejusdem patroni vel patronæ, vel duorum duarumque plurimumve liberi sint, qui proximior est, ad liberti vel libertæ vocentur successione: & in capita, non in stirpes dividatur successio: eodem modo & in his, qui ex transverso latere veniunt, servando. Penè enim consonantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successio- nibus fecimus.

## NOTÆ.

3. *Nostri constitutio*] Non extat: sed eam nobis ex Basilicis repræsentat Cujac. 20. *obs.* 34.

*Pro mille sestertiis unus aureus*] Cum antea unus aureus responderet tantum sestertiis centum. Non igitur simpliciter legem Papiam interpretatur, sed emendat.

*Vel fideicommissa*] Quæ certis personis præstantur ab his, qui petunt bon. possessionem cont. tab. l. 1. *de leg. præf.* quod onus olim etiam patrono incumberebat, l. 4. *de cond. & dem.* l. 64. §. ult. ad SC. *Treb.*

*Usque ad quintum gradum*] Mynsinger. & Pac. putant hæc verba tantum ad eos referenda esse, qui ex latere veniunt, sed refelluntur ipso tenore constitutionis; καὶ τῶν καὶ πατρῴων, καὶ πατρῶν, καὶ ἀπῳσίων, καὶ ἀπῳσίων, καὶ τῶν οἰ ἐως πεμπτῆ βαθμῆ κατόντες ἢ πατρῶων. Additurque καὶ ἄλλοι, id est, & soli: nam qui ex latere veniunt non admittuntur ad illam tertiæ partis bonorum successionem, ut mox subjicitur: sed tantum ad successionem liberti intestato sine liberis mortui usque ad quintum gradum, nec hic ulterius patronorum liberi, ut iterum verba ostendunt; ἔως ἢ πεμπτῆ βαθμῆ οἰ ἐν ἀλλοίῳ οὐκ ἐστὶν ἢ πατρῶων, καὶ οἰ κατόντες αὐτῶν καὶ ἀπῳσίων τῶν ἀπῳσίων.

*Qui proximior est, &c. & in capita*] l. 13. §. 1. & seq. *de bon. libert.* Ulp. tit. 27. §. 1. & seq. Nimirum hic non queritur de hæreditate parentum patronorum, sed liberti; ad cuius successionem patroni eorumque liberi non veniunt jure suorum hæredum, sed agnatorum, l. 2. §. 1. *unde legit.*

## COMMENTARIUS.

Quoniam lex Papiæ nimum patronis tribuere videbatur, eo quod certis casibus hos etiam liberis liberti centenarii exæquaret: & jure prætorio libertus sine liberis decedens cogebatur semissem omnium bono-

rum Patrono relinquere: Justinianus utrique juri derogavit, causamque sic in summa definiit, ut liberto minore centenario testato decedente, patronus nullum jus in successionem ejus haberet. Sin autem centenario major decederet, sive testatus sive intestatus, tum si liberos reliquisset, & vel unum cujuscumque sexus, gradus aut conditionis, patronus excluderetur, nisi fortè testamento patris liberi essent hæredati. Si vero nullos liberos reliquisset, ab intestato patronus in solidum ut hæres esset, antiquo jure patronatus integro hoc casu servato: testamento vero facto, uti pro semisse, quem prætor patrono decreverat, trientem sine ullo onere obtineret: atque hoc succedendi jus non solum ipse patronus haberet; verum etiam eo mortuo liberi ejus, & his non extantibus patroni ex latere cognati usque ad quintum gradum: sic ut inter illos & hos proximior remotiorem excluderet, & in capita hæreditas divideretur.

*Pro mille sestertiis unus aureus*] Justiniani ætate cum multo minores essent hominum facultates, locupletes censebantur, qui centum aureos in bonis habebant, cum antea ex mille aureis hoc æstimaretur. Hotomannus putat, transposita esse nomina, & pro mille hic substituit centum, uti paulo ante pro centum, mille, quod probat Wesembecius; ego in medio relinquo.

*Sin autem sine liberis*] Quid si adoptivos tantum reliquerit; Hotomannus censet, patronum & hoc casu lege Justiniani in totum excludi. Bachovius contra in partem patronum admitti; cujus sententia verior videtur arg. *pr. hujus tit. in fin. & §. 1. in pr.* item constitutionis Græcæ, relatæ à Cujacio lib. 20. *obs.* 34.

*Vel mater sive avum maternum*] Quippe quorum præteritio pro exheredatione est, §. ult. *sup. de exhar. lib.* quod nec jure novissimo mutatum esse demonstravimus *sup. tit. de inoff. test. in pr.*

*Ex constitutione nostra repleatur*] Intelligit haud dubiè constitutionem l. omnimodo. 30. *C. de inoff. test.* ut proinde hæc tenens eadem sit ratio legitimæ patronorum & liberorum.

*Sine onere*] Et ergo in hoc quoque exæquata jura patronorum & liberorum, ut ambo portionem debitam seu legitimam sine onere habere debeant: l. 32. *C. de inoff. test. junct. hoc text.* cum olim legatorum & fideicommissorum præstandorum onus, quo liberis præteritis aut exhereditatis relicta erant, patrono incumberebat, l. 4. *de cond. & dem. l. si ejus. 64. §. ult. ad Senatuf. conf. Trebell.*

*Usque ad quintum gradum*] Pacius putat, hæc verba ad eos tantum referenda esse, qui ex latere veniunt; non ad liberos patroni, cum Mynsingero *ad hunc loc. & §. 2. inf. de bon. poss.* sed refelluntur verbis constitutionis Græcæ, relatæ apud Cujac. 20. *obs.* 34. ac proinde nullius momenti est argumentum petitum ex l. *liberorum. 220. de verb. sign.*

*Qui proximior est*] Si unius plurimumve patronorum plures liberi sint diversi gradus, qui proximior est, in successionem liberti præfertur, & plurium patronorum liberi non in stirpes, sed in capita succedunt, l. *si libertus. 23. §. 1. & seq. de bon. libert.* Ulp. tit. 27. §. 1. & seqq. Non est huic contrarium, quod de liberis supra relatum est, eos parentum suorum locum occupare, inque stirpes, non in capita succedere: quippe hic non queritur de hæreditate parentum patronorum, sed li-

berti, ad cuius successionem patroni eorumque liberi non jure suorum hæredum, sed agnatorum jure veniunt, l. 2. §. 1. *unde legit.* Hactenus ergo nihil novi Justinianus.

## TEXTUS.

## Quibus libertinis succeditur.

4. *Sed hac de iis libertinis hodie dicenda sunt, qui in civitatem Romanam pervenerunt, cum nec sint alii liberti: simul & Dedititiis & Latinis sublati, cum Latinorum successiones nulla penitus erant: quia licet ut liberi vitam suam peragebant, attamen ipso ultimo spiritum simul animam atque libertatem amittebant: & quasi servorum, ita bona eorum, jure quodammodo peculii ex lege Junia Norbana manumissores detinebant. Postea vero Senatusconsulto Largiano cautum fuerat, ut liberi manumissoris, non nominatim exheredati facti, extraneis hæredibus eorum in bonis Latinorum praeponerentur. Quibus etiam supervenit divi Trajani edictum, quod eundem hominem, si, invito vel ignorante patrono, ad civitatem Romanam venire ex beneficio Principis festinarat, faciebat quidem vivum civem, Latinum vero morientem. Sed nostra constitutione propter hujusmodi conditionum vices & alias difficultates, cum ipsis Latinis etiam legem Juniam, & Senatusconsultum Largianum, & edictum divi Trajani, in perpetuum deleri censuimus, ut omnes liberi civitate Romana fruantur: & mirabili modo quibusdam adjunctionibus ipsas vias, quæ in Latinitatem ducebant, ad civitatem Romanam capiendam transposuimus.*

## NOTÆ.

4. *Dedititiis & Latinis sublati*] l. un. C. de ded. lib. sol. l. un. C. de Lat. lib. roll. v. sup. §. 3. de libertin.

## COMMENTARIUS.

**O**lim non omnes libertini ejusdem erant conditionis: nam eorum qui manumittebantur, quidam cives Romani fiebant, alii Latini Juniani, aut dedititii, idque vel propter qualitatem domini manumittentis, vel modum manumissionis, vel ætatem aut personam manumissi: quod lib. 1. *sic. de libertin.* latius explicatum est. Itaque cum eum, quem hæredem vel ex testa-

mento vel ab intestato habere volumus, necesse sit esse civem Romanum, satis apparet, ea, quæ de jure succedendi in bonis libertorum legibus prioribus & edicto cauta sunt, ad Latinos & dedititios non pertinuisse. Quod autem Justinianus monet, ea, quæ ipse de eadem re constituit, ad libertos Latinos & dedititios non pertinere, sublata jam tum Latina & dedititia libertate, parum subtile est.

*Latinorum legitima successiones nulla*] Neque testamentariz, Nam Latini nec testamentum facere, neque omnino hæredem habere poterant, sicut nec ipsi hæredes esse. Hæc enim omnia, jus testamenti faciendi, jus capiendæ hæreditatis, item hæredis habendi, propria erant civium Romanorum. Quare nec intestati Latini decessisse dici poterant, l. 1. in pr. de suis & leg. Libertorum vero civium Romanorum ut testamentariz, ita & legitimæ successiones erant: nam eorum intestatorum hæreditas primum suis hæredibus deferebatur, deinde patronis, eorumque liberis, tanquam agnatis, quibus quæ defertur, in edicto prætoris in specie legitima dicitur, *sic. unde legit.*

*Jure quodammodo peculii*] Nam mortuo liberto Latino Juniano patronus bona ejus, non tanquam hæreditatem, sed eodem jure ex lege Junia occupabat, quod dominus peculium servi, pater filii retinet. Unde si patronus cum liberis suis simul extraneos quosdam hæredes instituisset, bona hujus liberti dividebantur communiter inter suos & extraneos hæredes; quemadmodum peculium servi aut filii dividitur inter hæredes domini aut patris.

*Extraneis hæredibus eorum*] Id est, extraneis hæredibus manumissorum seu patronorum. Ut ecce; L. Titius, qui libertum Latinum habebat, decessit, liberis suis & quibusdam extraneis hæredibus institutis: moritur deinde libertus, ex lege Junia una cum liberis Titii extranei scripti hæredes ad bona liberti veniunt. Ex Senatusconsulto autem Largiano soli veniunt liberi Titii. Tota via in hoc explicando deerravit Hotomannus, iis quoque, quæ paulo ante dixerat, manifestè contraria tradens. Meminit Justinianus Senatusconsulti Largiani in l. un. C. de Lat. lib. roll. & Nov. 78. in pr.

*Divi Trajani edictum*] Edicto divi Trajani cavebatur, ut Latinus Junianus, qui invito ignoranteve patrono jus civitatis Romanæ beneficio Principis adeptus esset, viveret quidem ut civis Romanus, moriens autem liberti Latini exitum faceret, id est, ut bona ejus, quasi peculii jure, ad patronum pertinerent. Hujus edicti mentio item fit in d. l. un. in pr. & §. ult. C. de Lat. lib. roll.

*Sed nostra constitutione*] Ea est d. l. un. C. d. *sic.* qua, ut antea ingenuos omnes Antoninus civitate donavit, l. in orbe. 17. de stat. hom. Ita Justinianus libertinos omnes civitate donatos exæquat. Novissimè libertinos omnes tantum non exæquavit ingenuis. Nov. 78.



## TITULUS IX.

## DE ASSIGNATIONE LIBERTORUM.

Dig. Lib. 38. Tit. 4.

Continuatio.

**H**ic titulus moderationem continet proximè præcedentis. Nam quod generaliter ibi definitum est, patrono mortuo, ad liberos ejus, qui gradu proximi sunt, bona liberti ex æquo pertinere, id hanc habere exceptionem hoc titulo docemur, nisi uni ex liberis libertum assignaverit, hoc est, testificatus fuerit, cujus ex liberis cum libertum esse velit, l. assignatio. 107. de verb. sign. hoc enim casu is solus, cui facta est assignatio, pro patrono habetur, & in bona liberti succedit, reliquis liberis assignatoris exclusis, l. 1. in pr. hoc tit.

## TEXTUS.

An assignari possit, & quis assignationis effectus.

*In summa (quod ad bona libertorum attinet) admonendi sumus, censuisse Senatam, ut quamvis ad omnes patroni liberos, qui ejusdem gradus sunt, æqualiter bona libertorum pertineant; tamen licere parenti, uni ex liberis assignare libertum, ut post mortem ejus solus is patronus habeatur, cui assignatus est; & ceteri liberi, qui ipsi quoque ad eadem bona, nulla assignatione interveniente, pariter admitterentur, nihil juris in his bonis habeant, sed ita demum pristinum jus recipiant, si is cui assignatus est, decesserit nullis liberis relictis.*

## NOTÆ.

*Assignare libertum*] Assignare libertum est testificari, cujus ex liberis cum libertum esse velit, l. 107. de verb. sign. id est, jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni peculiariter attribuere.

## COMMENTARIUS.

*Licere parenti*] Et quidem soli. Nam jus assignandi libertum parenti manumissori Senatus dedit, d. l. 1. hoc tit. quod tam arcte acceptum, ut liberi manumissoris libertum paternum, quantumvis à parente sibi assignatum, liberis suis assignare non potuerint; cum tamen in plerisque aliis causis jure manumissorum censerentur, l. 8. eod.

*Ita demum pristinum jus recipiant*] Ad liberos, non ad hæredes extraneos jus patronatus assignatione quaesitum transmittitur, quod intelligitur ex verbis extreme Senatufconsulti relati apud Ulp. d. l. 1. hoc tit. Utrique

*si ex liberis quis in civitate esse desisset, neque ei liberti ulli essent, ceteris ejus liberis, qui manumissis, perinde omnia jura servantur, ac si nihil de eo libero casu liberti is patronus significasset.*

## TEXTUS.

De sexu assignati, & de sexu graduque ejus, cui assignatur.

1. *Nec tantum libertum, sed etiam libertam; & non tantum filio, nepotivæ, sed etiam filia nepotivæ assignare permittitur.*

## COMMENTARIUS.

*Ed etiam libertam*] Hoc ex ipsis verbis Senatufconsulti planum est: quippe quo perpetuo tam libertæ, quam liberti fit mentio.

*Sed etiam filia nepotivæ*] Senatus generaliter loquitur, si quis liberos in potestate haberet, sine discrimine sexus aut gradus. Itaque non minus filia nepotivæ, quam filio vel nepoti assignari posse, intellectum est. Quin etiam præferri posse filio nepotem assignatoris, l. 3. §. 1. hoc tit. quippe cum hoc tantum requirat Senatus, ut liberti assignatoris in potestate sint, non etiam ut sint sui hæredes. Perperam hæc omisit Theoph.

## TEXTUS.

De liberis in potestate vel emancipatis.

2. *Datur autem hæc assignandi facultas ei, qui duos pluresve liberos in potestate habebit, ut eis, quos in potestate habet, assignare libertum libertamve liceat. Unde quærebatur, si eum, cui assignavit, postea emancipaverit, num evanescat assignatio? Sed placuit evanescere: quod & Juliano & aliis plerisque visum est.*

## COMMENTARIUS.

*Qui duos pluresve liberos in potestate*] Cum assignare nihil aliud sit, quam jus patronatus, quod alioqui pluribus competeret, uni propriè ac peculiariter attribuere, in eumque solum derivare, non est existimandum dubitatum fuisse, an is demum assignare possit, qui duos aut plures liberos habeat: aut si unum tantum quis habeat, an ulla tunc esse possit assignatio; neque iste hujus loci sensus est, sed hic, assignationem tantum

posse fieri pluribus liberis vel uni ex pluribus in potestate constitutis, ut hinc removeantur emancipati. Nimirum quemadmodum lex 12. tabb. jus patronatus retineri voluit in familia, ita etiam Senatusconsultum idem jus assignatione contractum finibus familiæ concludit: idque ipsa verba Senatusconsulti indicant, & hic ipse locus.

*Placuit evanescere*] Non tantum emancipato facta assignatio nulla est, sed etiam facta ei, qui in potestate erat, emancipatione ejus evanescit: congruit l. 1. in fin. eod. De eo dubitatum, an si præter emancipatum duo existant in potestate, possit hoc casu patronus non tantum uni ex his, qui in potestate sunt, sed simul etiam emancipato assignare. Sed Modestinus respondit, magis esse ut possit. Igitur quod per se non haberet emancipatus, id per conjunctam personam confertur, uti in specie l. 9. eod. l. ult. de lib. & post. Quod si unus tantum sit in potestate, alter emancipatus, & utriusque libertus assignetur, quæ assignatio in persona ejus, qui in potestate est, nulla est, ea propter emancipatum utilis fieri non debet: ita cenfeo cum Cujac.

## T E X T U S.

Quibus modis aut verbis assignatio fit:  
& de Senatusconsulto.

3. *Nec interest, an testamento quis assignet, an sine testamento, sed etiam quibuscumque verbis patronis hoc permittitur facere, ex ipso SC. quod Claudianis temporibus factum est, Sabellio Ruso, & Asteria Scapula Consulibus.*

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

**A** Designari libertus potest & testamento & codicillis, & per modum contractus, aut donationis inter vivos vel mortis causa, quibuscumque verbis, epistola, chirographo, pure, sub conditione, denique nuda etiam, l. 1. §. 3. l. 7. eod. quod proculdubio ex verbo significasset, quo Senatus utitur, sumptum est: & ideo ait Justinianus, hoc patronis facere permittum ex ipso Senatusconsulto.

## T I T U L U S X.

## DE BONORUM POSSESSIONIBUS.

Dig. Lib. 37. Tit. 1.

*Ratio ordinis: bonorum possessio quid: argumentum tituli.*



**B**X quatuor acquirendi per universitatem modis, propositis §. ult. sup. per quas pers. cuicq. acq. primus & præcipuus expositus est, scilicet ratio acquirendæ hæreditatis jure Civili tum testamento tum ab intestato delatæ. Succedit nunc species acquisitionis ejusdem generis secunda, seu ea hæreditatis acquirendæ ratio, quæ est ex jure prætorio per bonorum possessionem: de qua hoc titulo ex professo nunc Imperator tractat. Nam quod subinde etiam supra de jure prætorio disputatum est, id factum per occasionem, exigente hoc rerum affinitate. Bonorum possessio, finitore Ulpiano l. 3. §. 2. hoc tit. est jus persequendi retinendive patrimonii, sive rei, quæ cujusque, cum moritur, fuit. Non ergo bonorum possessio hic accipitur, uti possessio illa rerum singularium, quæ facti est, & corporalis detentionis, de qua tit. ff. & C. de acq. poss. sed tota juris est, & dominium tribuit: ut hæc duo præter nomen nihil commune habeant. Denique bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam hæreditas, d. l. in pr. & §. 1. l. 1. & l. 2. eod. l. 117. de reg. jur. unde Græcis dicitur *νεμεσις ἀδελφῶν*. Tantum in tempore & modo acquirendi diversitas est. De fine bonorum possessionis, tum quæ ea vim & unde habeat, primum hic exponitur: deinde species ejus eo ordine, quo edicto propositæ fuerunt, recensentur; ac mox quibusdam remotis quedam transponuntur: ad extremum agitur de tempore & modo bonorum possessionis petendæ.

## T E X T U S.

Cur introductæ bonorum possessiones;  
& quis sit earum effectus.

*Jus bonorum possessionis introductum est à prætoribus emendandi veteris juris gratia. Nec solum in intestatorum hereditatibus vetus jus eo modo prætor emendavit, sicut supra dictum est; sed in eorum quoque, qui testamento factò decesserint. Nam si alienus posthumus hæres fuerit institutus, quamvis hæreditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat; honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur; videlicet cum à prætoribus adjuvabatur. Sed & is à nostra constitutione hodie rectè hæres instituitur, quasi & jure civili non incognitus. Aliquando tamen neque emendandi, neque impugnandi veteris juris, sed magis confirmandi gratia, prætor pollicetur bonorum possessionem. Nam illis quoque, qui rectè testamento factò, hæredes instituti sunt, dat secundum tabulas bonorum possessionem. Item ab intestato suos hæredes, & agnatos, ad bonorum possessionem vocat. Sed & remota quoque bono-*

rum possessione ad eos pertinet hereditas jure civili. Quos autem solus prætor vocat ad hereditatem, heredes quidem ipso jure non fiunt: nam prætor heredem facere non potest: per legem enim tantum, vel similem juris constitutionem heredes fiunt, vel per Senatusconsulta, & constitutiones principales: sed cum eis prætor dat bonorum possessionem, loco heredum constituuntur, & vocantur bonorum possessores. Adhuc autem & alios complures gradus prætor fecit in bonorum possessionibus dandis, dum id agebat, ne quis sine successore moreretur. Nam angustiissimis finibus constitutam per legem duodecim tabularum jus percipiendarum hereditatum prætor ex bono & aquo dilatavit.

## NOTÆ.

**Bonorum possessionis]** Hæc secunda species est acquisitionis per universitatem earum quatuor, quæ propolite sup. §. ult. per quas pers. Bonorum possessio vi ipsa nihil aliud est, quam hereditas, l. 2. & 3. b. t. l. 117. de reg. jur. Græci ἀγαθὴν ἀγοράντι appellant, & πτωχέων ἀγοράντι.

**A nostra constitutione]** Hæc constitutio non extat. fac. d. §. 26. sup. de legat.

**Ipsa jure non fiunt]** Ipsa jure hic idem valet, quod jure civili, ut & alibi, §. 11. inf. de ac. §. 1. inf. de perp. & temp. ac. l. 9. §. 1. usus. qu. cau. Igitur heredes ipso jure non fiunt, id est, non fiunt jure civili heredes, etiam adeant hereditatem aut pro hærede gerant. Alio sensu sui dicuntur ipso jure heredes existere.

**Per senatusconsultum]** l. 9. d. t. sup. de SC. Tert. & de SC. Orfe.

**Constitutiones principum]** Exempl. habes §. 3. & 4. sup. de leg. agn. succ. l. pen. & ult. C. de leg. har.

**Alios complures gradus]** Id est, ordines, τῶν, ut sepe alibi, l. 1. §. 1. unde liberi. l. 5. unde cogn. l. un. qui ord. in bon. poss.

**Ex bono & aquo]** Nam prætor & alios successorum ordines fecit, & ordinum graduumque successionem admisit sit. de success. edict.

## COMMENTARIUS.

1. Quomodo prætor circa successiones jus vetus emendavit.
2. Quanam bonorum possessionis juris civilis confirmandi gratia introducta: & quam utiliter.
3. Qui jure civili succedere possunt, si malint honorario, heredes, an bonorum possessores efficiantur.
4. Cur prætor heredem facere non possit.
5. Bonorum possessores vi ipsa heredes esse, & jure prætoris dominium rerum singularium consequi: quod à plerisque minus bono perceptum.
6. Scopus prætoris in introducendis bonorum possessionibus.

**Emendandi juris veteris gratia]** Suprà didicimus, legem 12. tabb. successiones ab intestato tam angustiis finibus conclusisse, ut intra suorum heredum & agnatorum ordinem confisteret. Postea verò multas personas, tum inter suos heredes, tum inter agnatos, vo-

catas à prætoris, Senatusconsultis, constitutionibus. Prætoris etiam tertium ordinem fecisse, in quo omnes eos vocavit, qui naturali cognatione conjuncti. Hoc significat Justinianus, cum ait, prætoris bonorum possessiones introduxisse emendandi juris veteris causa. Emendavit enim laxando mitigandoque juris civilis rigorem, dum illo jure neglectis, liberis emancipatis, cognatisque, ad successionem viam aperuit. Ajo, jure civili neglectos: nam capere nominatim prohibitis prætor non succurrit, ne directo, quod non potest, contra leges faciat, l. non est. 12. §. 1. hoc tit. l. 12. §. 4. de publ. in rem act. Simili quoque correctione, & quadam velut impugnatione juris civilis usus est prætor & in hereditatibus eorum, qui testati decesserunt, dando bonorum possessionem secundum tabulas posthumis alienis hereditibus institutis, l. 3. secund. tab. & contra tabulas liberis emancipatis præteritis. §. eadem. 12. sup. de her. qua ab int. def.

**Si alienus posthumus]** Quis dicatur suus, quis alienus posthumus; item cur alienus posthumus jure civili hæres institui non potuerit, neque legatum capere; diligenter exposuimus lib. 2. sub. tit. de legat. §. posthumo. 26. add. & quæ sub §. 2. supra de exher. liber.

**Honorario jure bonorum possessor]** d. l. 3. sec. tab. l. 6. de inoff. test. Atque ad effectum hujus juris, & simul institutionis & legati, respiciens, dixit alibi, posthumus alienum etiam olim hæredem institui potuisse, §. posthumus. 28. sup. de legat. quod multis ibi argumentis confirmavimus.

**Sed magis confirmandi gratia]** Ait, quasdam bonorum possessiones à prætoris etiam confirmandi, id est, adjuvandi juris veteris gratia introductas: idque declarat duplici specie bonorum possessionis: quarum una ex testamento secundum tabulas, quam etiam rectè institutis hæredibus prætor polliceatur; altera ab intestato; eaque item duplex, unde liberi & unde legitimi; quarum ad illam etiam suos heredes, ad hanc etiam agnatos, & qui agnatorum jure censentur, invitet.

**Hæres institutus]** Hæredi testamento rectè instituto scimus necessariam non esse bonorum possessionem secundum tabulas, cum adita hereditate jure civili hæres fiat. Existimo etiam, prætoris ab initio bonorum possessionem secundum tabulas jure civili scriptas perfectasque pollicitum non esse, sed secundum eas duntaxat, quæ ipsius instituto scriptæ fuerant, quarum formam jus civile, quo solo hereditas defertur, ignorabat, hoc est, quæ septem testium signis erant obsignatæ, l. 2. C. sec. tab. aut quæ jure civili ideo non valebant, quod vel familie emancipatio vel nuptiatio non intervenerat, vel testamentum ruptum irritumve factum fuerat. Ulpian. tit. 23. §. si septem. & tit. 28. §. etiam si. l. posthum. 12. de injust. rupt. irrit. §. non tamen. sup. quib. mod. test. infirm. Cæterum progressu temporis jus prætoris crevisse, inolevisseque, ut etiam qui rectè heredes instituerant, aliique, qui jure civili hereditatem ad eundem consequi poterant, ad majorem cautionem, puta ut remediis prætoris uterentur, veluti interdicti quorum bonorum, l. 1. quor. bon. vel quia multis in rebus liberalius agitur cum bonorum possessoribus, quam cum hæredibus, l. 3. §. acquirere. 7. b. tit. l. 1. & ult. C. qui adm. ad bon. poss. bonorum possessionem peterent: edictumque postea plenius conceptum. Hotomannus putat, per

per bonorum possessionem etiam acquiri possessionem ipsarum rerum, qui manifestus error est: non enim magis agnoscendo bonorum possessionem rerum singularum possessionem adipiscimur, quam adeundo hereditatem, l. 3. pr. §. 1. & 2. hoc tit. junct. l. cum her. 23. de acq. poss. Sed & si quis res defuncti corporaliter possideat, eum tamen necesse est bonorum possessionem a prætoribus obtinere, ut in naturalium rerum singularum possessione defendatur. *Wesemb. par. hoc tit. num. 8. D. Diod. Tulden. in comm. hic. cap. 1.*

*Suos hæredes & agnatos* ] Suos hæredes ad bonorum possessionem unde liberi, agnatos ad bonorum possessionem unde legitimi. Licet enim his bonorum possessio non sit necessaria, (utpote qui etiam remota ea jure civili hereditatem obtineant) & ad spectu principalis scopi bonorum possessio unde liberi comparata sit emendandi juris civilis gratia, succurrendique liberis emancipatis, quos jus civile non agnoscit: §. emancipati. 9. sup. de her. qua ab int. tamen suos etiam hæredes prætor edicto complexus est: l. 1. unde liberi. & agnatos quoque & cæteras personas legitimas vocavit tit. unde legitimi: ne quod iis concesserat, quos solus ipse vocat, denegasse illis videretur, quos vocat potentior: inque eo juris civilis se adiutorem præbuit. *Ὁν ἴσιν δωρεῖς ὁ ἀγαπῶν*, ait Theoph. & Theod. Hermop. ad l. 117. de reg. jur. ὁ ἀγαπῶν ὁ νόμος φιλαγαθῆτος, jus prætorium humanius est. Hinc illustratur l. 7. §. 1. de just. & jur. & §. pratorum. sup. de jur. nat. gent. & civil.

*Solus vocat prætor* ] Quid ergo si quis testamento hæres institutus aut agnatus proximus intestati, quos solus prætor non vocat, sed quibus liberum est vel hereditatem adire, vel ex edicto bonorum possessionem accipere, l. 2. §. si duo. 8. sec. tab. hoc, quam illo jure, succedere maluerint? Hos etiam non hæredes, sed bonorum possessores effici, ac proinde non directis, sed utilibus actionibus usuros, rectè censet *Jo. Fab.* Quin amplius, nec suum hæredem, qui secundum tabulas aut unde liberi accepit, existimo alias, quam utiles & prætorias actiones, exercituras; directasque, quæ apud eum remanent, quia ipso jure hæres extitit, esse sine effectu, arg. l. 7. §. sed quod *Papinianus de minorib. l. 1. qui. 88. de hered. instit.*

*Prætor heredem facere non potest* ] Hæredem facere est justum plenoque jure Quiritum dominum facere, quod solius legis est, utpote quæ rebus omnium, tanquam regina & domina, præsidet: l. 2. de legibus, aut ejus, qui similem legi auctoritatem habet: qualem etiam habuit senatus, uti docet l. non ambigitur. 9. de legib. & ostendunt Senatusconsulta Tertyllianum & Orficiatum; non prætoris, qui nudus fuit magistratus, *δικαιοδότης non νομοθέτης*: qui tamen tacite consentiente populo, hoc usurpavit, ut nonnulla, non quidem directo contra, sed tamen prætor rationem juris constituit ex æquo & bono constitueret, quæ juris etiam auctoritatem obtinuerunt, *vid. not. sub. §. pratorum. 7. sup. de jur. nat. gent.*

*Loco heredum constituuntur* ] Prætor successores suos, quos hæredes facere non potuit, bonorum possessores appellavit, iisque utiles actiones dando effecit, ut vicem hæredum obtinerent, imo vi ipsa ut hæredes essent, l. 1. 2. 3. hoc tit. Unde est, quod hæredis appellatio etiam bonorum possessori absolute tribuitur, & perpetuo ap-

pellatione hereditatis bonorum quoque possessio venit: l. hereditaria. 138. de verb. sign. l. in conditionibus. 19. §. 2. de cond. & demonst. l. 1. §. bonorum. 7. ad Senatusconf. Treb. l. ultim. C. qui adm. ad bon. poss. Sed & passim nostri bonorum possessores vocant successores honorarios, l. sed & ejus. 24. §. 1. fam. erc. l. si sine. 9. §. illud. 6. de interr. in jur. l. 10. ad Senatusconf. Vell. l. 1. §. nec non. 8. ut leg. nom. cau. Cum ergo bonorum possessores jus hæredum consequantur, etiam dominium eos consequi necesse est, & quidem rerum ipsarum seu proprietatem ipsam, uti hoc disertè traditum est ab *Ulp.* l. 1. hoc tit. dominium, inquam, non utique directum aut ex jure quiritiarium seu legitimum, sed utile five bonitarium, aut si mavis, dominium prætorium: nam bonorum possessor hæres honorarius est; hæres vero dominium significat. Ita quem prætor secundo decreto in possessionem mittit, dominus etiam constituitur, l. si finita. 15. §. *Julianus.* 16. & §. postea. 33. de damn. inf. Perspicuum est igitur, eos errare, ut levissimè dicam, qui contendunt, prætorem nihil aliud tribuere bonorum possessori, quam rerum possessionem; quippe quæ nihil cum dominio commune habet, l. 12. §. 1. de acq. poss. imo quam nec tribuit prætor, & quæ nemini acquiritur, nisi qui eam naturaliter apprehenderit, l. 1. & passim. de acq. poss. Domini quoque possessionis, quale alii tantum successoribus honorariis tribuunt, merum commentum est. Clarissimus *D. Tuldenus* sic hæc explicat; hæreditas, inquit, quia successio est in universonum jus defuncti, statim ut adita est, tribuit dominium rerum hereditariarum. Non par vis, inquit, bonorum possessioni; quippe quæ tantum facultatem tribuit persequendi. Hæc ille. At enim vero si rem spectemus, par utrique & eadem vis: nam & bonorum possessio non minus quam hereditas, eademque ratione, qua hereditas, successio est in universonum jus defuncti, & ipsa quoque simul atque admissa est, dominium jure prætorio tribuit æque ac hereditas jure civili: textus sunt expressi & clari in l. 1. l. 3. in pr. hoc tit. Res hæc ideo minus rectè vulgo percepta est, quod in describenda tum hereditate tum bonorum possessione Jurisconsulti impropiè locuti sunt, nec vero, sed tropico genere usi, nam neque hereditas propriè successio est, ut abundè demonstravimus sub tit. de reb. corp. & incorp. neque bonorum possessio poteitas persequendi, sed utraque nihil aliud, quam universonum patrimonium & jus alicujus defuncti, in quod & hæres succedens & bonorum possessor, ille scilicet adeundo, hic bona apud magistratum amplectendo, dominium rerum singularum statim nanciscuntur, ille civile, hic prætorium, & consequenter jus eas res persequendi, ille directis & civilibus, hic utilibus & honorariis actionibus.

*Et alios complures gradus* ] Id est, ordines: est enim hoc nostris non infrequens, ut ordines successionum ab intestato gradus quoque appellent, l. 1. §. 1. unde liberi. l. 5. unde cogn. l. un. quis ord. in poss. Unde etiam interpretes Novellarum, quod in textu Græco, *Nov. 118.* in pr. legitur, *πῶν ἢ ἑ ἡδὲς ἐξ ἀδελφῶν ἀδελφῶν ἢ γυναικῶν πῆξαι*, reddidit, tribus cognoscitur gradibus, id est, *πατρὶς*: ut nihil causæ videam, quamobrem hoc carperit *Bern. Sutholt. diff. 11. n. 42.* Sunt autem intestati gradus seu ordines, præter enumeratos liberorum & legitimorum, nunc adhuc duo, cogn-

cognatorum, & unde vir & uxor, d. l. 1. §. 1. & d. l. 7.

6 Ex aquo & bono dilatavis] Scopus hic prætori in introducendo jure bonorum possessionis propositus fuit, amplificare jus percipiendarum ab intestato hæreditatum, quod lex 12. tabb. familiæ finibus ita concluderat, ut suos tantum hæredes, & post hos, agnatos solos admitteret, atque ita admitteret, ut in eorum hæreditatibus successioni locum non daret, hoc est, ut proximo deficiente vel repudiante, insequentis gradus agnatos non admitteret, §. placebat. 7. sup. de leg. agn. success. Prætor autem & alios ordines fecit, ordinumque & graduum successionem admisit, tit. de success. edict.

TEXTUS.

De speciebus ordinariis. Jus vetus.

I. Sunt autem bonorum possessiones, ex testamento quidem hæ: prima, qua præteritis liberis datur, vocaturque contra tabulas. Secunda, quam omnibus jure scriptis heredibus prætor pollicetur, ideoque vocatur secundum tabulas. Et cum de testatis prius locutus est, ad intestatos transitum fecit. Et primo loco suis heredibus, & iis, qui ex edicto prætoris inter suos heredem connumerantur, dat bonorum possessionem, qua vocatur unde liberi. Secundo legitimis heredibus. Tertio decem personis, quas extraneo manumissori præferbat. Sunt autem decem persona hæ; Pater, mater, avus, avia tam paterni, quam materni: item filius, filia; nepos, neptis, tam ex filio, quam ex filia; frater sororve consanguinei vel uterini. Quarto cognatis proximis. Quinto tanquam ex familia. Sexto patrono patronaque, liberisque eorum & parentibus. Septimo, viro & uxori. Octavo cognatis manumissoris.

NOTÆ.

I. Prima, qua præteritis liberis] l. un. quis ord. in bon. poss. Ulp. tit. 28. vid. sup. §. 3. de exh. lib. & D. de bon. poss. cont. tab.

Decem personis] Ulpian. apud Licin. Rufin. tit. 16. Extraneo manumissori] Id est, imaginario emptori, cui pater filium non contracta fiducia mancipaverat. Cujac.

Cognati manumissoris] §. pen. sup. de succ. libert. Ulp. tit. 28. §. 6.

COMMENTARIUS.

1. Quo sensu bonorum possessio contra tabulas dicatur esse ex testamento, cum per eam succedatur ab intestato. Quod à paucis observatum.
2. Cur ea primo loco in edicto proposita.
3. Extraneus manumissor qui dicatur.
4. Quid per familiam significatur in ea, quam prætor quinto loco proposuit.

HAbemus hic catalogum veterum bonorum possessionum, earumque gradus, uti quæque edicto pro-

posita fuit. Similis est apud Ulpian. tit. 28. §. intestati. 6. Percurramus singula.

Ex testamento quidem hæ] Bonorum possessio, itidem ut jure civili hæreditas, defertur aut testamento, aut ab intestato. Quæ testamento facto competit, ea duplex est, contra tabulas, & secundum tabulas; quarum hæc etiam ex testamento est, ita ut per eam etiam succedatur ex testamento: illa ex testamento non est, ne quis erret; cum enim detur contra testamentum, per eam testamentum oppugnetur atque evertatur, l. 1. in pr. de legat. præst. l. ut liberis. 17. in pr. C. de collat. ex testamento esse dici non potest, neque per hanc bonorum possessionem ex testamento succedi: sed uti rescisso per inofficiosi querelam testamento res ad causam intestati redit, l. 6. §. 1. l. cum qui. 21. §. 2. de inoff. test. eodem modo, rescisso testamento per bonorum possessionem contra tabulas, liberi præteriti jure prætorio ab intestato succedunt, uti diserte scriptum est in d. l. liberis. 17. C. de collat. Quamobrem quod hic Imperator etiam bonorum possessionem contra tabulas dicit esse ex testamento, certum est id improprie atque abusive ab eo dici, nec alio sensu, quam quod ea locum non habeat, nisi defunctus testamento facto decesserit; atque ob hanc solam causam contra tabulas bonorum possessio opponitur successioni intestati, meræ scilicet illi, seu cum nullæ tabulæ factæ sunt, l. 1. in pr. & §. recte autem. 5. unde lib. l. 4. C. de collat. non, inquam, ut successio ex testamento, sed ejus, qui factò testamento decessit. Quod idcirco monendum fuit, quia à paucis observatum.

Qua præteritis liberis] Præteritis liberis datur bonorum possessio contra tabulas patris aut cæterorum parentum per patrem conjunctorum, & C. de bon. poss. cont. tab. quæ species à nobis exposita est sub §. eadem. 12. de her. qua ab int. & §. 3. sup. de exh. lib. Sunt & aliæ species bonorum possessionum contra tabulas; veluti ea, quæ patrono præterito datur contra tabulas liberti, §. 1. sup. de success. libert. item quæ datur patri adversus tabulas filii, quem emancipavit, l. 1. si à parent. quis man.

Secundum tabulas] Quod si hæres non scriptus testamento, sed nuncupatus sit, datur secundum nuncupationem, l. 2. C. de bon. poss. sec. tabb. Datur, si modo tabulæ recte factæ sint. Enimvero prætor non omnes hic solemnitates juris civilis desiderat, sed hoc tantum requirit, ut septem testium signis tabulæ signatæ sint. Secundum nuncupationem quoque non aliter dat, quam si testator voluntatem suam rite declaraverit. Illa autem contra tabulas & in edicto & hic primo loco proposita est, quoniam, si eo testamento, quo de agitur, liberi defuncti præteriti sint, ad hos prius contra tabulas pertinet, nec ante adscriptos hæredes pervenitur, quam liberi bonorum possessione contra tabulas exclusi sint l. 2. in pr. sec. tab. Quod si scripti præmature secundum tabulas impetrarint, ea sine re futura est, si liberi postea suo jure utantur. De quo plura scripsimus sub tit. de exh. lib. ad calcem pr.

Unde liberi] Patre intestato mortuo datur liberis bonorum possessio, quæ unde liberi dicitur, introducta principaliter liberorum emancipatorum gratia, §. emancipati, sup. de her. qua ab int. sed interim tamen & suis hæredibus edicto proposita, l. 1. §. liberis. und. lib.

Secundo legitimis heredibus] Quæ dicitur Unde legiti-

*timis*: & generaliter omnibus defertur, quibus lex aut senatus defert hereditatem. Unde & mater, quæ ex Senatusconsulto Tertulliano venit, & liberi, qui ex Orficiano ad legitimam matris hereditatem admittuntur, hanc bonorum possessionem petere possunt, l. 2. §. ult. l. 3. unde legit. vid. sup. de leg. agn. succ. & 2. tit. seqq.]

3 *Tertio decem personis, quas extraneo manumissori*] Extraneus manumissor patri manumissori opponitur. Est autem extraneus manumissor emptor ille imaginarius seu pater fiduciarius, qui filium à patre naturaliter venditum sibi, ter ipse manumissit, nullo fiduciæ pacto interposito, ut post tertiam mancipationem eum remanciparet. Huic enim tanquam patrono jure civili legitima hereditas deferrebat, excluso patre naturali, cæterisque personis, quæ hic enumerantur, videlicet quæ sup. §. ult. de leg. agn. succ. & sub §. prætoræa. quibus mod. jus pat. pot. solv. quod prætor durum atque iniquum ratus emendavit. Hanc bonorum possessionem intelligit Modestinus. l. si ad patrem. 10. de suis & legit. Ait decem personis. Totidem eademque personæ præferuntur fisco in iis, quæ à viro relicta sunt mulieri, si eum non eluxerit, l. 1. C. de sec. nupt.

4 *Quinto tanquam ex familia*] Ita legitur in vulgatis & apud Theoph. Cujacius reponit, *tum quem ex familia*. Alii aliter. Puto autem, familiam significari patroni, id est, hac bonorum possessione vocari patroni agnatos. Certe hos etiam ad successionem liberti admissos fuisse constat, l. 3. §. utique. 9. de suis & leg. l. liberti. 17. de bon. liberti. ut vero non sit simile, eos hic esse omisos. Nec me movet, quod hac explicatione admissa invertitur ordo succedendi, cum patronus familia sua sit potior. Nam Tribonianus, cui propositum fuit tollere bonorum liberti possessiones, necesse non habuit accurate ordinem observare: quod fortassis nec ipse prætor fecit. Quod si hæc ad familiam liberti referri volumus, intelligendi erunt liberti quasi agnati. Ut verbi causa, si alter ex duobus fratribus manumissis filium genuerit, hic filius tanquam agnatus ad patrum sui bonorum possessionem admittatur. Sed vix est, ut hoc obtinuisse credam; cum utique tales personæ inter cognatos vocatæ fuerint.

*Sexto patrono patronaque*] Qui etiam in secundo ordine ex edicto unde legitimi venire possunt, l. 2. §. 1. l. 3. unde legit.

*Septimo viro & uxori*] Hæc septima bonorum possessio, unde vir & uxor dicta, viro & uxori defertur, excluso fisco, qui alioqui bona vacantia occuparet, l. un. §. C. unde vir. & ux.

*Octavo cognatis manumissori*] Probabilis hinc mihi videtur conjectura Bachovii, prætorem etiam separatim de bonorum possessionibus libertorum edixisse, easque similiter ut ingenuorum proposuisse tribus distinctis ordinibus, quorum in primo promiserit patronis eorumque liberis & parentibus, in secundo quasi agnatis eorum, in tertio cognatis.

## T E X T U S.

## Jus Novum.

2. Sed eas quidem prætoræa introduxit jurisdictio: à nobis tamen nihil incuriosum prætermissum est: sed nostris constitutionibus omnia

corrigentes, contra tabulas quidem, & secundum tabulas bonorum possessiones admisimus, utpote necessarias constitutas: nec non ab intestato, unde liberi, & unde legitimi, bonorum possessiones. Quæ autem in prætoris edicto quinto loco posita fuerat, id est, unde decem personæ, eam pio proposito & compendio sermone supervacuam ostendimus. Cum enim privata bonorum possessio decem personas præponebat extraneo manumissori, nostra constitutio, quam de emancipatione liberorum fecimus, omnibus parentibus, eisdemque manumissoribus, contracta fiducia manumissionem facere dedit; ut ipsa manumissio eorum hoc in se habeat privilegium, & supervacua fiat supradicta bonorum possessio. Sublatâ igitur predictâ quintâ bonorum possessione in gradum ejus sex tam antea bonorum possessionem induximus, & quintam fecimus, quam prætor proximis cognatis pollicetur. Cumque antea fuerat septimo loco bonorum possessio, tanquam ex familia: & octavo, unde patroni patronæque, liberi & parentes eorum, utramque per constitutionem nostram, quam de jure patronatus fecimus, penitus evacuavimus. Cum enim ad similitudinem successionis ingenuorum libertinorum successiones posuerimus, quas usque ad quintum gradum tantummodo coarctavimus, ut sit aliqua inter ingenuos & libertinos differentia, sufficit eis tam contra tabulas bonorum possessio, quam unde legitimi, & unde cognati, ex quibus possunt sua jura vindicare, omni scrupulositate & inextricabili errore istarum duarum bonorum possessionum resoluta. Aliam verò bonorum possessionem, qua unde vir & uxor appellatur, & nono loco inter veteres bonorum possessiones posita fuerat, & in suo vigore servavimus, & alio loco, id est, sexto eam posuimus: decima quoque veteri bonorum possessione, qua erat unde cognati manumissoris propter causas enumeratas merito sublata, ut sex tantummodo bonorum possessiones ordinaria permaneant, suo vigore pollentes.

## N O T E.

2. Nostra constitutio] Extat in l. ult. C. de emanc. lib. vid. sup. §. 6. quib. mod. jus pat. pot.

Usque ad quintum gradum] Tam liberorum patroni, quam ex transverso conjunctorum, ut recte Cujac. & verba constitutionis ostendunt, d. §. 3. de succ. liberti. à nobis relata. Errat igitur cum Mynsing. Pacius in margine.

## COMMENTARIUS.

1. Ex bonorum possessionibus retentis, prima quatuor quando necessaria, quando utiles tantum.
2. Hodie nullam harum trium, unde liberi, unde legitimi, unde cognati, necessariam esse: & vix ullam earum utilem.
3. Septima & octava quare sublata. Ubi quadam illustrantur ex constitutione Græca.
4. Solam unde vir & uxor jure novissimo necessariam.

**H**oc §. removet quasdam species ex iis, quæ præcedenti §. recensitæ sunt, atque in earum locum quaedam transponit, quas servat, remotiores. Conjunctim autem hic numerat bonorum possessiones, tam quæ testamento facto competunt, quam quæ ab intestato, quas modò separatim & distinctè consideravat. Unde fit, ut verbi causa, bonorum possessio unde cognati, quæ modo illi quarta fuit, hic sexta numeretur.

*Utpote necessaria]* Ait, se quatuor primas bonorum possessiones, nempe *contra tabulas, secundum tabulas, unde liberi, & unde legitimi*, retinuisse; utpote quarum usus sit necessarius, aut certe, quod intelligendum est, utilis. Equidem bonorum possessio *contra tabulas* liberis emancipatis omnino necessaria erat; quippe qui jure civili pro extraneis habiti: adeoque adhuc hodie est, ut defendimus *sup. ad pr. & §. 2. de inoff. testam.* suis vero hæredibus præteritis neque olim fuit, neque nunc est necessaria. *Secundum tabulas* necessaria olim posthumo alieno hæredi instituto, nunc non est, *sup. eod. in pr.* Cæteris hæredibus testamento legitime facto scriptis nec olim, nec nunc necessaria, sed utilis duntaxat: necessaria tamen, si quid solennitatis jure civili requisitæ desit. Cæterum tunc sæpe sine re aut effectu est, proximis ab intestato hæreditatem evincitibus. *Ulp. tit. 28. §. ult. Unde liberi* non necessaria suis hæredibus; quippe qui ipso jure hæredes existunt: necessaria emancipatis: at hodie ne his quidem. Nam cum novissima Justiniani lege idem jus, in successione ab intestato emancipatis tributum sit, quod sui habent, *Nov. 118.* certe prætoris auxilio non amplius indigent; quamvis nihilominus ad acquirendam hæreditatem necessaria illis sit aditio. Sed neque bonorum possessio *unde legitimi* necessaria. Quippe cum agnati ex lege 12. tabb. cæteræ legitimæ personæ ex Senatusconsultis aut constitutionibus, quibus jus agnationis iis datum est, succedere possint, *l. 3. unde legit.* A prætore cuiquam jura legitimæ successione data non legimus. Hodie hæc species una fere est cum *unde cognati*.

*Unde decem persona]* Hanc bonorum possessionem sponte evanescere necesse fuit, nullumque ejus usum relinquere, ex quo extranei manumissores, quibus ea decem memoratas personas præponebat, esse desierunt. Desierunt autem postquam Justinianus emancipationem fieri voluit sola professione patris, apud competentem magistratum denuntiantis, se filium de manu sua ac potestate dimittere, omni venditionum & intercedentium manumissionum ritu sublato, *l. ult. C. de emanc. lib.* nam ex eo tempore non alius, quam pater naturalis filii emancipati manumissor existere potuit. Cessante igitur bonorum possessione *unde decem persona*, locum ejus occupare jussit bonorum possessionem *unde cognati*, quæ olim necessaria, hodie non est post juris agnatorum &

cognatorum confusionem. *Nov. 118.* Itaque tres illæ a bonorum possessiones, *unde liberi, unde legitimi, unde cognati*, nullam necessitatem, imo vix utilitatem ullam hodie habent, mutato ordine succedentium, sublataque veteri sexus, familiæ, agnationisque prærogativa. Atque in hoc omnes fere consentiunt. *Christin. vol. 4. decis. 1.*

*Tanquam ex familia, & unde patroni]* Ait, se hæc 3 duas bonorum possessiones, *Tanquam ex familia, & unde patroni, liberique & parentes eorum*, sustulisse constitutione sua de jure patronatus. Hæc est eadem illa Græca constitutio, cujus superius quoque aliquoties meminit, & qua totam se causam successione libertorum plene definivisse testatur, §. 3. *de succ. libert.* Non extat constitutio; sed epitomen ejus nobis ex Basilicis præsentat Cujacius *lib. 20. obs. 34.*

*Ad similitudinem successione ingenuorum]* Hujus loci non hæc sententia est, Justinianum in successione libertorum inter se, aut in successione cognatorum liberi (agnatos, ut sæpius jam dictum est, liberi nullos habent) eadem jura constituisse, quæ in successione ingenuorum: sed hæc, voluisse simili ratione, patronum ejusque liberos, parentes, agnatosque & cognatos, succedere libertis, qua succeditur ingenuis. Quod ex iis, quæ mox subjiciuntur, liquet. Ita quoque supra *d. §. 3. in fin. de succ. libert.* ait, se bene concordantia jura ingenuitatis & libertinitatis in successione fecisse; cum tamen ibi tantum definiat rationem, qua patroni eorumque liberi & cognati succedant libertis.

*Usque ad quintum gradum]* Tam liberorum patroni, quam agnatorum, aut cognatorum ejus. Quod ostendit ipsa constitutio, in qua hæc legimus; *ἕως ἢ πέντε βαθμῶν οἱ ἐκ πατρὸς συγγενεῖς ἔπι τριῶν, καὶ οἱ κατόπις αὐτῶν κληρονομήτωσαν τὴν ἀπὸ δότου.* Falluntur igitur Mynsin. & Pacius, dum verba textus restringunt ad eos, qui ex transverso patrono juncti. In summa, hanc differentiam Justinianus esse voluit ingenuitatis & libertinitatis in successione, ut licet illæ laxius deferantur, hæc tamen intra quintum gradum liberorum & cognatorum patroni consistere, *d. §. 3. de succ. libert.* in cuius §. sine ob hanc causam particula (*penes*) addita est.

*Sufficit eis contra tabulas]* Si libertus liberos non habens testamento suo patronum præterisset, aut minus parte dimidia bonorum reliquisset, dabatur edicto prætoris patrono contra tabulas liberti partis dimidiæ bonorum possessio, §. 1. *d. tit. de succ. libert.* Justinianus pro dimidia tertiæ tantum partis dari voluit, *d. §. 3.* Ad hanc tertiæ partis bonorum successionem admittuntur soli patroni eorumque liberi, non etiam qui ex latere veniunt. Sed nec liberi admittuntur ultra quintum gradum. Utrumque hoc eadem constitutione expressum est: sic enim definit, ut in proposito tertiæ partis bonorum possessionem petere possint *οἱ πατέρες καὶ πατρὸν ἔχοντες καὶ παῖδες αὐτῶν, οἱ ἕως πέντε βαθμῶν κατόπις ἢ πατρὸν καὶ μόνον οἱ περὶ τὴν αὐτῶν κατόπις, ἢ ἐκ πατρὸς, ὅσα ἔχουσιν τῶν ἐναντίων ἢ ἀδελφῶν, &c.*

*Unde legitimi, & unde cognati]* Itaque libertis intestato sine liberis mortuo, patronus, liberi ejus, agnati & cognati ex istis aliorum agnatorum & cognatorum ordinibus admittentur.

*Unde vir & uxor]* Hanc servatam Justinianu proximo loco ab illa *unde cognati* collocavit, agmenque ordi-



4 dinariorum claudere iussit. Est inter eas, quæ ab intestato promittuntur, sola etiam nunc necessaria. Illa alia successione species est, per quam conjux inops ad partem vocatur, *auth. præterea. C. und. vir & ux.*

*Unde cognati manumissoris*] Quippe quibus sufficit generalis *unde cognati*, ut modo dictum est. Igitur sustulit Justinianus tres illas bonorum possessiones, quæ patrono ejusque liberis & parentibus, quæ agnatis patroni, quæ ejusdem cognatis, dabatur.

*Sex bonorum possessiones ordinariae*] Duæ factæ testamento, *contra tabulas & secundum tabulas*; quatuor tabulis non extantibus, *unde liberi, unde legitimi, unde cognati, & unde vir & uxor.* Dicuntur ordinariæ, quia certum habent in edicto ordinem, gradum & titulum, *l. 1. quæ ord. in poss. §. cum igitur. 4. inf. hoc tit.* quæ sequuntur sunt extraordinariæ.

### TEXTUS.

#### Species extraordinaria.

3. *Septima eas secuta, quam optima ratione prætores introduxerunt. Novissime enim promittitur edicto iis etiam bonorum possessio, quibus ut datur, lege, vel Senatusconsulto, vel constitutione comprehensum est: quam neque bonorum possessionibus, qua ab intestato veniunt, neque iis, qua ex testamento sunt, prætor stabili jure connumeravit: sed quasi ultimum & extraordinarium auxilium (prout res exigat) accommodavit, scilicet iis, qui ex legibus, Senatusconsultis, constitutionibusve principum, ex novo jure, vel ex testamento, vel ab intestato veniunt.*

### NOTÆ.

3. *Lege vel Scto*] *l. un. D. ut ex legib. SCis vel constit. bon. poss.* Distinguitur etiam bonorum possessio in edictalem & decretalem, *l. 1. §. 7. de succ. edict. l. 1. §. 4. unde lib. l. 30. §. 1. de acquir. her. illa ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione postulanti datur, ac proinde de plano peti potest; quales natura sua omnes ordinariæ: hæc non ex solo edicto, sed interveniente decreto, &c. decernitur, l. 2. §. 1. quæ ord. in bon. poss. l. 3. §. pen. h. t. quales Carboniana aliæque extraordinariæ *l. 1. & pass. de Carbon. edict. l. 84. de acq. her. l. 14. §. ult. cont. tab.**

### COMMENTARIUS.

1. *Extraordinariarum bonorum possessionum quasdam esse definitas, quasdam indefinitas; atque utriusque speciei exempla.*
2. *Bonorum possessionem, qua edictalis dicitur, & eam, qua decretalis, esse species revera oppositas, contra comm.*

**P**ræter sex illas bonorum possessiones ordinarias, quas sic appellari diximus, quia certo jure atque ordine, certisque personis, tum testamento factæ, tum ab intestato deferuntur, haud secus ac ex legibus hæreditas, sunt etiam nonnullæ extraordinariæ, quæ extra certum illum ordinem quibusdam accommodantur. Harum au-

tem quædam definitæ sunt, hoc est, semel certis casibus perfonis propositæ, his ipsi causa cognita decernuntur: cujusmodi est ea, quæ ventri datur, *sic. de ventr. in poss. miss.* item Carboniana, quæ ex edicto Carboniano datur impuberi, qui filius esse negatur, dilato status judicio in tempus pubertatis, *l. 1. & pass. de Carb. edict.* hæc expresse ordinariæ opponitur in *l. 3. §. pen. & ult. d. tit. l. 5. §. si quis. de legat. præst.* Aliæ indefinitæ & vagæ, quæ variis ex causis, prout res & æquitas exigat, à prætore decernuntur. Huc pertinent species propositæ in *l. ventre. 84. de acq. her. l. 4. §. ult. cum l. seq. l. si duobus. 14. §. ult. cont. tab. l. si infans. 18. C. de jur. delib. l. 2. §. si quis. 11. ad Terryll.* Nonnulli huc etiam referunt bonorum illam possessionem præparatoriam quærelæ inofficiosi testamenti, quæ litis ordinandæ causa conceditur, *l. 6. in fin. & l. 7. de inoff. testam.* Pertinet huc & ea bonorum possessio, quæ lege uti datur, senatusve consulto, aut constitutione, cautum est, *l. un. ut ex legibus, &c. l. 3. unde legit.* Exempla ex lege Papia, lege Cornelia, Senatusconsulto Aproniano, profert Scipio Gentil. *1. de jurisdict. 26. argum. §. 2. sup. de succ. libert. l. omnibus, ad Senatuscons. Treb. l. 4. C. de postlim. rev.* Cujacius & Hotomannus ex constitutione Hadriani, qua militis capite damnati ex delicto militari bonorum possessio deferretur cognatis militis usque ad quintum gradum, *l. 2. de veter. success. l. 6. §. sed & 6. de injust. rupt. test.* Hotomannus item aliud ex ejusdem Imperatoris constitutione, qua in specie *l. posthumus. 12. d. tit.* scriptis hæredibus deferretur bonorum possessio secundum tabulas, ut rem obtineant, quæ alioqui sine re futura erat. Permissentur autem hæc bonorum possessiones per omnes superiores ordines, verbi causa, Carboniana datur impuberi, cui controversia sit, an sit ex liberis, si præteritus est, contra tabulas; si institutus, secundum tabulas: ab intestato, unde liberi, *l. 1. & l. 3. de Carbon. edict.* In libris nostris bonorum possessio sic etiam distinguitur, ut quædam dicatur edictalis, quædam decretalis, *l. 1. §. decretalis. 7. de succ. edict. l. 1. §. sed & 4. unde lib. l. cum quidam. 30. §. 1. de acq. her. Doctores vulgo existimant, non esse hæc nomina diverfarum specierum, sed attributa tantum, quibus una eademque specie bonorum possessio distinguatur; & edictalem dici, quatenus ex edicto prætoris mortui, ut loquuntur, competit: decretalem, quatenus à vivo prætore conceditur; seu eadem bonorum possessionem, quæ edictalis vocatur, quatenus consideratur, ut edicto proposita & promissa, decretalem dici quatenus petita & agnita. Ita post *Accurs. Cyn. Barr.* aliosque veteres interpretes, *Sichard. ad rub. C. qui adm. ad bon. poss. num. 10. & seqq. Schneid. in §. seq. num. 7. Myns. hic ad rubr. num. 10. Menoch. rem. 1. adipisc. poss. num. 10. & seqq. Grass. §. bonorum possessio. quest. 3. Talden. comm. in hunc tit. cap. 3.* Sed videamus, an non, quod magis arbitror, sint revera hæc distinctæ & oppositæ species, & falsa illa DD. opinio. Moveor primum eo, quod edictalis decretali opponitur, ut ordinaria extraordinariæ, *l. 3. §. hac autem. 14. & seq. de Carbon. edict. l. 5. §. 3. de leg. præst.* Deinde quod Jurisconsultus scribit, concessione Carbonianæ possessionis non impediri edictalem, *d. l. 1. §. 4. unde lib. & quod huic simile in d. l. 3. §. pen. de Carb. edict.* eum, qui se filium dicit, non solum Carbonianam possessionem accipere debere, verum*

verum etiam ordinariam. Tertio quod decretalis expresse opponitur ei, quæ de plano agnoscitur, l. 2. §. 1. *quis ordo in bon. possess.* Quarto, quod in tempore petendæ edictalis dies omnes utiles, id est, quibus qualiscunque magistratus copia fuit, in decretali tantum dies sessionum, ut utiles, computentur, d. l. 2. §. 1. Quinto, quod decretalis cum effectu proprie non intelligitur delata, antequam decreta est: cui consequens est, quod nec repudiari possit, d. l. 1. §. *decretalis. de succ. edict.* at in edictali tempora delationis & acquisitionis distincta sunt, ut in hæreditate; ac proinde jus eius petendæ repudiari potest, d. l. 1. §. 1. & §. *qui semel. 6. l. in plurimum. 70. de acq. bar.* Hæc omnia, si quid video, clare ostendunt DD. in explicatione hujus rei errasse, & memoratas bonorum possessiones vere esse diversas species, & quæ forma differant. Nimirum edictalem dici & esse, quæ postulanti datur ex ipso edicto sine decreto aut causæ cognitione, quæ proinde etiam de plano peti potest; quales natura sua sunt ordinariæ omnes: decretalem, quæ non ex solo edicto, sed interveniente decreto magistratus datur; seu quæ causa cognita petenti adjudicatur, ac proinde sedente pro tribunali magistratu peti & decerni debet; d. l. 2. §. 1. *quis ord. in bon. poss. l. 3. §. pen. hoc tit.* quales natura sua Carboniana, aliæque extraordinariæ, l. ventre. 84. de acq. bar. l. si duobus. 14. §. ult. cons. tab. Ajo, natura sua: nam ex accidenti fieri potest, ut interdum de plano peti & concedi possit, quæ natura sua decretum requirit; atque ut in edictali propter contradictionem alterius aliquando opus sit causæ cognitione, arg. l. 1. §. *scia. 14. l. 7. §. 1. de ventr. in poss. mitt. l. 1. pr. l. 3. §. 4. de Carb. edict. l. 3. §. pen. hoc tit.* Atque ita ferme etiam doctissimi recentiorum interpretum Baro, Duar. Cujac. Hotom. Donell. Wessemb. Bachov.

## TEXTUS.

## De successorio Edicto.

4. Quum igitur plures species successio-  
rum introduxisset, easque per ordinem disposuisset,  
& in unaquaque specie successio-  
nis saepe plures ex-  
tent dispari gradu persona; ne actiones credito-  
rum differrentur, sed haberent, quos conveni-  
rent, & ne facile in possessionem bonorum defun-  
cti mitterentur, & eo modo sibi consulere: ideo  
petenda bonorum possessioni certum tempus præsi-  
navit. Liberis itaque & parentibus tam naturali-  
bus, quam adoptivis in petenda bonorum possessione  
anni spatium, cæteris autem (agnatis vel cognatis)  
centum dierum dedit.

## COMMENTARIUS.

Dispositis per ordinem bonorum possessionibus edictum prætor subjecit, quod successorium ex potissima parte appellatur. Duo enim sunt hujus edicti capita. Priore, quod principale est, prætor denuntiat, & inter eos, quibus bonorum possessio defertur, successio-  
nem permittiturum, l. 1. §. *quibus. 10. de success. edict.* Successio hæc duplex est, una ordinum, altera

graduum. Ordinum dicitur, cum ordo personarum universus, quarum in petenda bonorum possessione prima causa est, illam omisit; veluti liberis omnibus omittentibus res ad agnatos redit, & his rursus eam repudiantibus ad cognatos: postremo ad virum & uxorem. Hi enim nunc sunt ordines intestati, §. 2. *sup. eod. l. 1. §. 1. unde lib. l. 1. quis ord. in bon. possess.* quibus locis verba Jurisconsultorum à Triboniano circumcisa sunt. Vulgo hæc successio de ordine in ordinem appellatur. Potest & de capite in caput nominari, l. 5. *C. qui adm. ad bon. possess.* Graduum successio dicitur; cum iis, qui in ordine aliquo sunt gradu proximo, omittentibus, remotioris gradus in eodem ordine personæ admittuntur. Quæ successio est de gradu in gradum; atque in solo ordine cognatorum, non etiam liberorum aut agnatorum, locum habet. Nam in liberorum ordine nulla est gradus prærogativa; agnatos vero remotiores proximis repudiantibus non quasi agnatos, sed quasi cognatos prætor admittit, §. *placebrat. 7. sup. de leg. success. agn.* Sed enim cum eo loco Justinianus etiam in hæreditatibus graduum successio-  
nem inter agnatos, admiserit, prætoris est, etiam in bonorum possessione eam inter illos admittere, arg. l. 3. *unde legit.* quamquam nunc hæc disputatio supervacua est, sublata prærogativa ordinis agnatorum. *Nov. 118.* Capite hujus edicti altero certum tempus petendæ bonorum possessioni præfinitur, d. l. 1. *in pr.*

In unaquaque specie successio-  
nis] Id est, ordine; ut in tribus illis, intestati, liberorum, agnatorum, cognatorum. Nam quarti, viri scilicet & uxoris, nulli sunt gradus.

Plures dispari gradu] Gradus bifariam usurpatur; interdum pro ordine successio-  
nis ab intestato, l. 1. *quis ord. in bonor. possess. l. 5. und. cogn.* frequentissime vero ut & hoc loco, pro ordine cognationis.

Ne actiones creditorum differrentur] Edictum successorium præcipue quidem cognatorum inferiorum causa comparatum est; sed tamen ex parte id etiam creditoribus consulit, atque ipsi quoque defuncto: triplicique omnino de causa prætoris re esse putavit præstituire certum & breve tempus ad bonorum possessionem petendam. Prima est, ut sciri possit, quando finito jure primorum graduum sequentes eam petere possent, nullove petente insequens ordo aut fiscus admitteretur. Altera, ne, si bona hæreditaria diu jacerent, creditoribus longior mora afferretur, quorum interest mature scire, utrum habeant, quem convenient, an bona fiscis sint delata. Tertia, ne creditores, si nemo inveniat, qui actiones excipiat, ad possessionem & distractionem bonorum procedant, quod defuncto ignominiosum, d. l. 1. *pr. & §. 1. de succ. edict.*

Liberis & parentibus anni spatium] Largius tempus liberis & parentibus tributum est in honorem sanguinis, l. 1. §. *largius. 12. de succ. edict.* Parentes quidem nullo proprio ordine aut capite ad bonorum possessionem vocantur: cæterum admittuntur vel ex capite unde legitimi, ut parens manumissor, cui etiam contra tabulas datur, d. l. 1. §. *pen. & mater*, quæ ex Tertulliano venit, l. 2. §. *ult. unde leg.* vel ex capite unde cognati. Atque ex his omnibus causis intra annum bonorum possessionem petere possunt, d. l. 1. §. *ult.*

## TEXTUS.

De jure accrescendi: & iterum de successorio Edicto.

5. Et, si intra hoc tempus aliquis bonorum possessionem non petierit, ejusdem gradus personis accrescit, vel si nullus sit, deinceps ceteris bonorum possessionem perinde ex successorio edicto pollicetur, ac si is, qui precedebat, ex eo numero non esset. Si quis itaque delatam sibi bonorum possessionem repudiaverit, non quousque tempus bonorum possessioni præfinitum exceßerit, expectatur: sed statim ceteri ex eodem edicto admittuntur.

## COMMENTARIUS.

**N**on tantum in successione ex testamento locus est juri adcrecendi, verum etiam in successione ab intestato, tum legitima, §. ult. sup. de Senatusconf. Orfic. tum honoraria. Ut docet hic locus, & l. 3. §. ult. cum. 2. ll. seqq. hoc tit. l. un. C. quānd. non pet. part. vid. Duar. 1. de jure accresc. 20. & 2. c. 18.

*Non petierit*] Si plures sint, quibus bonorum possessio competit, quorum unus admisit bonorum possessionem, ceteri non admiserunt, vel quod sperverint jus suum, aut tempore bonorum possessionis finito exclusi sint, aut ante mortui, quam bonorum possessionem petierint, ei, qui admisit, adcrecunt portiones, quæ ceteris competere, si petissent, d. l. 3. §. ult. & 2. seqq. Et accrescunt igitur portiones deficientium sine nova petitione aut agnitione, ut jure civili portiones hæredum deficientium sine nova additione accrescunt iis, qui pro sua parte hæredes extiterunt.

*Deinceps ceteris*] Qui vel in eodem ordine inferiori gradu sunt, aut his omnibus deficientibus, qui proximi sunt gradu in ordine sequenti. Nam edicto successorio non est locus, nisi inter personas diversi ordinis aut gradus. Illud notandum, successione ordinum prætorem admisisse etiam in una eademque persona, verbi causa, ut filius omiſſa bonorum possessione unde liberi, petere adhuc possit unde legitimi aut unde cognati, d. l. 1. §. sed videndum. 11. de success. edict. l. 2. unde legit.

*Sed statim ceteri*] Ut primum quis delatam sibi bonorum possessionem repudiavit, continuo ceteri admittuntur, non expectato tempore petitioni præfinito, d. l. 1. §. quibus. 10. de succ. edict. Ex quo intelligimus, tum eum, qui semel noluit bonorum possessionem petere, jus ejus petendæ amisisse, etiamsi tempora largiantur; tum quod huc præcipue pertinet, repudiantibus primis, statim insequentibus tempus currere; quippe ad quos, illis repudiantibus bonorum possessio statim pertinere incipit, d. l. 1. §. 6.

## TEXTUS.

Explicatio dicti temporis.

6. In petendæ autem bonorum possessione dies utiles singulis considerantur.

## COMMENTARIUS.

*Qui dies continui, qui utiles, qui sessionum. Et quando de plano prætor jus reddere dicatur.*

**D**ies in jure nostro alii sunt continui, alii utiles. Continui, qui sine interruptione nullique exceptis currunt: utiles illi duntaxat, quibus experiundi sui juris potestas est, l. 1. de div. & temp. præscr. l. 1. §. quidam. 5. ad leg. Jul. de adult. & proinde hi neque ignorant, neque agere non valenti currunt. In hoc ergo negotio cum dies utiles solum considerentur, neque illud tempus numerabitur, quo quis nescivit bonorum possessionem sibi delatam esse, neque illud, quo à prætore eam postulare non potuit, l. 2. pr. quis ord. in bon. possess. Non enim semper prætoris copia est, l. sed & s. 26. pr. & §. 4. ex quib. ca. maj. Dupliciter vero prætor copiam sui facit; interdum pro tribunali, interdum extra tribunal quovis alio loco, ubi salva majestate imperii sui salvoque more majorum jus dicere constituit, l. pen. de just. & jur. Quibus diebus pro tribunali sedens postulationibus & cognitionibus occupatur, ii dies sessionum appellantur, d. l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss. Cum alio loco civibus se præbet, de plano jus reddere dicitur, l. nec quicquam. 9. §. 3. de offic. proc. l. 6. de accus. suntque hæc nostris adversa, pro tribunali cognoscere, & de plano, l. 1. §. abolitio. 8. ad Turpil. l. unius. 18. in fin. de quest. Quæcunque causæ cognitionem decretumque magistratus desiderant, pro tribunali, non de plano cognoscenda & expedienda sunt, d. l. 9. §. 1. de off. proconf. l. omnia. 71. l. ubicunque. 105. de reg. jur. Cum ergo, ut antea ostendimus, quædam bonorum possessiones sint, quæ decretum magistratus exposcunt, ob quam causam etiam decretales dictæ; quædam, quæ decretum causæ cognitionem non requirant, edictales appellatæ; & consequenter illæ tantum pro tribunali peti & dari, hæc verò etiam de plano possint: hinc fit, ut in his omnes dies, quibus quovis modo prætoris copia fuit, utiles numerentur, in illis sessionum duntaxat, d. l. 2. §. 1. quis ord. in bon. poss.

## TEXTUS.

Quomodo peti debet.

7. Sed bene anteriores Principes & huic causæ providerunt, ne quis pro petenda bonorum possessione curet; sed quocunque modo admittentis eam indicium ostenderit, intra statuta tamen tempora, plenum habeat earum beneficium.

## NOTA.

7. *Quocunque modo, &c. indicium*] Sufficit quaecunque indicium admittendæ bon. possessionis, *εἰς ἀπὸ τοῦ ἰνδικίου*, qualiscunque significatio, aut, ut est in d. l. ult. testatio amplectendæ hæreditatis. Magistratum tamen adire oportet, apud quem de voluntate nostra publice testemur, d. l. ult.

## COMMENTARIUS.

**V**etus petitio bonorum possessionis solennis fuit, ut significat l. 1. C. comm. de succ. Solennitas certam verborum conceptionem seu formulam habuit, quibus & peteretur, & petenti daretur. Tum etiam hic ritus erat,

erat, quod non apud quemvis magistratum peti poterat, nec cuiusvis magistratus erat dare, sed solum prætoris in urbe, & præsidum in provinciis, l. 2. §. 1. & seqq. *quis ord. in bon. poss.* Utrumque hoc sustulit Constantius, exclusisque verborum inanium, ut ipse eas appellat, captionibus, constituit, ut satis sit, eum, cui bonorum possessio delata est, quemvis iudicem, & vel magistratum municipalem adire, atque apud hunc qualicumque voluntatis testatione interposita bonorum possessionem amplecti, l. ult. C. qui adm. ad bon. poss. Cæterum hoc ad extraordinarias bonorum possessiones, quæ non nisi causa cognita decernuntur, non pertinet: sed hæc etiam nunc prætorem & tribunal desiderant.

*Sed quocumque modo admittentis, &c.* Magistratum tamen aliquem adire oportet; apud quem de voluntate nostra publice testemur: alioqui sinuda & simplex declaratio voluntatis privatim aut coram testibus facta suf-

ficeret, agnitio bonorum possessionis nulla in re differret ab aditione hæreditatis: & Constantius tantum necessitatem petitionis solennis & necessitatem prætoris aut præsidis adeundi in agnoscenda bonorum possessione sustulit, d. l. ult. C. qui adm. ad bon. poss. In hisce regionibus bonorum possessionis nullus usus est, sed utimur tantum aditione sive agnitione hæreditatis civili. De Germania idem testatur Giphanius. De Gallia Baro & Bugnion. lib. 5. leg. abrog. c. 17. in fin. Apud quosdam adhuc locus esse dicitur bonorum possessioni unde vir & uxor; apud nos tamen nunquam usurpata fuit. Quin contra non semel accidit, ut fiscus, nemine ex consanguineis sese offerente, bona cum superstiti conjugè dividerit, decis. supremi apud nos Senat. 7. Gros. 2. introd. 30. add. Christin. vol. 6. decis. 62. n. 7. Gudelin. lib. 2. de jur. noviss. c. 16. Zypa. not. jur. Belg. tit. unde liberi. Groenew. tit. C. unde vir & ux.

## TITULUS XI.

## DE ACQUISITIONE PER ADROGATIONEM.

Continuatio, & origo.



Equitur nunc species acquisitionis per universitatem, quæ inter hæc genera tertio loco collocata est §. ult. sup. per quas pers. nimirum acquisitio per adrogationem. Inter superiores autem illas & hanc hæc est differentia, quod per illas defuncti, per hanc viventis universa bona acquirimus. Estque hæc acquisitio necessarium consequens juris patriæ potestatis.

## TEXTUS.

*Est & alterius generis per universitatem successio: qua neque lege duodecim Tabularum, neque Prætoris edicto, sed eo jure, quod consensu receptum est, introducta est.*

## COMMENTARIUS.

Cum jus hujus acquisitionis dependeat à jure antiquo patriæ potestatis, quæ potestas lege Romuli primum introducta, à decemviris postea repetita est, ut ostendimus sup. tit. de patr. poss. ex lege potius seu legis sententia hanc acquisitionem descendere, quam moribus aut consuetudine receptam esse, dicendum videtur, arg. l. 6. §. 1. de verb. sign. & sup. tit. de leg. patron. sur. cum satis constet, eos qui adrogantur, tam jure legeque filiosfam. fieri, quam si ex patre matreque ejusfamilias nati sint. Dicitur quidem etiam patria potestas moribus recepta, l. 8. de his qui sui vel al. jur. sed duntaxat certo respectu, ut loco citato demonstratum est. D. Cujacius non ad modum acquirendi hæc refert, sed ad jus adoptandi seu adrogandi; quod exterum cum esset, populus Rom. receperit, sibi que adsciverit ex legibus theticis Græcorum. Sane nusquam proditum est, lege aliqua cautum, ut liceret civi Romano filium sibi adoptare. Quin singulæ adrogationes stante repub. per populi rogationem fiebant comitiis curiatis: quod diligentius expositum tit. de adop.

## TEXTUS.

Quæ hoc modo acquiruntur. Jus Vetus.

1. *Ecce enim cum paterfamilias sese in adrogationem dat, omnes res ejus, corporales & incorporales, quæque ei debita sunt, adrogatori antea quidem pleno jure acquirebantur, exceptis iis, quæ per capitis deminutionem pereunt; quales sunt operarum obligationes, & jus agnationis: usus etenim & usufructus licet his antea connumerabantur: attamen capitis deminutione minima eos tolli prohibuit nostra constitutio.*

## NOTÆ.

1. *Quales operarum*] Officialium scil. nam fabrilium obligatio capitis deminutione non perimitur: quippe quæ à quocumque cuicumque rectè solvuntur, l. 9. §. 1. de op. lib. Locus difficilis, quem Th. se explicaturum pollicetur, non explicat tamen, lapsu, ut credo, memoriæ: videbis Cujac.

*Nostri constitutio*] l. pen. C. de usufr. vid. sup. §. pen. d. t.

## COMMENTARIUS.

1. *Per adrogationem etiam possessionem acquiri adrogatori: & quare.*

2. *Operarum obligationes qua hic intelligantur.*

*Omnes res ejus*] Qui se adrogandum dat, cum capite fortunas quoque suas, id est, omnia, quæ habet, transfert ad patrem adoptivum, l. pen. §. 2. sec. tab. l. 15. de adop. adeo ut actiones etiam & nomina transeant sine ulla cessione, hoc text. quippe cessio, quæ alias ad actiones transferendas necessaria est, hic non est: quoniam hæc acquisitio universalis est, & quantum ad commoda attinet, successioni per omnia similis. Quin etiam.

etiam non proprietatem tantum, verum & possessio adrogatori acquiritur, *l. 16. de precar.* neque absurdum est, licet id Faber existimet, plus in eo tribui adrogatori, quam hæredi, ad quem etiam adita hæreditate jura omnia transeunt, possessio tamen non pertinet, nisi eam naturaliter apprehenderit, *l. cum hæredes. 23. de acq. poss.* Nam adrogatus, qui ante adrogationem suo nomine possidebat, adrogatione facta patris nomine possidere incipit, eumque statim possessorem ministerio suo facit, *arg. l. quod meo. 18. d. sis.* Non idem dici potest possessore mortuo, ac proinde nec de hærede: quod etiam Glossa intellexit, & Bart. in *d. l. 16.* ubi etiam hoc à simili colligit, si aliquis monasterium intraverit, ipso ingressu sine nova apprehensione monasterium acquirere rerum omnium possessionem: de quo amplius *DD. in aush. si qua mulier. C. de Sacrosanct. eccles.* Atque olim quidem hæc omnia adrogatori acquirebantur pleno jure: Justinianus vero eandem moderationem hic servari voluit, quam adhibuit in acquisitione per liberos naturales, *§. 2. inf.*

2. *Quales sunt operarum obligationes* ] Operarum sc. officialium: quod additum oportebat: nam fabriliam obligatio capitis minutione non perimitur. Quod ut perfectius intelligatur, sciendum est, operarum duas esse species, officiales & artificiales. Officiales sunt, quas libertus patrono officii causa præstat: artificiales, quæ in artificio aliquo consistunt, puta fabricandi, pingendi, medicandi. Illæ non ab alio, quam à liberto, nec alii, quam patrono, deberi possunt: artificiales à quocumque cuicumque rectè solvuntur, *l. 9. §. 1. de oper. libert.* Hinc est, quod artificiales etiam in hæredem transeunt, officiales non item, *l. 6. l. 7. §. pen. eod.* quodque officialium obligatio adrogatione extinguitur. Hoc enim fieri necesse est, quandoquidem in persona adrogati durare non potest, nisi acquiratur adrogatori. At adrogator patronus non est, cui soli hæc operæ deberi possunt, ut dictum est. Planè jus obsequii non videtur capitis deminutione perimi, *arg. l. 10. §. 3. de in jus voc.*

*Jus agnationis* ] Quæ jura agnationi tributa sunt, capitis deminutione pereunt, & ideo ad adroгатorem transire non possunt, veluti jus percipiendarum legitimarum hæreditatum, *l. 7. de cap. minut. §. 2. sup. de Senatuscons. Orfic.* quanquam hoc ad eam tantum hæreditates pertinet, quæ lege duodecim tabularum, non etiam adeas, quæ novis legibus aut Senatusconsultis deferuntur, *d. l. 7. §. d. §. 2. de quo dictum alibi.* Sed nec jus legitimæ hæreditatis, quod patronus ut patronus habet, adrogatione ejus perimitur, *l. si libertus. 23. l. patroni. 39. de bon. libert.*

*Ufus & usufructus* ] Olim usus & usufructus etiam minima capitis minutione extinguebantur, *l. 1. quib. mod. us. am. Paul. 3. sent. 6.* eadem ferè ratione, qua operarum officialium obligatio: sed hoc sustulit Justinianus *l. pen. C. de usufr. vid. sup. §. pen. de usufr.*

### T E X T U S.

#### Jus novum.

2. Nunc autem nos eandem acquisitionem, que per adrogationem sebat, coarctavimus ad

*similitudinem naturalium parentum.* Nihil enim aliud, nisi tantummodo usufructus, tam naturalibus parentibus, quam adoptivis, per filios familias acquiritur in iis rebus, qua extrinsecus filiis obveniunt, dominio eis integro servato. Mortuo autem filio adrogato in adoptiva familia, etiam dominium rerum ejus ad adrogatorem pertransit: nisi supersint alia persona, que ex constitutione nostra patrem in iis, que acquiri non possunt, antecedant.

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

**A**d *similitudinem naturalium parentum* ] Et rectè! Nam cum naturalibus parentibus eorum, quæ extrinsecus obveniunt, usufructum tantum acquiri voluerit, proprietate filii concessa; *l. 6. C. de bon. qualib. §. 1. sup. per quas pers. ratio non patitur*, ut plus juris tribuatur patri adoptivo.

*Etiam dominium rerum* ] Et si jam primorum Principum constitutionibus jus acquirendi per filiosfam. non nihil imminutum fuit: tamen in adventitiis æquè ac perfectiis bonis diu jus vetus patri servatum, atque hæcenus quoque in peculio castrensi & quasi castrensi, ut, tamen in vivente filio nihil juris in eo pater haberet, liceretque filio in his bonis hæredem sibi testamento instituire, tamen eo intestato mortuo pater tam res castrenses, quam reliquas, jure peculii occuparet, adeo ut nullorum adhuc bonorum hæredem filius ab intestato haberet, *l. 2. de castr. pec.* Tandem secuta est major mutatio, & primo quorundam adventitorum duntaxat, postremo eorundem omnium usufructum tantum patri acquiri placuit, tributa filio earum rerum proprietate: datique ei sunt & in castrensis & in peculii adventitii proprietate hæredes ab intestato, primum liberi ejus, dein fratres, tertio loco parentes, *l. 3. l. 4. d. l. 6. C. de bon. qualib. l. ult. C. comm. de success.* Igitur quod hic ait Justinianus, mortuo filio adrogato in adoptiva familia etiam dominium bonorum adventitorum adrogatori acquiri, non sic accipi oportet, acquiri ei jure peculii, alioqui nemo ei anteponeretur; sed acquiri jure hæreditatis, ei delatæ post liberos & fratres defuncti. Hæc enim sunt illæ personæ quæ hic patrem dicuntur antecedere ex constitutione Justiniani, quæ est *l. ult. C. comm. de succ.* Fusius hæc explicata sunt *lib. 2. quib. non est perm. fac. test. Nov. 118.* ordo successionis mutatus.

### T E X T U S.

#### Effectus hujus acquisitionis.

3. Sed ex diverso pro eo, quod is debuit, qui se in adoptionem dedit, ipso quidem jure adrogator non tenetur, sed nomine filii convenitur: Et si noluerit eam defendere, permittitur creditoribus, per competentes nostros magistratus bona, qua ejus cum usufructu futura fuissent; si se alieno juri non subjecisset, possidere, Et legitimo modo ea disponere.

COM.

COMMENTARIUS.

1. *Actiones, qua in adrogatum competebant, directio in adrogatorem non dari: neque actionem de peculio ex ante gesto.*
2. *An adversus adrogatum directæ actiones salva manent.*

**I**N hoc quoque dispar ratio est adrogatoris & hæredis, quod in hæredem etiam illæ actiones, quæ adversus defunctum competebant, directæ dentur, in adrogatorem non dentur, quæ competebant in adrogatum. Neque enim ut hæres personam defuncti, ita & adrogator suscipit personam adrogati. Quod obligationes & actiones adrogatori acquirantur, id ei tribuit jus patriæ potestatis, cujus juris hæc vis est, ut omnia patri per filium quærantur, non etiam ut filius contrahendo patrem obligare possit, præterquam de peculio: sed hoc specialem rationem habet, videlicet quia pater concedendo peculium, hoc ipso etiam jus contrahendi hætenus ei permittere videtur, per l. 1. §. 5. de acq. poss. Atque hoc ipsum argumentum est, adrogatorem de peculio conveniri non posse ex ea obligatione, quam adrogatus, antequam adrogaretur, contraxit: quomodo accipienda l. in adrogatorem. 42. de pecul. ut scilicet sententia Sabini & Cassii, qui ex ante gesto actionem de peculio non dabant, Ulpiano probetur. Hoc ipsum ex eo quoque confirmatur, quod ipsius patris, qui actione de peculio conveniri potest, si filium non defendat, bona possideri jubentur, l. 7. §. si quis. 15. quib. ex caus. in poss. est. Adhæc tempore contractus adrogatus erat adhuc sui juris, ut nec peculium habere potuerit.

*Ipso jure adrogator non tenetur* ] Hæc verba ipso jure Cujac. & Pacius sic interpretantur, ipso jure prætorio: ego mera & stricta ratione juris, τῆ ἀρχαίας, ut in §. actiones. 10. inf. de act. Hoc enim significat, neminem personali actione teneri, nisi qui contraxit, aut hæredem ejus: adrogatorem autem non contraxisse; neque personam suscepisse adrogati, hæredis instar.

*Sed nomine filii* ] Ex æquo & bono: neque enim in fraudem & præjudicium creditorum adrogationes fieri permittendum erat. Et est æquissimum, ut parens adrogator, qui bona omnia tenet, filium defendat, aut si nolit defendere; patiatur creditores mitti in bona, quæ filii ante adrogationem pleno jure fuerunt. Illud quæsitum est, an actiones ipso jure adrogatione pereant, atque ex edicto de capite minutis restituantur, an salvæ mancant, directæque adhuc in adrogatum, in adrogatorem utiles dentur. Prius Bachovio placet hac ratione, quoniam omnia bona adrogati ipso jure acquiruntur adrogatori, saltem ex ratione juris veteris; vel potius quia capitis deminutione etiam minima quam adrogato contingere constat, subtilitate juris actiones pereunt, l. 2. de cap. min. Prior ratio nullius momenti est: nam cum in persona filii fam. etiam si bona non habeat, & patri omnia acquirat, obligatio consistere possit; l. 39. de obl. & act. satis liquet, ob hoc solum obligationem in persona adrogati non tolli, quod bona habere desinit. Ac ne illud quidem video, qua ratione dici possit, actiones perire capitis deminutione adrogati: neque enim sola familiæ mutatio actionem perimere potest, nisi quid aliud interveniat, ut in emancipatione, per quam filius deducebatur in imaginariam servilem causam, l. 3. §. 1. de cap. min. In adrogatione verò nullæ venditiones aut manumissiones intercedebant. Probabilius itaque mihi videtur, in quæstione proposita actiones non ipso jure sublatas atque ex edicto restitutas fuisse; sed mansisse salvas & utiles, ex ante gesto in adrogatorem datas hoc effectu, ut aut creditoribus responderet, aut hoc eo non faciente pateretur eos mitti in bona, quæ filius habuit & transiit: similiter ut in specie l. 7. §. pen. d. tit. neque aliud hic locus significat.

*Cum usufructu fuissent* ] Hoc ideo ait, quia nunc solus usufructus parenti adrogatori quæritur, proprietate penes adrogatum manente, §. præc. Ait, legitimo modo disponere: de quo adi tit. 15. quib. ex caus. in poss. est. & de reb. ant. jud. poss. item de curat. bon. dand.

TITULUS XII.

DE EO, CUI LIBERTATIS CAUSA BONA ADDICUNTUR.

Continuatio & summa.

TEXTUS.

*Accessit novus casus successionis ex constitutione divi Marci. Nam si ii, qui libertatem acceperunt à domino in testamento, ex quo non adiatur hereditas, velint bona sibi addici libertatum conservandarum causa, audiuntur.*

COMMENTARIUS.

**Q**uartus acquirendi per universitatem modus, & postremus inter eos, qui propositi sunt §. ult. sup. per quas pers. est libertatum conservandarum causa bonorum addictio. Hæc acquisitio neque lege antiqua introducta aut confirmata est, ut hæreditas; neque jure prætorio, ut bonorum possessio, neque consensu populi, ut adrogatio: sed ex constitutione D. Marci descendit, cui constitutioni causam dedit favor libertatis, l. 2. de fideic. lib. l. 6. & l. ult. C. de testam. man.

Xxx

Elli

Et si autem is, cui bona libertatis causa addita sunt, neque hæres est, neque bonorum possessor: tamen quia in locum defuncti succedit, bonorum possessori assimilatur, l. 4. §. *propen. de fid. lib.* atque in eum tanquam in hæredem prætorium utiles actiones creditoribus dantur, l. 3. d. *tit.* Verba constitutionis D. Marci primum Justinianus refert; deinde exponit.

*Qui libertatem acceperunt* ] Uberius sub disjunctione dixisset, *vel quilibet extraneus*; qua disjunctione utitur l. *ult. in pr. C. de testam. man.* & ita loquitur, quasi constitutio D. Marci eodem modo disjunctim locuta sit: quemadmodum etiam Jurisconsultus l. *quod. D. Marci. 50. §. 1. de man. testam.*

*Ex quo non aditur hæreditas* ] Fieri enim sæpe potest, ut hæres metuens æris alieni hæreditarii magnitudinem hæreditatem adire recuset, atque ita deserto testamento nihil ex eo, ac ne libertas quidem debeatur, l. 2. C. *de test. man. l. 1. C. de fideic. libert.*

## TEXTUS.

## Rescriptum D. Marci.

I. *Et ita divi Marci rescripto ad Pompilium Rufum continetur. Verba rescripti ita se habent:* Si Verginio Valenti, qui testamento suo libertatem quibusdam adscripsit, nemine successore ab intestato existente, in ea causa bona ejus esse ceperunt, ut venire debeant, is cujus de ea re notio est, aditus rationem desiderii tui habebit, ut libertatum tam earum, quæ directo, quam earum quæ per speciem fideicommissi relictae sunt, tuendarum gratia addicantur tibi, si idoneè creditoribus caveris de solido, quod cuique debetur, solvendo. Et ii quidem, quibus directa libertas data est, perinde liberi erunt, ac si hæreditas adita esset: ii autem, quos hæres manumittere rogatus est, à te libertatem consequentur; ita ut si non alia conditione velis tibi bona addici, quam ut ii etiam, qui directo libertatem acceperunt, tui liberti fiant. Nam huic etiam voluntati tuæ, si ii quorum de statu agitur, consentiant, auctoritatem nostram accommodamus. Et ne hujus rescriptionis nostræ emolumentum alia ratione irritum fiat, si fiscus bona agnoscere voluerit, & ii, qui bonis nostris attendunt, sciant, commodo pecuniario præferendam esse libertatis causam, & ita bona cogenda, ut libertas eis salva sit, qui eam adipisci potuerunt, ac si hæreditas ex testamento adita esset.

## NOTA.

1. *Pompilium Rufum* ] Putat Eguin. Baro servum, ad quem rescribit D. Marcus, prænomen sortitum esse manumissoris, & ad id tempus Justinianum respexisse.

*Nemine successore ab intestato* ] Alias si destituito testamento is, qui ab intestato venit, hæreditatem amplectatur, libertates non debentur, l. 1. C. *de fideic. lib.*

*Tui liberti fiant* ] A te libertatem accipiant, tanquam fideicommissariam. Wesf.

*Si fiscus bona agnoscere* ] Fisco quoque causa libertatis prælata, ut nec ille aliter ad bona vacantia admittatur, quam si & ipse libertates præstet, d. l. 4. §. 17. *de fideicom. lib.*

## COMMENTARIUS.

*Pompilium Rufum* ] Hæc nomina non convenienti servo, non magis quam *Cajus Sejus l. 23. de manum.* & ideo assentiri non possum Theophilo, asserenti, hunc Pompilium Rufum fuisse unum ex servis Verginii Valentis testamento manumissis. Ut ut est, etiam extrarioro libero homini ipsa constitutione D. Marci permitti bonorum additionem, ostendunt d. l. 50. §. 1. *de man. test. l. ult. C. eod.* quamvis potius ad extrarios productam colligas ex l. 6. C. *eod.*

*Testamento libertatem adscripsit* ] Hoc rescriptum locum non habet, nisi libertates datæ sint. Ait *adscripsit.* Quid si libertates dedit hærede testamento non scripto, sed nuncupato? placet, etiam hic constitutioni esse locum, d. l. *ult. C. de test. man.*

*Nemine successore ab intestato* ] Explicatius dixisset, nec ex testamento, nec ab intestato: si quidem huic rescripto locus non datur, nisi cum nec ex testamento, nec ab intestato quisquam hæres est, d. l. *ult.* Nemo tamen ex hoc loco colligat, testamentariis hæredibus repudiantibus, si ab intestato hæres existat, libertates præstandas esse: certum enim est, destituito testamento, si is qui ab intestato venit, hæreditatem amplectatur, nec libertates deberi, l. 1. C. *de fid. lib. l. 14. C. de fideic.* Ut enim magnus sit libertatis favor, tamen tantum huic favori tribui non debuit, ut jus alteri quæsitum, legitimis nimirum hæredibus, auferatur.

*Venire debeant* ] Si cui mortuo nemo hæres extet, qui creditoribus satisfaciat, bona ejus in ea causa sunt, ut possideri à creditoribus, aut recta constituta auctione vendi possint, l. 8. *quib. ex ca. in poss. l. 6. C. de bon. aucif. jud. poss.* Ex quo intelligimus, hac constitutione etiam famæ defuncti consultum.

*Addicantur* ] Addici igitur bona dicuntur, cum ab eo, qui jurisdictioni præest, causa cognita petenti attribuantur; qui proinde tanquam decretalis bonorum possessor constituitur.

*Si idoneè caveris* ] Addici ita demum bona voluit, si idoneè creditoribus cautum fuerit de solido, quod cuique debetur, solvendo, l. 2. l. 4. §. *addici. 8. de fideic. lib. merito.* Ita enim favendum libertatibus est, ut ne alteri inferatur injuria. Quid est autem idoneè cavere? Satisfidato utique vel pignoris datis. Sed tamen et si fides habita fuerit promittendi sine satisfactione, placet, idoneè cautum videri, d. l. 4. §. *addici.* De solido autem, id est, de forte & ufuris, d. l. 4. §. *de solido. 11.* Justinianus etiam pactionem de parte solvenda creditoribus admittendam censuit, d. l. *ult. §. 1. C. de testam. man.*

*Quibus directa libertas data* ] Qui directam libertatem acceperunt, statim post additionem bonorum liberi fiunt; qui fideicommissariam, manumittendi sunt ab eo, cui bona addita sunt. Itaque illi Orcini, hi liberti ma-



manumissoris efficiuntur. Planè qui bona sibi addici desiderat, ut mox sequitur, si non alia conditione velit sibi addici, quam ut etiam hi, qui directam libertatem acceperunt, ipsius liberti fiant, fient, si modo consentiant contenti fideicommissaria libertate: neque tamen dissensu quorundam impeditur bonorum additio, sed quem patronum habere recusant, dominum habere coguntur, *d. l. ult. C. de test. man.*

*Ac si hereditas adita*] Aut bonorum possessio admittitur decretave. Non igitur ex pactione, sed ex additione, quæ vicem additionis hereditatis, aut agnitionis adjudicationisve bonorum possessionis obtinet. Illud notandum, loqui rescriptum in casu testamenti facti: nam ab intestato nemini libertas directo competere potest.

*Si fiscus bona agnoscere*] Bona eorum, qui hæredem non habent, vacantia dicuntur, ea à fisco jure regalium occupari, notissimi juris est. Veram in hoc argumento libertatis causa commodo fisci benignè prælata est, ut etiam si non sit, qui bona sibi addici petat conservandarum libertatum gratia, tamen fiscus non aliter admittatur, quam si & ipse libertates præstet, *d. l. 4. §. eadem. 17. de fid. libert.* Enimvero si bona damnati vel debitoris sui fiscus occupet, cessat hæc constitutio: sic cum Accurf. accipio illud, *si alia ratione agnoscat*, in *d. §. eadem.*

TEXTUS.

Utilitas rescripti.

2. *Hoc rescripto subventum est & libertatibus, & defunctis, ne bona eorum à creditoribus possideantur & veneant. Certè si fuerint hac de causa bona addita, cessat bonorum venditio: existit enim defuncti defensor, & quidem idoneus, qui de solido creditoribus cavet.*

COMMENTARIUS.

Indicatur hoc §. primum finis atque utilitas hujus rescripti: deinde ostenditur, non esse conjunctum cum injuria creditorum. Finis rescripti duplex est, ut libertates datæ conserventur, qui principalis est; tum ut famæ defuncti consulatur, cui ignominiosum, bona sua à creditoribus possideri & distrahi: qua de re M. Tullius pro Quinctio, & Justinian. §. 1. *sup. quib. ex ca. man. & §. 1. de hered. qual.* Creditores injuria non afficiuntur: nam per bonorum ex hac causa additionem fit quidem, ut ipsi in bona defuncti ire & sibi consulere non possint: ceterum existit idoneus defuncti defensor, qui de solido, quod tuique debetur, solvendo caveat, ut justam querimoniam causam nullam habeant. Ita enim in universum jus est, ut quoties alicujus defensor idoneus existit, creditores in bona ejus non mittantur, *l. 2. & pass. quib. ex ca. in poss. l. sed & ha. 35. §. 3. l. pon. de procur.* Legatariis ex hac causa nec cavendum est: quippe qui destituto testamento nihil consequerentur.

TEXTUS.

3. *In primis hoc rescriptum toties locum habet, quoties testamento libertates datae sunt. Quid ergo si quis intestatus decedens codicillis libertates de-*

*derit, neque adita sit ab intestato hereditas? Favor constitutionis debet locum habere. Certè si testatus decesserit, & codicillis dederit libertatem, competere eam, nemini dubium est.*

4. *Tunc enim constitutioni locum esse, verba ostendunt, cum nemo successor ab intestato existat. Ergo quamdiu incertum erit, utrum existat, an non, cessabit constitutio. Si vero certum esse coeperit, neminem existere; tunc erit constitutioni locus.*

5. *Si is, qui in integrum restitui potest, abstinuerit hereditate, quamvis potest in integrum restitui, potest admitti constitutio; & bonorum additio fieri. Quid ergo, si post additionem libertatum conservandarum causa factam in integrum sit restitutus? Utique non erit dicendum revocari libertates: quia semel competierunt.*

NOTÆ.

4. *Quamdiu incertum*] Ex Ulpian. *l. 4. pr. de fideic. libert.*

5. *Qui in integrum restitui potest*] Hic locus descriptus est ex *d. l. 3. §. 1. & 2.*

COMMENTARIUS.

Constitutio D. Marci nominatim loquitur de libertatibus testamento datis. Ceterum & si quis intestato decedens codicillis libertates dederit, neque adita sit ab intestato hereditas placuit, ad hunc quoque casum favorem constitutionis extendi, juxta id quod dicitur, favores esse ampliandos, *l. 2. de fideic. lib. l. ult. C. de test. man. Quartus & quintus §§. desumpti ex l. 4. pr. §. 1. & 2. d. sit.*

TEXTUS.

Si libertates datæ non sunt.

6. *Hæc constitutio libertatum tuendarum causa introducta est. Ergo si libertates nulla sint datae, cessat constitutio. Quid ergo, si vivus dederit libertates vel mortis causa, & ne de hoc queratur, utrum in fraudem creditorum, an non, factum sit, idcirco velint sibi bona addici, an audiendi sunt? Et magis est, ut audiri debeant, etsi deficiant verba constitutionis.*

COMMENTARIUS.

Favor rescripti à Justiniano etiam ad eum casum trahitur, quo mortis causa libertates datæ sunt, vel etiam simpliciter inter vivos, ut statim valeant, si creditores postea obsistant, quod in fraudem suam datas dicant. Quamvis enim verba constitutionis hic deficiant, ex æquitate tamen & sententia ejus hoc etiam admitti debere, & audiri eum, qui libertatem accepit, si bona sibi addici velit, parato creditoribus idoneè cavere. Et igitur in proposito quæ libertates ipso jure non valerent, conservantur beneficio additionis bonorum.

## TEXTUS.

De speciebus additis à Justiniano.

7. *Sed cum multas divisiones ejusmodi constitutioni deesse perspeximus, lata est à nobis plenissima constitutio, in qua multa species collatae sunt, quibus jus hujusmodi successionis plenissimum est effectum, quas ex ipsius lectione constitutionis potest quis cognoscere.*

## COMMENTARIUS.

Constitutione Justiniani, quæ est *l. ult. C. de test. man.* jus additionis bonorum à D. Marco introductum multis modis amplificatum est. Amplificationem Hotomannus quatuor his versibus complectitur. 1. *Jus postulandi annum esto.* 2. *Si plures simul satisfato postulent, iis bona simul addicuntur.* 3. *Ejus, qui plus se prestaturum satisfabit, potissimum jus esto.* 4. *Qui plus quam alter, cui addicta bona sunt, intra annum offeret, altero libertatem suam resinante, bona obtinet.* Hujus & superioris tituli hodie nullus usus est.

## TITULUS XIII.

DE SUCCESSIONIBUS SUBLATIS, QUÆ FIEBANT  
PER BONORUM VENDITIONES, ET EX SENATUSCONSULTO CLAUDIANO.

C. Lib. 7. Tit. 24.

## TEXTUS.

*Erant ante prædictam successionem olim & alia per universitatem successiones: qualis fuerat bonorum emptio, qua de bonis debitoris vendendis per multas ambages fuerat introducta; & tunc locum habebat, quando judicia ordinaria in usu fuerant: sed cum extraordinariis judiciis posteritas usa est, ideo cum ipsis ordinariis judiciis etiam bonorum venditiones expiraverunt: & tantummodo creditoribus datur officio judicis bona possidere, & prout utile eis visum est, ea disponere: quod ex latioribus Digestorum libris perfectius apparebit. Erat & ex Senatusconsulto Claudiano miserabilis per universitatem acquisitio, cum libera mulier, servili amore bacchata, ipsam libertatem per Senatusconsultum amittebat, & cum libertate substantiam. Quod indignum nostris temporibus esse existimantes, & a nostra civitate deleri, & non inseri nostris Digestis concessimus.*

## NOTÆ.

*Per multas ambages*] Bona debitoris, postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta pependissent, ex edicto possideri jubebantur: dein magister postulabatur & creabatur, per quem distrahebantur, & emptori addicebantur; qui omnibus in solidum, satisfaciebat: aut antequam emeret cum creditoribus de certa parte decidebat. Cic. *pro Quir.* & 6. *ad Attic.* 1. Atque hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo. sectio dicebatur. Fufius hæc Th.

*Quando judicia ordinaria*] Plinius dixisset, quando veterum judiciorum ordo servabatur, quem posteritas

neglexit: quanquam quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video; ac ne illud quidem, quid circa eam postea innovatum, nisi quod bonorum emptor deserit esse successor universi juris, & bona ita vendi cepta, ut ex pretio eorum creditoribus satisficeret, *l. 6. & 9. C. de bon. auc. jud. poss.*

*Libertatem amittebat*] Post trinam denuntiationem domini. Th. denuntiationis meminit & Ulp. *tit. 11. §. 10. Paul. l. 27. de pos.* Tacitus autem denuntiationis non meminit, sed simpliciter ignorantis domini. Et forte disputatione Jctorum hæc necessitas addita Scto. Hodie libertatem non amittit sed verberibus castigatur servus, & dissolvitur ejusmodi conjunctio, *l. un. C. de SC. Claud. toll.*

## COMMENTARIUS.

**R**efertur hoc tit. duæ species acquisitionis per universitatem, quarum altera jam ante Justinianum in usu esse desiit, alteram ipse sustulit.

*Qualis fuerat bonorum emptio*] Si quis in jus vocatus potestatem sui non faciebat, neque defendebatur, ejus bona ex edicto possideri jubebantur: post deinde iis vendendis magistri constituebantur: & postquam aliquamdiu celeberrimis in locis proscripta pependissent, emptori uni ex creditoribus, aut cui extraneo addicebantur; qui bonorum emptor dicebatur, & omnibus in solidum satisfaciebat. Quod si diffidebat, ne paria facere posset, tum, antequam emeret, cum creditoribus de certa parte decidebat. Huc pertinet locus *Cic. 6. ad Attic.* 1. ubi scribit, sine edicto non posse transigi de bonis possidendis, magistris faciendis, vendendis: hæc enim ex edicto & postulari & fieri solere: item illud ex oratione *pro Quintio: Cujus bona ex edicto possidentur, hujus omnis fama & existimatio cum bonis simul possidetur, de quo libelli in celeberrimis locis proponuntur: huic ne perire quidem certè tacitè obscureque conceditur: cui magistri sunt, & domini constituuntur, qui qua lege & qua conditione pereant,*

pronuntiant, &c. Idem observatum fuisse, cum bona defuncti solvendo non essent, nec hæredem reperirent, ostendit hic textus. Neque hæc ratio vendendi bona Pandectarum jure incognita est, l. cum bona. 16. l. Fufidius. 29. de reb. aut. jud. poss. l. Imperator. 60. de pact. l. 9. de cur. sur. l. 4. C. de bon. aut. jud. poss. Illud etiam olim non erat infrequens, ut bona alicujus damnati proscriptique sectoribus in auctione venderentur, qui, ut tradit Acon. ad lib. 1. in Verr. spem lucri sui secuti bona condemnatorum semel auctionabantur, & semel pecuniam ærario inferebant: ac postea pro compendio suo singulas quasque res populo venditabant. Quo refert Hotomannus, quod Varro, lib. 2. de re rust. cap. 10. modos acquirendi legitimi domini enumerans, scribit; *Tumve cum in bonis sectioneve cuius publice venit.* Hæc bonorum distractio etiam decemvirali verbo sectio dicebatur; videturque successisse ignominiosa ista bonorum proscriptio in locum sectionis debitorum in partes, lege 12. tabb. introductæ: quam crudelitatem consensu publico postea erasam esse, & in pudoris notam poenam capitis conversam bonorum adhibita proscriptio, testatur Tertull. Apol. cap. 3. Suffundere, inquit, *maluis hominis sanguinem, quam effundere.* Add. Gall. lib. 20. cap. 1. Salmas. de mod. usur. cap. 18.

*Per multas ambages*] Ter creditores adire prætorem oportebat; primum ut liceret bona possidere: deinde ut liceret magistrum bonis constituere, qui in auctione venderet: postremo ut legem dare bonorum venditioni, & cum emptore, cui addicerentur, de parte ejus, quod cuique deberetur, pacisci. Cæterum hæc fufius Theophilus.

*Cum extraordinariis judiciis*] Quid hæc judiciorum diversitas ad rem præsentem faciat, non video: uti nec illud, quid hic posterioribus temporibus innovatum. Sanè nihil in eo, quod creditores in possessionem bonorum mittuntur, & postquam ea per certum tempus possederunt, jus vendendi à prætore impetrare possint. Hæc ordinaria ratio procedendi etiam temporibus Cice-

ronis fuit, eademque in Pandectis, quo hic remittimur, sub *tit. de reb. aut. jud. poss.* & in Codice quoque relata est, l. 6. & 9. C. eod. tit. Videntur mihi Compositores male ista inter se opposuisse, tanquam pugnancia, *permissi bona possideri*, & post certum tempus *uni ea universa vendi.* Plane quod Theoph. refert, bonorum emptorem hæredis seu bonorum possessoris loco habitum fuisse, id postea obtinuisse non puto; sed ita bona vendita, ut ex pretio creditoribus satisfieret, defuisseque hanc acquisitionem esse universalem. Jure novissimo modus missioni creditur constitutus, ut jam missio non fiat in universa bona, sicut olim, *tit. de reb. aut. jud. poss.* sed tantum pro quantitate debiti. Nov. 53. c. 4. §. 1. unde *autb. & qui jurat. C. de bon. aut. poss.*

*Libera mulier servili amore bacchata*] Senatusconsulto libera mulier, quæ se alieno servo junxerat, domino servi cum bonis omnibus addicebatur. Meminit hujus Senatusconsulti Tacitus lib. 12. *annal.* ubi de rebus gestis sub Claudio tractans sic scribit; *Inter qua referuntur ad patres de poena sceminarum qua servis conjungerentur statuiturque, ut ignaro domino ad id prolapsa, in servitute; si consensisset, pro liberta haberetur.* Ita locum ex Codice Farnesiano restituit Lipsius. Suetonius hoc ipsum decretum adscribit Vespasiano, ut, nisi erret Suetonius, id repetitum fuisse necesse sit. Denuntiationis Tacitus non meminit, sed simpliciter ignorantis domini: unde licet existimare, necessitatem denuntiandi, ne cum servo consuetudinem haberet, (*vid. Ulp. tit. 11. §. maxima. 10. l. 27. de pos. l. un. C. de sen. Claud. toll. l. edicimus. C. Theod. de murileg. Theoph. hic. Pet. Fab. lib. 1. semest. 25.*) disputatione Jurisconsultorum Senatusconsulto additam. Justinianus autem hoc Senatusconsultum sustulit, permisitque domino potestatem, si quid tale servus commiserit, eum castigandi, atque avellendi à muliere, simul denuntians, non impune laturum dominum, si hac potestate non utatur, *d. l. un. in fin. C. de sen. Claud. toll.*

TITULUS XIV.

DE OBLIGATIONIBUS

Dig. Lib. 44. Tit. 7. C. Lib. 4. Tit. 10.

1. Ratio ordinis.
2. Duo insignes errores notati.
3. Neque definitionem neque divisiones hic proposuit ac continere omnem speciem obligationis.
4. Obligationum summa divisio.
5. Quid sit & quam vim habeat obligatio naturalis.
6. Explicatur l. 10. de obl. & act.
7. Quæ res faciant, ut tantum naturalis, non etiam civilis sit obligatio.
8. Non omnium naturalium obligationum eundem esse effectum jura civili, & quæ qualem habeant.
9. Obligatio mere civilis.
10. Obligatio mixta.

**T**Ria esse disciplinæ juris summa capita seu objecta didicimus §. ult. sup. de jur. nat. gent. & civ. personas, res, actiones. De jure personarum, id est, eo jure, quod cuique competit pro conditione & statu personæ, disputatum à titulo tertio usque ad finem libri primi. Rerum tractatio suscepta *tit. 1. lib. 2.* ubi diximus, rei appellatione in hac distinctione objectorum, significari non tantum ea quæ domini nostri sunt, cæteraque jura in rem, quæ vindicari possunt: verum etiam jus ad rem, quod uno verbo dicimus obligationem: nec male eos facere, qui totius hujus argumentationem ad duo capita revocant, dominium & obligationem, domini verbo omnia in rem jura.

complectentes. De dominio ejusque acquirendi modis actum hæcenus. De obligationibus earumque contrahendarum & distrahendarum ratione nunc sequitur. Quæ tractatio continuatur usque ad tit. sextum libri 4. ubi initium fit disputationis de actionibus.

2 Duo igitur errores hic nobis vitandi sunt. Quorum unus eorum est, qui ita obligationes à rebus separant, tanquam ad tertium juris objectum, id est, actiones pertinerent: alter eorum, qui eas referunt ad objectum primum, quod est de jure personarum. In priorè errore Theophilus est & vulgò interpp. qui existimant, hic initium fieri doctrinæ de actionibus, præmittique obligationes, ut actionum causas earumque matres, ut loquuntur. Hoc autem falsum esse, vel ex uno hoc apparet, quod ista consideratione non magis obligatio ad actiones pertinet, quam dominium, quam cætera in rem jura, quam ipsum jus personæ: quippe quæ & ipsa singula suas actiones habent & pariunt, §. 1. & 2. §. 13. *inf. de act.* Alter error Vultejus est, qui *lib. 1. disc. schol. cap. 16. & ad hanc rubr.* contendit, obligationes referendas esse ad jus personarum. Quem temere secutus est D. Anton. Matth. *Colleg. Inst. 2. dist. 3.* Utitur Vultejus duplici fere argumento. Primum est, quod obligatio personæ inhæret. Atqui eadem ratione multo magis usum & usumfructum ad jus personarum referri oportebat. Sed quid certius est, quam ea omnia, quæ in bonis & patrimonio nostro sunt, ad tractatum rerum pertinere; nec solum res corporales, verum etiam incorporales, *sup. tit. de reb. corp. & incorp.* quo loco inter res incorporales, cum hæreditate, usufructu, servitutibus, numeratur etiam obligatio, ut res in bonis nostris & subiecta acquisitioni, *add. l. 49. de verb. sign.* Apparet vero, Vultejum obligationes tantum considerasse in relatione ad personam debitoris, cum præcipue hic considerandæ sint ratione creditoris, qui eas contrahendo sibi acquisivit, easque suo modo vendendo, donando, legando, in alium transferre potest: quæ ostendunt, obligationes à parte creditoris esse in commercio, quod de jure personarum, puta libertatis, civitatis, familiaris, nemo dixerit. Sed etsi obligationes considerentur ex parte debitoris, ut personæ ejus inhærentes, tamen ad jus personarum ne isto quidem respectu referri possunt. Jus enim personæ dicitur, quod personam afficit, quatenus persona est, id est, id jus, quo quisque in civitate censetur propter statum & qualitatem personæ suæ. Quid autem obligatio commune habet cum statu debitoris? Quis ita personas unquam distinxit, ut dixerit, quasdam personas esse obligantes, quasdam obligatas? aut hominum alios esse creditores, alios debitores? Nimirum obligatio etsi personam obligati afficit, non tamen afficit, quatenus consideratur ut persona, sed quatenus ut debitor. At debitor dicitur intuitu rei, quæ debetur. Neque enim hic finis summus est obligationis, ut personam nobis obligatam habeamus, sed ut rem in obligationem deductam consequamur, *l. 3. de obl. & act. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. oblig.* Quamobrem sive essentiam obligationum spectemus, sive objectum earum, sive finem ultimum, non alio referri possunt aut debent, quam ad eam disciplinæ nostræ partem, quæ est de jure rerum. Alterum argumentum Vultejus tale est. Si obligatio ad jus rerum pertineret, uti dominium pertinet, tum ex obligatione quo-

que, uti ex dominio, competeret actio in rem: at actio ex obligatione in personam est: ergo ipsa obligatio ad jus personarum, non rerum, referenda. *Ponere in hunc & error perspicuus & d. 7. in i. p. p. p.* Non enim ideo actio ex obligatione in personam esse dicitur, quia per eam aut personam, aut jus aliquod, quod in personam aut personæ fit, persequimur: (quippe semper persequimur rem aliquam externam, eam, quæ ex obligatione præstanda est.) Sed quia hæc actio in personam obligati dirigitur, & semper adversus eum locum habet, cum in rem actio cum re ambulet, & sequatur possessorem, *l. actionum. 25. de oblig. & act.* Quinimo contra si obligatio jus esset personæ, actio, quæ de eo jure competeret, ad classem actionum in rem referenda esset, non ad eas, quæ in personam competunt: argumento actionum præjudicialium, quæ de statu & vero jure personarum competunt, quas in rem esse expresse scriptum est in §. *præjudiciales. 13. infr. de act.* quanquam hoc etiam negavit Vultejus, quia vidit sententiæ suæ repugnare. Sed de his opulentius suis locis §. 1. & d. §. 13. *inf. de act.* Hoc titulo primum docetur, quid sit obligatio: deinde dupliciter ea dividitur à causis efficientibus: postremo prima & præcipua ejus species subdividitur in quatuor species inferiores. Quoniam vero neque definitio, neque divisiones hic propositæ omnes species obligationum continent, sed ad eas duntaxat pertinent, quæ actionem, eamque efficacem, jure civili præducunt, & tamen illæ quoque, quæ vel non præducunt actionem, vel eam præducunt, quæ exceptione repelli potest, suum quemdam usum & effecta jure civili habent, recte facturi videmur, si prius quam ad ea declaranda accedimus, quæ hic à Justiniano tradita sunt, naturam diversitatemque obligationum à capite repetitam explicemus. Omnis obligatio vinculum quoddam juris est, quo adstringimur ad aliquid præstandum. Cæterum cum ad hoc aliquando nos adstringat sola æquitas & ratio naturalis, interdum mera subtilitas juris, ut plurimum autem jus naturæ ac civile simul, pro hac juris varietate obligatio in tres species recte dividitur, in puram naturalem, meram civilem & mixtam. Naturalis obligatio est naturæ & æquitatis vinculum, quo ita adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum, ut nulla eo nomine sit actio jure civili. Dicitur naturalis non à natura, seu naturali instinctu nobis cum brutis animalibus communi, sed à natura humana, id est, recta ratione, quæ sola quod æquum est, dicitur. Itaque naturalis obligatio non est duplex, ut quidam opinati sunt; una, quæ fit ex jure gentium & humani generis propria; altera, quæ fit ex jure naturali omnium animalium communi, & in bruta quoque cadat, in quæ nec consensus nec intellectus cadit: sed una & simplex, quæ tota est ex jure gentium, ut ipsa æquitas, cujus vinculo sustinetur, *l. Stichum. 95. §. 4. de solut.* quod etiam Paulus confirmat *l. cum amplius. 84. §. 1. de reg. jur.* ubi ait, cum natura debere, quem jure gentium dare oportet. Hæc obligatio concientias quidem hominum devincit, cum sit vinculum naturæ & æquitatis, *d. l. 95. §. 4. de solut. d. l. 84. §. 1. de reg. jur.* quo loco verbo oportet quædam necessitas moralis significatur: in foro tamen exteriori & jure civili eam efficaciam non habet, ut actionem aut exactio-nem producat: id quod ex enumeratione specierum, quæ ad hoc genus obligationis pertinent, liquere potest.

Nam

6 Nam quod in l. 10. de obl. & act. l. fidejussor. 16. §. 4. de fidejuss. dicitur, naturales obligationes non eo solo æstimari, si actio aliqua ex his competat: verum etiam si soluta pecunia repeti non potest, id non totum ad puras naturales pertinet, sed posterius duntaxat: pars autem præcedens ad mixtas, eas scilicet, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, & quæ ipsæ nonnunquam absolute naturales dicuntur, l. debitor. 59. vers. videamus. ad senat. Trib. l. si ita stipulatus. 126. §. 2. vers. superest. de verb. oblig. nimirum quia tota essentia sua sunt ex jure gentium, l. 5. de just. & jur. à jure autem civili præter nudam confirmationem nihil habent: quo tamen respectu cum etiam civiles sint, nomine civilium frequentius appellantur, propter auctoritatem juris civilis. Ut naturalis tantum, non etiam civilis simul sit obligatio, facit aut qualitas conventionis, aut personæ paciscentis contrahentisve, aut qualitas personæ & negotii simul. Principio non omnis conventio obligationem civilem parit, sed illa duntaxat, quæ vel in proprium nomen contractus transit, vel cui præter conventionem alia subest obligandi causa, vel quæ legitima dicitur, aut quæ contractui incontinenter adjecta, l. 6. l. 7. in. pr. §. 2. & 4. de pact. Ex cæteris, quæ solo placiti sine stant, nascitur duntaxat obligatio naturalis: quippe nudis pactis vim talem obligandi Romanæ leges tribuere noluerunt, ut ex iis etiam ultro agere liceret, d. l. 7. §. 4. de pact. l. 10. C. eod. l. si tibi. 27. C. de locat. Plura dicemus infra sub §. ultim. Secundo facit qualitas personæ contrahentis, ut ex conventionem, quantumvis idonea, tantum naturalis obligatio oriatur; veluti si pupillus, intelligens quod agit, contraxerit sine tutoris auctoritate; l. si pupillus. 127. de verb. oblig. l. 1. in fin. de novat. l. cum illud. 25. §. 1. quand. dies leg. Aut Servus, l. 14. de oblig. & action. l. 13. de cond. ind. aut is, cui bonis interdictum est, l. 6. de verb. obl. Personæ & negotii qualitas simul, veluti si mulier intercesserit, filiusfamil. mutuam pecuniam acceperit, l. 16. §. 1. ad senat. Vell. l. 9. in fin. cum. l. seq. de senat. Maced. Præter hæc etiam citra ullam conventionem sola officii & pudoris ratio naturalem obligationem inducit. Qualis est causa beneficii accepti. Unde obligatio ad arduum. l. sed & si. 25. §. consuluit. 11. de hered. per. per l. si pignoro. 54. §. 7. de furt. & quæ hujus species est, manumissio, unde operarum officialium debitum naturalis, l. si non sortem. 26. §. libertus. 12. de cond. ind. Ad hanc classem refero etiam eam, quæ oritur ex voluntate testatoris testamento minus solenni declarata: item eam, qua hæres legatis oneratus tenetur ea integra præstare citra detractionem Falcidiz, l. 2. C. de fideic. l. 5. §. si quis. 15. de don. ins. vir. & uxor. l. 1. l. ult. C. ad legem Falcid. Naturalium harum obligationum quædam in totum juris civilis auxilio destituuntur, quædam non omnino hujus auxilii sunt expertes. Prioris generis est obligatio beneficii accepti, in qua nulla necessitas præter illud honestatis naturalis vinculum, quo ad gratitudinem & remunerationem obstringitur is, qui beneficium accepit, si vir bonus haberi velit, ad exigendum autem vel retinendum obligatio nulla. Puto etiam, ipsum jus gentium pudori cujusque totum hoc reliquisse. Quippe alia est, ut ait Cicero pro Planc. *debitio gratia, alia pecunia*: neque convenit beneficia scænerari aut in calendario scribere. Quo etiam pertinent illa Senecz, 3. de benef. *Cum res*

*honestæ sit, referre gratiam, desinit honestæ esse, si necessaria est, id est, honestatis gradum excellentem amittit; quod sequentia indicant, Non enim magis laudabitur quæquam gratum hominem; quam eum, qui depositum reddidit, aut quod debebat, citra judicium solvit. Et mox: Non est gloriosa res gratum esse, nisi iustum est ingratum fuisse. Operarum tamen, quæ ex causa manumissionis patrono naturaliter debentur, obligatio hunc jure civili effectum habet, ut solutz per errorem repeti non possint, d. l. 26. §. libertus. de cond. ind. Eiusdem fere conditionis est & obligatio testamenti minus solennis & ad integra legata præstanda: nam etiam quod ex his causis per errorem facti solutum est, jure civili repeti potest, l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falc. Similiter si is, cui bonis interdictum est, quid promiserit, adeo jure civili non tenet obligatio, ut ne fidejussores quidem admittat, quasi negotium nullum gestum sit, l. 6. de verbor. obl. Tantundem dici potest de transactione alimentorum Senatusconsulto prohibita, l. elegant. 23. §. 2. de cond. ind. item de intercessione mulierum, nisi quod obligatio hinc nata actionem parit, sed quam inefficacem reddit perpetua Senatusconsulti exceptio, l. qui exceptionem. 40. d. t. l. 9. C. eod. Filius autem familias, qui mutuam pecuniam accepit, si pater factus solverit, non repetit, d. l. 40. l. 9. in fin. de sen. Mac. Cæteræ obligationes naturales, quæ ex conventionem descendunt, eosdem pene effectus, si unam dempseris actionem, jure nostro habent, quos habet naturalis & civilis simul. Ac de hujusmodi obligationibus potissimum agunt Jurisconsulti, cum ajunt aut negant, naturaliter quem obligari, ut videre est l. 13. l. si pœna. 19. l. frater. 38. l. quod pupillus. 41. l. si quod. 64. de cond. ind. l. 10. de obl. & act. l. 1. de novat. l. propen. de obl. & act. l. 5. §. 2. de solut. & similibus locis. Effectus isti principales hi sunt, debiti hujus naturalis cum alio quovis compensatio, l. 6. de compens. ejusdem soluti per errorem retentio, d. l. 10. de obl. & act. d. l. 19. de cond. ind. l. 1. §. id quod. 17. ad leg. Falc. l. 3. C. de usur. Præterea quod ita naturaliter debetur, constitui potest, l. 1. §. pen. de pec. const. item novari, l. 1. in fin. de novat. Potest & fidejussor huic obligationi accedere, §. 1. inf. de fidejuss. denique & pignus, l. 5. de pign. Minus tamen efficacitatis est in obligatione pupilli sine tutoris auctoritate contracta: quippe quæ accessiones duntaxat recipit; principalia autem illa ut pupillo nocentia respuit: quo adpectu, quod pupillus ita promisit, ne natura quidem deberi dicitur, d. l. 41. de cond. ind. d. l. propen. de obl. & act. Obligatio mere civilis est vinculum solius juris civilis, seu *à l'æc l'odixais*, quo quis ita tenetur: ut summo jure in eum sit actio, sed quæ jure prætorio infirmetur, opposita perpetua exceptione. Hujus generis sunt omnes illæ, quæ sola juris subtilitate nituntur contra naturalem æquitatem; veluti si quis metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus aliquid promiserit; aut si post constitutam obligationem debitor cum creditore pactus sit, ne à se peteretur, §. 1. & seqq. inf. de except. Hoc genus obligationis propemodum sine re est, & exitu inutile, l. 3. §. 1. de const. pec. l. nihil interest. 112. de reg. jur. l. 14. de compens. Mixta obligatio seu naturalis & civilis simul, est vinculum æquitatis pariter & juris civilis, quo quis ita adstringitur, ut actio efficax in eum detur. Mixtam hanc obligationem vocamus, propterea*

pterea quod eam & naturalis sustinet æquitas, & simul juris civilis firmat auctoritas. Unde etiam sola plenam præstandi necessitatem habet, actionemque & exactiorem producit. Ex quo porro etiam hoc est, quod sola proprie & absolute obligatio in usu juris vocatur: quemadmodum & debitor is proprie intelligitur, à quo invito pecunia exigi potest, *l. debitor. 108. de verb. sign. & ex adverso creditor, qui exceptione perpetua removeri non potest, l. 10. eod. tit. alii per abusionem, l. 16. §. 4. de fidejuss.* Denique hinc intelligimus, ad hoc genus obligationis tantum & definitiones & divisiones hoc titulo propositas pertinere. Est vero, quod apprime notandum est, mixta hæc obligatio aut veretalis, aut præsumptivæ; qualis est obligatio iudicati, & confessi; item jurisjurandi necessarii. Quippe res iudicata pro veritate accipitur, *l. post. 56. de rejud. l. 207. de reg. jur.* Confessi in jure pro iudicatis habentur, *d. l. 56. l. 1. de confess. l. un. C. eod. jurisjurandi quoque aut potius sententiæ ex eo latæ eadem fere vis est. Hujus generis etiam obligatio est, quæ dicitur literarum, inf. de lit. obl. Jam ad explicationem textus accedamus.*

## T E X T U S.

## Continuatio &amp; definitio.

*Nunc transeamus ad obligationes. Obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvenda secundum nostra civitatis jura.*

## N O T A.

*Obligationibus*] Th. & Accurs. putant hic initium fieri doctrinæ de actionibus. Sed perperam: nam non minus obligatio res est incorporalis & ad secundum juris objectum pertinet, quam hæreditas, ususfructus, servitutes, *sup. de reb. corp. & incorp. & §. ult. de us. & hab.*

*Juris vinculum*] Omnis obligatio est juris vinculum: obligatio civilis, vinculum juris civilis: naturalis, vinculum æquitatis, *l. 95. §. 4. de solut. civilis mera, rigoris seu æquæ dicitur inf. de exc. in pr.*

*Necessitate*] Propter actionem, quam obligatio parit. Itaque nec obligatio naturalis huc pertinet, ex qua jure civili agi non potest, quamvis moralem necessitatem adjunctam habeat; veluti quæ ex nudo pacto nascitur, *l. 7. §. 4. de pact. junct. l. 84. §. 1. de reg. jur.* nec civilis nuda, quæ propemodum sine re est, & exitu inutilis, *l. 3. §. 1. de const. pec. l. 112. de reg. jur.*

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

**E**t *juris vinculum*] Recte *vinculum*: quoniam qui nobis obligatus est, necessitate quadam præstationis tenetur, ut effugere non possit, nisi vinculo hoc soluto. Metaphora sumpta à vinculis corporeis. Concepta est definitio relatione facta ad personam debitoris, ita tamen, ut simul ostendat, quodnam hic sit jus creditoris. Sequentia formam obligationis subjecto, effectu & causa efficiente remota adumbrant.

*Necessitate adstringimur*] Effectus. Obligatio (sic absolute nunc porro mixta vocabitur) semper adjunctam habet necessitatem præstationis: quæ necessitas in eo consistit, ut nisi obligatus præstet id, quod debetur, ju-

re judicioque experiri cum eo hoc nomine liceat, invitumque ad solutionem compellere.

*Alicujus rei*] Subjectum. Rei autem verbum generale est, & factum quoque comprehendit, *l. 1. in fin. de reb. cred.* Proinde sive in dando consistat obligatio, sive in faciendo, necessitas obligationis postulat, ut utrumque præstetur, *l. 2. de verb. obl. §. ult. inf. eod. l. 3. de obl. & act.*

*Solvenda*] Solvi dicitur res in usu juris, cum debita præstatur, *l. solutam. 49. de solut. l. si rem. 9. §. 3. & seqq. de pign. act.* eaque solutio tollitur obligatio, *inf. quib. mod. toll. obl. in pr.* tamen si persona obligati tantum adstringi videtur, non res ipsa, nisi per consequentiam, aut nisi pignori nexa sit. Etenim obligationis non hæc vis est, ut aut corpus aliquod, aut servitutem nostram faciat, aut ut per eam dominium aliudve jus in rem immediate consequamur: sed jus tantum ad rem tribuit, id est, personam nobis obstringit ad dandum vel faciendum, *l. 3. de obl. & act.*

*Secundum nostra civitatis jura*] Hæc verba referenda sunt ad totum illud, quod præcedit, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvenda. Temperatur enim hac adjectione non, ut male Theophilus, potestas adveniendi, sed necessitas: ut intelligamus adstringi nos non quibuslibet modis, non ex quavis causa, sed secundum jus civitatis nostræ: item necessitate non quavis, sed in qua insit ea cogendi ratio, quæ jure civitatis nostræ sit approbata. Quod si cum Theophilo verba hæc ad id solum, quod proxime præcedit, *rei solvenda*, referimus, falsam efficitur sententiam, nimirum, eum, qui non recte solvit, non esse obligatum. In eodem errore fuit & Accursus.

## T E X T U S.

## Divisio prior.

*I. Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera deducitur: namque aut civiles sunt, aut pratoria. Civiles sunt, quæ aut legibus constituta, aut certo jure civili comprobata sunt. Pratoria sunt, quas prætor ex sua jurisdictione constituit; quæ etiam honoraria vocantur.*

## N O T A.

*I. Omnium obligationum*] Scilicet ad actionem producendam efficacium: de quibus solis etiam concepta definitio.

*Aut jure civili comprobata*] Prioris generis est obligatio literarum & verborum, pacti legitimi, furti nec manifesti, damni injuria dati, &c. hujus sunt omnes, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, *l. 7. de pact.*

*Prætor ex sua jurisdictione*] Ex quibus scilicet actionem in personam dedit, *§. 8. & seqq. inf. de act.*

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

**A**ut *civiles aut pratoria*] Distributio obligationis à causis efficientibus remotis. Nulla enim est obligatio (vera scilicet & efficax, de qua sola hic disputatur) quæ non aut jure civili aut prætorio constituta vel recepta

pta fit. Illud hic monendi sumus, cum civiles obligationes opponuntur naturalibus, appellatione civilium prætorias quoque contineri; sicut in universum, cum jus civile opponitur naturali, ejus appellatione etiam prætorium venit. Nam jus prætorium pars est juris civilis generaliter sumpti. §. 3. *sup. de jur. nat. gent. & civil.* At cum obligationes civiles prætoriis opponuntur, per civiles intelligi eas duntaxat, quæ legibus aliæ parte juris civilis, quæ eadem legibus auctoritatem habet, constitutæ aut confirmatæ sunt: quemadmodum cum in genere jus civile opponitur prætorio, id jus significatur, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis Principum, auctoritate prudentum descendit, l. 7. *de just. & jur.* Similis huic est divisio actionum §. 3. *inf. de act.*

*Constitutæ aut comprobatæ*] Sit igitur civilium obligationum hæc quædam subdivisio, quod earum quædam jure civili constitutæ sunt, quædam simpliciter approbatæ seu receptæ. Prioris generis sunt paucæ, ex contractu obligatio literarum & verborum, *inf. tit. 22. & tit. 16. ex delicto*, qua tenetur fur nec manifestus, *arg. §. 4. inf. de noxal. act. junct. pr. inf. de perpet. & temp. act.* item is, qui damnus injuria dedit, cujus quadrupes pauperiem fecit, qui arbores furtim cecidit, *inf. tit. de leg. Aquil. & si quadrup. paup. sec. l. 1. arb. furt. cas.* Referunt huc vulgo & eas, quæ descendunt ex pactis specialis lege confirmatis, quæ dicuntur legitima, l. 6. *de pact.* quale verbi causa est pactum donationis; & pollicitatio dotis, l. si quis. 35. §. ult. *C. de donat. l. 6. C. de dot. prom.* Illa quoque obligatio constitutione civilis est, qua tenetur is, cui ex Senatusconsulto Trebelliano restituta est hæreditas. In posteriore genere sunt innumerabiles, omnes nimirum illæ, quæ nascuntur ex contractibus juris gentium, l. 7. *de pact.*

*Quas prætor ex sua jurisdictione*] Naturalem æquitatem secutus. Nam omnis obligatio prætoriam naturalis quoque est: à prætore autem introducta dicitur ea, ex qua prætor in personam in foro civili actionem dedit. Cujusmodi est illa, qua pater & dominus tenentur ex contractu filii aut servi; qua constituens pecuniam ei, cui constituitur; qua is, qui detulit jusjurandum juranti: item quæ ex furto manifesto, rapina, injuriis nascitur; cæteræque omnes, quibus qui obstrictus est, honoraria actione tenetur, *vid. inf. §. 8. & aliquot seqq. de act. & tit. quod cum eo, qui in al. pot. item §. 4. de nox. act. & §. ult. de leg. Aquil.*

TEXTUS.

Divisio posterior.

2. *Sequens divisio in quatuor species dividitur. Aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio. Prims est, ut de iis, que ex contractu sunt, dispiciamus. Harum æque quatuor sunt species. Aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu: de quibus singulis dispiciamus.*

NOTA.

2. *Aut enim ex contractu, &c.*] Hæc divisio sum-

pta est à causis efficientibus proximis seu factis obligatoriis; sine quibus nulla aut jure civili aut honorario confirmatur, l. 37. *de obl. & act.* Accuratio est, quam illa aut Cajil. l. 1. aut Modestini l. 52. *hoc tit.*

*Ex contractu*] Contractus est: conventio obligationem pariens citra speciale legis adminiculum. Hac definitione excluduntur tum conventiones liberatoris, tum pacta nuda & legitima; quorum illa obligationem non pariunt, hæc pariunt ob specialem confirmationem, l. 6. l. 7. §. 4. *de pact.* Labeonis definitio l. 19. *de verb. sign.* particularis est: tam enim contractus sunt negotia ex uno latere obligatoria, ut mutuum & stipulatio, quam utrinque, ut venditio, locatio. Et quid notius illa *συναλλαγήματα* distributione in *μυρία τῶν ἀγῶν* & *διὰ τῶν ἀγῶν*?

COMMENTARIUS.

1. *Unde sumpta sequens hæc divisio.*
2. *Rectene Aristoteles delictum speciem faciat συναλλαγμάτων.*
3. *Prætor quatuor ordinarias obligationum causas, quæ hic recensentur, esse & alias quasdam irregulares & extraordinarias.*
4. *Modestini obligationum divisio minus accurata in l. 52. de obl. & act.*
5. *Quid sit conventio sive pactio aut pactum in genere, & quotuplex.*
6. *Quid pactum nudum, quod passim absolute pactum, Et cur ex eo jure civili non detur actio.*
7. *Pacta legitima & in continenti contractibus adjecta. Item n. 10.*
8. *An pacta ex continenti adjecta à parte actoris insint etiam in contractibus stricti juris.*
9. *De conventionibus non nuda, quæ uno nomine contractus. Ejus definitio, divisio, cum explicatione l. 19. de verb. sign.*
11. *Hodie etiam ex pacto actionem dari juxta scita juris Canonici.*
12. *Explicatur subdivisio obligationum prima species.*

**A**ut enim ex contractu, &c.] *Ἐπιδικάσεις* seu secunda obligationum divisio à causis efficientibus proximis. Nulla enim est obligatio, quæ non ex causa aliqua, & regulariter quæ non ex facto aliquo obligati præcedente nascatur: nec ulla jure civili aut honorario confirmatur, quæ non propriis viribus consistat, ut loquitur Papinianus, id est, quæ non ex propria causa constituta sit, l. *obligationes. 27. hoc tit. de obl. & act.* Cause seu facta obligatoria quatuor hic ponuntur à Justiniano, totidemque obligationis species his causis inter se distinctæ, contractus, quasi contractus, maleficium, quasi maleficium. Aristoteles *5. ethic. 2.* uno verbo *συναλλαγμάτων* hæc omnia comprehendit. Duo enim ille genera *συναλλαγμάτων* facit, *ἐκ βίας* & *ἀκέρως*, voluntaria & involuntaria: *ἐκ βίας* appellat commercia, conventiones, contractus: *ἀκέρως*, maleficia & delicta. Verum enim vero si vox Græca *συναλλαγμάτων* responderet verbo Latino commercii aut contractus, valde abusive delictum dicitur species *συναλλαγμάτων*: ipseque Aristoteles *cap. 5.* ejusdem libri negat, correctionem delictorum ad justitiam *συναλλακτικῶ* pertinere. Ut est, in jure nostro *συναλλαγμα* tantum ad commercia refertur, l. 7. §. 2. *de pact. l. Labeo. 19. de verb. sign.* commercium autem uno modo usurpatur pro conventionibus &



contractu; atque hæc à delictis perpetuo separantur. U-  
nico tantum loco delictum appellatur contractus, non  
quidem involuntarius, sed malus, *l. si rerum. 52. de re  
jud.* ubi Triphoninus scribit, actionem rerum amota-  
rum *ex malo contractu*, aut, ut est in codice Florentino,  
*ex male contractu oriri*. Papinianus quoque verba  
Demothenis in oration. contra Aristogitonem,  
*ἐπινοήματα ἢ ἐκείων, ἢ ἀκούσιον ἀμαρτημάτων*, Latine  
reddidit, *delictorum, quæ sponte vel ignorantia con-  
trahuntur, coercitio. l. 1. junct. l. 2. de legib.* Illud vero  
frequens apud nostros est, ut appellatione contractus &  
maleficii etiam quasi contractus & quasi maleficia signifi-  
centur, *l. 16. de neg. gest. l. contractus. 23. de reg. jur.  
l. 1. l. 4. l. ex contractibus. 49. hoc tit. §. 1. §. 10. §. rei. 17.  
3* *§. seq. inf. de act. §. 1. inf. de perp. & temp. action.* Porro  
sciendum est, quatuor causas obligationis, quæ hic à  
Justiniano recensentur, esse quidem illas principales &  
ordinarias: cæteram esse præterea quasdam obligatio-  
nes, quæ ex nulla quatuor illarum causarum profisciscun-  
tur, sed ex sola & singulari æquitate. Cujusmodi spes  
obligationis est, quæ à Cælo proponitur in *l. si & me  
& Titium. 32. de reb. cred.* item ex qua ad exhibendum  
agitur, *l. 3. §. 3. ad exhib.* quam nullum omnino factum  
obligatorium præcedere constat. Item illa, qua in du-  
plum obstringitur, qui tignum alienum ædibus suis bona  
fide junxit, *§. cum in suo. 29. sup. de rer. div.* denique  
omnes illæ, ex quibus actiones in factum subsidiariæ  
dantur, *§. ult. inf. de leg. Aquil. l. in rem. 23. §. item  
quacunque. 5. de rei vind.* Sed nec omnis obligatio, quæ  
ex conventionis est, eadem est ex contractu, veluti quæ  
datur ex pacto legitimo, vel ex constituto. Quod mox  
perfectius intelligetur. Atque hanc ego causam esse ar-  
bitror, quod Cælius *l. 1. pr. hoc tit.* causas & fontes obliga-  
tionum indicaturus, contractus & maleficii tantum  
meminit, cautionis gratia subjiciens, eas, quæ extra  
hæc facta nascuntur, proprio quodam jure nasci ex va-  
riis causarum figuris. Sic ergo habendum, duo illa,  
contractum & maleficium, esse causas obligationum ge-  
nerales & ordinarias ac principes; esse tamen & alias non-  
nullas, sed quæ sint extraordinariæ & irregulares, ut  
nec certo nomine significari, nec certa regula compre-  
hendi possint. Videtur autem Cælius in *d. l. 1.* nomine  
contractus & maleficii etiam quasi contractum & quasi  
maleficium intelligere: quæ tamen cum singula proprie  
& distincte considerare volumus, à contractu & malefi-  
cio diversa esse, idem recte docet, *l. 5. eod.* & ex eo Ju-  
stinianus *inf. tit. de obl. qua quasi ex contr. & de obl. qua  
4* *quasi ex del.* Igitur pro quadruplici illa consideratione  
causarum quadrupartita quoque est obligationis divisio.  
Extat alia obligationis ex causis distributio apud Mode-  
stinum *l. obligamur. 52. hoc tit.* sed minus accurata. Con-  
fundit enim eo loco Modestinus causas remotiores cum  
propinquis; nimirum causas juris & facti; causas, pro-  
pter quas obligatio constituitur, cum jure, quod obliga-  
tionem constituit, aut confirmat. Plura etiam vitia  
altius divisionis alii observarunt. Ego singula ad amissim  
examinare nolim: nam pinguius aliquando disputant  
Jurisconsulti.

*De iis, qua ex contractu* ] Quid sit contractus, in-  
telligi non potest, nisi prius in genere constet, quid sit  
conventio: est enim contractus species conventionis,  
*l. 1. §. 3. l. 7. de pact.* Conventio seu pactio (idem enim

hæc duo, & item pactum in genere sumptum, valent )  
est duorum vel plurium in idem, placitum & consensus,  
definitore Ulpiano *d. l. 1. §. 2. de pact. l. 3. de pollic.* In  
idem, id est, in eandem rem, in hoc, ut aliquid fiat,  
aut non fiat, prout placuit. Conventionum duæ sunt  
species: aut enim ex publica causa fiunt, aut ex privata,  
*l. 5. de pact.* De publicis tractare non est hujus loci. Pri-  
vata conventio aut nuda est aut non nuda, *d. l. 7. §. 1. 2.  
& 4. de pact. l. 10. C. eod. l. 15. de præscr. verb.* Non nu-  
dam conventionem Doctores vulgo vestitam & pactum  
vestitum appellant, verbo magis quam sensu inconcin-  
no. Nuda conventio est, quæ in nudis placiti & conven-  
tionis finibus stat, nec certum nomen habens, nec ullam  
obligandi causam præter conventionem, *d. l. 7. §. 1. 2.  
& 4. de pact. l. 27. C. de locat.* in libris nostris etiam pactum  
simpliciter & passim appellatur, *d. l. 7. §. 4. & seqq.  
l. 10. C. eod. l. 15. de præscr. verb. d. l. 27. C. de locat. l. 1.  
C. de pact. conv. l. 5. C. de contr. stipul. l. 5. §. 2. de solut.*  
Appellatur pactum nudum, quia solum pactum est, ni-  
hil amplius, *l. 23. C. de pign.* nimirum eadem transla-  
tione, qua nudam vocem, nudam voluntatem, nudum  
consensum, nudam proprietatem, &c. dicimus. Græcis  
*ψιλον σύμφωνον*, Quod definiunt, *ἵνῃ καὶ ἀποζητήσηται  
δοσις, ἀλλὰ μόνον ἐντὶ τῷ δόσι*. Hæc conventio eam  
vim obligandi jure civili Romanorum non habet, ut ex  
ea actio detur, *d. l. 7. §. 4. & seq. l. divisionis. 45. de  
pact. l. 8. l. 15. de præscr. verb. l. 10. l. 21. l. si certus. 28.  
C. de pact. l. sive apud. 28. C. de transact. l. 3. C. de rer.  
permut. cum similibus*. Imo proverbii vice olim jacta-  
tum fuisse, *ex pacto assionem non nasci*, indicant Imp-  
in *d. l. 10. C. de pact. & d. l. 1. C. de pact. conv. tam. sup.  
dos. & ideo omnibus pactis stipulatio subjici debet, ut ex  
stipulatum actio nasci possit*, ut ait Paul. 2. *sent. 22. §. ult.*  
Cæterum quæ pacta liberationis causa interposita sunt,  
jure prætorio exceptionem pariunt, *d. l. 7. §. 4. & seqq.  
l. 13. d. l. 28. C. eod. &c.* Nimirum conditores juris Ro-  
mani hujusmodi conventionibus vim coercicem sub-  
traxerunt, ut sola paciscentium fide staretur, honestius  
atque ad excitandum virtutis studium conducibilis esse  
existimantes, quædam relinquere hominum inter se  
spontaneæ fidei & probitati, quam omnia vinculis legum  
& necessitate adstringere. Quo pertinet locus Cornificii  
*lib. 2. ad Herenn. Pacta sunt, qua sine legibus observantur  
ex conventionione: qua etiam juri præstare dicuntur.*  
Cui similis est apud Ciceronem *lib. 2. de invent.* Et ex-  
plodendi, ut *ἀπειθήναι*, qui negant, potestatem civi-  
lem constituere posse, ut non nisi sub certo modo & for-  
ma obligatio ex consensu nascatur. Qua de re uberius  
differimus in tractatu de pactis, quem nuper edidimus,  
*c. 5. & 6.* ubi etiam nova opinionum circa hoc argumen-  
tum monstra profligamus. Excipiuntur ex hoc genere  
pacta duo, quæ obligationem & actionem pariunt: pri-  
mum illa, quæ manente simplici forma conventionis  
speciatim ad efficaciam obligationis sunt confirmata vel  
jure civili, quæ pacta dicuntur legitima; *l. 6. de pact.*  
quale est v. c. pactum donationis, *l. si quis. 35. C. de do-  
nat.* item quo dos constituitur, *l. 6. C. de dos. prom.* vel  
jure prætorio, ut constitutum, & conventio de pignore,  
*l. 1. & passim, de pel. const. l. si tibi. 17. §. 2. de pact. l. 1.  
de pign. act.* Deinde & pacta bonæ fidei contractibus in-  
continenti adjecta, quæ his contractibus tanquam pars  
eorum inesse creduntur, *l. 7. §. 5. de pact. l. 13. C. eod.*  
Unde

Unde etiam ex hujusmodi pacto actio ejus contractus, cuius in continenti interpositum est, competit, *l. fundi. 79. de contr. empt. l. 6. §. 1. de act. empt. l. 11. C. de pact.* Cæterum hæc res non una indiget cautione & distinctione. Primum enim non quævis pacta huic pertinent, sed ea duntaxat, quæ sunt *ἢ τῶν φρον τῶν συναλλαγμάτων*, secundum naturam contractus, aut quæ aliqua saltem ratione præstationis contractus, cui adjuvantur, tangunt aut contractum promovent, *d. l. 7. §. quinimo. & seq. de pact. & ibi comm. DD. l. pacta. 72. de contr. empt.* Unde Jafon ait, pactum, quod est contra naturam contractus, non vestiri coherencia contractus. Deinde nec omnium contractuum hoc commune est, ut pacta, quantumvis ex continenti adjecta, contractibus insint & actionem pariant: sed proprium contractuum bonæ fidei: neque tamen omnium ex æquo, sed maxime eorum, qui solo consensu itidem, ut pacta, constant, ut emptio, locatio, &c. quorum etiam contractuum exempla fere in hac disputatione proferruntur, ut videre est plerisque locis modo citatis. Qui autem contractus, cum sint bonæ fidei, solo consensu non consistunt, sed re perficiuntur, ut commodatum, depositum, iis pacta, quorum substantia in solo consensu, tam facile inesse, & incorporari, ut sic loquar, non possunt: nec alia exempla pactorum, quæ hujusmodi contractibus insint, occurrunt, quam quæ de dolo, culpa aut casibus fortuitis præstandis interponuntur, *l. 5. §. interdum. 10. commod. l. 1. §. sepe. 35. de pos. l. 23. de reg. jur.* præter exemplum de præstatione usurarum in deposito irregulari, *l. Lucius. 24. & 2. seqq. de pos.* Quod attinet ad contractus stricti juris, Bachov. ad Treutl. *disp. de pact. thes. 10.* putat, distinguendum inter contractus, qui re sunt, ut mutuum; & qui verbis, ut stipulatio. Pacta mutuo adjecta ad obligandum & agendum non prodesse, propterea quod re obligatio contrahi non potest ultra id, quod datum est, *l. si tibi. 17. in pr. de pacto, l. 11. §. 1. de reb. cred.* adhæc nullas in mutuo esse præstationes doli aut culpæ, & si qua de his pacto fiat, eam esse extra naturam contractus: denique ob eandem causam, & quia præterea stricti iudicii est, nec usuras ex mutuo extra stipulationem exigi posse, *l. 3. C. de usur.* Quod autem quibusdam casibus usuræ pecuniæ creditæ, aut frumenti vel hordei mutuo dati accessio ex nudo pacto debetur & peti potest, *l. etiam. 30. de usur. l. 5. & l. 7. de naut. for. l. 12. C. de usur.* id non ex eo fieri, quod in continenti hæc pacta adjecta sint, & proinde mutuo insint, sed quia speciètim & nominatim jure civili confirmata sunt: esse enim pacta legitima. Stipulationis vero diversam causam esse: licet enim & ipsa contractus sit stricti juris, & ideo non facile extensionem recipiat, tamen quia verbis perficitur, magnamque in eo cum pactis affinitatem habet, *d. l. 7. §. quod fere. 12. de pact.* facilius admittum esse, ut pacta in continenti facta stipulationibus contineri iisque inesse intelligerentur, *argum. l. lecta. 40. de reb. cred.* nec obitare *l. quicquid. 99. de verb. obl.* nam quod pacto stipulationi statim subiecto placuit, id perinde habendum, ac si verbis stipulationis expressum esset. Quæ licet probabiliter à Bachovio disputentur, verior tamen mihi videtur sententia Cujacii, Busii, in *d. l. 7.* Donelli, in *d. l. lecta.* & in *l. 13. C. de pact.* qui etiam stipulationem hinc rēmovent. Neque enim frustra est, quod ubi pro

regula traditur, pacta in continenti facta ex parte actoris inesse, nominatim additur *in bona fidei iudiciis, d. l. 7. §. quinimo. d. l. 13. de pact.* Quorum enim hæc adjectio *in bona fidei iudiciis*, nisi ut intelligamus, in strictis iudiciis non idem juris esse. Sic cum dicitur, in bonæ fidei contractibus usuras ex mora deberi; *l. mora. 32. §. 2. de usur.* hoc significatur deberi in bonæ fidei, non in stricti juris iudiciis, *l. 3. C. de usur.* Similiter cum dicitur, exceptiones inesse bonæ fidei iudiciis; *l. 3. de resc. vend.* hoc dici intelligimus, in his solum inesse, non etiam in strictis iudiciis: nam in strictis non veniunt exceptiones nisi nominatim contestatæ, *l. 9. l. ult. C. de except.* Et certe ineptum esset ac supervacuum, de bonæ fidei iudiciis nominatim addere, si pacta in continenti facta pariter inessent omnibus contractibus, quibus subijciuntur. Nec ullum in libris nostris locum reperio, quo probari possit, pactum stipulationi appositum actionem parere, aut legem stipulationi dare, actionemve ex stipulatu formare, ita stipulationi inesse, ut ad id quod pacto comprehensum est, ex stipulatu agi possit, pactum augere, informare, extendere verborum obligationem. Paulus autem in *d. l. lecta.* cum pactum subiectum stipulationi inesse dicit, non significat, id actionem parere, cum in casu illic proposito non id pacto agatur, ut quid detur, quod prius dari non debuit; sed ut de eo, quod datum oportuit, aliquid remittatur: quale pactum ex parte creditoris valere ad agendum natura sua non potest. Alii nec mutuum hinc removendum putant, quorum sententiam late tuetur *Gœdd. de cont. stipul. cap. 8. conclus. 2.* Nos fusius hæc exequimur in eo, quem modo dicebamus, tractatu de pactis, *c. 9. & seq.* Conventio non nuda sive vestita est; quæ puri placiti fines egreditur: quod ex duabus notis cognoscitur, si proprium nomen sortita est, vel si præter conventionem alia obligandi causa sublit, id est, si negotium civile gestum sit, *d. l. 7. §. 2. de pact.* Hæc conventionis species uno verbo appellatur contractus. Et igitur contractum sic definitio; Contractus est conventio habens nomen speciale, aut eo deficiente civilem obligandi causam. Definitio tantum non iisdem verbis proposita *d. l. 7. §. 1. & 2.* Itaque duo sunt harum conventionum genera: unum earum, quæ speciale nomen habent, ex quo genere sunt emptio-venditio, locatio-conductio, societas, mandatum, depositum, commodatum, pignus, & similes contractus, qui quod certum nomen habent, dicuntur contractus nominati, & obligationem actionemque certo jure producant, non utique propter nomen, quod extrinsecum quid est atque accidens; sed propter utilitatem commercii, cuius indicium est, quod certo ac proprio nomine appellantur; vel potius quia hæc conventiones ob frequentiorum usum talem accepere vim ac naturam, quæ etiam si nihil specialiter dictum sit, ex ipso nomine latè intelligatur, *D. Grot. 2. de jur. bell. & pac. 12. n. 3.* Alterum genus est earum conventionum, quæ nomine quidem proprio carent, sed quibus præter consensum subest causa, ut hoc exprimit Jurisconsultus, *d. l. 7. §. 2.* Et hæc quæque conventiones obligationem & actionem pariunt. Causam definitio dationem vel factum certa lege, puta si quid tibi dedi aut feci ea lege, ut vicissim mihi aliquid dares aut faceres, uti & Jurisconsultus *d. l. 7. §. 2.* ipse hoc explicat, & innumeris locis significatur,

*l. 5. per tot. l. 8. l. 15. de præs. verb. l. 6. l. si pro fundo. 33. C. de transact. l. 6. C. de rer. perm. & simil. alias negotium dicitur, d. l. 15. de præs. verb. & negotium civile, l. 1. de assim. aff. id est, tale, quod constituit *συνάλλαγμα*: unde obligatio & actio civilis; ne quis hic somniat de causa impellente aut finali, quæ pacificentes movit: nam talis causa etiam in nudis pactis est; ut, dabo tibi Stichum, tu, mihi Pamphilum: dabo tibi equum, tu mihi insulam facies: dabo tibi partem bonorum, tu à lite discedas, l. 21. C. de pact. l. 28. C. de transact. Videamus autem ne definitio contractus à nobis proposita nimis lata sit. Nam Labeo in *l. 19 de verb. sign.* contractum sic definit, ut dicat, esse ultro citroque obligationem, id est, negotium, unde ultro citroque obligatio nascitur: at nostra definitio etiam ea negotia complectitur, ex quibus unus tantum obligatur, qualia sunt mutuum & stipulatio, quæ Labeo *d. loc.* expressè à contractu distinguit. Sed animadvertendum est, Labconem eo loco non definire generaliter, quid sit contractus, aut quæ sit propria hujus verbi significatio, sed quid prætor eo verbo significet, cum hæc tria finitimæ significationis in edicto conjungit, actum, contractum, gestum. Nam cum hæc singula per se posita & vi sua generalia sint, apparet, Labconem ea non ex propria significatione, sed ex sententia prætoris illa conjungentis distinguendo ad certas species referre, verbumque contractus ad eas species traducere contractuum, quæ mutuum obligationem pariunt. Nos vero hoc certo tenebimus, substantiam contractus in eo non consistere, ut ultro citroque obliget: sed non minus propriè si unus tantum alteri, quam si invicem contrahentes inter se ex conventionione obligentur, contractam dici obligationem, & negotium ipsum appellari & esse contractum: id quod satis ostendit vetus & recepta contractuum divisio, *hoc text. & in l. 1. cod. proposita, 10 item in l. 1. §. pen. de pact.* Apparet autem ex disputatione Ulpiani, in *d. l. 7. §. 1. 2. de pact.* unde nostra contractus definitio sumpta est, neque pacta legitima, neque ea, quæ contractibus adjiciuntur, contractus esse aut cum contractibus confundenda: sed esse & manere pacta nuda, quamvis enim communem vim obligandi cum contractibus habeant, tamen neque in proprium nomen transeunt, nec causam, cur dare aut facere debeas, ullam habent præter conventionem: utique si per se spectentur, illa sine adminiculo legis, hæc sejuncta à contractu, in quo fiunt. Cæterum DD. hæc etiam pacta vestiverunt, alterum vestimento assistentiæ legis, alterum coherentis contractus: quippe qui nuda ea pacta sola appellant, quæ efficaciam obligandi non habent, & in terminis juris gentium manserunt. Quod*

etsi ratione non caret, tamen veteres omnem conventionem extra contractum, non alio nomine, quam nudi pacti simpliciter appellare solent, etiam quæ obligandi efficacitatem habet, *l. 6. l. 7. §. 5. de pact. l. 10. l. 13. C. cod. l. etiam. 30. de usur. l. 12. C. cod. l. 6. C. de jur. dot.* Usu jam pridem receptum esse constat, ut etiam ex nudo & simplici pacto actio detur, ita ut pacti nunc eadem vis sit, quæ stipulationis. Tantum meminerimus, distinguendas esse promissiones serias, meditatae & utiles, ab inconsideratis, temerariis atque inutilibus, cum quis non dispositivè, ut loquuntur, nec serio, sed vel narrativè, vel per jocum & aliud ageas aliquid pronunciat, ut ex illis tantum, non ex his obligatio & actio nascatur. Et hoc etiam jure Canonico satis expressè cautum est *c. 1. & c. 2. v. de pact. & videamus, pleraque etiam alia ad simplicitatem juris gentium hodie reducta. Connanus vir eruditione minime vulgaris præditus existimat, ne jure quidem gentium ex nuda conventionione obligationem oriri, lib. 5. comm. c. 1. sed ei occurritur à D. Grotio lib. 2. de jur. belli & pac. c. 11.*

*Aut re contrahitur aut verbis, &c.] Ὑποδαίπτως prima speciei, id est, earum obligationum, quæ sunt ex contractu sumpta à causis obligationem ex contractu proximè constituentibus: nam contractus quidam re perficiuntur, quidam verbis, quidam literis: id est, obligationem tum demum producant, cum vel res, vel certa verba, vel scriptura intervenerit: quidam consensu fiunt, id est, præter consensum quomodocumque declaratum ad sui perfectionem nihil desiderant. Itaque proposita divisio non sic accipienda est, quasi in ea obligationes, quæ consensu dicuntur contrahi, opponantur obligationibus, quæ non contrahuntur consensu: nullus enim contractus, nullave obligatio ex contractu sine consensu esse potest, *l. 1. §. pen. de pact.* sed ita, ut obligationibus, quæ non solo consensu fiunt, sed præter consensum rem, verba aut literas requirunt, oppositam intelligamus eam speciem, quæ solo consensu contrahitur, nihil amplius ad constitutionem obligationis desiderans. Denominata enim sunt hæc species ab eo, quod cuiusque proprium est, & in unaquaque eminet.*

*Aut literis]* Hanc speciem obligationis videtur veteres comprehendisse sub ea, quæ re contrahitur; quoniam ex literarum obligatione qui agit, pecuniam petit ut mutuum. Certè plurimum, quæ ex contractu sunt, illi non meminerunt, quam harum trium, re, verbis, consensu, *l. 1. §. 1. l. 4. hoc tit. l. 1. §. 3. de pact. l. 8. §. 1. de fidejuss. l. 1. §. 1. de novat.* Et tamen hanc obligationem jam tum in usu fuisse constat ex *tit. C. de non. num. pec.*

TITULUS XV.

QUIBUS MODIS RE CONTRAHITUR OBLIGATIO.

Dig. Lib. 12. Tit. 1. Lib. 13. Tit. 6. & 7. Lib. 16. Tit. 3.

C. Lib. 4. Tit. 1. 23. & 24. 34.

Continuatio. Quando obligatio dicatur re contrahi: & qua obligationes huc pertineant.

**H**oc titulo exponitur prima species obligationum, quæ non ex solo consensu nascuntur, sed demum cum aliquid ad conventionem accessit, illæ nimirum, quæ nascuntur ex contractibus, qui præter consensum rei, interventum ad perfectionem sui requirunt; quæ obligationes ob id re contrahi dicuntur. Quid sit re obligationem contrahi, nulla certa definitione, sed exemplis ostenditur. Rectius fecissent Compositores, si primum commoda aliqua definitione rem declarassent, ac tum singulas enumerassent species: nam utrumque ad genus aliquod & species ejus generis cognoscendas est necessarium. Nunc & insufficiens videtur enumeratio specierum, & difficilis est omisarum investigatio. Potest autem hæc obligatio sic describi; Obligatio re contrahitur, cum datum aliquod aut factum ad consensum accedens obligationem inducit. Rem enim hic generaliter accipimus, ut & facta comprehendat. Neque vero obligationes illæ solæ huc pertinent, quæ ex contractibus nominatis, qui hic memorantur, mutuo, commodato, deposito, pignore, nascuntur; sed etiam quæ ex contractibus inominatis: ex quibus omnibus obligationem non nasci constat, nisi datum aliquod aut factum ad conventionem accesserit, l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 3. C. eod. l. 7. §. 2. de pact. l. 5. & pass. de præscr. verb. diserteque Paulus in d. l. 1. §. 2. de rer. perm. hac nota permutationem distinguit ab iis contractibus, qui nudo consensu perficiuntur, quod in permutatione res tradita demum initium obligationi præbet. Videri tamen possunt veteres proprie & in specie tunc obligationem re contrahi dixisse, cum res tradita vel in genere vel in specie reddenda est: ideoque solummodo quatuor illos hujus generis contractus nominatos, quorum id proprium est, mutuum, quo id agitur, ut res ejusdem generis, commodatum, depositum, pignus, quibus agitur, ut eadem species restituatur, huc retulisse, l. 1. §. 2. cum 4. seqq. de obl. & act. quod & Justinianus secutus sit. Conventio restituendi titulo & nomine contractus inclusa est.

T E X T U S.

De mutuo.

Re contrahitur obligatio, veluti mutui datione. Mutui autem datio in iis rebus consistit, quæ pondere, numero, mensurave constant; veluti vino, oleo, frumento, pecunia numerata, ære, argento, auro, quas res aut numerando, aut metiendo, aut appendendo in hoc damus, ut accipientium fiant. Et quoniam nobis non eadem

res, sed alia ejusdem natura & qualitatibus redduntur, inde etiam mutuum appellatum est: quia ita à me tibi datur, ut ex meo tuum fiat: & ex eo contractum nascitur actio, quæ vocatur certi conditio.

N O T E.

Re contrahitur] Ex Cajo l. 1. de obl. & act. Re contrahi obligatio dicitur, cum datio aliqua aut factum ad consensum accedens obligationem inducit, l. 2. §. 3. de reb. cred. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 5. §. 2. & seqq. l. 8. inf. de præscr. verb. & proprie, cum res tradita vel in genere, ut in mutuo; vel in specie, ut in commodato, deposito pignore, reddenda est.

Pondere, numero, &c.] Quoniam hæc res ita comparatæ sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præsentent; quod non item contingit in aliis: quibus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest, l. 2. §. 1. de reb. cred.

Certi conditio] Mutuum contractus est *μὴ ἀπὸ ἀλλοτρίου*, eum solum obligans, qui mutuum accepit; ac proinde una tantum hinc nascitur actio, quæ appellatur certi conditio. Si stipulatio numerationi adjecta, non ex numeratione, sed ex stipulatione nascitur, l. 6. & 7. de novat. ejusdem tamen naturæ actio est, idemque nomen obtinet, inf. tit. prox. in pr. l. 9. l. 24. de reb. cred.

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

1. Definitio mutui, ejusque definitionis per partes explicatio.
2. Materia mutui, & an panes ad numerum mutuo reddi deantur.
3. Cur mutui datio duntaxat consistat in rebus consumptibilibus.
4. Emendationem D. Salmassi in l. 2. §. 2. de reb. cred. non videri necessariam.
5. Forma hujus contractus propria.
6. Singularia quæ hic recepta.
7. Finis & effectus, tum consequentia.
8. debitorem non prohiberi eandem rem, quam accepit, in specie reddere.
9. Commodum æstimationis aucta, & incommodum deminuta ad creditorem pertinere.
10. In æstimatione ineunda, si debitor in eam condemnandus, cujus temporis aut loci ratio habeatur.
11. Speciale esse, quod nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi possunt.
12. Aucto aut deminuto nummorum valore ecs reddi oportere ea æstimatione, quæ est, cum solvuntur, secundum comm.

13. *Esse quidem de natura mutui, ut eadem bonitate res reddantur: de substantia non esse.*  
 14. *Etymon mutui.*  
 15. *Duplexne sit, an una generalis certi conditio.*

**M**utuuum est contractus, quo res, quæ pondere, numero, mensura constant, alicui ita dantur, ut ejus fiat ea lege, ut is quandoque repositenti creditori tantundem ex eodem genere reddat. Constituitur mutuuum non solo ac nudo consensu, sed rem intervenire ac tradi oportet, puta pecuniam numerarij, &c. quod Paulus sic expressit, *mutuum non potest esse, nisi pecunia proficiatur*, l. 2. §. 3. de reb. cred. Atque in tantum hoc obtinet, ut nec ultra, quam datum est, obligatio contrahi possit; veluti si tibi dederim decem, ut undecim reddas, non amplius quam decem condici poterunt, l. 11. §. 1. eod. tit. l. si tibi. 17. de pact. Quod si simpliciter convenerit, ut tibi certam pecuniaz summam mutuo darem, hæc conventio mutuuum non est, sed nuda pactio, nec nomen, nec *συνθήκη* habens, ac proinde necuum, qui se daturum promisit, extra stipulationem jure civili obligat, *per vulgat.* Planè, si pecunia apud aliquem jam sit, verbi gratia ex causa depositi, potest ea nuda voluntate transferri, & converti in causam mutui fitione brevis manus, l. 9. §. ult. de reb. cred. In hoc igitur causam efficientem & simul rei gerendæ formam communem cernere licet. Illud notandum, mutuuum non semper accipi pro ipso contractu, sed sæpè etiam pro re mutuo data: quod etiam accidit deposito, commodato, pignori.

*Qua pondere, numero, mensura*] Materia mutui sunt res, quæ pondere, numero, mensura constant, id est, quæ ex certo pondere, numero, mensura æstimantur, & hoc modo sunt in commercio, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata. Non autem res omnes, quæ appendi, numerari, &c. possunt: alioqui nihil ferè esset, in quo mutuuum non consisteret: aliud scilicet est, pondus, numerum, mensuram habere; aliud, ex pondere, &c. constare. Glossa in l. 2. §. 1. de reb. cred. negat, panes ad numerum mutuo dari posse: quod alii contra simpliciter affirmant, sed rectè Bart. in d. l. 2. §. 1. sic distinguendum censet, ut si panes limitatim in civitate quantitatem habeant, id est, definitum pondus, possit in his mutuuum consistere ad numerum: sin minus, non nisi ad pondus. Ideo autem in his rebus duntaxat mutui datio consistit, *quoniam earum datione possimus in creditum ire, eo quod functionem eandem in genere recipiunt per solutionem, quam in specie*; id est, quoniam hæc res natura ita comparatæ sunt, ut aliæ aliarum vice fungantur, ita ut re ejusdem generis soluta, non aliud, sed idem, quod creditum est, videatur redditum: quod secus est in ceteris rebus. Nullæ enim aliæ res tam sunt æqualis ætimationis, ut in suo genere solutæ, aliæ aliarum vice fungantur, & mutuo tantundem præstent: ideoque si non eadum res, quæ accepta est, sed aliæ ejusdem generis redderetur, aliud pro alio solveretur; quod non licet invito creditore. Ad hunc modum disputat Paul. in d. l. 2. §. 1. de reb. cred. Doctissimus Salmasius lib. de usur. cap. 1. textum emendat; & pro *functionem recipiunt*, reponit *suffectionem recipiunt*; ne bis idem dici videatur, cum idem sit, ut ait, solutio, quod functio. In quo, viro clarissimo assentiri non

possunt. Primam quia functionis verbum latius patet, quam solutionis, & ad omnia refertur, quæ vice mutua tantundem præstant, aut quorum alterum alterius vicem explet, l. 6. de reb. cred. etiam ubi nulla intervenit solutio: veluti cum pignoribus fungi dicimur in vicem satisfactionis, l. 7. de prat. stip. vel noxæ datione fungi, l. liber homo. 37. §. 1. ad leg. Aquil. §. 2. Inst. de nox. act. Deinde quia Jurisconsultus ita ut ibi loquitur, loqui non potuit, nisi & quod acceptum in specie redditur, rectè dicatur suffici. Sed in his non sunt positæ opes Græciæ. Forma hujus contractus propria consistit in ipsa mutui datione, sive dominii rerum in accipientem translatione. Idque adeo mutui proprium esse creditum est, ut etiam nomen ab eo acceperit, *quod de mto suum fiat*, d. l. 2. §. 2. de reb. cred. Ex hoc autem intelligimus, & eum, qui credit, dominum esse oportere, & eo animo rem tradi credique, ut is qui accipit, dominus fiat, d. l. 2. §. pen. l. in omnibus. 55. de obl. & act. junct. l. si ego. 18. §. 1. de reb. cred. Enimvero si debitorem meum jussero tibi dare pecuniam, aut si inter nos convenerit, ut pecuniam ex mandati causa debitam crediti nomine retineas, obligaberis mihi, quamvis meos nummos non acceperis. Item si lancem tibi vendendam dederim, ut nummis utereris, perinde mihi obligaberis, ac si vendidisset ipse, pretiumque tibi tradidisset. Admissa enim est in his omnibus fictio brevis manus, auctore Ulpiano in l. 11. & l. 15. de reb. cred. Quamquam difficilior videtur Africanus in l. qui negotia. 34. mand. vid. Cujac. tract. 8. ad African. Illud quoque utilitatis causa receptum, ut si v. c. nummi alieni crediti fuerint, iis bona fide consumptis mutuuum confirmetur, & conditio nascatur: & generaliter, ut quod numeranti præstat pecuniaz translatio, hoc ea ab initio non translatæ præstet consumptio, l. 11. in fin. & 2. l. segg. l. 19. §. 1. de reb. cred. l. 17. de solut. Finis est, ut is qui rem mutuo accepit, pro commo suo ea uti, eamque consumere possit, atque ut aliquanto post rem ex eodem genere, & tantundem (quo æquè bonam quoque intelligimus) creditori reddat, d. l. 2. in pr. de reb. cred. l. 1. §. 2. de obl. & act. quod ipsum natura obligationis mutui continetur, licet de eo nihil nominatim convenerit, l. 3. de reb. cred. Ad effectum quod attinet, transit rei mutuo datæ dominium in debitorem cum obligatione restituendi rem ejusdem generis. Unde est, quod rei, quam mutuo accepit, interitu non liberatur, §. 2. hoc tit. l. 1. §. 4. de obl. & act. nimirum duplici de causa: tum quia regulare est, ut res peteat suo domino: l. 9. C. de pign. act. tum quia mutui debitor, generis debitor est: genus autem nunquam perit, l. 11. C. si cert. per. Creditori hoc nomine acquiritur actio, quæ vocatur certi conditio, hoc text. in fin.

*Numerando, metiendo, &c.*] Quod si v. c. ob signatæ dentur custodiendæ, naturam cujusque corporis imitantur, & tum depositum est.

*Ut accipientium fiant*] Quæ res mutuo dantur, in hoc dantur, ut accipientium fiant, l. 1. §. 2. de obl. & act. l. 2. de reb. cred. Cujus rei ratio est, quia nisi ea lege darentur, ne uti quidem illis liceret, quoniam usus earum sine consumptione planè nullus est.

*Non eadem res*] In mutuo non hoc agitur, ut res eadem numero, quæ data est, reddatur, sicuti in commodato, deposito, pignore, sed alia ejusdem generis; seu,

seu, ut veteres loquuntur, mutuum damus non recipiuri eandem speciem, sed idem genus, *d. l. 2. de reb. cred.* alioqui ex causa mutui nulla fieret alienatio. Secundum quod Ulpianus respondet, non alienari nummos, qui sic dantur, ut restituantur, *l. qui sic. 55. de solut.* Quod tamen non eo pertinet, ut non liceat debitori eandem speciem, quæ accepta est, si fortè ea usus non sit, creditori restituere, atque eo modo se liberare, quasi hoc sit contra conventionem, ut putabat Azo; nam totum hoc solius debitoris gratia cautum intelligitur, ut scilicet ille rem mutua utatur, si velit: sin autem usus non sit, nihil prohibet, quominus eandem reddat, dum reddat non deterior: sic enim vel maximè res ejusdem generis ejusdemque bonitatis redditur, quod solum hujus contractus obligatio exigit, *Joan. Bart. in d. l. 2. v. 3. Zas. v. 9. Don. n. 5.* Porro dum res reddatur ejusdem generis, eademque bonitate, idque suo loco ac tempore, aut alias ante litem contestatam, quantumque sit præsens æstimatio, debitor liberatur, ita ut æstimatio præcedentis temporis in quæstionem non veniat, sed & auctæ commodum & incommodum demerit, pertineat ad creditorem, per *l. vinum. 22. de reb. cred.* quippe æstimatio extra rem est, magisque proficitur ex rerum copia aut inopia, quam bonitate. *Don. ad d. l. 3. n. 5. & seq.* At enim æstimatio, quia credita non est, pro re credita invito creditori obrudi non potest, *arg. d. l. 2. §. 1. l. 1. de rer. perm. DD. comm. in d. l. vinum. Wesemb. par. de reb. cred. num. 12.* quamvis contrarium usus servet. *Morul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. c. 2. v. 22.* Quod si tamen necesse sit condemnationem fieri in rei petitæ æstimationem, quia fortè res præstari non possit, aut commutata præcedentis temporis æstimatio, quam æquum sit actorem consequi, in ea ineunda temporis contestata spectandum erit, & si mora facta sit, quantum æstimatio postea crevit, præstandum, *d. l. vinum. l. ult. de cond. tritic. l. quoties. 59. de verb. obl. l. 37. mandat.* Specialem rationem in nummis mutuo acceptis habet, quod eos necesse non sit reddi in eadem forma aut materia, nisi creditor ex ea re damnum aliquod passurus sit, *l. creditorem. 99. de solut. arg. l. qua extrinsecus. 65. §. 1. de verb. oblig.* Quippe etiam tunc intelligitur idem genus nummorum redditum, cum v. c. pro aureis creditis tot argentei redditi sunt, qui eandem quantitatem efficiunt, puta pro uno aureo, qui valeat decem argenteos, totidem argentei probi & locabiles. Nam nummus non tam ex materia æstimatur, quam ex hominum instituto seu valore impositio. Id est, in nummis non tam inspicitur corpus, materia, numerus, qualitas, quam potestas, valor, seu æstimatio, *l. 1. de contr. empr.* ut proinde, qui aureum debet, non præcisè corpus hujusmodi debere intelligatur, sed potius ipsius valorem seu potestatem publica lege ei impositam. Sic accipiendum illud Senecæ *6. de benef. c. 5. pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.* Cæterum ita demum nummos mutuo acceptos solvere in alia forma aut materia licet, si id fiat sine injuria creditoris: si damnum ex ea re passurus sit creditor, non licet, juxta responsum Pauli *d. l. creditorem. 99. de solut.* Atque hinc pendet decisio nobilissimæ quæstionis, si post contractum æstimatio nummorum creverit aut decreverit, utrum in solutione facienda spectare oporteat valorem,

quem habebant tempore contractus, an qui nunc est tempore solutionis: intellige si nihil de ea re expressè dictum sit, neque mora intervenerit. Car. Molinaeus *tract. de usur. n. 693. & seqq. Hocom. illustr. quæst. 15. Don. ad l. 3. de reb. cred. num. 10. & 11.* contendunt tempus contractus inspiciendum esse, id est, ea æstimatione nummos reddendos, non quæ nunc est, sed quæ initio fuit, cum dabantur. Nimirum nihil illi in pecunia numerata præter æstimationem considerandum putant, totamque nummi bonitatem in hac ipsa æstimatione consistere: ac proinde creditori non facere injuriam, qui eandem æstimationem, quam accepit, reddi: tantum enim reddere eum, quantum accepit, quod ad solutionem mutui sit satis. Itaque secundum horum sententiam, si 100. aurei mutuo dati sint, cum aureus valebat asses 50. reddantur autem, cum singuli valent asses 55. debitor reddens creditori aureos 90. aut in singulos aureos 50. asses reddit, quantum accepit, & liberatur: & vicissim si imminuta sit ad eundem modum aureorum æstimatio, non liberatur, nisi reddat aureos 110. aut in singulos aureos asses 55. Bartolus vero in *l. Paulus. 101. de solut. Bald. in l. res in dotem. 24. de jur. dot. Casty. in lib. 3. de reb. cred. & DD. comm.* ut videre est apud *Boer. decis. 327.* contra censent, spectandum esse in proposito tempus solutionis, id est, aucto vel deminuto nummorum valore, ea æstimatione reddi eos oportere, non quæ tunc fuit, cum dabantur, sed quæ nunc est, cum solvuntur, neque aliud statui posse sine creditoris aut debitoris injuria. Quæ sententia, ut mihi videtur, & verior & æquior est. Nam quod contrariæ sententiæ auctores unicuique urgent, in nummis non materix, sed solius æstimationis impositivæ atque externæ, quam ob id vulgo extrinsecam nummi bonitatem vocant, rationem duci, nummumque nihil aliud esse, quam quod publicè valet, vereor, ut simpliciter verum sit. Utique enim materia numismatis fundamentum est & causa valoris: quippe qui variatur pro diversitate materix: oportetque valorem hunc justa aliqua proportione materix respondere: neque in bene constituta repub. nummo ea æstimatio imponi debet, quæ pretium materix, ex qua cuditur, superet, aut superet ultra modum expensarum, quæ in signanda pecunia fiunt; quod ad singularum specierum valorem parum addere potest. *Vid. Covar. de vet. coll. numism. cap. 7. num. 7.* Sed hoc ad actus & præstationes privatorum non pertinet. Illud pertinet, quod si dicimus, creditis nummis nihil præter æstimationem eorum creditum intelligi, necessario sequitur, creditorem teneri in alia forma aut materia nummos accipere contra definitionem Pauli in *d. l. 99. de solut.* etiam si damnum ex eo passurus sit: nam qui recipit quod credit, nihil habet quod conquerratur. Sequitur & hoc, si contingat mutari nummorum bonitatem intrinsecam, id est, si valore veteri retento percutiantur novi nummi ex deteriore materia, quam ex quacumque, qui dati sunt, puta si qui dati sunt, cusi fuerint ex puro auro, postea alii feriantur ex auro mixto puro & mixto ex ære, debitorem restituendo tot mixtos & contaminatos, quot ille puros accepit, liberari cum insigni injuria creditoris: & contra interpp. pene omnium doctrinam, qui hoc casu solutionem faciendam esse statuunt ad valorem intrinsecum monetæ, qui currebat tempore contractus, testibus *Gail. 2. obs. 73.*

n. 6. & 7. Borcholt. de feud. ad cap. un. qua sunt regal. num. 62. Illud enim maximè in hac disputatione considerandum est, quoniam hic finis nummi principalis est, ut serviat rebus necessariis comparandis, auctore Aristotele 1. Polit. 6. quòd mutata monetæ bonitate sive extrinseca sive intrinseca, pretia rerum omnium mutantur, & pro modo auctæ aut imminutæ bonitatis numerorum crescunt aut decrescant: quod ipsa docet experientia: eoque facit l. 2. C. de vet. num. pos. lib. 11. Crescunt rerum pretia, si deterior materia electa, aut manente eadem materia valor auctus sit: decrescunt electa materia melioris, aut si eadem bonitate materia manente valor imminutus fuerit. Fallitur enim imperitum vulgus, dum sibi persuadet, ex augmento valoris aurei aliquid sibi lucri accedere. Hoc autem fundamentoposito, siquidem neutri contrahentium injuriam fieri volumus, ita definitendum videtur, ut si bonitas monetæ intrinseca mutata sit, tempus contractus, si extrinseca, id est, valor impositivus, tempus solutionis in solutione faciendi spectari debeat. Atque ita sæpissimè judicatum est. Boer. decis. 327. Ann. Rogbert. lib. 1. rer. jud. c. ult. Myns. 4. obs. 1. Gail. d. obs. n. 6. & seqq. Borcholt. ad d. c. un. qua sunt regal. n. 58. & seqq. Christm. vol. 3. dec. 1. n. 2. D. Jac. Coren. dec. Cur. supr. Holl. 23.

13 Ejsdem natura & qualitatibus Id est, ejusdem generis & eadem bonitate. Luc. c. 6. ver. 34. δυνείζουσιν ἰνα δύνωσι πάλιν. Atque horum alterum, ut res ejusdem generis reddantur, mutuo essentialie est, l. 2. de reb. cred. alterum, ut eadem bonitate, natura quidem mutui continetur, sed de substantia sive essentia mutui non est, l. 3. eod. Itaque prius pacto mutari non potest, quin in alium contractum res abeat. Nam si hoc actum, v. c. ut pro oleo vinum, aut frumentum pro vino redderetur, non mutuum, sed permutatio est, l. pen. C. de rer. perm. sive contractus, Do ut des, l. 5. §. 1. de præscr. verb. Posterior potest salvo manente mutuo, ad cujus substantiam hoc solum requiritur, ut debeat idem genus, d. l. 2. arg. d. l. 3. junct. d. l. 5. §. 4. Quæ in contractibus sint substantialia, quæ naturalia, quæ accidentalia, ex communi sententia tradit Gab. Mudam tract. de contr. empt. part. 5. n. 13. & seq. Phil. Matrb. ad l. 27. de reg. jur. Bellon. 1. supput. c. 5.

14 Ut ex meo tuum fiat] Bella hæc Jurisconsulti in d. l. 2. §. 2. allusio est, non vera hujus verbi originatio, quod Varro lib. 4. de Ling. Lat. à voce Sicula μῆτον deducit; Si datur, inquit, quod reddatur, mutuum est, quod Siculi μῆτον. Sed & hoc ipsum videtur esse ex μῆ & τὸν pro πῶν. Gros. Flor. spars. De quo plura D. Salmasius lib. de usur. c. 1. Cave autem credas, quod idem ibidem asserit, in mutuo de meo tuum non fieri: imo nisi de meo tuum fiat, non est mutuum, d. l. 2. & passim. de reb. cred. sed vide notata sub §. ult. sup. quib. alien. lic. D. Cujac. 11. obs. 37. à mutatione potius dictum existimat, quod mutetur hoc genere pecunia cum pecunia, dum par quantitas accipitur & redditur: quo etiam alludere videtur Cic. in epist. quadam ad Q. Metellum his verbis; Quod autem scribis pro mutuo inter nos animo; quid tu existimes esse in amicitia mutuum, nescio. Equidem hoc arbitror, cum par voluntas accipitur & redditur. Sed & verbum mutare à Siculo μῆτον suum fecisse videntur Latini. D. Salmasius d. loc.

Qua vocatur certi conditio] Mutuum contractus est μῆτον ἢ ἀπὸ τοῦ, ex uno tantum latere obligationem pariens, non ultro citroque: nam is solus ex hoc contractu obligatur, qui mutuum accepit, & adversus hunc mutuanti datur illa actio, quam Justinianus ait vocari certi conditionem. De hac conditione magna est, licet non adeo magni momenti, quaestio, utrum scilicet specialis ea sit, an generalis; id est, utrum conditio certi ex mutuo propriam & distinctam naturam ab aliis certi conditionibus habeat, an sit ejusdem naturæ in genere cum cæteris, & cum his, ex quacumque causa competant, sub communi genere conditionis certi contineatur. Prius placet interpretibus Citramontanis, duplicem certi conditionem stuentibus, unam specialem, quæ competat ex causa mutui (addunt aliqui & eam, quæ competit ex causa stipulationis, inf. de verb. obl. in pr.) alteram generalem, quæ competat ex causis & obligationibus cæteris, ex quibus certum debetur; quam superiori, ut speciem diversæ naturæ, opponunt Accurs. Bart. Castr. f. as. in l. 9. de reb. cred. Cyn. Salic. ad rubr. C. si cert. pos. Posterior verò Ultramontanis visum est, qui unum duntaxat commune genus certi conditionis agnoscunt, sub quo tam ea, quæ ex mutuo aut stipulatione, quam quæ ex aliis causis competit, contineatur, & ejusdem naturæ: quæ sententia verior est, per l. 24. de reb. cred. l. 5. §. 4. de obl. & act. & d. l. 9. de reb. cred. qui locus aperte ostendit, in genere unam esse certi conditionem, in quo, quæcumque sit causa petendi, petitio omnis certi conveniat, sive petatur ex mutuo, sive ex stipulatione, sive ex causa legati, sive ex causa furtiva, &c. Quod si pro diversitate causæ agendi, quod medium concludendi Bartolus vocat, conditionem certi distinguere velimus, quod per me licet, tot erunt ejus species statuendæ, quot sunt causæ agendi propriæ. Putavit Bartolus, conditionis certi ex mutuo hoc proprium esse, quod in ea instituenda speciali medio concludendi utendum sit, videlicet quia mutuavi: in cæteris verò speciebus, & conditione certi generali sufficere, si dicam me certum petere. Quod falsum est. Utique enim cum, exempli gratia, centum peto ex causa legati, utorque in eo conditione certi, concludere debeo, quia mihi legata, ut actio, speciem futuræ litis demonstrat, arg. l. 3. C. de edend. Zas. ad d. l. 9. de reb. cred. n. 9. & seq. Don. ibid. n. 4. & seq. Gædd. de contr. stipulat. c. 11. conclusion. 2.

## T E X T U S.

## De indebito soluto.

\* I. Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur, daturque agenti contra eum propter repetitionem condictionis actio. Nam perinde ei condici potest, si apparet, eum dare oportere, ac si mutuum accepisset. Unde pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, non tenebitur indebiti conditione, non magis quam mutui datione. Sed hæc species obligationis non videtur ex contractu consistere; cum is, qui solvendi ani-



mo dat, magis voluerit negotium distrabere, quam contrahere.

NOTA.

1. *Per errorem*] Rectè per errorem: nam qui sciens se non debere solvit, non repetit, l. 1. §. 1. l. 26. §. 3. de cond. ind. propterea quod donasse censetur, l. 53. de reg. jur. Errorem an facti duntaxat intelligere debeamus, an etiam juris, v. inf. de obl. qua q. ex contr. §. 6.

*Ac si mutuum accepisset*] Quod Cajus sic expressit, eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus, l. 5. §. 3. de obl. & act. Unde Cujac. 8. obs. 34. & par. C. de cond. ind. solutionem indebiti factam in iis, quæ pondere, numero, &c. constant, promutuum vocat. Quod si alix res solvantur, quibus in creditum non itur; promutuum non est: & agendum sola conditione indebiti.

*Non videtur ex contractu*] Vid. inf. de obl. qua quas. ex contr. §. 6.

COMMENTARIUS.

**P**er occasionem disputationis de mutuo subjicitur hic aliquid de indebito per errorem soluto, ut ex textu apparet. Habet enim solutio indebiti multa cum mutui datione communia, quæ congestit Cujacius 8. observ. 34. Duo hic referuntur, ut statim videbimus. Cæterum non est hujus loci proprium, tractare de obligatione ejus, qui indebitam pecuniam quasi à debitore accepit: quippe quæ obligatio non est ex vero contractu, sed quasi ex contractu oritur, ut demonstrabitur suo loco. Planè, si quis dubitans nominatim hac lege solverit, ut si postea apparet esse indebitum, redderetur, hoc casu magis est, ut ex vero contractu accipiens obligetur.

*Re obligatur*] Requiritur enim ad hanc obligationem producendam, ut quid solutum sit, sive naturaliter datum & præstitum solutionis causa, tanquam debitum.

*Conditio actio*] Id est, conditio indebiti. Actio enim conditio idem valet, quod conditio, l. si quis. 24. de reb. cred. l. 7. de cond. ca. dat. §. 24. & seq. inf. de act.

*Perinde ac si mutuum*] Prima convenientia indebiti soluti cum mutuo ex duabus, quarum hic fit mentio. Sic Cajus in l. 5. §. 3. de obl. & act. scribit, eum, qui non debitum accepit, eadem actione teneri, qua debitores creditoribus: ubi debitorum & creditorum nomen strictè ad mutui duntaxat causam refertur. Enimvero & qui indebitum accepit, & qui mutuum, tenentur eadem actione, quod attinet ad idem actionis genus: uterque enim tenetur conditione certi: cæterum pro causæ petendi diversitate sunt etiam hæ diversæ species conditionis certi, conditio ex mutuo & conditio indebiti: differunt enim mutuum & solutio indebiti ratione objecti: siquidem mutuum earum tantum rerum est, quæ pondere, numero, mensura constant: solvi autem per errorem quasi debita etiam quævis alia possunt, & soluta condici, quibus in creditum non itur. Quamobrem non satis causæ video, cur solutionem indebiti pro mutuum Cujac. vocet.

*Unde pupillus, &c.*] Altera indebiti soluti cum mutuo similitudo. Ut pupillus mutuum pecuniam sine tuto-

ris auctoritate accipiendo non obligatur, l. 59. de obl. & act. ita nec accipiendo pecuniam indebitam; nisi solutione factus sit locupletior, l. 13. §. 1. de cond. ind. quod generale est, l. 5. de auct. tut. l. 4. §. 4. de dol. exc.

*Non videtur ex contractu*] Ideoque melius à Cajo collocatur in earum classe, quæ quasi ex contractu nascuntur, l. 5. §. 3. de obl. & act. Sed & à Justiniano ob hanc causam infra in eodem ordine repetita est, t. 28. hujuslib. ubi nos etiam accuratius de ea disputamus.

TEXTUS.

De cominodato.

2. *Item is, cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obligatur, & tenetur commodati actione. Sed is ab eo, qui mutuum accepit, longè distat: namque non ita res datur, ut ejus fiat; & ob id de ea re ipsa restituenda tenetur. Et is quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit, veluti incendio, ruina, naufragio, aut latronum hostiumve incurso, nihilominus obligatus manet. At is, qui utendum accepit, sanè quidem exactam diligentiam custodienda rei prestare tenetur: nec sufficit ei, tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat eam rem custodire. Sed propter majorem vim, majoresve casus, non tenetur, si modo non ipsius culpa is casus intervenerit: alioqui si id, quod tibi commodatum est domi peregre tecum ferre malueris, & vel incurso hostium prædonumve, vel naufragio amiseris: dubium non est, quin de restituenda ea re tenearis. Commodata autem res tunc proprie intelligitur, si nulla mercede accepta vel constituta res tibi utenda data est: alioqui mercede interveniente locatus tibi usus rei videtur. Gratuitum enim debet esse commodatum.*

NOTA.

2. *Item is, cui res, &c.*] Ex Cajo l. 1. §. 3. de obl. & act.

*Re ipsa restituenda*] Quoniam qui commodato datum rei proprietatem retinet, l. 8. & 9. commod. qui mutuum, rem facit accipientis.

*Qui mutuum accepit, si fortuito casu, &c.*] Tum quia res regulariter perit suo domino, l. 9. C. de pign. act. tum quia mutui debitor, generis debitor est, quod perire non potest, l. 11. C. si cart. pet. nam genus non est quid materiale, sed intellectuale, quod passionem non recipit.

*Modo alius diligentior*] Continet hic locus descriptionem diligentie summæ, cui opponitur culpa levissima, id est, cum quis alias mediocriter diligens, in eo peccat, quod vir diligentissimus vitare potuisset. In summa com-

modatarius præstat & dolum & omnem culpam : excipe species in d. l. 5. §. 10. & d. l. 18. in fin. *prac. commod.*

*Nulla mercede* ] Commodare enim officii est & humanitatis, l. 17. §. 3. *commod.* Petron. *Sive ergo nobis vendis, quod peto, mercator paratus est: sive quod humanius est, commodas, effice, ut beneficium debeam.* Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia, quæ sunt vincula amicitix, l. 1. §. ult. *mand.*

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

1. *Quid sit commodare, & quid commodatum differat à precario.*
2. *Contractuum quosdam esse  $\mu\upsilon\upsilon\omicron\lambda\lambda\omicron\upsilon\pi\upsilon\varsigma$ , quosdam  $\delta\iota\omega\lambda\lambda\omicron\upsilon\pi\upsilon\varsigma$ , alios medii generis.*
3. *Notatur duplex differentia inter commodatum & mutuum.*
4. *Dolum in omnibus contractibus præstari: casum fortuitum in nullo, & quid utrumque: sum an periculi nomine semper casus veniat.*
5. *Inter casus fortuitos non numerari, qui cum culpa conjuncti esse solent: & qui isti casus.*
6. *Quibus ex causis cessat regula de casibus fortuitis non præstandis.*
7. *Culpa quid & quotuplex: plenius quam vulgo.*
8. *Quid culpa lata, qua & dolo proxima.*
9. *Quid culpa levis.*
10. *Quid levissima: ubi & alia minus trita.*
11. *Latam culpam non minus quam dolum in omnibus contractibus præstari, rejecta Zassii distinctione.*
12. *Qui contractus dolum duntaxat recipiant: qui vero & culpam. Tum in quibus negotiis etiam officii debitor culpam præstet, & diligentiam.*
13. *Positivus exactus, diligens, sæpe pro superlative, exactissimus, diligentissimus, in hac disputatione poni, & contra.*
14. *Consecraria ex textu deducta.*
15. *Quando culpa à commodatario abesse intelligatur.*
16. *Commodatum proprie nullum nisi gratuitum.*

**S** Ecunda species obligationis, quæ re contrahitur, ex quatuor, quæ hoc tit. recensentur, est obligatio commodati. Commodare est rem alicui gratis certo modo utendam dare. Est rem utendam dare; proinde non tantum res mobilis, sed etiam soli commodari potest, veluti fundus, ædes: nam & habitationem commodari posse placuit, l. 1. §. 1. *commod. l. 17. in pr. de præscrip. verb.* Quod autem utendum datur, ejus rei non dominium transferitur, sed usus tantum accipiendi ad tempus conceditur salva rei substantia & non tantum proprietatem rei commodatæ, sed etiam possessionem retinemus. l. 8. ff. *h. e.* Ex quo intelligimus, id quod usu consumitur, commodari non posse, nisi forte dicis causa ad pompam vel ostentationem, l. 3. §. ult. l. 4. *commod.* Quanquam auctores aliquando etiam in istiusmodi rebus hoc verbum usurpant, pro mutuo dare scilicet. Cicero *Verrin. 5. commodasti tritici modios sexaginta.* Ut & mutuari pro commodato accipere. *D. Salmas. cap. 7. de usur.* Deinde etiam hoc, commodatarium eam ipsam rem, quam accepit, finito usu restituere debere. Adjecimus *gratis*, quia nisi gratuito res utenda concedatur, commodatum non est, sed aliud genus contractus, *hoc text. in fin.* Denique consulto addimus, *certo modo*, ut hac nota commodatum (quod quidam etiam sic dictum

putant, quasi cum modo datum) discernemus à precario, quo quidem & ipso res utenda datur & gratis, sed simpliciter, non ad certum usum: cujus rei hic effectus est, ut precarium statim, cum videtur, revocare liceat, etiam tunc cum ad certum tempus datum est: commodatum non liceat, nisi finito tempore utendi præscripto, l. 1. l. 2. l. 12. *de precar. junct. l. in commodato. 17. §. 3. commod.* Et quia precarium nunquam transit in necessitatem obligationis, inde est, quod nec ulla jure civili eo nomine actio est, sed interdictum de precario introductum, l. 14. *de precar. l. 14. §. 11. de furs.* quod tamen cessat, cum quis de re sibi restituenda cautum habet, l. 15. §. 3. *de precar.* & tunc ager precario dans vel ex stipulatu, si stipulatione sibi caverit; vel præscriptis verbis, si pacto, l. 2. §. 2. l. 19. §. ult. *cod.* ubi vocatur conditio incerti, quia condicitor possessio rei precario rogatæ, *vid. l. 15. §. 1. l. qui exceptionem. 40. §. 1. de condict. indeb.* Plane ipse commodatarius quovis tempore rem reddere potest; quippe cui licet non uti, & beneficio renuntiare.

*Re obligatur* ] Commodare non est convenire de re utenda danda, quod nudum pactum est, sed utendam dare & tradere: unde satis intelligitur, si qua hic contrahitur obligatio, eam non solo consensu contrahi, sed re, l. 1. §. 3. *de obl. & act.*

*Commodati actio* ] Directa scilicet. Potest enim ex hoc contractu etiam commodatario actio quæri adversus commodantem, quæ contraria dicitur, sicut in deposito quoque & pignore usu venit, item in mandato, negotiis gestis, tutela; de quibus infra suis locis. Nimirum quod hic notandum est, contractuum quidam sunt  $\mu\upsilon\upsilon\omicron\lambda\lambda\omicron\upsilon\pi\upsilon\varsigma$ , qui ex uno tantum latere obligant; quidam  $\delta\iota\omega\lambda\lambda\omicron\upsilon\pi\upsilon\varsigma$ , qui ultro citroque; quidam mediæ inter hæc genera naturæ, ex quibus nec semper unus, nec semper uterque obligatur: quamvis & hi inter  $\delta\iota\omega\lambda\lambda\omicron\upsilon\pi\upsilon\varsigma$  numerentur, *sup. tit. de auct. tut. in princ.* Primi generis sunt mutuum & stipulatio, quorum ea natura est, ut & ab initio ex uno tantum latere obligent, eum scilicet, qui accepit aut promisit, nec ex postfacto conditionem mutant. Secundi generis sunt emptio, locatio, societas; ex quibus statim mutua nascitur obligatio. Estque in his par utriusque contrahentis in obligatione constituenda ratio. Intermedii generis sunt commodatum, depositum, pignus: qui contractus natura comparati sunt ad unum duntaxat obligandum, eum qui accepit videlicet; ut liquet ex fine principali contrahentium: neque ab initio dantem itidem obligant: sed fit tamen in his sæpe ex postfacto & accidenti, ut contra ille quoque, qui dedit accipienti obligetur, veluti si accipiens in rem acceptam necessarias impensas fecerit, aut per causam rei damnum passus sit, quas impensas refundi damnumque ei sarciri æquum est, l. in *commodato. 17. §. 3. l. in rebus. 18. §. 2. l. pen. commod. l. si servus. 31. de pign. act. l. 5. de pos.* Atque hinc actiones, quibus commodatarius, depositarius, creditor pigneratitius tenentur, ut scilicet rem, quam acceperunt, restituant, nomen directarum acceperunt: quæ vero ex contrario ipsis accommodantur de indemnitate eorum adversus commodantem, deponentem debitorem, contrariæ dicte sunt. Unde *sit. commodati vel contra, depositi vel contra, &c.* Idem quoque usu venit in mandato, & quali contractibus mandato similibus; negotiorum voluntaria admi-

nistrat-

nistracione & tutela. l. 5. pr. & §. 1. de oblig. & act. Contrariæ actiones præter pecuniariam condemnationem ejus, quod agenti abest, nihil habent: quoniam in his de perfidia non agitur, sed tantum de indemnitate actoris: unde nec in litem in his juratur, nec damnatus ex ulla causa fit infamis, l. 5. de posis. l. 6. in fin. de his qui morant. infam. §. penult. infr. de poen. tempore litigant.

3 Ab eo qui mutuum accepit.] Notantur ex Cajol. l. 1. §. 4. de obl. & act. dux differentia inter mutuum & commodatum. Quarum prima est, quod is qui mutuum dat, rem facit accipientis: is vero qui dat commodato, proprietatem rei retineat, l. 8. & seq. commod. cui proinde eadem res in specie seu eadem eodem numero finito usu restituenda sit. Altera, quod is qui mutuum accepit, fortuita amissione ejus, quod accepit, non liberetur; cujus rei ratio sub princ. hujus tit. indicata est: commodatarius vero liberetur, si res sine facto ejus perierit, exemplo cæterorum debitorum, qui speciem aliquam debent, l. 5. de reb. cred. l. si ex legati. 23. de verb. obl.

Sane quidem exactam diligentiam] Si res alienæ vel aliis debitæ peremptæ, deperditæ, aut deteriores apud nos factæ fuerint, quaritur, non in commodato tantum; sed in omnibus fere contractibus & negotiis, ad cujus id damnum pertineat. Quæstio diffusa & perquam difficilis, cujus sedes in r. est l. contractus. 23. de reg. jur. l. 5. §. 2. commod. In Institutis hoc potissimum loco tractatur. De eo inter omnes convenit, aliud in proposito statuendum esse, si dolo malo, aliud si culpa debitoris, aliud si casu fortuito quid eorum, quæ diximus

4 contigerit. De dolo & casu facilis præceptio est, culpæ difficilior explicatio. Dolus est occulta machinatio consulto ad nocendum alteri adhibita, l. 1. §. 2. de dol. mal. Eum omnes contractus recipiunt, sive, quod idem valet, in omni contractu dolus præstat, d. l. 5. §. 2. commod. d. l. 23. de reg. jur. Cujus definitionis hæc sententia est; Quicquid quovis in contractu dolo malo factum est à debitore, quo res periret, deterior fieret, aut deperderetur, detrimentum esse debitoris, perindeque eum teneri, ac si nihil eorum accidisset. Adeo autem in omni judicio dolus præstat, ut nec conventionone contrarium effici possit, videlicet ne dolus præstetur, cum talis conventio sit contra bonos mores, invitæque ad delinquendum, d. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. illud. 7. de pos. l. si unus. 27. §. 3. & 4. de pact. Plane de præterito dolo pacisci licet, & actionem quæsitam remittere, l. 7. §. si paciscar. 14. d. l. 27. §. 4. de pact. Casus fortuiti contraria definitio est: nam ut dolus ab omnibus & in omnibus judiciis præstat, ita contra casus fortuiti nullo judicio & à nemine præstari dicuntur, d. l. 23. de reg. jur. in fin. l. 6. C. de pign. act. ubi verba illa, in nullo bonæ fidei judicio, adjecta non sunt ad excludenda judicia stricti juris, per l. 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred. sed addita propter eos contractus bonæ fidei, in quibus solius debitoris utilitas versatur, cujus generis est commodatum: nam si hic non præstatur casus, multo minus illic præstari debet, ubi solius creditoris commodum vertitur, quantumvis contractus sit stricti juris, ut bene Don. ad d. l. 6. v. 21. casum fortuitum definimus omne, quod humano captu prævideri non potest, aut cui præviso non potest resisti, l. in rebus. 18. commod. l. ex conducto. 15. §. 2. locat. d. l. 6. C. de pignar. act. Alio generali nomine casus & vis major dicitur, l. 13. in fin.

de pign. act. l. si merces. 25. §. vis major. 6. locat. l. 1. §. 4. de obl. & act. item fatum & damnum fatale, l. 16. de rei vind. l. 5. §. 4. commod. l. 3. §. 1. naut. caup. stab. l. 2. in fin. de peric. & commod. rei vend. cum sim. Qui vero periculum dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, l. 4. l. 11. de reb. cred. l. 17. §. 1. 2. pen. de præscr. verb. l. 12. & 2. seqq. de peric. & comm. l. 1. C. commod. l. 9. C. de pign. act. Sed non semper: Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstare & maxime levissimam nos oportet, non etiam casum improvisum, l. 13. §. 1. de lib. ca. l. qui mercedem. 40. locat. l. non ob eam. 25. pro soc. l. 14. §. qualis. 16. de furt. l. 1. §. sepe. 35. de pos. l. 3. pr. naut. caup. stab. & passim hæc phrasæ occurrunt, periculum custodia subiri; periculo culpa vel negligentia subjici, adstringi, illigari; l. un. §. 4. furt. ad naut. l. 1. tutores. 39. §. tutores. 12. & l. seq. de adm. tut. d. l. 1. §. sepe. de pos. Sed & appellatione casus interdum negligentia significatur. Casus, scribens ad legem duodecim tabb. casu, inquit, id est negligentia, l. 9. de incend. ruin. naufr. quæ interpretatio confirmatur l. capitulum. 28. §. incendiarii. 12. vers. nam fortuita. de poen. & ita cape l. 5. §. 2. l. 11. §. 2. eod. Casus fortuiti varii sunt, veluti à vi ventorum, turbinum, pluviarum, grandinum, fulminum, æstus, frigoris, & similibus calamitatum, quæ cœlitus immittuntur. Nostri vim divinam dixerunt, Græci ἑσπία. l. si merces. 25. §. vis major. locat. item naufragia; aquarum inundationes, incendia, mortes animalium, ruinæ ædium, fundorum chasmata, incurfus hostium, prædonum impetus, &c. fuge servorum, qui custodiri non solent. Quæ species passim occurrunt, d. l. 23. de reg. jur. d. l. 5. §. 4. l. 18. commod. l. 15. §. 2. locat. d. l. 3. §. 1. naut. caup. stab. His adde damna omnia à privatis illata, quæ quominus inferrentur, nulla cura caveri potuit, l. ad eos. 19. commod. l. si ea. 31. de act. empr. l. sed de damno. 41. locat. Ad casus autem fortuitos non sunt referendi illi casus, qui cum culpa conjuncti esse solent: cujusmodi sunt furta, l. cum duobus. 52. §. 3. pro soc. l. 14. §. 1. de peric. & comm. item incendia intrinsecus orta, l. 3. §. 1. de off. præf. vig. l. 11. de peric. & comm. rei vend. Quamobrem qui rem furto amissam, vel incendio, verbi causa servorum negligentia orto, consumptam dicit, is diligentiam suam probare debet. Quod vero incendium in alienis ædibus obortum occupat ædes vicinas, aut quod fulmine excitatur, aut à grassatoribus vel incendiariis immittitur, id inter casus fortuitos numerari debet, vid. Gail. 2. obs. 21. Sando lib. 3. tit. 6. num. 9. Fachin. 1. contr. 87. Don. ad l. 6. C. de pignor. act. num. 6. & 3. seqq. Scharf. ibid. num. 4. Moller. 4. semestr. 31. D. Tuld. in comm. ad tit. de leg. Aquil. cap. 8. Porro regula de casibus fortuitis non præstandis proposta, certa & perpetua est: ubi nihil amplius debitori objicitur, quam casus fortuitus: cessat autem si aut mora casum præcesserit, aut debitor rei periculum in se ultro susceperit. Et enim moræ intervenientis hic effectus est, ut obligatio perpetuetur. Quod hanc habet sententiam; Si res debita post moram à debitore factam perierit, ipsius id detrimentum esse, perindeque eum perpetuo teneri, ac si res adhuc extaret, l. 23. de verb. oblig. l. nemo. 82. §. 1. l. si servum. 91. §. 3. eod. add. Christin. vol. 2. decis. 117. Conventio quoque in negotio gerendo interpo-

sita de casu præstando facit, ut debitorem damna fatalia sequantur, l. 1. §. *sape*. 35. *depos.* l. 23. *de reg. jur.* l. 1. C. *depos.* Medium inter duo illa extrema, dolum & casum fortuitum, culpa est. Hæc neque unius est generis, neque quævis à quovis debitore præstatur. Proinde quæstio de præstatione culpæ huc redit, primum ut norimus, quid sit culpa, & quotuplex; tum quæ culpæ species quibus in contractibus præstentur. Culpam omnino factum inconsultum, quo nocetur alteri injuria. Facti nomine etiam quod omissum neglectumve est, intelligimus: nam & non facere, quod facere oportet, culpa est, l. *si servum*. 91. *pr. de verb. oblig.* sicut è contrario & negligentia adscribitur, quod temere & inconsulte quis agit. Dicimus factum inconsultum, ut culpam secernamus tum à dolo, tum à casu fortuito. A dolo, quia dolum non est sine consilio & proposito nocendi, culpa est ἀποπειρεῖσθαι. A casu fortuito, quia quod inconsiderate & per negligentiam fit, humanitus vitari & prudenti ac diligenti consilio caveri potest; unde culpa alio nomine negligentia dicitur, §. *seq. hoc tit.* l. 1. §. *is quoque*. 5. *de obl. & act.* l. *socius socio*. 72. *pro soc.* l. *cedere diem*. 213. §. *ult. de verb. sign.* Græcis ἀμίλεια. Damna autem fatalia nec consilio se regi patiuntur, nec humana prudentia averti possunt. Addimus injuria: nam quod jure permittente fit, non magis delictum est, quam id factum quod alii non nocet, l. *Gracibus*. C. *ad leg. Jul. de adult.* Species culpæ quot sint, & quid singulæ, in libris juris, quos habemus, ex professo traditum aut explicatum non est: meminerunt tamen prudentes culpæ latæ, item levis, & levissimæ. Quamobrem tres hæc culpæ species, aut si mavis gradus, faciemus iisdem appellationibus inter se distinctas, latam, levem, levissimam: nam & ex adverso tot sunt species seu gradus diligentia. Est enim diligentia quædam minima seu infima; est media, μέση ἀμίλεια: est & maxima, quam Græci μέγανθη, item ἀρετή, & ἀρετὴ ἐπιπλοῦ appellunt.

8 *vid. Scholiast. Harmonop. lib. 6. tit. 2.* Latam culpam è regione opponimus infimo gradui diligentia, ut sit omissio ejus diligentia, quam omnes homines suis rebus adhibere solent; aut id factum in re aliena, quod nemo admitteret in re propria. Itaque in lata culpa est, qui non prospicit, curat, cavet, quod omnes, qui modo sensu communi præditi sunt, provident, & intelligunt, se cavere aut curare debere, *dist. l. cadere diem*. §. *ultim.* l. *lata*. 223. *de verbor. sign.* l. *quod Nervæ*. 32. *depos.* l. *penult.* §. 2. *de jure & fact. ign.* veluti si quis noctu ædium ostia aut fenestras, per quas de plano intrari potest, apertas reliquerit; aut si quis rem fidei suæ commissam in loco publico aut eo, quo quivis accedere potest, incustoditam jacere patiatur, credens, neminem venturum qui auferat. Hac eadem culpa peccat, si quis rem, quam vendere debebat, corrumpi passus sit, l. *mulier*. 22. §. 3. *ad sen. Trebell.* item putator arboris, qui non proclamans ramum in viam publicam dejicit, eoque istu prætereuntem interficit, l. 7. *ad leg. Corn. de scar.* Alia exempla hujus culpæ habes in l. 8. §. *ultim.* & l. 29. §. 3. *mand.* In summa, quicumque non facit in re aliena, quod vel minimum diligens homo in sua faceret, hujus culpæ reus est. Dicitur & culpa latior, *dist. l. 32. depos.* gravior, l. *homo liber*. 54. §. 2. *de acquir. rer. dom.* Item lata, magna, crassa, supina, dissoluta negligentia, l. *magna*. 226. *de verbor. sign.* l. 7. §. 2. *de adm. int.* l. 7.

§. 1. *de susp. tut.* l. 29. *princ. mand.* l. *cum sex*. 55. *de adil. edict.* l. 6. *de jur. & fact. ignor.* & passim per periphrafin culpa dolo proxima, l. 4. *de mag. conv.* l. *cum res*. 47. §. *pen. de legat.* l. 1. l. 8. §. 3. *de precar.* l. 22. §. 3. *cum similibus.* Levem culpam opponimus diligentia medix, ut intelligatur esse omissio ejus diligentia, quam hominum natura desiderat, id est, mediocris, & quam vulgo homines frugi suis rebus adhibere soliti sunt, *argum. d. l. 32. depos.* aut id admissum in re aliena, quod diligens paterfam, non committeret in re sua. Et ideo in jure nostro non exigitur ad consuetudinem hominis diligentissimi, sed ad eum modum, quo quis curat res proprias, *hoc text.* l. 1. §. 4. *de oblig. & act.* l. *heredes*. 25. §. *non tantum*. 16. *famil. ercisc.* l. 1. *de sut.* & *rat. distr.* l. 17. *de jur. dot.* l. *socius socio*. 72. *pro soc.* l. 22. §. 3. *ad Trebell.* modo ne nimium negligenter in suis quoque rebus versetur: nam in abstracto hoc magis consideratur, quam in concreto, relatione habita ad diligentiam talem, qualem communiter bonus & diligens paterfam. suis rebus præstare consuevit, non qualem unus è multis, sed qualem magna pars patrumfam. l. *quod sape*. 35. §. *si res*. 4. *de contr. empt.* l. 14. *de pign. act.* l. 11. *de peric. & comm. rei vend.* Itaque levi culpa peccat, si quis verbi gratia non clauserit fenestras altiores, quam ut de plano intrari possint, & fures admotis scalis ingressi fuerint: aut si incendium domesticorum negligentia exortum sit, quod adhibita consueta boni patrumfam. diligentia præcavere potuisset, l. 11. *de peric. & commod.* Levi culpæ & imperitia fere annumeratur, l. *imperitia*. 132. *de reg. jur.* l. 8. §. 1. *ad leg. Aquil.* l. 9. §. *pen. locat.* Puto autem, imperitiam in artifice, seu qui peritiam alicujus rei proficitur, pro levi culpa habendam, l. 9. §. 5. l. 13. §. 5. *locat.* l. 12. *de furt.* in aliis pro levissima. Denique huic culpæ obnoxius est, quicumque non providet, quodcumque à diligente provideri potuit, l. *si putator*. 31. *ad leg. Aquil.* Hæc species fere in usu juris sola significatur quoties verbum culpæ absolute ponitur, aut dolo opponitur, ut innumeris locis videre est, l. 5. §. 2. *commod.* l. 23. *de reg. jur.* l. 11. *de neg. gest.* l. *heredes*. §. *non tantum*. *fam. erc.* l. 5. §. 3. *de in lit. jur.* l. 1. §. *sape*. 35. *depos.* l. *socius socio*. 72. *pro soc.* l. *in rebus*. 17. *de jur. dot.* l. 5. l. 8. C. *de pign. act. cum simil.* Levissimam culpam opponimus diligentia summæ, ut sit omissio ejus diligentia, quam vigilantissimus quisque atque attentissimus paterfam. suis rebus adhibet, l. *in rebus*. 18. *commod.* l. 1. §. 4. *de obl. & act.* l. 3. *de peric. & com. rei vend.* §. 1. *inf. de obl. qua quas. ex contr.* aut id commissum in re aliena, quod diligentissimus paterfam. omitteret. Quare hanc culpam qui præstat, non excusabitur, si eam rebus alienis diligentiam præstiterit, quam aut ipse aut plerique suis rebus adhibere solent, modo quis alius diligentior majori cura adhibita damnum, quod illatum est, vitare potuerit: nam ad exactissimam diligentiam hæc culpa dirigitur, *hoc text. d. §. 1. inf. de obl. qua quas. ex cont.* d. l. 1. §. 4. *de obl. & act.* d. l. 18. *comm. d. l. 72. prof. soc.* §. *ult. inf. de sociis.* Exempli gratia, non carebit culpa levissima si quis fenestras versus publicum, remotiores à locis, in quibus dormit familia, non munivit clathris aut ferreis perticis. Levissimæ culpæ mentio fit l. *in lego*. 44. *ad leg. Aquil.* passim per oppositum indicatur verbo diligentia aut custodia, quo summa & exactissima

ma significatur, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. cum res. 47. §. pen. de legat. 1.* Etsi vero non omnis culpa ejusdem gradus secundum hanc distinctionem æqualis est: nam qualitas facti & circumstantiæ semper augent aut minuunt culpam, ita ut in hominum actibus certis terminis circumscribi nequeat. Tamen ad cognitionem hujus materiæ poterit nobis sufficere trium graduum distinctio, ut bene ostendit *Decian. lib. 1. tract. crim. c. 6. & Pet. Faber ad l. contractus. de reg. jur. pruden- terque notat D. Taldenus, comment. ad hunc tit. cap. 8.* cum varia hæc sint atque incerta, nimisque vaga, quam ut singula scientiæ & perpetuis regulis subjici possint, magis que ad prudentiam referantur & arbitrium judicis: tamen generalibus his præceptis & definitionibus religionem judicis sufficienter instrui posse, iisdem- que arbitrium illius dirigendum. Restat nunc, ut videam-  
**11** mus, qui contractus quam culpam recipiant. Lata culpa dolo comparatur, perindeque ut dolum in omni contractu hanc culpam præstari placet: non quod revera & facti genere dolum est: contrarium enim ostendit ejus definitio, & loci, in quibus à dolo aperte distinguitur, *l. 22. §. 3. ad Trebell. l. 7. ad leg. Corn. de sic. l. tutori. 20. C. de neg. gest. l. 7. C. arb. ius. sed quia prope fraudem ac dolum accedit, l. si fidejussor. 29. mand. l. 7. §. 1. de susp. ius. & doli ac malitiæ quasi consanguinea est: unde etiam passim culpa dolo proxima vocatur. Nam quod legimus, latam seu magnam culpam dolum esse; *l. quod Nerua. 32. de pos. l. 226. de verb. sign. dolum accipi debere etiam latam culpam; l. 5. §. dolum. 15. ut in poss. leg. magnam negligentiam etiam in doli crimen cadere: l. 1. §. is quoque. 5. de obl. & act. id ad communem juris effectum referendum est; quoniam lata culpa interpretatione juris dolum representat, jure effectum doli patitur. Et quod Celsus scribit, eum, qui lata culpa peccat, fraude non carere, in eo respicit ad violentam præsumptionem, quæ jure pro explorata habetur. Explodenda enim est distinctio Zafii inter latam culpam ignaviæ & versutiæ, quamvis eam probet *Myns. in §. suspectus. sup. de susp. ius.* nam versutiæ culpa quid aliud est revera, quam dolum, quam malitia? Quid Latinis *versutus* aliud, quam homo callidus, qui sese alterius decipiendi gratia in omnes species vertit? Ex hac porro interpretatione est, quod quotiescunque contractus dolum recipere dicitur, verbo doli etiam lata culpa intelligatur, etiam si in lege latæ culpæ mentio non fiat, adeoque et si dolum notetur particulis taxativis, *solum, duntaxat, &c. l. 3. §. 1. naut. camp. stab. l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. ult. de pos. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. l. 8. §. 3. de prec. l. servus. 108. §. cum quidam. 12. de legat. 1. §. seq. hoc tit. cum similibus. Atque hoc etiam procedit in causis famosis, & nonnunquam etiam cum ex causa delicti civiliter agitur ad poenam, *l. 11. §. ult. de his qui notantur infam. l. 7. §. 1. de susp. ius. l. 1. §. 2. si quis test. lib. 1. pen. de incend. ruin. naufr.* quibus locis refutantur, qui simpliciter negant in causis famosis & delictis latam culpam dolo comparari. Per *leg. 3. cum 2. seqq. de serv. corrupt. l. in fursi. 50. §. ult. de furo. add. quæ nos sub §. suspectus, de susp. ius. lib. 1. tit. ult.* Plane in causis criminalibus, & præsertim capitalibus, hæc comparatio sive doli & culpæ exæquatio locum non habet: sed in his placet dolum solum pro facto accipi, latam culpam pro dolo non haberi, ac proin-***

de nec eodem modo coerceri, *l. 7. ad leg. Corn. de sicar.* nisi forte res sit mali exempli. Quo casu punitur & qui nocendi animum non habuit, *l. 3. §. 2. d. tit. l. si quis. 38. §. qui abortivus. 5. de pæn.* Dolus, ut hoc obiter hic moneam, in criminibus significat malum propositum, quo proposito deficiente plerumque nec delictum est: veraque malitia in his requiritur. Ut verba quoque proprie ac naturaliter accipienda sint, non sicut aut civiliter. Levis & levissimæ culpæ alia ratio est. Harum neutra in omnibus contractibus præstatur, sed in quibusdam duntaxat aut utraque, aut altera tantum. Sunt enim quidam contractus, qui dolum, quo nomine nunc porro etiam latam culpam intelligi volumus, tantum recipiunt: sunt, qui præter dolum etiam culpam levem, quam deinceps usum juris sequentes culpam simpliciter appellabimus: sunt denique, in quibus præter dolum & levem culpam præstatur etiam culpa levissima; quod more veteribus usitato contrariæ rei præstatione, nimirum diligentia, indicabimus. In hac autem varietate hæc regula & distinctio jure communi comprobata est, ut, siquidem tale sit negotium, in quo ejus, qui quid suscipit, nulla verfatutur utilitas, aut in quo debitor officii est debitor, quale est depositum, tum dolum solus præstatur. Ubi vero utriusque contrahentium utilitas vertitur, ut in empto, locato, dote, pignore, societate, rerum communiione, ibi præter dolum præstatur & culpa. Quod vero utilitatem ejus duntaxat, qui accipit, non etiam ejus, qui dedit, continet, quale plerumque est commodatum, in eo & culpa præstatur & diligentia, *l. 5. §. 2. l. 10. l. in rebus. 18. commod. l. in navem. 31. circa fin. locat.* Quæ regula servata eadem distinctio accommodanda quoque est contractibus in- nominatis, *dist. l. 10. §. 1. commod. l. 17. §. 1. & 2. de præscr. verb.* item legatis ac fideicommissis, quatenus natura eorum id patitur, *d. l. servus. 108. §. cum quid. 12. de legat. 1. junct. l. cum res. 47. §. pen. eodem, l. mulier. 22. §. 3. ad Trebell.* Quod vero ejus, qui precario rogavit, item agrimensoris dolum tantum coercetur, id specialem rationem habet, *l. 8. §. 3. de precar. l. 1. §. 1. si mens. fals. mod. ut & illud, quod placet nautas, caupones, stabularios in eo, quod receperunt, plusquam culpam præstare, l. 3. §. 1. naut. camp. stab.* Ceterum prædicta distinctio ita obtinet, si nihil aliud nominatim convenerit, alioqui lex contractus servanda est, excepto si placuerit, ne dolum præstetur, *l. 23. de reg. jur.* Finge enim convenisse, ut in deposito culpa quoque præstaretur, aut in commodato dolum tantum; nec minus, nec plus, quam quod placitum est, præstabitur, *l. 1. §. si convenit. 6. de pos. l. 1. C. ead. l. 5. §. interdum. 10. commod.* Possunt vero & sine conventionem juxta causæ intervenire, ob quas placeat etiam officii debitorem culpam præstare. Veluti si officium sit publici muneris, ut tutela & cura, *l. 1. de iur. & ras. distr. l. 7. C. arb. ius.* aut si quis se negotio obtulit, veluti si depositarius, cum dominus rem secum ferre aut apud alium relinquere constituisset, eum ultro hortatus sit, ut apud se potius deponeret: quo casu non solum culpa, sed etiam custodia & diligentia in deposito præstanda, *l. 1. §. sape. 35. de pos. Eodem numero & negotiorum gestor voluntarius & mandatarius quoque haberi potest, l. 11. de negot. gest. §. 1. in fin. inf. de obl. qua quasi ex contr. l. 23. de reg. jur. l. 13. l. in re. 21. C. mand.* Hæc suis locis in-

progressu singulis in contractibus diligentius confirmabimus. Illud hic obiter notandum, non eodem sensu dici, præstare diligentiam, & præstare dolum, culpam, casum fortuitum. Cum enim diligentiam præstandam esse dicimus, eo significamus, diligentiam esse adhibendam: cum dolum, culpam, casum fortuitum, non adhibenda hæc, sed removenda esse, & debitorem propter hæc teneri. Figurata enim hæc locutiones sunt, præstare dolum, præstare culpam, præstare casum aut fatum, pro præstare damnum, quod dolo, culpa, fato contingit.

*Exactam diligentiam*] Quoniam commodatum solum utilitatem continet ejus, qui commodato accepit, consequens est distinctioni *dist. l. 5. §. 2. commod.* quod & eodem loco expressum est, à commodatario & culpam præstari & diligentiam, id est, in commodato venire culpam non modo levem, sed etiam levissimam: siquidem, ut supra demonstravimus, diligentia verbo culpæ opposito in usu juris plerumque exactissima significatur. Cajus *l. in rebus. 18. eod. in rebus commodatis*, inquit, *talis diligentia præstanda est, qualem diligentissimus quisque paterfam. rebus suis adhibet*. Idem alibi ait, *eum, qui utendum accepit, exactissimam diligentiam custodienda rei præstare compelli*, *l. 1. §. 4. de obl. & act.*

13 Justinianus exactam diligentiam dixit, sed eodem plane sensu, ut apparet ex eo, quod mox subjicit, non sufficere tantam diligentiam adhibere commodatarium rebus commodatis, quantum suis rebus adhibet, modo res ab alio diligentius custodiri potuerit. Sic Constantinus in *l. 21. C. mand. exactum officium dixit, pro exactissimo*. Ulpianus diligentem custodiam pro diligentissima, *d. l. 5. §. custodiam. 5. commod.* Paulus diligentem patremfam. pro diligentissimo, *l. heres. 25. §. non tantum. 16 fam. etc.* quemadmodum vice versa superlativus nonnunquam pro positivo ponitur: quod æstimandum ex natura contractus. Jurisconsulti enim non semper eodem modo loquuntur. Quod si proponas, aliquem suã duntaxat gratiã, quod interdum fit, commodasse, sponsæ forte vel uxori, quo honestius culta ad se deduceretur, dolum solus præstabitur, ut in deposito, *d. l. 5. §. interdum. 10 comm.* Quod si sua & commodatarii gratia, quod item fieri potest; culpam æstimatur, ut in pignore, dote, &c. *d. l. in rebus. in fin. pr. eod.*

14 *Si modo alius diligentior*] Hinc tria elicimus. 1. et si commodatarius ad communem modum diligens in rebus suis eadem diligentia tractaverit res alienas: tamen hoc non sufficere ad eum excusandum, cum alius diligentior rem custodire potuisset. 2. Si commodatarius ipse sit summe diligens, nihil amplius ab eo exigi, quam ut eandem diligentiam, quam suis rebus præstat, etiam adhibeat commodatis. Quippe cum major ab alio expectari non possit. 3. Si commodatarius ad communem modum diligens non sit, sed natura in suis rebus ignavior, licet aliquanto diligentius versetur in rebus commodatis, quam in suis, non eo tamen minus teneri eum actione commodati, si alius diligentius curando rem servare potuit.

*Majoresve casus non tenetur*] Casus fortuiti nullo in contractu præstantur, *l. contractus, de reg. jur. l. 23. de verb. obl.* nec si solius debitoris utilitatem contineat; quale est commodatum, *l. 5. §. 4. l. in rebus. 18. commod. l. 1. §. 4. de obl. & act.* De commodato tamen ob præ-

dictam causam dubitari potuit; & videtur ad removendam istam dubitationem pertinere, quod præscriptum est *l. 6. C. de pign. act.* casus fortuitos nullo bonæ fidei iudicio præstari; nimirum ut intelligamus, nec commodatum hic excipi.

*Si non ipsius culpa*] Culpa abesse intelligitur si re com- 15 modata usus sit juxta præscriptum in utendo modum. Itaque si alicui in hoc res commodata sit, ut eam peregre secum ferret, isque incursu hostium aut latronum vel naufragio rem amiserit, non tenebitur. At si cui, exempli gratia, quasi amicos ad cenam invitato argentum commodavero, is si id peregre secum portaverit, casum naufragii, impetum hostium, latronum, piratarum, præstare debet, *d. l. 18. comm. d. l. 1. §. 4. de obl. & act.* Si res commodata usu deterior facta sit, ita commodatarius non tenetur, si ea usus sit in eam rem, in quam utendam accepit, nec ulla culpa intervenierit, veluti si equus usque ad certum locum utendus datus in ipso itinere deterior factus sit sine culpa commodatarii, *l. 10. l. ult. commod.*

*Si nulla mercede*] Commodatum nisi gratuito non 16 contrahitur. Commodare enim officii est & liberalitatis, *l. in commodato. 17. §. 3. d. tit.* ubi Paulus beneficium illud appellat. Mercede interveniente tollitur beneficium, tollitur gratia; quæ sunt vincula amicitia, *l. 1. §. ult. mand.* Cum igitur merces pro usu rei datur aut constituitur, non commodatum, sed locatio est: aut si non statim merces constituatur, nec tamen gratis res utenda detur, sed eo animo ut tantum mercedis nomine præstetur quantum postea definiri placuerit, contractus innominati genus est, *§. 2. inf. locat. l. si polient. da. 22. de præscr. verb.*

## T E X T U S.

### De deposito.

3. *Præterea & is, apud quem res aliqua depositur, re obligatur, teneturque actione depositi: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur. Sed is ex eo solo tenetur, si quid dolo commiserit: culpa autem nomine, id est, desidia ac negligentia, non tenetur. Itaque securus est, qui parum diligenter custoditam rem furto amiserit: quia qui negligentia amico rem custodiendam tradit, non ei, sed suæ facilitati, id imputare debet.*

## N O T A.

3. *Actione depositi*] Directa: nam contrarium iudicium depositario datur ad coniequendam indemnitate, *d. l. 5. pr.*

*Culpa, &c. ac negligentia non tenetur*] Extra quam si convenerit, ut culpa quoque præstetur, aut ultro se deposito obtulerit, *l. 1. §. 6. & 35. depos.* quoties autem culpa aut negligentia simpliciter mentio fit, levis culpa significatur, *l. 5. §. 2. commod. l. 23. de reg. jur. l. 1. §. 5. de obl. & act. l. 72. pro soc. cum simil.*

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

1. *Quid sit depositum, & an etiam consistat in re immobili.*

2. *An*

2. *An quemadmodum deponens quovis tempore rem repetere, ita & depositarius eam pro arbitrio restituere possit.*
3. *Ad quid depositarius teneatur.*

**T**ertia species obligationis, quæ re contrahitur, est ex deposito. Deponere est, rem alicui, qui gratis hanc operam suscipiat, custodiendam dare, *l. 1. de pos. In eodem significato utimur & verbo commendare, l. Lucius. 24. eod. l. commendare. 186. de verb. sign.* Rem hic intelligimus, sive ea certa species sit, sive quantitas, puta pecunia numerata, *d. l. Lucius. & seq. §. 1. eod.* In quo depositum differt à commodato, *l. 3. §. ult. commod.* An vero, quemadmodum commodatum etiam rerum immobilium est, *l. 1. §. ult. dict. tit.* ita & depositum in his consistere possit, quaeritur. DD. comm. id negant, argumento sumpto ab etymologia nominis, quod à ponendo dictum, *dict. l. 1. de pos.* tum quod nullum depositi rei immobilis exemplum in iure nostro extet: postremo quod cura rei immobilis in speciem mandati transeat, *argum. l. 5. §. sed si. 4. de prescr. verb.* Intelligunt autem depositum non in genere, sed in specie dictum: nam in sequestrationem, quæ depositi quoque in genere sumpti species est, *l. 5. & seq. l. licet. 17. de pos.* quin etiam res immobiles veniant, nemo dubitat, *l. 7. §. ult. qui satisf. cog. arg. l. un. C. de prob. seq. pec. cap. 1. de sequestr. Clement. un. eod.* quod ipsum tamen superiora argumenta elevare videtur. Nam si res immobilis, de qua controversia est, recte deponi dicitur, cum ea à litigatoribus aut iudice sequestro collocatur, atque ex ea depositione ei, qui vicerit, actio depositi sequestraria competat, cur non similiter res immobilis non litigiosa deponi dicatur, cum ea à domino alicui custodienda traditur, ut hic quoque in eum, qui id recepit, actio depositi detur, utut fortassis ea res depositi communis modum excedat, legemque mandati annexam habeat? *argum. d. l. 5. §. 4. de prescr. verb. l. Lucius. 24. de pos.* Addidi, *qui gratis hanc operam suscipias.* Nam ut commodatum, ita quoque & depositum gratuitum esse debet: illic dans officium præstat, hic accipiens. Si merces promissa sit, depositum esse definit, & aut locatio est, aut incerti contractus genus, *l. 1. §. si vestimenta. & §. seq. de pos.*

**Re obligatur** *l. 1. §. is quoque. 5. de obl. & act.* Sola quippe conventio depositum non facit, sed rem poni apud alium oportet, eaque tradita initium obligationi præbet.

**Teneaturque actione depositi** *l. 1. §. ult. de pos.* Actione nimirum depositi directa. Nam contrarium iudicium depositario datur ad consequendum, quod sibi per causam & occasionem rei acceptæ abest, *l. 5. de pos.* Potest vero is, qui deposuit, quovis tempore rem depositam repetere, & repenti etiam ante tempus constitutum reddenda est, *l. 1. §. propen. & penult. eod.* At ex contrario depositarius ante tempus statutum rem restituere volens officio suo non liberatur, nisi iustissima causa interveniat, *l. 5. §. 2. eod.* ut bene Castr. in *dict. l. 1. §. propen. & pen. & Costal. ibid.* Vitiosa enim est quorundam in hac re deponentis & depositarii comparatio. Etenim cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimetur, etiam ad voluntatem eius dirigendum est; quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum

repetat: At non sine incommodo deponentis futurum est, si depositario permittamus officium, quod semel suscepit, contra legem contractus deponere. Ita ex adverso commodatum pro libitu quidem accipientis reddi, sed pro arbitrio dantis, repeti non potest, *l. in commodato. 17. §. 3. commod.*

**De ea re restituenda** *l. 1. de pos.* In specie. Qui enim rem custodiendam dat, nihil in alium transfert, sed aperte hæc agit, ut res sibi custodiatur, restituaturque reposcenti. Quare etiam, si nummi deponantur, eadem corpora restitui oportet: nisi forte nominatim convenerit, ut depositarius, si opus haberet, pecunia uteretur, & redderet tantundem: quæ res notos depositi terminos egreditur, *l. Lucius. 24. cum ll. seqq. l. si sacculum. 29. §. 1. de pos.*

**Si quid dolo** *l. 1. de pos.* In deposito nullum commodum est depositarii: quin onus potius est, rem alienam gratis custodire: ac proinde secundum regulam de eo solo tenetur, si quid dolo ejus perierit, *l. 5. §. 2. commod. l. 1. §. ultim. l. si sine. 20. de pos. l. 1. §. is quoque. 5. de obl. & act. l. contractus. de reg. jur.* Qui autem dolum dicit, latam culpam non excludit: quia ea pro dolo habetur, ut superius demonstravi. Itaque etiam doli hic tantum mentio fit, sciendum tamen est, etiam latam culpam in depositi iudicium venire, *l. quod Nervæ. 32. de pos. l. 1. §. is quoque. 5. de obl. & act. l. 1. C. de pos.*

**Culpa nomine, id est, desidia ac negligentia** *l. 1. de pos.* Quoties culpæ aut negligentia simpliciter mentio fit, levem culpam sive negligentiam his nominibus significari, *§. præced. probatum est:* quod hic locus confirmat, & unde desumptus est, *l. 1. §. 5. de obl. & act. item l. 72. pro soc. & §. ult. inf. de societ.* Igitur depositarius culpam aut negligentiam leviolem non præstat, extra quam si in deposito convenerit ut ea quoque præstetur, *l. 1. §. si conveneris. 6. de pos.* aut si ultro se deposito obtulerit, *d. l. 1. §. sape. 35. eod.*

**Furtum amiseris** *l. 1. de pos.* Furtum plerumque cum culpa patrisfam. rem suam non bene custodientis conjunctum est: ideoque socius & venditor & creditor periculum furti præstant, *l. cum duobus. 52. §. 3. pro soc. l. 14. §. 1. de per. & com. rei vend. nisi doceant, culpam omnem abesse: quod aliquando fieri potest, l. 14. §. idem. 6. de furt.*

**Sua facilitati id imputare** *l. 1. de pos.* Hæc quoque ratio est, cur depositarius negligentia nomine non teneatur, quia qui negligentiam amico rem custodiendam committit, de se queri debet, *d. l. 1. §. 5. de obl. & act.* & se ipsum accusare, qui homini adeo dissoluto & supino, ut ne mediocri quidem diligentia in curandis rebus propriis utatur, rem suam commisit. Scholiales ad *Harmenop. lib. 6. tit. 2.* Utique ut ad suum saltem modum depositarius rem depositam curet, merito exigitur, *l. quod Nervæ de pos.* Adde omnino quæ nos ad *§. ult. inf. de societ.*

T E X T U S.

De pignore.

4. *Creditor quoque, qui pignus accepit, re obligatur: quia & ipse de ea re, quam accepit, restituenda tenetur actione pigneratitia. Sed quia pignus*



*pignus utriusque gratia datur, & debitoris, quo magis pecunia ei credatur, & creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum: placuit sufficere, si ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhibeat; quam, si praestiterit, & aliquo fortuito casu rem amisserit, securum esse, nec impediri creditum petere.*

## NOTA.

4. *Exactam diligentiam*] Exactam diligentiam hoc loco positam pro ea, quam vulgo homines frugi suis rebus adhibent, & quae praestari solet in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, arguit ipsa Justiniani illatio. Tralaticium autem est in ejusmodi negotiis non levissimam culpam, ut in commodato, sed levem duntaxat praestari, l. 5. §. 2. l. 18. in fin. pr. commod. l. 31. in fin. locat.

*Fortuito casu*] l. 6. C. de pign. act. Exclusio autem casus fortuiti non includit semper culpam levissimam: sed saepe & haec ipsa simul cum illo, ad quem proxime accedit, excludi intelligitur, §. 1. inf. de locat. l. 28. C. de locat. l. 4. C. de peric. sus.

## COMMENTARIUS.

1. *Pignoris varia significatio.*
2. *Etiam sola conventionione pignus contrahi: sed ut nascatur obligatio pigneratitia, traditionem intervenire oportere.*
3. *Quando actio pigneratitia nascatur: & quid ea differat ab hypothecaria.*
4. *Ad quid creditor pigneratitius teneatur.*
5. *In actione pigneratitia levem duntaxat culpam, non etiam levissimam, venire, cum accurata remotio- ne contrariotum.*

1. **Q**uarta & postrema species obligationum, quae re contrahuntur, ex pignore est. Pignus in jure nostro triplicem fere significationem habet. Nam & rem significat pro debito creditori obligatam, §. item *Serviana*. 7. inf. de act. lit. r. & C. de distr. pign. & jus creditori in ea re constitutum, lit. qui pot. in pign. & quib. mod. pign. vel hyp. solv. & denique contractum, quo jus illud constituitur l. 1. §. ult. de pact. l. 5. §. 2. commod. Contrahitur autem pignus non sola traditione, sed etiam nuda conventionione, quamvis traditum non sit, l. 1. de pign. act. hoc est, jus in rem creditori quaeritur simul ac placuit eam pignori obligatam esse, licet possessionem non acciperet: ejusque juris persequendi causa actionem in rem jure praetorio constitutam habet *Servianam* aut quasi *Servianam*, quae etiam hypothecaria dicitur, l. pignoris. 17. de pign. §. *Serviana*. inf. de act. Caeterum ut obligatio pigneratitia constituatur, unde debitori actio sit adversus creditorem ad pignus soluto debito repetendum, rem prius tradi necesse est: atque hac consideratione pignus est contractus realis. Hinc intelligere licet, non agi hic de pignore legali, nec de pignore praetorio, aut judiciali, nec de eo, quod testamento constituitur; sed de conventionali duntaxat; adeoque de pignore proprie dicto, non de hypotheca; nam pignus & hypotheca sic fere distingui solent, ut pignus dicatur, cum pos-

sessio transit in creditorem, hypotheca cum res apud debitorem manet, l. 9. §. 2. de pign. act.

*Re obligatur*] Obligationi pigneratitiae non constitutio pignoris, sed acceptio, causam praebet. Necesse quidem non est, ut res pignori obligetur, eam pignoris causa tradere creditori: potest enim pignus vel nudo consensu constitui, l. 1. de pign. act. At vero ut ex pignore obligetur creditor, id non efficitur, nisi re tradita acceptaque, l. 1. §. creditor. 6. de obl. & act. Cum enim haec obligatio eo pertineat, ut res eadem, quae pignori obligata est, restituitur, traditam esse prius oportet creditori, quam restituere possit.

*Actio pigneratitia*] Directa scilicet; quae datur debitori adversus creditorem, ut rem pigneratam, cujus possessio apud eum fuit, una cum fructibus restituat, l. debitor. 40. §. ult. de pign. act. l. 1. cum 2. seqq. C. eod. & demum debito omni exsoluto intentari potest, d. l. 9. §. 3. eod. Creditori vero & hic contraria competit adversus debitorem, si forte is pignus recuperavit, aut in conventionione creditorem decepit, l. 3. d. l. 9. pr. eod. aut si creditor in rem pigneratam necessarias impensas fecit, l. 8. eod. Ab actione igitur hac pigneratitia toto genere differt actio, quae hypothecaria dicitur: quippe hypothecaria in rem est, daturque creditori ad pignus persequendum contra quemcumque possessorem, d. §. *Serviana*. inf. de act. l. pignoris. 17. de pign. At pigneratitia est in personam, competitque debitori adversus creditorem & adversus hunc solum. Hypothecaria jure pignoris soluto expirat: pigneratitia tunc demum efficax est. Illa occasione juris creditori in re constituti à praetore datur: haec ex contractu nascitur re pignoris causa tradita acceptaque. Veteres tamen abusive hypothecariam quoque pigneratitiam interdum appellant, l. 3. §. 3. ad exhib. l. 13. de cond. ind. l. rem alienam. 41. de pign. act. & aliis locis.

*Sufficere si exactam diligentiam*] Supra §. 2. hujus 4. tit. hanc Regulam ex Ulpiano l. 9. §. 2. commod. tradidimus, In contractibus, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, & dolum praestari & culpam. Culpam ex usu authorum juris interpretati sumus levem duntaxat, non etiam levissimam. Et vero nec ratio juris patitur, ut in negotiis, quae ex utilitate utriusque contrahuntur, eandem à debitore diligentiam requiramus; quam praestaret, si ejus solius commodum ageretur: sed quemadmodum plus praestat, quam ille, cujus nulla versatur utilitas, ita minus ab eo exigendum, quam verbi causa à commodatario, qui beneficium accipit: quamobrem etiam Ulpianus haec tam diligenter distinguit, eosque contractus, qui utriusque utilitatem continent, medios facit inter depositum, quod tantum dolum, & commodatum, quod etiam culpam levissimam recipit. Ex quo vel uno intelligimus, ubi vertitur utriusque utilitas, esse quidem, quod praeter dolum, cujus appellatione etiam lata culpa venit, praestetur, quod tamen non sit culpa levissima: levis igitur tantum sit necesse est. Hoc idem planè confirmat Cajus l. in rebus. 18. in fin. pr. commod. ubi disertè scribit, culpam in contractibus, qui utriusque gratia fiunt, non aestimari, sicut regulariter aestimatur in commodato. Ex numero contractuum, qui utriusque commodum spectant, & pignus est: eo- que expressè refertur & ab Ulpiano, d. l. 5. §. 2. commod. & à Justiniano hoc ipso in loco, addito insuper qua in re

utrius-

utriusque utilitas versetur, nimirum creditoris in eo, quod pecunia ei cautior est, debitoris, quod ei creditur, cum abque eo foret, ut non crederetur. Itaque sciamus, prædictam regulam ad contractum pignoris quoque pertinere, & secundum eam definiendum, quid in actione pigneratitia veniat: venire nimirum & dolum & culpam, *d. l. 5. §. 2. commod. l. 9. §. vlt. præterea. 5. de reb. aut. jud. poss.* Hoc autem modo cum nostri simpliciter loquuntur, sub dolo latam culpam comprehendunt, culpæ nomine levem duntaxat intelligunt, ut superius abundè probatum est. Culpæ igitur in pignore æstimatione faciendâ non est, ut in commodato, ut etiam culpam levissimam, quæ summæ diligentiz opponitur, creditor pigneratitius præstare compellatur, sed ut in empto, locato, dote, cæterisque ejusdem naturæ contractibus, ut levem tantum, *d. l. 5. §. 2. d. l. in rebus. 18. in fin. pr. commod.* Quod etiam non obscure hic indicat Justinianus, cum ex eo, quod pignus utriusque gratia contrahitur, infert, sufficere, si creditor exactam rei custodiendæ diligentiam adhibeat. Hæc enim illatio arguit, Justinianum pignus considerare, ut contractum medium inter commodatum, quod solius commodatarii, & depositum, quod solius deponentis utilitatem continet; & proinde velle, ut etiam in præstationibus medium teneatur, & à creditore exigatur plus quidem, quam à depositario, minus autem, quam ab eo, qui utendum accepit, juxta receptam distinctionem, *d. l. 5. §. 2. d. l. 18. circa fin. pr. commod.* Negotium tamen faceffit, quod hic scriptum est de exacta diligentia, tum quod tantum excluditur casus fortuitus, ut etiam in *l. 13. §. ult. de pign. act. l. 19. C. de pign.* Quid quod iisdem locis traditum est, creditorem pignoris præter culpam & custodiam debere, atque adeo, quod exprimitur in *d. l. 13. §. ultim. in actione pigneratitia culpam venire, ut in commodato?* Respondeo, ex iis, quæ relata sunt, satis patet, plus præstandum esse in commodato, quam in pignore: & ideo hoc loco exactam diligentiam contra-

mentem Imperatoris non esse accipiendam pro exactissima, qualis à commodatario exigitur, quæ penè modum excedit, & qualem diligentissimus aliquis, & unus fortè è multis, suis rebus adhibet; sed secundum hujus contractus naturam pro diligentia stata, id est, ea, quam in suis rebus plerumque præstare solent diligentes & frugi patresfam. nihil enim amplius à creditore Paulus exigit *l. 14. de pign. act.* quanquam fatendum est, in commodè hanc speciem diligentiz exactam à Justiniano appellari, quod vim superlativi habet: consistit enim in medietate, non excedens modum, quem hominum natura, quæ mediocribus contenta est, desiderat. Quod autem tantum casus fortuiti excluduntur, ex eo non continuo sequitur summam atque exactissimam diligentiam à creditore præstandam esse, seu eum etiam levissimæ culpæ nomine teneri. Nam levissima culpa, quoniam, quod verbum ipsum indicat, vix culpa est, sæpè non consideratur, & cum casibus fortuitis, ad quos proximè accedit, & ipsa excludi intelligitur, ut in *l. 5. C. de pign. act. l. in judicio. 28. C. de locat. l. 4. C. de peric. 102.* Unde etiam est, quod aliquando duo contractus, quorum in altero dolus & culpa levis, in altero etiam culpa levissima præstatur, sic jungantur, quasi utriusque eadem essent præstationes, ut in *d. l. 13. §. ult. de pign. act. l. contractus. 23. de reg. jur.* Sed neque diligentia aut custodia culpæ opposita semper significat diligentiam summam aut custodiam plenam, qualem præstat commodatarius, sed interdum mediam, ut culpæ levi in non faciendo ex adverso respondeat, *l. quod sæpe. 35. §. si res. 4. de contr. empt. l. 10. §. 1. commod. d. l. 28. C. de locat.* eodemque modo custodia accipienda in *d. l. 13. §. ultim. de pign. act. d. l. 19. C. de pignor.*

*Aliquo fortuito casu*] Nam casus fortuiti à nemine præstantur, *d. l. contractus. de reg. jur. l. qua fortuiti. C. de pign. act.* nisi culpa aut mora casum præcesserit, aut nominatim placuerit casum quoque præstari: de quo jam explicatum est sup. §. 2.

## TITULUS XVI.

## DE VERBORUM OBLIGATIONIBUS.

*Dig. lib. 45. tit. 1. C. lib. 8. tit. 38.*

1. Continuatio. 2. An verborum obligationum plures causa, quam stipulatio.
3. Pomponiana stipulationum definitio explicata: ubi & alia.
4. Usus stipulationum quam varius jure civili.
5. Stipulationem non habere certam & determinatam naturam: & quid inde.



Exposita est prima species obligationum quæ cum ex contractu sint, solo tamen consensu non consistunt, illæ nimirum, ad quas constituendas præter conventionem rem intervenire oportet. Reliquæ sunt ejusdem generis adhuc duæ, quarum altera certis verbis, altera literis ad consensum accedentibus constituitur: unde illa verborum, hæc literarum dicta. De

verborum obligatione prius agitur, atque in ea explicanda & hio & proximè sequentes quinque tituli consumuntur. Literarum obligatio brevius perstringitur, *tit. 22.* Verborum obligatio, si Cajo *lib. 2. tit. 9.* credimus, duobus olim modis contrahebatur, aut interrogatione præcedente, eamque subsequente responsione; aut interrogatione non præcedente, unoque tantum loquente aut promittente: cujusmodi duo profert exempla, dictionem dotis, & jusjurandum liberti ad operas & alia patrono præstanda. Verum in corpore juris nostri uno tantum modo contrahi verborum obligationem legimus, cum præcedit interrogatio, & sequitur congruens responsio, *hoc tit. in pr. l. 1. §. verbi. 7. de obl. & act. l. obligamur. 52. §. 2. eod. tit.* Neque alia causa hujus obligationis in toto hoc tractatu assignatur, quam stipulatio; quo nomine appellatur integra illa

verborum conceptio, quæ interrogatione & responsione conitatur. Igitur verborum obligatio est ea, quæ nascitur ex stipulatione. Stipulatio est contractus constans interrogatione & responsione certis verbis conceptis, Stipulationem contractum esse, abundè probavimus in explanatione §. ult. sup. de oblig. Est autem *ὑπόπληθος* tantummodo, obligans respondentem. A Pomponio definitur *verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, respondet, l. 5. §. 1. hoc tit.* Verum Jurisconsultus eo loco genus non expresse, quod nec semper necessarium; formam tantum seu differentiam posuit: perinde enim hoc accipiendum est, quasi dixisset, *stipulatio est contractus constans conceptione verborum, &c.* Verbis utitur in omnibus ferè contractibus, sed excepta stipulatione ad substantiam contractus verba non pertinent. Deinde in cæteris contractibus sufficiunt quævis verba, nuda etiam & vulgaria; stipulatio solemnia & certo modo concepta desiderat. Ex quo rectè plerique colligunt, stipulationem esse contractum juris civilis. Nam et si verborum usus omnium gentium communis est, & cum ratione juris gentium optimè convenit, ut quis ex consensu verbis declarato obligetur: tamen à simplicitate illius juris alienius est, ad substantiam alicujus actus exigere certam conceptamque verborum lingua nuncupandorum formulam: quod etiam Paulus non obscure inavit *l. 1. locat. facit item l. si ita. 126. §. 2. vers. superest. de verb. obl. add. Joann. Gædd. de contr. & commis. stip. c. 2. concl. 4. 1.* Stipulationum usus jure civili maximus est; ne quis putet, hanc speciem conventionis frustra inductam esse. Quotiescunque enim, quod in multis causis est opus, sine re ac literis obligationem constitui volumus, necessè est ad obligandum promissorem, stipulationem adhibere: Nimirum leges Romanæ ex nuda conventionem neminem obligari voluerunt, ne qualecumque promissum, & sermo sæpe inconsultus magis, quam ex voluntate proficiscens, necessitate juris promittentem illigaret, & litium quoque, ut opinor, præcedendarum causa; sed excogitata est conventio certo modo & forma concipienda celebrandaque, quam deliberati animi certum signum esse voluerunt, & ex qua certo jure actio competeret; quam conventionem stipulationem dixerunt. Itaque stipulationum usus non tantum utilis est, verum etiam necessarius in fidejussoribus constituendis, *inf. de fidejuss. obligationibus novandis, l. 1. & l. 2. de novat. interdum & in usuris, quas nobis præstari volumus, ut in strictis judiciis, l. 3. C. de usur.* Sed & stipulationis vinculo cæteræ quoque conventiones & obligationes firmantur. Quod videre est tum in pactionibus nudis; quæ cum per se jure civili infirmæ sint ad producendam actionem, stipulatione muniendæ sunt, *l. divisionis. 45. de pact. l. petens. 27. C. eod. l. 3. & l. 4. C. de rer. perm. Paulus 2. sent. 22. Omnibus pactis, inquit, stipulatio subjici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit. tum etiam in contractibus juris gentium; ex quibus licet actio jure civili competat, tamen his etiam stipulatio utiliter accedit ut & firmior sit obligatio, & certior ratione præstationum, *l. 3. §. 1. de act. empt. l. 4. §. ult. de usur. l. quicquid. 99. de verb. obl.* Denique omnium ferè negotiorum novissima parte subjici etiam stipulatio solet, *l. Titia. 134. §. 1. de verb. obl. l. 7. §. quod fere. 12. de pact.* Hinc fit, ut quæ omnium obligationum sunt*

communia, ea sub *tit. de verb. obl.* tanquam in Pandectæ tractentur, & stipulationi attribuantur. Quod nonnulli tradiderunt, stipulationem non esse contractum, qui per se consistat, sed alterius obligationis sive civilis sive naturalis accessionem & fulcimentum, per *l. 5. in pr. vers. conventionales. hoc tit.* id DD. communiter sic exprimunt, ut dicant, stipulationem non subsistere, quæ causam nullam præcedentem habet, propter quam adhibita sit. Et rectè. Nam cum stipulatio non habeat certam & determinatam naturam, ut contractus cæteri, sed ex variis causis, sæpè etiam ex injustis, interponatur, merito requiritur, ut, si eam valere volumus, de causa, propter quam interposita sit, constet; quod ex eo solo intelligi non potest, quod quis simpliciter dicatur stipulanti promississe. Enimvero in causa donationis, ut subsistat promissio, non est necessè antecedere aliquid actum donationis, sed satis est, stipulatione ipsa hoc agi, & promittentem votum liberalitatis habere, *l. hoc jure. 19. de donat.* Illud tamen addendum, summo adhuc jure ex stipulatione sine causa nasci actionem, sed inefficacem eam reddi opposita doli mali exceptione, *l. 2. §. 3. de dol. mal. exc. l. si quis. 36. hoc tit. Gloss. & Bart. in d. l. 2. §. 3. Gomez. 2. var. resol. 11. n. 3. quem perperam reprehendit Suarez. in annos.*

## T E X T U S.

## Summa.

*Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione & responsione, cum quid dari fierive nobis stipulatur: ex qua dua proficiscuntur actiones, tam condictio certi, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta sit: qua hoc nomine inde utitur, quod stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens.*

## N O T A.

*Ex stipulatu* ] Quæ in specie & *πρὸς τὸν* ex stipulatu dicitur, *l. 24. de reb. cred.* alibi actio incerti ex stipulatu, *l. 4. de usur.* Cæterum generaliter & *ὑποπληθος* etiam rem certam ex stipulatu petentes, ex stipulatu agere dicimur, *l. 83. §. 6. de verb. obl. l. 42. pro soc. l. 28. de cont. empt. l. 14. C. de pact.*

*Si incerta sit* ] Exempla incertæ stipulationis pete ex *l. 75. de verb. obl.* Illa stipulatio incerta non est, *Triticum, quod in illo horreo est, dare spondes 2 d. l. 75. fac. l. 30. §. 4. ad leg. Falc. l. 7. §. 1. de contr. empt.* Itaque non leviter hic errat Th. Quod si id quod in obligationem deductum est, nullos certos fines habet, aut ad vilissimum deduci potest, stipulatio inutilis est; veluti si fundus sine demonstratione promissus, *l. 69. §. 4. de jur. dot. vinum, triticum sine designatione mensuræ, l. 94. & seq. l. 115. pr. hoc tit. Thalel. ad l. 1. C. de dos. prom. Harm. lib. 4. tit. 8. §. 44.*

*Stipulum apud veteres firmum* ] Hanc nominis rationem reddit & Paul. 5. sent. 7. & probat doctissimus Salmas. *de usur. c. 6.*

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

1. Verbo stipulationis non interrogationem tantum, sed etiam responsionem, & ita totum contractum, significari.

2. Etiam

2. *Etiam cum ex stipulatu agere dici, qui certum ex stipulatione petit: & quando incertitudo stipulationem vitiet.*

3. *Stipulationis vera originationis.*

1. **E**X interrogations & responsione] Verborum obligatio nascitur ex interrogacione & responsione l. 1. §. verbis. 7. l. obligamur. 52. §. 2. de obl. & act. Nam duabus hisce partibus constat illa verborum conceptio, quæ uno nomine stipulatio à veteribus dicta est, l. 5. §. 1. hoc tit. non proprietate verbi, (nam stipulari is dicitur, qui interrogat; alter promittere, spondere: interrogatio autem sine responsione inutilis est) sed propter partium necessarium consequentiam, quia posita una, altera quoque intelligitur; quod etiam in plerisque aliis appellationibus usu venit, ut in emptione, locatione, mandato, donatione, &c. Græci interpretes ἐπιράσιον reddiderunt. Harum autem partium quædam sunt communia; veluti ut & qui rogat & qui respondet, verbis id faciat, ut uterque alterum exaudiat & intelligat: quædam responsionis propria, veluti ut qui respondet, illico id faciat, ut respondeat convenienter interrogacioni. Sed de his postea explicatus.

*Dari ferive]* His verbis indicatur stipulationum materia, nimirum non solum res in stipulationem deduci, sed etiam facta: unde stipulationum quædam in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, l. 2. pr. hoc tit. §. ult. inf. eod.

*Dua proficiscuntur actiones]* Justinianus hoc passim & rectè observat, ut ad notitiam cujusque contractus & obligationis etiam actiones adjungat, quibus id quod ex obligatione debetur, si sponte debitor non solvat, ab invito obtinere liceat. Præter duas illas actiones, quas hic Justinianus commemorat; quæque ait proficisci ex stipulatione; datur & condictio triticiaria; quippe quæ si causam excipias pecuniæ numeratæ, generalis est, l. 1. de cond. tritic.

*Condictio certi]* Hæc communem naturam habet cum ea, quæ competit ex mutuo, cæterisque obligationibus, ex quibus certum petitur, l. 9. l. si quis. 24. de reb. cred. dixi plura sub pr. tit. præced.

*Si certa sit stipulatio]* Certa stipulatio hic non intelligitur ea, quam certo interpositam esse constat; incerta, de qua ambigitur: sed certa & incerta dicitur ratione rei in stipulationem deductæ, quæ res si certa sit, id est, si appareat ex pronunciatione, quid, quale, quantumque sit in stipulatione, stipulatio dicitur certa: ubi autem hoc non apparet, incerta, l. stipulationum. 74. & l. seq. hoc tit.

2. *Ex stipulatu]* Hoc verbum non significat causam generantem: nam & condictio certi ex stipulatione nascitur; quod hic expressum est, & res ipsa loquitur. Atque in genere etiam qui rem certam ex stipulatu debitam petit, rectè & naturaliter dicitur ex stipulatu agere, l. inter. 83. §. si rem. 6. hoc tit. l. quod si. 42. pro soc. l. 14. C. de pact. l. prædia. 28. de act. omp. sed denotat materiam, & est nomen actionis specialis. Unde explicandum quod tradit Ulpian. d. l. 24. de reb. cred. cum qui certum stipulatus est, ex stipulatu actionem non habere, sed condictione certi id persequi debere; nimirum non habere eum actionem quæ in specie & περὶ αὐτῆς ex stipulatu, dicitur, & est actio ex stipulatu incerti, l. 4. pr. de usur.

*Si incerta sit]* Sed inquis, an non incertitudo stipulationem vitiet? Sanè aliquando. Interest enim, an res, quæ in obligationem deducitur, nullos certos fines habeat, ut si quis fundum stipuletur non adjecto nomine, vinum aut triticum sine designatione mensuræ, insulam ædificari non demonstrato loco; an ea certis finibus natura circumscripta sit, ut homo, equus, bos: illic stipulatio non consistit. l. triticum. 94. cum seq. l. ita stipulatus. 115. in pr. hoc tit. hic contra, vid. sup. §. si generaliter. 22. de legat.

*Quod stipulatum apud veteres firmum]* Eandem hujus nominis rationem reddit & Paulus §. sent. 7. quam & D. Hotomannus probat, & verissimam censet doctissimus Salmasius lib. de usur. c. 6. Varro autem lib. 4. de lingua, cui ferè & Festus consentit, à stipe deducit. Stipem autem à stipando dictam scribit, eo quod veteres, cum ære gravi uterentur, acceptum majorem asium numerum, non in arca ponebant, sed in aliqua cella stipabant. Aliam hujus verbi etymologiam apud Isidorum lib. 3. c. 24. reperio, ubi scribit; stipulationem nomen invenisse à stipula. Veteres enim, inquit, quando sibi promittebant aliquid, stipulam tenentes frangebant: quam iterum jungentes, agnoscebant sponsones suas: quod unde sumserit, nescio.

*Fortè à stipite]* Stipes est fustis validus terræ defixus, teste Festo. Durior autem videtur hæc notatio, & falsam esse arguit syllabæ quantitas in uno brevitate in altero longæ. D. Hotomannus legendum putat à στῆρις, id est, denso & spisso. Sed nihil muto, cum & Theophilus legat δὸν ἑπέλιχες, à stipite. Probabilius est, stipulum dictum ex Græco σπῆλον & σπῆλον, quod Grammatici exponunt σπῆρον, sive σπῆρον, firmum, solidum. D. Salmas. d. loc.

## T E X T U S.

## De verbis stipulationum.

1. *In hac olim talia verba tradita fuerunt; Spondeo? Spondeo. Promittis? promitto. Fidepromittis? Fidepromitto. Fidejubeo? Fidejubeo. Dabis? Dabo. Facies? Faciam. Utrum autem Latina an Græca, vel qualibet alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest: scilicet si uterque stipulantium intellectum ejus lingua habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogata respondere. Quinetiam duo Græci Latina lingua contrahere obligationem possunt. Sed hac solemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leonina constitutio lata est, qua solemnitate verborum sublata sensum & consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, quibuscumque tandem verbis expressum est.*

## N O T A.

1. *Utrum Latina, an Græca]* l. 1. §. ult. eod. & sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod de acceptatione traditur, l. 8. §. ultim. de accept.

*Hac solemnia verba*] Quæ etiam directa, l. 10. C. de contr. stip. civilia & legitima; quibus opponuntur vulgaria. l. 16. de fideic. lib.

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

1. Ad substantiam stipulationis quamvis adhuc requirantur.
2. Confessaria aliquot inde deducta.
3. Ut alia lingua, quam Latina, stipulatio fieri possit à Sabino inductum videri.
4. Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura ferè confundi.

**O**lim non quævis verba vim adstringendæ obligationis habuere, sed ea demum, quæ solemnia erant & directa, atque à jurisconsultis in hæc rem concepta parataque: quod vel ex sola definitione stipulationis intelligere licet, quæ est apud Pomponium l. 5. §. 1. hoc tit. Esti autem scrupulosa hæc verborum observatio à Leone postea sublata est, l. 10. C. eod. illud tamen ad vim atque substantiam stipulationis adhuc requiritur, ut fiat utroque loquente, ac proinde verba ex utraque parte interveniant, ut promittens respondeat congruenter interrogationi, idque sine notabili intervallo, & animo ac proposito contrahendæ verborum obligationis, l. 1. pr. §. 1. & 2. l. inter. 83. §. 1. l. continuus. 137. hoc tit. 2. l. 7. §. quod fero. 12. de pact. Itaque mutus ad verborum obligationem non pertinet: sed neque surdus, qui quamvis ipse loqui potest, alium tamen loquentem audire non potest, l. 1. §. pen. & ult. de obl. & act. §. mutus. 7. inf. de inut. stip. Præterea & illud hinc sequitur, stipulationem inter absentes contrahi non posse: sed nec posse in scriptis, licet partes præsentis sint; quamvis feculentiat Wesembecius. Utitur ille arg. l. optimam. 14. C. hoc tit. & l. non figura. 38. de obl. & action. Verum neutra id, quod vult, probat: sed illa hoc tantum, præsumptionem esse pro instrumento, in quo scriptum est, omnia solemniter esse acta, stipulationemque ritè factam; l. sciendum. 30. hoc tit. §. si scriptum. 16. inf. de inut. stipul. §. ult. inf. de fideic. hæc, non minus valere, quod literis exprimitur, quam quod verbis nuncupatur. Sed sciendum est, hoc toties verum esse, quoties verba ad constitutionem actus necessaria non sunt: quemadmodum è converso cum scriptura ad essentiam rei requiritur, verba intervenisse non sufficit, l. contract. 17. C. de fid. instr. Porro etiam hinc efficitur, nec eum obligari, qui sine verbis adnuit, l. 1. §. 2. hoc tit. ubi hoc quoque adjicitur, adnuentem tantum nec naturaliter obligari: sed hoc referendum est ad rationem juris civilis, quo jure propter defectum substantiæ obligationis ne quidem pro naturaliter obligato habeatur, qui adnuit tantum: Nam dubitandum non est, quin si quis interroganti serio adnuit, aut per literas respondeat, is jure naturæ obligetur. De congruentia interrogationis & responsionis dicemus sub §. præterea. 5. inf. de inut. stipul. Postremo actus stipulantis & promittentis etiamnum contiguus esse debet, l. continuus. 137. princ. hoc titul. Cæterum non omne intervallum excluditur, sed longiusculum, ut verisimile sit, ad alia negotia discessum esse, animumque contrahendi depositum, d. l. continuus. hoc tit. l. 12. princ. de duob. reis. quo loco pro verbo prolatus, ut hoc obiter moneam, mihi dubium non est, quin legendum sit Proculus. His ita concurrentibus

stipulationem contractam esse intelligimus, nisi ex circumstantiis, aut iis quæ acta sunt, probetur, non stipulandi, sed paciscendi animum partes habuisse, l. 7. §. quod fero. 12. de pact.

*Talia verba tradita*] Neque aliis verbis stipulatio contrahi poterat. Itaque si quis, verbi causa, ita interrogasset, *Censum dare pollicaris? Curabis hoc fieri?* respondente altero, *Polliceor* aut *Curabo*, non contrahebatur verborum obligatio. Quin tanta erat olim in verbis stipulationum scrupulositas, ut etiam dubitatum sit, an valeret hæc conceptio, *Dabis? Quidni?* l. 1. §. 2. h. t.

*Latina an Græca lingua*] Certum est, Romanos in omnibus actibus civilibus, qualis etiam est stipulatio, solemnibus formulis, ac verbis, ut tum dicebantur, legitimis, usos fuisse, ac proinde non nisi Latinis. Sed cum stipulationis magnus esset usus, & plerumque aliis conventionibus, quæ quacunque lingua fieri solitæ erant, hæc annecteretur, propter utilitatem receptum fuit, ut & ipsa quoque quacunque lingua fieri posset: videturque primus Sabinus hoc induxisse, & Græca lingua posset stipulatio concipi: postea vero sensim ad aliam quamvis linguam idem jus productum, l. 1. §. ult. hoc tit. Sic stipulatio usu facta est juris gentium: quod & de acceptilatione traditur, l. 8. §. ult. de acceptil.

*Solemnitate verborum sublata*] Leo verborum solemnnes formulas in stipulationibus sustulit, & quorumvis verborum oportunitatem admisit, l. 10. C. hoc tit. Illa tamen, quæ paulo ante memoravimus, post hanc constitutionem adhuc manserunt, & in vi obligandi, notissima pacti & stipulationis differentia. Mores vero hodierni pactorum & stipulationum jura ferè confundunt: tamen enim ex nudo pacto, modo serio & deliberato initum sit, obligatio & actio nunc nascitur, quam ex stipulatione, sive hoc ex jure pontificio, ejusve juris interpretatione invaluit, sive ex eo, quod posterioribus seculis grave visum fuit, etiam in nudis pactis fidem fallere. Itaque cum hodie stipulationis non major vis sit, quam cujuslibet pacti, nulla amplius est stipulationis necessitas, nec minus pacto, quam stipulatione & fidejussores constitui, & novatio fieri, & usuræ promitti potest. Verbo tamen stipulandi plerumque adhuc utimur, vid. Gomez. 2. resol. 9. n. 3. & 11. n. 3. Gudelin. lib. 3. de jur. nov. c. 5. Christin. vol. 2. decis. 91. Grot. 3. manuuct. 1. D. Tulden. comm. hic. c. 2.

## T E X T U S.

Quibus modis stipulatio fit. De stipulatione pura vel in diem.

2. *Omnis stipulatio aut purè, aut in diem, aut sub conditione fit. Purè, veluti, Quinque aureos dare spondes? Idque confestim peti potest. In diem, cum adjecto die, quo pecunia solvatur, stipulatio fit; veluti, Decem aureos primis Calendis Martiis dare spondes? Id autem quod in diem stipulamur, statim quidem debetur: sed peti prius, quam dies venerit, non potest: ac ne eo quidem ipso die, in quem stipulatio facta est, peti potest: quia totus is dies arbitrio solventis tribuitur.*

*bui debet: neque enim certum est, eo die, in quem promissum est, datum non esse, priusquam is dies praterierit.*

## NOTA.

2. *Peti prius, &c. non potest*] l. 44. §. 1. de obl. & act. l. 42. h. t. l. 9. in fin. pr. de reb. cred. l. 213. de verb. sign. quo respiciens Ulp. l. 41. §. 1. h. t. ait diem adjectum efficere, ne præsertim die pecunia debeatur: id est, ne debeat plene & efficaciter, non ita, ut & peti possit. *Arbitrio solventis*] Quoniam adjectio diei pro reo est, d. l. 41. §. 1. cui ob id liberum etiam ante diem solvere, & vel invito creditore, l. 50. de obl. & act. l. 70. de solut. l. 38. §. 16. hoc tit. nisi fortè dies creditoris gratia adjectus, l. 17. de reg. jur. ut in l. 15. de ann. leg. l. 17. §. 3. de usur.

## COMMENTARIUS.

1. *Ex pura stipulatione quod statim agi posse dicitur, quomodo accipiendum, & expositus §. ult. inf. de inu. rit. stip.*
2. *Dies incertus quando conditionem facit: & quid hic intersit inter legata & stipulationem.*
3. *Quid si apponatur dies finienda obligationis causa?*
4. *Effectus obligationis in diem, & num quod in diem debetur, ante diem rectè offeratur creditori, licet accipere recusanti.*
5. *Utrum ante diem prorsus nulla sit actio, an statim una cum obligatione ipso jure actio nascatur, sed qua intentata exceptione temporali removenda sit.*
6. *Explicatio l. 73. de verb. obl.*
7. *Formula quadam ejusdem efficacia, & alia notata digna.*

**D**ivisio stipulationis à diverso contrahendi modo quæ tamen non magis ad stipulationem pertinet, quam ad conventiones ceteras: nullus enim contractus, nullaque conventio, quæ non fiat vel purè, vel in diem, vel sub conditione. Quæquam in deposito dies aut conditio adjecta nihil operetur, l. 1. §. si depositum. 45. & §. seq. de pos.

*Idque confessim peti potest*] Puræ stipulationis dies, ita nostri loquuntur, statim & cedit & venit, l. cedere. 213. de verb. sign. hoc est, id quod purè promissum est, confessim & debetur, & peti potest, l. cum qui. 41. §. 1. l. cum qui. 56. §. qui ita. 4. l. liber homo. 118. §. 1. h. t. l. 14. de reg. jur. Idque efficit certa juris ratio: quippe posita pura nec impedita obligatione, actionem poni necesse est, fatendumque, juxta exigendi competere, d. l. cedere. d. l. liber homo. §. 1. Puram autem stipulationem ex re accipimus, non ex solis verbis; eamque intelligimus, cui nec conditio nec dies vel tacite insit: alioqui pura stipulatio interdum & ea dicitur, quæ verbis pura est, cum tamen re dilationem habeat, & tempus tacite complectatur; quæ huc non pertinet, l. interdum. 73. h. t. Non obstat definitioni propositæ quod scriptum est in §. ult. inf. de inu. rit. *eam, qui fundum aut hominem stipulatus est, non posse continuo agere, nisi tantum spatium praterierit, quo traditio fieri possit.* Hoc enim non ad jus petendi, sed ad ejus, quod petitur, solutionem, & executionem obligationis, referendum est; ut non continua urgeatur & compellatur debitor ad

traditionem aut solutionem faciendam, sed dilatio ei aliqua indulgeatur ex humanitate, & tantum temporis spatium, intra quod traditio commodè fieri, pecunia confici & solutio expediri queat. Licet enim difficultas præstandi non moretur actionem, l. continuus. 137. §. illud. 4. hoc tit. atque adeo qui decem hodie dari stipulatus est, ex ratione juris non præmature agat, ac proinde nec in pœnam plus petitionis incidat, etiam si nondum finito stipulationis die petat: d. l. liber homo. §. 1. eod. quia tamen spatium aliquod inter contractam obligationem & solutionis executionem intercedere æquum est, atque incivile, statim cum sacco venire creditorem; arg. l. quod dicimus. 105. de solut. placet, debitori confidenti debitum, & parato solvere, modicum tempus ad solvendam pecuniam dari, nimirum id quod reis post condemnationem indultum est, ne deteriore conditione sit, qui ultro debitum agnoscit, quam qui negat & convictus condemnatur, l. ex judicatum. 16. jud. solv. junct. l. si debitori. 21. de judic. Don. ad l. 41. §. 1. hoc tit. n. 34. & seq. Cæterum DD. vulgo id judicem pro re nata, proque personarum & causæ qualitate, definire & moderari oportere statuunt, arg. l. in fraudem. 45. §. fiscalibus. 10. de jur. fisc. & sanè nec præcisè tempus judicati servare magistratus cogitur, l. 2. de re judic. sed ex causa id vel arctare vel prorogare potest, vid. Menoch. de arbitr. 2. cent. 1. cas. 27. Dura autem nimis est Cujacii in d. l. 41. & Timæi Fabri disp. anniv. 23. sententia, qui nullum laxamentum concedunt.

*Cum adjecto die*] Stipulatio in diem est, quæ sit adjecto die, quo pecunia solvatur. Diem hic certum accipere debemus, quoniam incertus conditionem facit, utique quoties incertus est, an extiturus sit; veluti in hac conceptione, *Dabis, cum Titius uxorem duxerit? aut cum Titius pubes factus erit? l. si dies. 21. & l. seq. quand. dies leg.* Nam si illud duntaxat incertum, quando sit extiturus, certum autem, extitutum esse; veluti si quis ita stipulatus fuerit, *Dabis, cum moriar, aut cum morieris?* hujusmodi diem pro conditione non haberi, argumento est quod soluta ante diem mortis pecunia repeti non potest, l. 16. cum 2. seq. de cond. ind. Equidem scio, in legatis hanc distinctionem observari, ut, si ita legetur, *Hares meus cum morietur, decem dato*, id legatum quasi incerto die adscripto pro conditionali habeatur, ac proinde ad hæredem legatarii vivæ hærede defuncti non transeat. Sin vero ita, *cum ipse legatarius morietur*, hoc quasi post certum diem relictum transmittatur, l. 1. §. 2. l. hares. 79. de cond. & dem. l. 4. quand. dies leg. Sed non est talis legati, *Hares meus cum morietur, Titio decem dato*, & stipulationis hujusmodi, *cum morieris; decem dare spondes?* eadem ratio. In legato adjectio illa, *cum hares morietur*, conditionem ideo facit, quia per eam vis legati in incertum eventum suspenditur: quippe quod præmoriens legatario effectum fortiri non potest. In stipulatione vero hæc adjectio *cum morieris* nullam incertitudinem parit: nam et si ante promissorem stipulator decederit, hæredi tamen ejus debetur, §. 4. inf. eod. Unum etiam genus diei planè incerti contractum conditionalem non facit, nempe in hac oratione, *cum petiero, dare spondes?* quod ex proposito contrahentium intellectum est, quorum procul dubio in hujusmodi adjectione hæc cogitatio est, ut statim & sine mora, ubi petitum erit, solvatur, non ut

obligatio differatur in casum: ideoque si decessero prius, quam petiero, non videtur defecisse conditio, l. si de-  
cem. 48. h. t. Sed nec dies certus adjectus simpliciter  
conventionem in diem facit; verum ita demum, si ad-  
jectus sit solutionis & actionis differendæ causa, atque  
3 ut terminus à quo. Quod si apponatur dies, ut terminus  
ad quem, id est, finiendæ obligationis causa, puta hoc  
modo, *Uque ad Calendas dare spondes?* aut, *Quoad  
vivam, dare spondes?* purè contracta obligatio intelli-  
gitur: cæterum petenti post Calendas, aut hæredi pe-  
tentis obstat exceptio pacti aut doli mali, l. obligatio-  
num. 44. §. 1. de obl. & act. l. eum qui. 56. §. qui ita. 4.  
hoc tit. vide quæ sub §. seq. Porro dies vel apertè adjici-  
tur, ut in formulis utilitatis, *Calendis Martiis, proxi-  
mis nondinis, post biennium:* vel tacitè stipulationi, ver-  
bis alioqui puræ, inest, propter vel loci adjectionem,  
vel qualitatem rei promissæ, ut in stipulatione operis faci-  
endi, & fructuum nasciturorum, l. 14. l. continuus. 137.  
§. 2. & 3. hoc tit. §. loca. inf. eod.

*Statum quidem debetur*] L. stipulatio. 38. §. inter. 16.  
4 l. centesimis. 46. hoc tit. l. cedere. 213. de verb. sign. At-  
que hujus præsentis obligationis intuitu hujusmodi sti-  
pulatio pura interdum dicitur, ut & ejusdem generis legat-  
um, oppositivè nimirum ad stipulationes & legata  
conditionalia, l. 9. §. 1. de novat. l. 79. de cond. & de-  
monst. Quid ergo est, quod Ulpianus in l. eum qui. 41.  
§. 1. hoc tit. ait, *diem adjectum efficere, ne presenti die  
pecunia debeatur?* nimirum verbum debendi cum effe-  
ctu eo loco Jurisconsultus accepit: ut sit sensus, diem  
adjectum efficere, ut ante diem non debeatur plenè &  
efficaciter, non ita, ut & peti possit: quod locus ipse  
satis evincit. Non negat igitur Jurisconsultus, diem sti-  
pulationis cessisse; quod pugnet cum manifesta ratio-  
ne juris; sed venisse negat. Et si autem diei adjecti hæc  
vis est, ut ante diem agi non possit: alia tamen præsen-  
tis obligationis effecta sunt. Stipulatori hæc comoda  
affert, ut id debitum solum ante diem, quamvis  
per errorem, repeti non possit: l. 10. de cond. ind. ut  
possit novari & constitui, atque ita possit, ut etiam ante  
diem obligationis principalis peti possit, l. 1. & l. 5. de  
novat. l. 3. §. ult. & l. seq. de pec. const. In debitore hoc  
efficit, ut & ante diem vel invito creditore rectè solvat,  
l. quod quis. 50. de obl. & act. l. quod certa. 70. de solut.  
l. stipulatio. 38. §. inter. 16. l. continuus. 137. §. 2. hoc  
tit. quod interpretandum ex l. 9. C. de solut. Nam cum  
diei adjectio pro reo sit, non pro stipulatore, d. l. 41.  
§. 1. eod. medium tempus reo liberum esse debet ad so-  
lutionem: quæ etiam ratio redditur in d. l. stipulatio,  
& d. l. quod certa. Et vero quidni mihi liceat dilationi  
promittè introductæ renuntiare? per vulg. Et miror, adeo  
Custodiam in re tam aperta dissensisse, atque eo magis,  
quod sententiæ suæ firmamentum petit ex l. item. 18. de  
pec. const. qui locus et si solus esset, illum jugularet. Ni-  
hil sententiam Cujacii juvat l. si solutus. 39. de solut.  
nunquam enim obtinebitur, importunum tempus esse  
id, quod diem adjectum antecedit. Postea comperi, &  
Guilliel. Masium dissentire, lib. 1. singul. opin. cap. 4.  
cujus argumentis vel una hac responsione occurrere potest,  
nempe quod cuique jure facere licet, id ei licere etiam  
altero invito. Plane, si appareat diem adjectum esse etiam  
creditoris gratia, aliud dicendum est; veluti si quid cer-  
to loco dari promissum fuerit, l. 2. quod. cert. loc. l. qui

Roma. 122. pr. hoc tit. facit l. 15. de ann. legat. l. 17. de  
reg. jur. Don. in d. l. 41. §. 1. num. 47. & seq. D. Tulden.  
comm. hic. cap. 12.

*Peti prius, quam dies venerit*] Quod in diem debetur  
sive ex stipulatione sive ex alia causa, id ante diem peti,  
eo nomine agi, debitore mve conveniri, antequam dies  
venierit, non posse, innumeris locis proditum est, l. cer-  
ti. 9. in fin. pr. de reb. cred. l. quotiens. 24. de oper. libers.  
l. 7. l. 14. quib. ex ca. in poss. l. cedere. 213. de verb. sign.  
l. obligationum. 44. §. 1. de obl. & act. l. 14. l. qui hoc  
anno. 42. l. interdum. 73. l. existimo. 98. §. 1. hoc tit.  
cum simil. Atque hæctenus quidem interpp. omnes con-  
veniunt, quod etsi dies adjectus non impedit, quominus  
obligatio statim oriatur, tamen efficiat, quominus  
statim agi possit. Cæterum non levis quæstio est, agita-  
5 ta Citramontanos inter & Ultramontanos, ut apparet ex  
Cyno & Saliceto in l. un. C. ut act. ab hered. circa ex-  
plicationem horum verborum, *agi, peti non posse:* utrum  
scilicet ea sic accipienda sint, ut nulla prorsus ante diem  
actio esse intelligatur; an vero sic, ut ipso quidem jure  
una cum obligatione protinus nascatur actio, sed quæ  
ante diem cum effectu intentari nequeat, atque intena-  
tata exceptione temporis & plus petitionis submoveat-  
tur. Ego in hac quæstione posteriorem sententiam, quæ  
Citramontanorum fuit, probandam censeo cum Salic.  
in d. l. un. & Gomez. 2. resol. 11. num. 21. Etenim po-  
sita causa obligationis proxima, præsentem videlicet obli-  
gationem, non potest non poni actio. Sed sunt alia hujus  
rei argumenta. Agenti ante diem dicitur ob stare excep-  
tio, §. temporales, 10. inf. de except. At exceptio nec-  
cessario præsupponit actionem. Qui ante diem agit,  
*præmaturo, male, & perperam* agere dicitur, l. un. in  
fin. quand. dies us. leg. cad. l. liber homo. 118. §. 1. hoc tit.  
l. 2. §. qui ita. 6. de eo quod cert. loc. & tempore plus pete-  
re. §. si quis. 33. inf. de action. Qui autem nullam omni-  
no actionem habet, si quid moverit, is non male agere,  
sed inutiliter, l. bovem. 43. §. pen. de adil. edict. nec plus  
petere, sed nihil facere, dicitur, d. l. un. in fin. Ad hæc  
effectu nihil interesse, utrum stipulationi puræ factæ  
dies postea adjiciatur, an ab initio adjecto die stipulatio  
fiat, clare arguit d. §. temporales. inf. de except. & frigi-  
de contra disputat Don. ad l. 41. §. 1. num. 41. & 2.  
seqq. Denique si dies finiendæ obligationis causa, atque,  
ut loquuntur, adjectus per modum termini ad quem,  
adveniens obligationem & actionem ipso jure non tollit;  
sed hoc tantum efficit; ut per exceptionem actio elida-  
tur; etiam adjectus differendæ obligationis & actionis  
causa, atque ut terminus à quo, efficere non poterit,  
ne statim obligatio & actio nascatur; sed hoc tantum, ut  
mora ante diem actio exceptione temporali excludatur.  
Non obstat quod ajunt, contractus & obligationes pen-  
dere à voluntate contrahentium, l. 5. C. de obl. & act.  
actus agentium non operari ultra eorum intentionem,  
l. non omnis. 19. de reb. cred. ut proinde, cum debitoris  
intentio non sit, ut ante diem obligetur, nec creditoris,  
ut obliget, dicendum videatur, nec ante diem adje-  
ctum obligationem & actionem nasci. Nam voluntate  
contrahentium ratio juris publici mutari non potest, quo  
placuit, certis modis obligationem constitui & finiiri, in-  
ter quos non est tempus, l. obligationum. 44. §. 1. de obl.  
& act. Deinde non hoc in proposito agunt contrahentes,  
ne statim nascatur obligatio, sed ut differatur obligati-  
onis



nis executio. *D. Bachov. hic.* Magis obstat *l. interdum. 73. hoc tit.* ubi Jurisconsultus, propositis aliquot speciebus stipulationum, quæ ex re ipsa dilationem capiunt, subjicit, *tunc actionem incipere, &c.* Et mox, *non antecedere diem, &c.* An dicimus, aliud juris esse, cum dies tacite inest, aliud cum aperte adjicitur; An potius exemplorum omnium, quæ in *d. l. 73.* confusum proponuntur, non unam eandemque esse rationem? Sane enim etsi stipulationes illic propositæ in eo omnes conveniunt, quod dilationem habeant, non eandem tamen habent omnes; sed aliæ ex tacita conditione, ut stipulatio operarum; aliæ ex conditione & die simul, ut stipulatio fructuum futurorum; aliæ ex die duntaxat, ut quod certo loco dari promissum est: secundum quæ nisi prædicta illa, *actionem incipere, diem cedere,* commode explicentur, in certissima juris principia impingatur necesse est: Sic ergo sentio, ex stipulatione in diem concepta statim & obligationem nasci, & simul actionem quoad habitum & actum primum: sed diem adjectum impedire seu suspendere actum secundum, id est, exercitium actionis & operationem: breviter, ipso jure etiam actionem competere, sed quæ intentata ante diem stipulatione comprehensum exceptione repelli possit. Quid intersit, actio ipso jure non competat, an quæ competit, per exceptionem removeatur, dicemus *inf. sub tit. de except.*

*Ne eo quidem ipso die*] Apparet igitur, in hoc genere dici debere, diem venisse, non cum dies stipulatione comprehensus venit; sed cum is dies venit, qui illum sequitur. Est enim is, quo primum pecunia peti potest: non is, in quem stipulatio collata, *l. cedere diem. 213. de verb. sign.*

*Totus arbitrio solventis*] Tempus adjectum pro reo, non pro stipulatore est, *l. 41. §. 1. hoc tit. l. 17. de reg. jur.* ideoque nisi partes adjecti temporis omnes præterierint, stipulator non recte agit: ut puta, qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, is non recte petit, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, *l. qui hoc. 42. hoc tit. §. ult. inf. de inust. stip.* Plane, si quis ita stipuletur, *hodie dare spondes?* puram esse hanc stipulationem Papinianus respondit: neque enim in proposito diem differendæ actionis insertum videri, sed quo præsens ostendatur esse responsum, *l. liber homo. 118. §. 1. eod.* Sive autem hac formula concepta sit stipulatio; *Proximis Calendis Martiis, hoc biennio, proximis nundinis, dare spondes?* sive ita, *Ante Calendas, ante biennium, ante nundinas?* sive denique hoc modo, *Post Calendas, post biennium, post nundinas?* non prius recte peti potest, quam Calendæ, biennium, nundinæ præterierint; ut promissio semper in tempus finitum, non conceptum referatur, *l. 13. l. 41. cum l. seq. l. eum qui. 56. §. qui ita. 5. l. 138. eod.* In diversis temporibus longissimum sequemur, sicut in summis sequimur minimam, *l. 12. eod.* Quod si simpliciter hoc modo, *Calendis Januariis dabis?* nisi primas accipimus, inutilis futura est stipulatio, *d. l. 41. in pr.* Qui certam summam in tribus terminis se soluturum promisit, in ea causâ DD. habetur, ac si annua bima trima die promississet, id est, ut universa summa in tres pensiones annuas dividatur. Sed recte prudentissimus D. Tuldenus hoc ita demum probandum ait, si per relationem aut saltem ex consuetudine hoc actum appareat: alioqui judicem tempus

arbitrarium habita ratione summæ & personæ promissoris.

## TEXTUS.

De die adjecto perimendæ obligationis causa.

3. *At si ita stipuleris, Decem aureos annuos quoad vivam dare spondes? & pure facta obligatio intelligitur, & perpetuatur: quia ad tempus non potest deberi: sed hæres petendo pacti exceptione submovebitur.*

## NOTÆ.

3. *Decem annuos*] Sive in singulos annos, aut quotannis. Quæ adjectio fieri intelligitur non differendi, sed multiplicandi causa. Eo autem omisso, confestim quidem adhuc decem peti possunt, sed semel tantum, *l. 56. §. 4. hoc tit.*

*Quoad vivam*] Quid si hoc omisissum? Tum effectus obligationis etiam post mortem durabit, *l. 16. §. 1. eod.* Legati autem annui ratio non nihil diversa, *d. l. 16. §. 1. l. 4. l. 11. de ann. leg. l. 10. quoad dies leg.*

*Quia ad tempus*] Nam quod alicui deberi cœpit, certis modis deberi definit, puta solutione, acceptilatione, novatione, &c. nihil autem horum est tempus, *l. 44. §. 1. de obl. & act.*

*Pacti exceptione*] Vel doli mali, propter illa verba, *quoad vivam, quæ finiendæ obligationi adjecta, d. l. 56. §. 4. d. l. 44. §. 1.*

## COMMENTARIUS.

1. *Quid juris, si quis stipuletur decem quoad vivet, non addito annua.*
2. *Quid si decem in singulos annos, omisso, quoad vivet.*
3. *Quid, cum obligatio unius summa in plures personas dividitur.*
4. *Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos à simili legato. Et qui istius differentia effectus.*
5. *Quid juris in casu hic proposito.*

**A** Gitur hic de efficientia diei stipulationi adjecti in modum termini ad quem, id est, perimendæ obligationis causa, doceturque, ea conventionione non fieri, ut aut ab initio suspendatur obligatio, aut postea tempore ipso jure finiatur: cæterum stipulatorem post tempus petentem pacti conventi exceptione summoveri. Affertur pro exemplo casus, quo quis annum quid stipulatur, quoad vivet. Nos vero, ut res planior fiat, tres casus distinguemus. Primus hic fit, si quis stipuletur decem, quoad vivet, non addito, *annua* aut *in singulos annos*. In hac specie responsum est, decem confestim recte peti, quemadmodum si quis usque in Calendas dari stipulatus fuerit, etiam ante Calendas petere potest. Sed & obligationem perpetuari, ideoque & hæredem illius, & hunc, post Calendas petere posse: cæterum petentes exceptione pacti conventi aut doli mali submoveri, *l. eum qui. 56. §. qui ita. 4. hoc tit. l. 44. §. 1. de obl. & act.* Utrum autem, qui decem, quoad stipulator vivet, dare spondit, intelligatur decem semel, quod Duareno in *d. l. 56.* placet, an decem annua promississe, quod Donel-

lo *ibid.* & D. Tuldano in *comm. hic. cap. 11.* & ego quod verius puto, (certe ufui loquendi hodierno magis convenit) ad id de quo nunc queritur, id est, an statim ex ea stipulatione agi possit, & semel constituta perpetuetur, nihil interest. Alter casus hic est; si ita stipulatio concepta sit, *Decem in singulos annos dabis?* omisis his verbis, *quoad vivam.* Hic illud primum tenendum est, effectu nihil interesse, utrum quis decem in singulos annos, an decem annua, an decem quotannis aut singulis annis stipuletur, uti nec in legato annuo refert, quibus ex his verbis utare, l. 8. §. *si in singulos.* 23. *de transact. l. 12. §. novissime. 6. quoad dies leg.* Deinde in hac stipulatione adjectionem annorum non efficere, quo minus statim nascatur obligatio & actio, *arg. hujus §. 6. fac. l. 20. quoad dies leg. l. cum qui. 56. §. 4. hoc tit.* ac proinde initio cujusque anni decem tanquam pure promissa recte peti. Ratio est, quia annorum adjectio non differendi, sed multiplicandi causa facta intelligitur: idque ex eo apparet, quod nisi anni adjecti essent, intelligeremus, summam semel tantum deberi, non sæpius. Non idem juris est, cum quid promittitur hoc anno, hoc biennio, & semel: quoniam in re, quæ etiam anno non adjecto deberetur, non potest intelligi annus adjectus, nisi obligationis differendæ causa, l. *qui hoc. 42. hoc tit.* Aliud quoque est, cum aperte obligatio unius summæ in plures pensiones dividitur: veluti si centum à te stipulatus sim, & convenerit inter nos, ut eam divisit trium annorum pensionibus præstares, hic primi anni pensio non nisi finito primo anno peti potest; eademque ratio est sequentium, l. *lecta. 40. de reb. cred. l. 3. de ann. legat. l. si cui. 49. de legat. 1.* Postremo annuum stipulationem unam esse & perpetuam, ita ut ad hæredes quoque obligatio transmittatur, l. 16. §. 1. *hoc tit. argum. l. 13. C. eod. Moller. 5. semestr. 48.* quamvis id negat Bart. *arg. l. faucimus. 34. §. ult. versic. fin. autem. C. de donat.* Nam, ut bene observaverunt Contius & Cujacius, in eo versiculo corrupte legitur, *vel adjiciatur tempus vita*; eo enim modo si legas, pugnabit ex diametro d. versiculus cum principio §. itaque omnino legendum *vel non adjiciatur*, ut Græci *lib. 47. βασιλι. 4. xiv.* Multum ergo differt stipulatio in singulos annos à simili legato. Legatum annuum multiplex est, l. 10. *quoad dies leg. l. 11. de ann. legat.* neque infinitum tempus habet, sed morte legatarii finitur, l. 4. d. *tit. l. 16. §. 1. hoc tit.* Sicenim jus est, cum annuum aut in annos singulos legatur, ut primi quidem anni jam cœpti legatum purum habeatur, & defuncto post mortem testatoris legatario, ad hæredem ejus legatum illius anni transmittitur, sequentium vero annorum legata conditionalia existimentur, iisque inesse videatur hæc conditio, si legatarius vivet, ejusque tantum anni legatum transmittatur quo legatarius vixit, l. 4. l. 8. *de ann. legat.* Unde etiam illud est, quod per singula legata excutitur persona legatarii, an jus capiendi habeat, l. 11. d. *tit.* Diversa omnia in stipulatione annua. Hæc una est, d. l. 16. §. 1. *hoc tit.* ut tamen sit plurium pensionum diversis temporibus exigendarum & præstandarum, l. *si à colono. 58. de fidejuss.* Hinc fit, ut conditio stipulatoris semel tantum & initio contractus inspiciatur, l. *senatus. 35. §. ult. de mort. ca. don. l. si filiusfam. 78. hoc tit.* Cujus differentia hic effectus, ut si verbi causa servus, cui annuum legatum est, primo aut altero anno post mortem

testatoris consequatur libertatem, sequentium annorum legata sibi acquirat, l. 12. §. 2. *quoad dies leg.* quod secus esse dicemus in annua stipulatione, d. l. *si filiusfam. & d. l. senatus. §. ult.* Postremo, ut jam diximus, stipulatio in annos singulos perpetua est, nec morte stipulatoris finitur, d. l. 16. §. 1. *hoc tit.* Cur tam varie. Nimirum quia testator in legato annuo, etsi non adjecerit, *quoad vivet legatarius*, ioli tamen legatario consulere voluisse creditur, non hæredi ejus. Præsumptio ex eo, quoniam legata vel ob meritum personæ legatarii, vel ob testatoris erga eum benevolentiam relinquere solent, l. 9. *cum seq. pro soc.* quorum neutrum in hæredem legatarii, utpote quem testator non novit, cadere potest. At in conventionibus pro communi hominum affectu ea mens & cogitatio contrahentium esse putatur, ut qui sibi cavet, etiam hæredibus cautum velle intelligatur, nisi contrarium probetur, l. 9. *de probat.* Plane, si causa obligationis cohæreat personæ stipulatoris, veluti si quid annui in alimenta alicui promissum fuerit, aut si medicus certam summam annuum stipuletur, l. 10. §. 1. *de ann. legat.* dicendum est, tali stipulatione personam hæredis non contineri, ideoque si petat, doli mali exceptione posse submoveri. Tertius & postremus casus sit, §. qui hic proponitur, si quis stipuletur, decem annua, *quoad vivos*, sibi dari. Justinianus expresse ait hoc casu obligationem pure factam intelligi, atque etiam perpetuari, quoniam ad diem obligatio constitui non potest. Quamobrem, quod proprium est puræ obligationis, ex hac stipulatione similiter, ut ex superiore, confestim seu initio cujusque anni recte agatur, nec morte stipulatoris finitur obligatio. Cæterum hoc inter hunc & præcedentem casum interest, quod hic hæredes stipulatoris petentes pacti conventi exceptione repellantur, propter verba illa, *quoad vivam*, quæ finiendæ obligationis causa adjecta esse constat; l. *cum qui. 56. §. 4. hoc tit. l. obligationum. 44. §. 1. de obl. & act. illic* obligationis effectus etiam post mortem duret, l. 16. §. 1. *hoc tit.*

## TEXTUS.

## De Conditione.

4. *Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio, ut si aliquid factum fuerit, vel non fuerit, committatur stipulatio. Veluti;* Si Titius consul fuerit factus, quinque aureos dare spondes? *Si quis ita stipuletur,* Si in Capitolium non adscendero, dare spondes? *perinde erit, ac si stipulatus esses, cum moreretur, sibi dari. Ex conditionalis stipulatione tantum spes est debitum iri: eamque ipsam spem in hæredem transmittimus, si prius quam conditio extet, mors nobis contigerit.*

## NOTÆ.

4. *Perinde ac si cum moreretur*] In eo utraque hæc stipulatio convenit, quod ex neutra ante mortem agi potest: cæterum illa, *Si in Capitolium non adscendero*, conditionalis est, & obligationem differt: altera vero, *cum moriar*, in diem, quæ non differt obligationem, l. 17. *& seq. de cond. ind.*

*In heredem transmittimus*] Ut existente postea conditione etiam hæres stipulatoris agere possit, l. 57. b. s. fac. l. 8. de per. & commod. rei vend. Non idem est in conditionalibus legatis l. 4. l. 5. §. 2. *quand. dies leg.* Cur tam varie? Quia stipulationes etiam conditionales ex præsentis vires accipiunt, quamvis obligatio & petitio in suspenso sit, l. 26. de stip. serv. l. 144. §. 1. de reg. jur. Legata autem demum cum deberi incipiunt, d. l. 4. & 5. l. un. §. 7. C. de cad. toll. Unde & alix differentix, de quibus in l. 42. de obl. & act. l. 27. qui & à quib. man. l. 78. b. s. l. 18. de reg. jur.

## COMMENTARIUS.

1. Quid sit conditio & quoruplex: tum qua conditiones inutilis stipulationem ab initio faciant.
2. Etiam promissiones, quibus tacite conditio inest, pro conditionalibus esse.
3. In conditionibus arbitrariis quid juris.
4. De cautione Muciana, & an ea quoque locum habeat in contractibus.
5. Pendente conditione nihil deberi: & qua inde consequentia.
6. Insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia.
7. An id discrimen quoque pertineat ad conditiones arbitrarias.

**H**Actenus dictum de stipulatione pura, & ea, quæ sit in diem: sequitur ea, quæ sit sub conditione. Conditio, ut alibi quoque definivimus, est adjectio, qua id quod dari aut fieri volumus, confertur in aliquem casum: ad quem modum etiam hic definitur. Itaque duo hæc conditionem faciunt, dilatio, & casus, sive incertus eventus. Ac proinde quæ adjectionis obligationem non differunt, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur, §. per. inf. eod. & quas certum est omnimodo extituras esse; veluti si stipuler mihi dari, *si morieris; si Calendis sol orietur*, l. 18. de cond. ind. l. hæres. 79. de cond. & dem. l. 9. §. 1. de novat. pro conditionibus non sunt habendæ. Enimvero quicquid adjectum rem in incertum eventum differt, id sive arbitrarium est, sive fortuitum, sive mixtum ex utroque, stipulationem facit conditionalem, l. centesimæ. 46. §. 2. l. quicquid. 99. §. 1. l. à Titio. 108. l. ita stipulatus. 115. §. 1. & 2. hoc tit. l. 2. l. 7. de cond. & dem. Atque hinc nata distinctio vulgo recepta, quod conditiones quædam sint casuales, quæ scilicet à solo casu dependent, veluti, *Si Titius consul factus fuerit, vel non fuerit*. Quædam potestativæ, quarum impletio in potestate reorum est, ut, *Si Capitolium ascenderit, vel non ascenderit*. Quædam mixtæ, partim fortuitæ, partim arbitrariæ, ut, *Si Mæviam uxorem duxeris*. Dux omnino conditiones sunt, quæ inutilis conventionem ab initio efficiunt, conditio impossibilis in faciendum concepta, l. 7. hoc tit. §. impossibilis, inf. de inut. stip. & ea, quæ in arbitrium rei promittendi aperte collata est, l. 17. d. l. 45. §. ult. d. l. 108. §. ult. hoc tit. l. 8. de obl. & act. l. 13. C. de cont. emps.

*Cum in casum differatur obligatio*] Atque ideo existente demum casu, in quem dilata est, dies hujus obligationis cedit, neque antea quicquam deberi intelligitur, l. cedere. 213. de verb. sign. Differt autem obligatio in casum non tantum conditione conventionis ex-

pressa, ut in exemplis hic propositis; sed etiam intellecta seu tacite comprehensa. Quod ex rebus ipsis intelligitur. Puta vel ex incerto tempore, veluti si dies incertus stipulationis adjectus fuerit, qui an extiturus sit, ignoretur, de quo dictum §. 2. vel ex demonstratione rei promissæ in futurum collata. Ut in hac conceptione, *Stichum, qui hoc anno tuus erit, dare spondes?* l. 6. de legat. 1. l. nuper. 85. de legat. 3. item in hac, *quod patrem meum debere constituerit, dare spondes?* l. qui Roma. 122. §. Aggerius. 4. hoc tit. vel ex rei promissæ natura. Veluti cum promittitur res, quæ nondum est in rerum natura; utrum autem futura sit, pendet ex incerto naturæ aut juris eventu. Cujus generis est promissio fructuum, qui in fundo nascentur, l. interdum. 73. hoc tit. item promissio dotis, cui inest hæc conditio, si nuptiæ sequantur, l. 21. de jur. dot. Itaque has etiam conventiones, & si quæ sunt similes, sciamus conditionales esse.

*Committatus stipulatio*] Committi stipulatio dicitur existente conditione, sub qua stipulatio facta est, ut jam ex ea agi possit, l. ita stipulatus. 115. §. 1. & 2. l. qui Roma. 122. §. Aggerius. 4. b. s.

*Si in Capitolium non ascendero*] Jurisconsulti cum de conditionibus tractant, creberrime his exemplis utuntur, *Si in Capitolium ascenderit, aut, Si in Capitolium non ascenderit*. Quod ex consuetudine Romanorum fluxit, qui precaturi aut sacra facturi una cum Pontifice in sacram arcem scandebant. Horat. 3. carm. ad Melpomenen.

*Non omnis moriar, multaque pars mei  
Vitabis Libitinam. Usque ego postera  
Crescam laude recens, dum Capitolium  
Scandet cum tacita virgine pontifex.*

Tacit. lib. 14. *Exin Capitolium scandunt, Deoque tandem venerantur*. Plin. in paneg. *Tibi ascendentis de more Capitolium civium clamor, ut jam Principi occurris*. Plura hujusmodi in veterum scriptis observavit D. Duar. 1. disp. 15.

*Ac si stipulatus, cum moreretur*] In conditionibus arbitrariis, quæ in non faciendo sunt conceptæ, expectatur donec certum atque exploratum sit, fieri amplius non posse. Ut ecce, si hoc modo stipulatus fuero, *Si intra biennium Capitolium non ascenderit, dari spondes?* non nisi præterito biennio recte petam, l. quicquid 99. §. 1. hoc tit. Idem est, si conditio in dando posita sit, dummodo stipulatio à conditione incipiat. Veluti si ita cautum, *Si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?* nam & hic responsum est, non ante committi stipulationem, quam si Pamphilus desisset posse dari, l. ita stipulatus. 115. §. 2. eod. Dixi, si stipulatio dandi à conditione cœpit: nam si non à conditione, sed ab alia pactione cœperit, veluti si ita fuerit concepta, *Pamphilum dari spondes? si Pamphilum non dederis, tantum dari spondes?* committitur stipulatio simul ac debitor interpellatus facere potuit, neque fecit, d. l. 115. §. 2. His consequens est, si simpliciter sic fuerit concepta stipulatio, *Dabis, si in Capitolium non ascenderit?* post mortem demum rei promittendi stipulationem committi; quandoquidem tum demum certum esse cœpit, in Capitolium eum ascendere non posse, d. l. 115. §. 1. Quod si conditio non faciendi in personam rei stipulandi collata fuerit, ut in exemplo hic proposito, illius mors

expectanda erit. Et itaque illo casu hæres promissoris demum conveniri poterit, hoc demum agere hæres stipulatoris. In legatis sub conditione non faciendi collata in potestatem legatarii aliud servatur, placetque desiderante legatario statim representari legatum, dum is caveat, nihil se ejus facturum, quod testator fieri noluit; si contra fecerit, rem una cum fructibus restitutum: quæ cautio, quod à Q. Mucio inventa & composita est, Muciana dicta, l. 7. l. 18. l. hæres. 79. §. 2. de cond. & dem. Quæ vero ratio est, quod hæc cautio in legatis & hæreditatibus admittitur, in contractibus non item? nimirum quia voluntati testatoris satis fieri intelligitur, modo ne peccetur contra conditionem, quod solum testator creditur spectasse. In stipulationibus autem sine injuria promissoris admitti non potuit. Nam qui promittit sub hujusmodi conditione, si in Capitolium non ascendero satis aperte hoc agit, ut ne ipse unquam conveniatur, sed demum ipsius hæres: & eadem conditione in personam stipulatoris collata, ne stipulator unquam petere possit, sed, illo mortuo, hæres ejus: & alias quoque in ambiguo secundum promissorem interpretatio fit, & stipulatori imputatur, quod non apertius stipulationem conceperit, l. quicquid. 99. hoc tit. Aliam rationem reddit Ant. Fab. 2. conj. 16. quod nisi hæc cautio inventa esset, legata sub conditione non faciendi intercederent; quam & olim Porcius attulit, & solidiorem esse nonnulli existimant. Sed hæc ratio in hæreditatibus valere potest; in legatis falsa est: quippe cum, ut ad hæredem legatum transferatur, sufficiat moriente legatario diem legati cedere, l. ult. de cond. inst. Gomez. 2. resol. 11. n. 37. Cujac. 14. obs. 22.

Ac si cum moreretur] Hoc magna indiget cautione. Nam similitudo harum cautionum. Si Capitolium non ascendero, dare spondes? & Dabis, cum moriar? in eo duntaxat consistit, quod ex neutra cum promissore agi potest ante mortem stipulatoris: cætera sunt dissimiles. Quippe prior illa conditionalis est; non actionem tantum, sed etiam obligationem differens; altera in diem, ex qua licet ante diem non recte agatur, præsens tamen obligatio est, l. nam si. 17. cum l. seq. de cond. ind.

5 Tantum spes est debitum iri] Vis conditionis omnis hæc est, ut pendente ea nihil dum debeat, ea impleta perinde habeatur, ac si ab initio pure debitum fuisset; deficiente, quasi nulla unquam fuisset obligatio, l. 16. de cond. ind. l. 26. de cond. inst. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. cedere. 213. de verb. obl. l. 8. de per. & com. rei vend. l. 11. §. 1. qui pot. in pignor. Cum itaque pendente conditione necdum ulla obligatio nata sit, consequens est id, quod sub conditione debetur, ante eventum conditionis non recte solvi, ac proinde si pendente conditione solutum sit, repeti posse, d. l. 16. l. 18. l. qui promissit. 48. de cond. ind. l. stipulatio. 38. §. interdum. 16. hoc tit. eademque ratione nec novari poterit, aut constitui, nisi hac lege, ut eadem conditio expectetur. l. 14. §. 1. de novat. l. id quod. 19. de pec. const. Hinc intelligitur, quantum intersit inter stipulationem in diem, & conditionalem.

Eamque spem in hæredem transmittimus] Si pendente conditione aut stipulatori aut promissori quid humanitus contingat, nihilominus in suspenso manet obligatio, atque existente postea conditione stipulatio com-

mittitur, ut aut hæres stipulatoris agere, aut hæres promissoris conveniri possit, §. pen. inf. de inus. stip. l. si quis. 57. hoc tit. l. in quantitate. 73. §. 1. ad leg. Falc. fac. l. 8. de per. & commod. Non obstat regula juris veteris, quæ vetabat obligationem ab hærede aut contra hæredem incipere. Nam conditio existens retrotrahitur ad tempus contractus; hoc est, ubi semel extitit conditio, perinde habetur, ac si ab initio sine conditione obligatio contracta fuisset, l. 11. §. 1. qui pot. in pign. d. l. 8. de peric. & comm. Cur ergo diversum jus sequimur in conditionalibus legatis, placetque mortuo ante eventum conditionis legatario ad hæredem ejus nec spem ullam transmitti; l. 4. l. 5. §. 2. quand. dies leg. l. un. §. si autem. 7. C. de cad. toll. Cur, inquam, cum tam ex causa legati conditionalis, quam ex simili stipulatione, spes sit debitum iri, non æque spes illa transmittitur in hæredem legatarii, atque in hæredem stipulatoris? Nimirum ideo, quia cum beneficia suprema voluntate obmerita plerumque dari, aliamve ob causam solent, propter quam ad complectendum aliquem afficimur, l. 9. profoc. existimandum est testatorem in legando personam tantum legatarii cogitasse, eique soli, non etiam hæredi ejus, qui incertus est, beneficium conferri voluisse. At in pactis & contractibus non tam ad personas pacifcentium, quam ad rem familiarem respicitur, crediturque quisque eo animo esse, ut non tantum sibi, verum etiam hæredibus suis prospectum velit, l. 9. de probat. add. Gomez. 2. resol. 11. num. 12. D. Tulden. comm. hic. cap. 7. Adhæc contractus etsi conditionalis est, tamen ex præsentis vires accipit, l. 26. de stip. serv. argumento est, quod jam ab initio hæctenus personas contrahentium adstringit, ut alteri, invito altero, non liceat ab eo recedere, l. 5. C. de obl. & act. Unde quoque est, quod eum, qui sub conditione stipulatus est, etiam pendente ea placet creditorum numero in quibusdam causis haberi, l. 10. l. conditionales. 54. de verb. sign. l. 4. de reb. aut. jud. poss. l. 9. §. 1. l. 11. §. 1. qui pot. in pign. l. filiusfam. 78. hoc tit. l. 16. de solut. in quo item dissimilis causa est ejus, cui sub conditione legatum est, l. à cui 42. de obl. & act. Cujac. in d. l. 10. de verb. sign. Enimvero quod hic simpliciter traditum est, ex conditionali stipulatione quæ spes est debitum iri, eam ad hæredem stipulatoris transmitti, id plerique opinantur ad eas duntaxat condiciones pertinere, quæ à casu pendunt; arbitrarias autem morte ejus deficere, in cujus potestatem collatæ sunt, argum. l. qui heredi. 44. l. si expressum. 69. l. à testatore. 109. de cond. & dem. l. si ita. 65. §. 1. de legat. 1. Gail. 2. obs. 2. Verum ego putarem, in contractibus distinguendum esse inter ipsas condiciones arbitrarias, ut siquidem factum contineant cohærens personæ, aut alias in apponendo persona solummodo spectata sit, earum implendarum jus ad hæredem non transeat. At si talis sit conditio, quæ eodem modo ab hærede impleri possit, puta si in dando consistat, hic quia non videtur persona operative personæ spectata, dicam, jus implendæ conditionis, licet arbitrariæ, ad hæredem stipulatoris transmitti. Nam cum hujuscemodi conditio per quemvis alium nostro nomine impleri possit, cur non & per hæredem possit, qui eadem persona cum defuncto habetur? l. ult. de cond. inst. fac. l. diem. 27. §. 1. de recept. arb. l. si prædio. 15. de in diem addit. l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 2. C. de pact. int. ampt. vid. Duar. in Scavol. num. 14. & seqq.

Et seqq. Cujac. in l. si quis. 57. hoc tit. D. Tuldem. comm. hic. cap. 9.

## T E X T U S.

## De loco.

5. *Loca etiam inferi stipulationi solent, veluti, Carthagini dare spondes? Quae stipulatio licet pure fieri videatur, tamen re ipsa habet tempus adjectum, quo promissor utatur ad pecuniam Carthagini dandam. Et ideo si quis Roma ita stipuletur, hodie Carthagini dare spondes? inutilis erit stipulatio, cum impossibilis sit repromissio.*

## N O T A.

5. *Impossibilis repromissio]* Cajus tamen l. ult. §. 4. h. s. casum proponit, quo etiam talis stipulatio utilis esse potest.

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

**H**ujus tituli §. 2. cum de stipulatione in diem ageremus, diximus, esse quasdam stipulationes, quae licet verborum figura purae sint, tamen ad stipulationes in diem factas referri debeant, propterea quod tacite tempus complectantur, atque ex re ipsa dilationem habeant: cujus generis etiam ea est, de qua hic agitur, cum locus stipulationi insertus est.

*Re ipsa dilationem habet]* Cum stipulamur quid dari certo loco, puta Carthagini aut Ephesi, stipulatio verborum pura ex re ipsa dilationem capit: inest enim tacite tempus, quo Carthaginem aut Ephesum perveniri possit: nam alioqui praestatio sit impossibilis, l. cum quis. 41. §. 1. l. interdum. 73. l. continuus. 137. §. 2. hoc tit. l. 2. §. qui ita. 6. quod cert. loc. Quodnam vero tempus hic accipi oporteat, eleganter nos docet Venulejus d. l. continuus. §. 2. nimirum totam eam rem ad iudicem, id est, virum bonum, remittendam esse, qui aestimet, habita ratione temporis *αἰς τὸ ἐὶς διαίτημα*, aetatis, sexus, valetudinis, quanto tempore diligens paterfam. conficere possit, quod facturum se promittit.

*Si quis Roma, &c.]* Si quis Romae stipuletur, *Hodie Carthagini dari*, inutilem esse stipulationem placet, d. l. 2. §. qui ita, quod cert. loc. optima ratione, quia tali stipulatione causa impossibilis continetur. Neque enim qui Romae est, intra unum diem potest Carthaginem pervenire: nisi vero eo pervenerit, Carthagine dare non potest. Igitur impossibilitas praestationis inutilem in casu proposito stipulationem facit, perinde quasi impossibilis conditio adjecta sit, cujus adjectione stipulationem ceterosque contractus vitari constat, l. non solum. 31. de obl. & act. l. 7. hoc tit. §. si impossibilis. inf. de inut. stip. Diverso jure utimur in ultimis voluntatibus, in quibus placet conditionem impossibilem, aut spatium temporis ad dandum impossibilem, pro non adjecto haberi, l. 1. l. 6. de cond. inst. l. 3. cond. & dem. l. 12. §. 1. de legat. 1. Diversitatis ratio alibi à nobis indicabitur, d. §. si impossibilis. Cajus l. ult. §. si inter. hoc tit. casum proponit, quo etiam stipulatio hanc Romae facta, *Hodie Carthagini dare spondes?* valere potest, nempe si tam stipulator, quam promissor ante aliquod tempus suo quisque dispensatori notum fecerit, in eum diem futu-

ram stipulationem, addito mandato ut alter daret, alter acciperet.

## T E X T U S.

De conditione ad tempus praesens vel praeteritum relata.

6. *Conditiones, quae ad praesens vel praeteritum tempus referuntur, aut statim infirmant obligationem, aut omnino non differunt: veluti, Si Titius consul fuit: vel Si Maevius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio: sin autem ita se habent, statim valet. Quae enim per rerum naturam sunt certa, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint.*

## N O T A.

6. *Ad praesens vel praeterit. tempus]* Conditiones ad praesens vel praeteritum tempus relatae revera conditiones non sunt, sed tantum *ἢ π λ ί ζ ε α ὗ* & figura verborum, l. 37. & 39. de reb. cred. l. 120. h. s.

*Nihil valet stipulatio]* Ex his verbis intelligitur, quomodo accipiendum, quod modo dixit, *statim infirmant obligationem.*

*Licet apud nos incerta]* Dummodo jam sint aut praeterierint; ut si non à nobis, saltem ab aliis sciantur, l. 38. de reb. cred. Nam in futuris, quae & ipsa in rerum natura certa sunt, non rerum naturam, sed nostram intuemur incertiam, l. 21. §. ult. de judic. quia futura nulli mortalium cognita, Demosth. orat. de Rhod. lib. ἀδελφοὶ τὸ μίλλον ἄπειρον ἀδράπαις.

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

*In futuris inscientiam nostram inspicit, non rerum naturam; in praesentibus & praeteritis contra.*

**C**onditionis proprium est, rem in aliquem casum, id est, in incertum eventum differre, §. 4. sup. Id autem fit, cum oratio in futurum confertur, non cum in tempus praesens vel praeteritum; nam futura tantum incerta sunt; praesentia & praeterita certa, etsi contrahentes veritatem ignorent. Et ideo placuit, sermonem ad praesens vel praeteritum tempus relatum vim conditionis non habere; veluti, si quis dixerit, *Si Rex Parthorum vivit, Si Caesar victoria positus est.* Sed in proposito aut statim obligationem perimi, aut omnino non differri. Perimi, si ita non sit, si Rex Parthorum non vivit, Caesar non vicit: non differri, si ita sit, l. conditio. 100. l. si ita. 120. hoc tit. l. cum ad. 37. cum 2. seqq. de reb. cred.

*Conditiones, quae ad praesens]* Hae orationes, *Si Titius consul factus est, Si Maevius vivit*, & similes, quae ad praeteritum aut praesens tempus referuntur, vi & potestate conditiones non sunt; quoniam obligationem non differunt, sed efficiunt, ut statim aut nihil debeatur, aut pure debeatur: nihil, si falsae; pure, si verae. Pugnant autem, pure deberi, & sub conditione. Appellantur tamen & ipsae conditiones, quia figura & conceptione verborum tales sunt, ut significatur in *Corne-lius. 69. de her. inst. l. itaque. 39. de reb. cred.* Licebit

itaque hic uti eadem distinctione, qua Logici utuntur in relatis, ut dicamus, esse quasdam conditiones secundum esse, quæ scilicet vere tales sunt, & obligationem suspendunt, cujusmodi sunt, quæ in futurum conferuntur; quasdam secundum dici, quæ figuram duntaxat conditionis habent, vim & potestatem non obtinent, quales sunt, quæ ad præsens aut præteritum tempus referuntur: eodemque numero illæ quoque habendæ, quas certum est extituras esse, veluti si quis stipuletur sibi dari, *Si Titius morietur*. l. 9. §. 1. de novat. l. 17. cum seq. de cond. ind.

*Aut statim infirmant obligationem*] Modestini. l. conditio. 100. perimus. Quod abusive dici constat. Nam si rem spectamus, falsum id est, cum obligatio perimi non possit, quæ nulla est. Sed cum ignorantiam nostram spectamus, videtur obligatio suspendi, quia apud nos in suspensio est, utrum conditio extiterit, nec ne; cujus ipsius ignorantia ratione dicitur obligatio perimi aut infirmari, cum apud nos certum esse incipit, conditionem esse falsam.

*Nihil valet stipulatio*] Quod modo dixit, statim infirmari obligationem, id quomodo accipiendum sit, ex his verbis intelligitur, nimirum si hæc conditio, *Si Mævius vivit*, falsa sit, statim nihil valere stipulationem, seu obligationem non tenere, l. 37. de reb. cred.

*Qua per rerum naturam certa sunt*] Dummodo jam sint aut præterierint, ut etiam ab hominibus, licet non omnibus, sciantur, l. respiciendum. 38. de reb. cred. Unde apparet, non recte cum casu hic proposito comparari casum l. sed esse. 28. §. ult. de judic. & l. 3. si pars her. per. Nam quod in utero est, adhuc futurum est, ac nemo hominum scire potest, unusne, an plures, & quot in utero sint, & an nascituri sint: ut merito in eo incipientiam nostram intueri debeamus, non rerum naturam, cui alioquiem certam, quæ futura sunt, d. l. 28. §. ult. de judic. quanquam in specie illic proposita variasse Jurisconsultos, constat ex l. cum quidam. 30. §. summ. 6. de acq. her. & distingui etiam potest inter obligationem seu jus petitoris, quod ex eventu ejus rei, quæ in conditione est, solum pendet, de quo hic quæritur; & petitionem, quæ in judicio instituitur, & probationem etiam ejus, quod accidisse dicimus, desiderat, de qua agitur in d. l. 28. §. ult. de judic. Nam & in terminis hujus §. si ad judicem itum fuerit, quamdiu is ignorat, vivatne verbi gratia Mævius, necne, sententiam secundum petitorum aut promissorem ferre non poterit, licet per se verum sit & certum, valere aut non valere stipulationem. Nectamen ideo Hotomanno assentior, qui putat, hujuscemodi stipulationem, *Si Mævius vivit*, dare spondes? quamvis id per se verum sit, non pro pura habendam esse, sed pro concepta in diem. Pura enim eam esse offendit hic locus, & l. conditio. 100. hoc tit. siquidem pura dicenda est, quæ obligationem omnino non differt, id est, cujus dies & cessit & venit, l. cederò diem. de verb. sign. ac proinde si stipulator statim ex tali stipulatione agat, non repelletur exceptione, nec causa cadet, aut tempus ei duplicabitur, quasi perperam agat, & plus tempore petat: sed petenti terminus ad probandum à judice dabitur, ut recte Joann. Faber hic.

## T E X T U S.

Quæ in stipulatum deducuntur.

7. *Non solum res in stipulatum deduci possunt, sed etiam facta; ut si stipulemur aliquid fieri, vel non fieri. Et in hujusmodi stipulationibus optimum erit pœnam subjicere, ne quantitas stipulationis in incerto sit. Itaque si quis, ut fiat aliquid, stipuletur, ita adjici pœna debet, Si ita factum non erit, pœnæ nomine decem aureos dare spondes? Sed si quadam fieri quadam non fieri, una eademque conceptione stipuletur quis, clausula hujusmodi erit adjicienda, Si adversus ea factum erit, sive quid ita factum non fuerit, tunc pœnæ nomine decem aureos dare spondes?*

## N O T A.

7. *Sed etiam facta*] l. 2. pr. eod. In facto consistere stipulatio dicitur, non tantum cum quid fieri cavetur, sed etiam cum non fieri, d. l. 2. §. pen. quanquam interdum distinguuntur, l. 75. §. 7. eod. Illa committitur exacto tempore, intra quod fieri poterat & debebat, quod promissum est, l. 14. l. 72. l. 84. eod. hæc, si quid factum sit contra quam cautum fuit, d. l. 2. §. pen. l. 4. eod.

*Optimum erit*] Quia difficilis est incertæ rei æstimatio. Sen. 3. de ben. 6.

*Ne quantitas stipulationis in incerto*] Cum quid fieri stipulamur, incertum stipulamur, d. l. 75. §. 7. Ratio est, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest. l. 68. l. 72. eod. l. 13. in fin. de re jud. hoc autem est incertum, quoniam non in jure, sed in facto consistit, l. 24. de reg. jur. utpote continens id, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, l. 13. rem rat. hab. quod totum incertum ac probatu difficile. Huic autem incommodo occurrere potest subjecta stipulatione pœnæ, l. ult. de stip. præ.

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

1. *Cum quid fieri stipulamur, cur incertum stipulari videamur.*
2. *In facti obligatione nunquam factum ita versari, ut peti possit, sed id quod interest duntaxat.*
3. *Facta hic intelligenda nuda & simplicia, non que in rei alicujus præstatione consistunt: tum quid hic juris bodie.*
4. *Id quod interest, incertum esse, & qua ratione.*
5. *Pœna stipulatione incertisudini obligationis occurrere.*
6. *An per subjectam pœnalem stipulationem præcedens novetur obligatio.*

**I**n signis hic locus est propter stipulationes & obligationes faciendi. Non res tantum, sed etiam facta in stipulationem deduci posse constat: unde quædam stipulationes in dando, quædam in faciendo consistere dicuntur, l. 2. hoc tit. Cum quid fieri stipulamur, incertum stipulari videmur, l. ubi. 75. §. qui. 7. eod. non utique ob id tantum, quod priusquam quid fiat, incertum est, an fiat, aut si sit; incertum quale sit: sed multo magis, quia

quia si promissor non faciat, per moram tacita quædam potestate juris inducitur novatio & obligatio in id quod interest, cujus quantitas est incerta, *l. si pœnam. 68. eod.* & ideo utile est, stipulationi faciendi pœnam subjicere: quod hic monet Justinianus, & Venulejus *l. ult. de prat. stip.* Sed quoniam in hunc locum incidimus, age paulo 2 plenius eum explicemus. In obligationibus faciendi ita jus est, ut licet ab initio & quamdiu fieri potest, quod promissum est, factum in obligatione versetur, unde etiam obligatio faciendi dicta; tamen nunquam ita, ut id peti possit: quippe ex stipulatione faciendi placet non ante agi posse, quam tempus illud præterierit, intra quod fieri debuit, & potuit; quod promissum est: sed eatenus tantum, ut promissor præstando quod promissit, liberetur. Postquam autem transit tempus, intra quod fieri poterat quod promissum est, exinde contineri incipit, solumque deberi, id quod interest, *l. 14. l. stipulationes. 72. l. si insulam. 84. l. si quis. 112. §. ult. hoc tit. l. 13. in fin. de re jud.* ut tamen quamdiu lis nondum contestata est, placeat promissorem, paratum præstare quod promissit, adhuc audiendum esse, & faciendo liberari, *d. l. si insulam.* nam hic etiam locum habet, quod de emendatione moræ à Celso adolescente scriptum memorat Ulpianus *l. si servus. 91. §. 3. h. tit.* facultatem offerendi mora amissam summo jure, ex bono & æquo recipi moræ purgatione. Cæterum ex factis ea tantum huc pertinere arbitror, quæ nuda sunt & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, operamque hominis & membrorum corporis desiderant; qualia sunt, *Romam ire, tabulam pingere, insulam adificare, fossam fodere*; cujusmodi in hac stipulatione exemplis etiam veteres utuntur. Hæc facta, inquam, hætenus tantum in obligatione esse intelliguntur, ut faciendo debitor liberetur; peti nunquam possunt, sed id solum, quod interest; neque id statim, sed tum demum, cum transierit tempus, quo potuit fieri, quod promissum est. At si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro datione, quam pro facto habendum puto, arg. *l. in conventionalibus. 52. §. 1. hoc tit.* & rem ipsam, ad quam principaliter respicitur, peti posse. Neque enim dubitandum, quin si ex causa venditionis stipulatus sim rem mihi tradi, eam ipsam rem petere possim, *l. 11. §. 2. de act. empr.* Utrum autem ut hoc casu res peti potest, ita & præcisè præstanda sit, an solutione ejus, quod petitoris interest, liceat defungi, alibi fortassis tractabitur. In præsentia satis est nos scire, de quo genere factorum hic agatur, nimirum de nudis & puris, quæ extorquere ab invitis species quædam servitutis videatur. *Duar. in d. l. stipulationes. 72. hoc tit.* Atque hæc communis quoque DD. sententia est, *vid. Christin. vol. 1. decis. 323.* Nostro hodierno jure in omnibus faciendi obligationibus promissorem præcisè cogi ad facti præstationem, tradit *Groenew. de legib. abrog. ad l. 13. de re jud. per art. 275. Et seq. Instr. sup. Cur. Holl. art. 14. Et seqq. ampl. Instr. Cur. provim.* Et sanè probant hi textus, posse factum in petitionem & eondemnationem deduci, quin & facere recusantem in custodia aliquamdiu detineri; quod à ratione juris Rom. alienum videtur. Utique tamen quia factum invito extorqueri non potest, si contumax esse perseveret, re-

currendum tandem erit ad facti æstimationem: quod & iisdem locis expressum est.

*Vel non fieri*] Stipulatio in facto esse etiam illa dicitur, quæ continet, quod est in non faciendo; veluti *Per te non fieri, quominus mihi ire agere liceat, &c. l. 2. §. pen. hoc tit.* quanquam hæc alibi, ut opposita, distinguuntur, *l. ubi. 75. §. qui id. 7. eod.* Hujusmodi vero stipulationes nunquam aliter committuntur, quam si quid factum sit contra quam cautum est, *d. l. 2. §. pen. l. 4. §. Caso. eod.* & ideo necesse est committi in id, quod interest: siquidem ejus, quod jam factum est, nomine nihil peti potest, nisi id, quod ob id factum abest stipulatori: id autem est, id, quod ejus interest, contra factum non fuisse.

*Optimum erit pœnam subjicere*] Stipulatio faciendi incerta est: quæ incertitudo cum non levia habeat incommoda, quo pacto ea incommoda vitari possint, utile visum est Imperatori hic monere. Incerta est hæc stipulatio, quia id in stipulationem venit, quod stipulatoris interest. Ratio reddita à Paulo in *l. si pœnam. 68. hoc tit.* Venire id quod interest & stipulatione faciendi contineri, satis antea probatum est: quare hoc pro confesso nunc sumimus. At quomodo hac ratione efficitur, ut stipulatio sit incerta: nimirum quia id ipsum quod interest, est incertum, *l. ult. si quis in jus vos.* quod etiam Paulus *d. l. 68.* vult intelligi. Est vero id quod interest incertum duplici ratione, ab eventu ipsius rei, & à probatione. Prior incertitudo indicatur definitione ejus quod interest. Sic enim definitur, ut sit, quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *l. si comm. 13. rat. rem. hab.* Utergo quid nostra interfit, hinc pendet, si quid amissimus ob id, quod factum non est quod fieri debuit; aut si quid lucrari potuimus, si factum esset quod promissum est, quod quia factum non est, lucrati non sumus: totum vero hoc incertum est, quod hic amittimus aut lucremur; fierique potest, ut si non fiat quod promissum est, alias plus, alias minus amittamus, interdum etiam ut nihil: secundum quæ eadem quoque ejus, quod interest, æstimatione facienda: *l. si quis. 13. in pr. de re jud. l. si quis stipulatus. 112. §. 1. hoc tit.* Inde dictum, quatenus cujusque interfit, in facto, non in jure, consistere, *l. quatenus. 24. de reg. jur.* Ratione quoque probationis incertum est id, quod interest: neque enim facile probatu est, habuisse nos aliquid & propter cessationem aut factum promissoris amississe: item nos aliquid lucri facere potuisse, si factum esset quod debuit, & quia factum non sit, ideo eo lucro nos excidisse. Cum autem id, quod in verò est, probari non potest, illud incommodum sequitur, quod id quod interest, ad minimam summam deducatur, *l. ult. de prat. stipul.* Huic ergo incertitudini atque incommodis si occurrere potest pœnam stipulationi subjiciendo, nemo non fatebitur, optimum esse, si quis ut fiat aliquid stipuletur, pœnam subjicere, ut si ita factum non erit, certa pecunia pœnæ nomine præstetur. Nam pœnæ stipulatio certa est & à re ipsa, & à probatione. A re, quia certa quantitas verbis ipsius stipulationis comprehensa est à probatione, quia non alia hic probatione opus, quam ut de stipulatione doceatur; quæ ipsa se ostendit, quid complectatur. Neque verò hic pœnam promissor effugiet paratus præstare quod interest: nam ex conventionem pœnæ modus statuitur, non ex taxatione ejus quod



interest: nec amplius quæritur, an & quanti interfit, sed an tantum pœnæ nomine promissum sit, *l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. hoc tit. §. alteri. 18. inf. de inut. stip.* Verissimum igitur est, quod mox sequitur apud Justinianum, stipulationem pœnæ subjectam stipulationibus faciendi efficere, ne quantitas stipulationis in incerto sit, & ne sit necesse actori probare quod sua interfit. Illud non ineleganter quæritur, an per subjectam stipulationem pœnalem præcedens novetur obligatio: quod negamus, per *l. 10. §. 1. de pact. l. ista stipulatus. 115. in fin. pr. l. qui Roma. 122. §. 2. hoc tit. l. si quis. 41. cum seq. l. duo. 71. profoc. l. pradia. 28. de act. empr.* Idque etiam certa ratione juris efficitur, quoniam pœnæ adjectione hoc agitur, ut magis incitetur debitor ad præstandum, quod promisit; creditor vero liberetur difficultate probandi ejus, quod sua interest factum suo tempore quod promissum est, non ut agendi, si velit, ex prior obligatione facultas ei adimatur. Atque ut maximè jure veteri interdum novatio contigerit, puta ut vult D. Donell. ad *d. l. ista stipulatus. n. 31.* in casu hujus §. cum stipulationi faciendi subjicitur pœnalis, per *l. obligationum. 44. in fin. de obl. & act.* effectum tamen est constitutione Justiniani, ut non aliter nunc novatio fiat, quam si id nominatim convenerit, *l. ult. C. de novat.*

Quamobrem utrumque in proposito debetur, & res aut id quod interest, & pœna: quanquam alterum duntaxat peti potest, *l. 4. §. Labeo. 7. de dol. mal. exc. l. 10. §. 1. de pact. d. l. ista stipulatus. 115. hoc tit. l. si profundo. 33. C. de transact.* Hoc amplius, qui pœnam consecutus est, rectè adhuc petet, quod pluris sua interest, *d. l. pradia. de act. empr. l. ult. §. ult. de eo per quem fact. erit, &c.* Quod si coercendo contemptui pœna adjecta sit, vel conventioni inserta clausula, *rato manente pacto*, & res ipsa peti poterit, & præterea pœna, *l. si quis. 30. de recept. l. 16. de transact. l. cum proponas. 17. C. eod. D. Tulden. hic. c. 4.* Monendi obiter sumus, stipulationem pœnalem adjectam obligationi quantitatis præsumi in fraudem usurarum factam, atque improbari quatenus pœna legitimum usurarum modum excedit, *l. pœnam. 44. de usur. l. cum allegas. 15. C. eod. l. 13. §. ibid. 26. de act. empr. add. Papon. lib. 12. tit. 9. Charrond. lib. 6. resp. 59. Imbert. encbirid. verb. pœna conventionalis.*

[Clausula hujusmodi] Qua formula concipienda sit pœnalis stipulatio, five quid fieri stipulemur, five quid non fieri, five simul quædam fieri, quædam non fieri, ex hoc loco satis peripicuum est: adde tamen *l. cum quid. 71. l. continuum. 137. §. pen. hoc tit.*

## T I T U L U S XVII.

## DE DUOBUS REIS STIPULANDI ET PROMITTENDI.

Dig. Lib. 45. Tit. 2. C. Lib. 8. Tit. 40. Nov. 99.

Continuatio. Reos olim appellatos omnes, quorum de re disceptabatur.

**E**N duobus reis, quos Ulpianus *l. 3. §. 3. de lib. legat.* conreos appellat, si sequeremur regulas juris de iis, qui stipulati sunt, aut promiserunt, nonerat, cur de his ageretur separatim. Nunc autem quia in his aliquid singulare est, quod à jure reliquorum stipulatorum & promissorum longè distidet, ideo quidnam id esset, proprio titulo exquiritur; quod & factum est in *π. & C. Reus à re*, id est, lite, dictus est, eoque nomine veteres utrumque litigatorem denotabant. Cicero *lib. 2. de orat. Reos appello*, inquit, non modo eos, qui arguuntur, sed omnes quorum de re disceptatur. Gallus Ælius apud Festum, *Reus est, qui cum altero litem contestatam habet, sive egit, sive cum eo actum est.* Pomponius *l. 5. de verb. oblig.* Conventionales (stipulationes) sunt, quæ ex conventionibus reorum sunt. Et quanquam usu nunc obtinuit, ut is solus, cum quo agitur sive unde petitur, reus dicatur, propter excellentiam scilicet, quia de re ejus præcipuè judicio agitur, utpote cui soli imminet periculum condemnationis: tamen verbi proprietatem in quibusdam adhuc retinemus; nec solum reum promittendi, debendi, satisfaciendi; verum etiam stipulandi, credendi, satis accipiendi, dicimus, ut passim in tit. hujus argumenti.

## T E X T U S.

Quibus modis duo rei fieri possunt.

*Et stipulandi & promittendi duo pluresve rei fieri possunt. Stipulandi ita, si post omnium interrogationem promissor respondeat, Spondeo, ut puta cum duobus separatim stipulantibus ita promissor respondeat, Utrique vestrum dare spondeo. Nam si prius Titio sponderit, deinde alio interrogante spondeat, alia atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. Duo pluresve rei promittendi ita fiunt: Mævi, decem aureos dare spondes? & Sei eisdem decem aureos dare spondes? si respondeant singuli separatim, Spondeo.*

## N O T A.

[Utrique vestrum dare spondeo] Igitur duo rei stipulandi sunt, qui eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur, §. prox.

[Singuli separatim spondeo] Aut spondemus. *l. 4. hoc tit.* Duo ergo rei promittendi sunt, quorum singuli eandem

dem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, l. 2. l. 3. §. 1. eod. & d. §. prox. Sed hodie duo rei promittendi non fiunt, nisi id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneatur, *auth. hoc ita. C. hoc tit.*

COMMENTARIUS.

1. *Duorum reorum stipulandi definitio, ejusque definitionis explicatio.*
2. *Duo rei promittendi qui, & in quo discrepent à fidejussoribus.*
3. *Orationis distributiva & alternativa hanc vim esse, ut cuilibet attribuatur in solidum; copulative non item.*
4. *Jure novissimo non aliter duos reos debendi fieri, quam si id specialiter actum.*

**E**T stipulandi & promittendi] Qui stipulatur, reus stipulandi dicitur; qui promittit, reus promittendi, l. 1. *hoc titul.* Itaque reus stipulandi idem est, qui stipulatur; reus promittendi, qui suo nomine alteri quid promittit. Cæterum ut duo rei fiant conjunctas eodem tempore aut modico intervallo stipulationes esse oportet, l. 6. §. ultim. l. 12. *pr. hoc tit.*

1. *Stipulandi ita]* Duos reos stipulandi hoc modo rectè definiemus, qui eandem rem ab eodem in solidum stipulati sunt ea mente, ut quamvis solida singulis, una tamen omnibus debeatur. Item ut duo rei stipulandi fiant, hæc omnia concurrere oportet, ut uterque rem unam atque eandem stipuletur ut ab eodem, ut in solidum, ut ea mente, ut una utrique debeatur. Et igitur sive res diversæ à duobus in stipulationem deductæ fuerint, sive unam quidem rem singuli stipulentur, sed alter verbi causa à Sejo, alter à Sempronio; vel uterque ab eodem, sed ejus rei partes, non solidum; vel solidum, sed non ea mente, ut una res singulis debeatur, sed alteri puta res ipsa, alteri rei æstimatio: duo rei stipulandi non erunt, *hoc text. & §. seq. l. 2. l. 9. §. 1. & 2. l. 15. eod. l. 3. C. eod.*

*Nam si prius Titio]* Hoc tamen non ita præcisè accipiendum est, quasi duo rei stipulandi ita nunquam constitui intelligantur, cum singulis separatim interrogantibus promissor etiã separatim respondet: nam utique si hoc actum appareat, ut duo rei stipulandi fiant, quominus fiant, non putarem obitare hanc respondendi formam: sicut ex converso non obstat, quominus duo rei promittendi fiant, si hoc actum sit, quod singuli separatim rogati sunt & sponderunt, l. 3. *in fin. h. t.*

2. *Duo rei promittendi]* Vel ex definitione duorum reorum stipulandi intelligi potest, quinam sint & dicantur duo rei promittendi, nimirum quorum singuli eandem rem eidem stipulanti in solidum promiserunt, ea mente, ut quamvis solidum singuli, unum tamen omnes debeant, l. 2. l. 3. §. 1. *hoc tit.* §. 1. *inf. eod.* Unum amplius hic exigimus, ut qui ita promittunt, promittant principaliter, quò correus distinguatur à fidejussore. Illud tenendum est, ad constitutionem duorum reorum non esse necesse, nominatim adjici, ut correi sint, aut ut solidum singulis debeatur, singulive solidum debeant; sed id ex forma etiã ipsius stipulationis æstimari: argumento est cum hic textus & l. 3. & l. 4. *eod.* tum quod alioqui frustra quæreretur, quod non semel quæritur,

an & quando duo rei constituti videantur. Finge, duos hoc modo stipulatos esse, *Cuilibus, vel utrique nostrum dare spondes?* aut *Quilibet vel uterque vestrum dabit?* Dicam, duorum reorum contractam obligationem. Hæc enim vis est distributivæ, ut cuilibet attribuat actum in solidum, eadem nimirum, quæ & alternativæ, l. 8. §. 1. *de legat. 1.* Copulativa vero per se eam vim non habet. Unde si duo conjunctim decem stipulati sint, aut promiserint, singulis partes viriles debebuntur, aut singuli debebunt, nisi repetitum sit *eadem decem, hoc text. & l. 2. eod.* aut nominatim cautum, ut duo rei sint, seu ut singulis solidum debeatur, aut singuli solidum debeant, l. 11. §. 1. & 2. *eod.* Planè post constitutionem Justiniani *Nov. 99. cap. 1.* unde *auth. hoc ita. C. hoc tit.* non aliter duo rei debendi (de correis credendi nihil novi constitutum) facti intelliguntur, quam si id specialiter actum sit, ut uterque in solidum teneretur: quod ideo fortassis Imperator constituit, quoniam ex sola verborum figura hanc rem discerni periculosum existimavit. *Gudelin. 3. de jur. noviss. c. 11. & lib. 4. s. 7. Christin. vol. 5. decif. 213. Gail. obs. 28. n. 6.*

TEXTUS.

De effectu hujuscemodi stipulationum.

1. *Ex hujusmodi obligationibus & stipulationibus solidum singulis debetur, & promittentes singuli in solidum tenentur. In utraque tamen obligatione una res vertitur: & vel alter debendum accipiendo, vel alter solvendo omnium perimit obligationem; & omnes liberat.*

NOTÆ.

1. *Et stipulationibus]* Cujac. & Hotom. *stipulantibus.* Th. *κατ' ἐπιρωτήτων ἕκαστος τὸ ὀλοκληρῆν ὀφλῆσται, & stipulantium singulis solidum debetur.* Rectè. *Vel alter solvendo]* l. 3, *in fin. h. t.* vel acceptum rogando, d. l. 2. l. 16. *de accept. novando* seu alium debitorem dando, per l. 30. *ad SC. Vell. jurando*, l. 28. *de jurej.* non autem paciscendo: nisi aut socii sint, aut nominatim alter alteri quoque paciscatur, l. 21. §. *ult. & 4. ll. seqq. de pact.*

COMMENTARIUS.

1. *Jure novissimo correis debendi competere beneficium divisionis. In foro tamen mercatorum hoc non observari.*
2. *Non solum solutione uni ex duobus reis credendi facta, sed etiã quovis alio modo, qui vice solutionis sit, promissore ab uno liberato, totam tolli obligationem.*
3. *Uno ex duobus reis promittendi solvendo, acceptum ferendo, &c. omnes liberari: tum alia non prostrata.*
4. *An correus, qui totum solvit, eo nomine adversus ceteros actionem habeat.*

**I**N causa plurium reorum etfi respectu personarum, quæ plures sunt, plures quoque stipulationes & obligationes videri possunt, *hoc text. l. 13. eod.* tamen quoad rem in stipulatum deductam ac promissam, vique ipsa ac potestate, una est eademque & simplex obligatio, quæ in singulis in solidum activè & passivè consistit. Unde exi-

existunt duo obligationis duorum reorum propria, quæ hoc §. commemorantur.

*Solidum singulis debetur, & singuli in solidum*] Hoc primum est hujus obligationis proprium, quod & singulis reorum stipulandi solidum debetur, & singuli reorum promittendi solidum debent: ac proinde & illi singuli solidum exigere, & hi singuli in solidum conveniri possunt, l. 2. l. 3. §. 1. *hoc tit. l. si rem. 31. §. 1. de novat.* Cæterum circa reos promittendi Novella Justiniani constitutione *de reus promitt.* 99. vetus jus hæcenus mutatum videtur, ut jam unus è duobus debendi reis in solidum à creditore conventus petere possit, uti divisa actione pro parte tantum conveniatur, neque aliter cum effectu cum eo agi possit, quam si correus ejus vel absens sit, vel non solvendo, aut ille beneficio divisionis renuntiaverit. Sententia communis usque forensi recepta. *Mynf. Schneidw. bic. Gomez. var. resol. 2. cap. 12. num. 1. Gail. 2. observ. 14. num. 5. Sichard. in l. 2. C. hoc tit. num. 5. Gudelin. & Christin. ubi supra. Grot. 3. introducit. 3. Moller. 5. semestr. 62.* Ubi post *Jason. & Joan. Ronchegall.* excipit, correos debendi testamento constitutos. Sunt tamen nonnulli ex recentioribus, qui putant, *d. Novell.* perperam intellectam, atque ab *Irnerio auct. hoc isa. C. hoc titul.* positam esse alieno loco: non enim de correis debendi in *d. Novell.* agi, sed de mutuis fidejussoribus, quibus jure veteri beneficium divisionis, quod ceteri fidejussores habent, non competeat, l. 1. *princ. eodem.* Argumento utuntur inscriptione Græca, *ἑῶν ἀλληλοῦστων*, qua voce non duo rei, sed mutui fidejussores significantur. Ego verum cum *Cujacio* existimo, eodem nomine à Græcis appellatos esse & correos simplices, eo quod & ipsi conditione obligationis quidam quasi fidejussores esse videantur, l. *vir uxori. 17. §. ultim. ad sen. Vell.* quod & *Constantinus* observavit in *Lexico*, & sententia ipsius *Novellæ* non obscure confirmat. Planè, secundum generalem consuetudinem *Antwerpiz* inter mercatores observatam, *d. Novell.* locum non habet in foro mercatorum; sed potest creditor alterum ex duobus reis in solidum convenire, & ad solutionem totius constringere. *Decisione 49. Curia Hollandia.*

*Vel alter debitiim accipiendo, vel alter solvendo*] Alter reorum stipulandi accipiendo, alter reorum promittendi solvendo; quibus verbis breviter indicatur jus singulorum in obligatione tollenda, quod est alterum in hac obligatione singulare. Sed operæ pretium est, paulo latius hanc rem proponi, & in utroque reorum genere, quale id jus sit, separatim exquiri. Duobus reis stipulandi hoc in summa hic tributum est, ut singulis eorum jus sit, promissorem liberare; & liberare quibuscumque modis creditor, cui aliquid debetur, debitorum suum potest. Et igitur si uni pecunia soluta sit, ex hac causa promissor ab altero quoque hac obligatione liberabitur, *hoc text.* Sed & citra solutionem quicumque modi sunt, quibus actio aut ipso jure tollitur, aut per exceptionem submovetur, modo vim solutionis habeat, si quo ex his unus promissorem liberaverit, non à se tantum eum liberabit, sed à cæteris quoque, totamque tollet obligationem: veluti si promissori acceptum tulerit, l. 2. *hoc tit.* si novandi animo alium reum ab eo acceperit, l. *si rem. 31. §. 1. de novat.* idemque est, si jusjurandum detulerit, l. *in duobus. 28. princ. de jurejurand.* nam & jus-

jurandum loco solutionis cedit, l. *jusjurandum. 27. eodem titul.* item si unus pecuniam sibi à promissore oblatam sine justa causa accipere recusarit, eaque postea sine culpa promissoris deperdita sit: per l. *qui decem. 72. princip. de solutio.* Paciscendo vero ne à promissore peccat, correo non nocet; quoniam pactum non operatur ultra personas, inter quas interpositum est, nec remissio quicquam commune habet cum exactione, l. *si unum. 27. in fin. pr. junct. §. 4. vers. ante omnia. de pact.* His porro consequens est, quod traditur l. 2. *hoc tit.* etiam unus ex reis stipulandi petitione totam tolli obligationem: quod sic explicatur in *d. l. 31. §. 1. de novat.* unum judicio petentem totam rem in litem deducere: & apertius in l. 11. §. *sic evenit. 21. de legat. 3.* unum ex pluribus reis credendi agendo occupare & totum consequi: ut proinde necesse sit jus alterius consumi. Hinc responsum est, si unus ex duobus reis stipulandi semel egerit, alteri promissorem offerendo, pecuniam nihil agere, l. *ex duobus. 16. hoc tit.* Ex contrario quoque sic jus est in duobus reis promittendi, ut unus solvendo alteri proficit, *hoc text. & l. 3. in fin. eod.* Proinde & acceptum rogando, l. 2. *eod. l. si ex pluribus. 16. de accept.* item novando seu alium debitorem dando, per l. *si pro uno. 20. ad sen. Vell. ubi Cujac. 8. ad African. & jurando, l. in duobus. 28. de jurejurand.* Non autem paciscendo, nisi fortè paciscentis interfit, puta propter communionem, quia socii sunt, aut si nominatim quoque correo suo paciscatur, l. *& heredi. 21. §. ultim. cum 4. l. seqq. de pact.* Sed nec adversus unum ex correis debendi instituta petitione alter liberatur, utique post constitutionem Justiniani, l. *penultim. C. de fidejuss.* nam inter veteres de hac re non convenisse in eadem constitutione, cum Justinianus indicat, tum arguunt hi loci, l. 1. §. *sive apud. 43. de pos. l. 8. §. 1. de legat. 1. l. amiffi. 52. §. ultim. de fidejuss. l. reos. C. eodem. collati cum l. decem. 116. illic. non enim sunt duo rei. de verb. oblig. l. si per imprudensiam. 51. §. ultim. de evict.* Illud semper constitit, unum ex reis promittendi non posse ex alterius persona compensationem objicere, l. 10. *hoc tit.* neque moram unus alteri nocere, l. *mora. 32. §. penult. de usur.* id est, non efficere, quominus re postea precepta & teneatur, qui moram fecit, & liberetur, qui non fecit: quæ fultus explicantur à *D. Donello ad tit. C. de duob. reis. cap. 7. & 2. seqq.* Quid si unus ex pluribus debendi reis conventus integrum debitum creditori exsolvat, habebitne eo nomine adversus cæteros actionem? Si meram strictamque juris rationem sequimur, non habebit; etiam si ad solos correos totum creditum pervenerit, nisi creditor, quod facere cogitur, offerenti solutionem actiones suas cesserit: de quo consule *Sichard. in l. si divisa. 13. C. locat.* Cæterum æquius & benignius est, ei qui ita solvit, etiam citra cessionem in correos actionem (subsidiariam negotiationum gestorum) accomodari, vel in solidum, si nihil ad eum pervenit, vel pro ea parte, quæ ad alios pervenit, l. 2. *C. hoc tit.* Ita visum interpretibus communiter, & sæpe judicatum est, testibus *Ant. Fabro, C. suo. hoc tit. desin. 1. Christin. vol. 3. decis. 114. & vol. 4. decis. 178.* contra quam tamen sententiam disputat idem *Ant. Faber 11. conject. 6. & seqq.* Sanè *d. l. 2. commodè* accipi potest de correis sociis, eo quod pecunia dicitur communiter mutuo accepta. Ex converso, an unus ex reis stipulandi, qui totum exegit, partem cum altero com-

communicare cogatur, tractat *Barr. in l. reos. 11. hoc tit. n. 9. Walsemb. parat. eod. n. 7.* Concludunt autem, non cogi, nisi vel focii sint, vel ita convenerit, vel natura obligationis & rei id ferat, *arg. d. l. 11. hoc tit. l. in lege. 62. ad leg. Falcid. l. qui hominem. 34. §. 1. de solut.*

TEXTUS.

De stipulatione pura, & de die & conditione.

2. *Ex duobus reis promittendi, alius purè, alius in diem, vel sub conditione, obligari potest: nec impedimento erit dies aut conditio, quo minus ab eo, qui purè obligatus est, petatur.*

NOTA.

2. *Vel sub conditione obligari potest* ] Dummodo eadem res sit in cujusque persona, & causa eadem, *l. 9. §. 1. l. 15. eod.* ut tempus idem sit aut locus solutionis, non est necesse, *l. 7. d. l. 9. §. ultim. eod.* Obiter nota duos reos credendi & debendi etiam aliis contractibus constitui posse, denique & testamento, *d. l. 9. pr. l. 1. §. 43. & 44. depof. l. 8. §. 1. de leg. 1. l. §. C. si cert. per.*

COMMENTARIUS.

1. *Imparis causa susceptionem impedire duorum reorum obligationem: at qua in modo, tempore, loco imparitas est, non impedire.*
2. *Duos reos credendi aut debendi etiam citra stipulationem constitui posse.*

**D**uo rei debendi ita constitui non possunt, ut res diversæ in eorum obligatione versentur, *l. si id. 1 §. hoc tit.* nec ita ut imparem unius ejusdemque rei obligationem suscipiant, aut potius imparem causam, puta ut

alter culpam præstet, alter non præstet, *l. 9. §. 1. eod.* At vero ut eodem modo uterque obligetur, necesse non est: sed potest alius purè, alius in diem vel sub conditione obligari, ut ex Florentino *l. 7. eod.* hic refert Justinianus. Nimirum ubi impar causa suscipitur, imparitas obligationis perpetuo durat: quæ vero à modo & tempore est imparitas, ea veniente die aut existente conditione tollitur, atque ita obligatio reduci potest ad paritatem: ita *Joan. Fab. & Cantuanc. hic.* Sed nec loci solutionis diversitas impedit, quo minus duorum reorum contracta obligatio & par ab utroque causa suscepta intelligatur, *d. l. 9. §. ult.* Obiter monendi sumus, duos reos credendi aut debendi non tantum verbis stipulationis constitui, quanquam id usitatus est, sed aliis quoque contractibus, & denique etiam testamento. Credendi, veluti, si duo eandem rem deponant, aut commovent, aut decem dent mutuo hac lege, ut is qui accipit, eorum singulis in solidum obligetur: quod in deposito indicat *Ulpian. l. 1. §. sed si duo. 44. depof.* Testamento, si testator eandem rem eandemve summam duobus leget disjunctim, hoc modo, *Titio vel Mavio decem dato, arg. l. 8. §. 1. de legat. 1.* Debendi, veluti, si quis eandem rem apud duos deposuerit, utriusque fidem in solidum secutus; vel eandem rem duobus similiter commodaverit, *d. l. 9. in pr. hoc tit. d. l. 1. §. si apud. 43. depof.* Sic etiam ejusdem pecuniæ mutuo datæ plures rei debendi fiunt, si omnes se constituent ejus pecuniæ debitores, *l. 5. C. si cert. per. & testamento, si ita scriptum sit, L. Titius hæres meus, aut Mavius hæres meus, decem Sejo dato, d. l. 8. §. 1. de legat. 1.* nam exemplum, quo Papinianus utitur *d. l. 9. in fin. pr. hoc tit.* huc non pertinet, nisi eo casu, quo apertè testator voluit, ut singuli hæredes solidum debeant, quod ex initio ejus loci intelligitur, *add. Don. ad hunc tit. c. 12.*

TITULUS XVIII.  
DE STIPULATIONE SERVORUM.

Dig. lib. 45. tit. 3.

TEXTUS.

An servus stipulari possit.

*Servus ex persona domini jus stipulandi habet. Sed & hereditas in plerisque persona defuncti vicem sustinet: ideoque quod servus hereditarius ante aditam hereditatem stipulatur, acquirit hereditati, ac per hoc etiam heredi postea factò acquiritur.*

NOTA.

*Ex Persona domini* ] Servi jure civili pro nullis habentur, *l. 32. de reg. jur. & quasi non sint, l. propen. eod.* Theod. Hermopol. *lib. 7. tit. 6. ε δὲ ἀλλοῦ ἀδελφοῦ τοῦ νόμου ἀπὸ τοῦ νόμου ἐστὶν τὸ πᾶν ἐπὶ δικαίου ἔχει, ἢ ἰστέον.* Cæterum ex persona dominorum *παρεχθητέονται*, ut ait Theoph. id est, personantur, ut Gloss. Gr. Lat. Hinc est, quod etiam cum servis testamenti factio est, *l. 31.*

*de har. inst. v. sup. eod. tit. & quod jus stipulandi habent, ut hic.*

*Persona defuncti vicem* ] *l. 34. l. 61. de acq. rer. dom. v. sup. §. 2. de har. inst.*

COMMENTARIUS.



Quod à servo aut cum servo gestum est, id ex persona servi valere jus civile non patitur: quippe quo jure servi pro nullis habentur, *l. quod astinet. 32. de reg. jur.* Sed tamen ex persona dominorum æstimantur: quod eleganter Theophilus his verbis Græcè expressit, *Οἱ δικαίου ἀπὸ τοῦ νόμου ὄντες ἐκ τῆς ἀπὸ τοῦ νόμου οἰκίαν διαποτῶν παρεχθητέονται.* Ex quo est, quod etiam cum servis testamenti factio sit, ut & hæredes institui & legatum iis relinqui possit: de quo non uno loco *lib. 2.* item quod jus stipulandi habent, ut ex eorum stipulatione obligatio & actio domino acquiratur, perinde ac si ipse sibi stipulatus esset, & vox servi vox domini sit, sicut vox filii vox patris, *§. si quis. 4. & §. post mort.*

*mortem. l. 12. inf. de inut. stip.* Quæ tamen res non im-  
dit, quominus inter servum, & qui eam eo contrahit,  
nascatur obligatio naturalis, l. 14. de obl. & act.

*Hereditas in plerisque personæ defuncti vicem*] Quo-  
niam dixit, servum ex persona domini jus stipulandi  
habere, videri poterat, servum hæreditarium inutiliter  
stipulari, utpote qui dominum non habet. Huic igitur  
objectioni occurrens ait, hæreditatem jacentem per-  
sonæ vicem sustinere & interim pro domino esse: quod  
etiam identidem à veteribus traditum est, l. 13. §. 1. ad  
leg. Aquil. l. 15. de interr. in jure. fac. l. mortuo. 22. de  
fidejuss. l. hereditas. 34. l. hereditas. 61. de acq. rer. dom.  
Ait, persona defuncti vicem sustinet, uti etiam supra  
§. 2. de hered. inst. & disertè Jurisconsulti in l. non mi-  
nus. 31. §. 1. de hered. inst. l. in eo. 33. in fin. Et l. seq. de  
acq. rer. dom. Pomponius tamen contra scripsit, hære-  
ditatem personam sustinere hæredis, l. novatio. 24. de  
novat. Sed hanc pugnam alibi tollimus sub d. §. 2. de he-  
red. inst. Ait, in plerisque: nimirum quia quædam  
sunt, in quibus hæreditas vicæ personæ fungi non potest,  
quæ proinde nec hæreditati per servum hæreditarium ac-  
quiri queunt: qualia sunt, quæ factum operamve per-  
sonæ desiderant: hæc enim constat in rem inanimum,  
qualis est hæreditas, non cadere. Hujus generis res est  
hæreditas: etsi enim servus hæreditarius rectè hæres in-  
stituitur, tamen quia sine jussu domini hæreditatem ad-  
eundo nihil agit, hæres expectandus est, l. 10. §. 1. d. l.  
61. de acq. rer. dom. Eiusdem generis est ususfructus:  
ususfructus consistere non potest, nisi sit persona, quæ  
fruat, d. l. 61. l. 1. §. 2. quand. dies ususfr. leg. & ideo  
servus hæreditarius inutiliter ususfructum stipulatur,  
l. ususfructus. 26. hoc tit.

## T E X T U S.

Cui acquirat. De persona, cui stipulatur.  
De stipulatione impersonali.

1. Sive autem domino, sive sibi, sive confer-  
vo suo, sive impersonaliter servus stipuletur, do-  
mino acquirit. Idem juris est & in liberis, qui  
in potestate patris sunt, ex quibus causis acqui-  
rere possunt.

## N O T A.

1. Ex quibus causis] Repetenda hic est distinctio pec-  
culii filiorumfam. tradita & explicata sup. §. 1. per quas  
pers.

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

Servus stipulando domino acquirit, non tantum si  
ipsi domino dari stipuletur, verum etiam si sibi aut  
confervo suo: quinimo etsi impersonaliter seu indefini-  
tè non comprehensa persona, puta hoc modo, Centum  
dare spondes? l. 1. l. 15. hoc tit.

In liberis, qui in potestate] Filiisfam. ex iis causis, ex  
quibus patri acquiritur, id est, ex causa profectitii pec-  
culii, item adventitii quoad ususfructum, stipulantis,  
eadem ratio est, quæ servi, patri ut ex his causis acqui-  
rat, propter jus scilicet potestatis, quod hætenus simile  
herili, l. stipulatio ista. 38. §. hi qui. 6. & §. alteri. 17. l.  
quodcumque. 45. pr. Et fin. de verb. obl. inf. quod cum eo.

qui in al. pot. in pr. Repetenda hic est distinctio peculii  
filiisfam. tradita & explicata §. 1. sup. per quas pers. cuiq.  
acq. Plane, si filius nominatim patri stipuletur, hoc  
casu etiam ex causa adventitii peculii patri in solidum ac-  
quiret: quippe quacumque ex causa ita stipulatur, pa-  
tri acquirat, non sibi: per se enim sibi acquirere non  
vult, per patrem non potest. Don. ad d. l. 38. §. alteri.  
17. n. 25.

## T E X T U S.

De stipulatione facti.

2. Sed quum factum in stipulatione contine-  
bitur, omnimodo persona stipulantis continetur;  
veluti si servus stipuletur, ut sibi ire agere li-  
ceat: ipse enim tantum prohiberi non debet, non  
etiam dominus ejus.

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

Roponitur hic per modum exceptionis regulæ initio  
positæ, quod, cum servus factum in stipulationem  
deducit, idque (quod subaudiendum esse exemplum  
subiectum ostendit) in suam personam confert, in hac  
stipulatione persona servi, non domini, consideretur.  
Cæterum revera nihilominus valet & subsistit hæc stipu-  
latio ex persona domini: quippe cui obligatio & facti il-  
lius emolumentum queritur; jusque servum jubendi  
facere, puta ire agere, pro commodo suo, & cui com-  
missa stipulatione actio in id, quod sua interest, compe-  
tit. Itaque dicendum est, hætenus tantum in hujusmo-  
di stipulatione personam servi spectari, ut ipse solus,  
non etiam dominus ejus, ex mente promissoris facti il-  
lius exercitium habere debeat, d. l. 38. §. hi qui. 6. Et  
seq. de verb. obl. Atque hoc sensu alibi dictum est, ea  
quæ facti sunt, non transire ad dominum, l. qui heredi.  
44. pr. de cond. & dem.

Ire agere liceat] In hac stipulatione non jus, sed fa-  
ctum versatur; ideoque persona servi tantum compre-  
hensa intelligitur, ut is solus ire agere prohiberi non de-  
beat, non etiam dominus ejus, d. l. 38. §. 6. vers. cum ve-  
ro, quanquam servus non ibit aget pro arbitrio suo, sed  
pro domini, cui illa stipulatione jus queritur servum  
transmittendi. Quod si servus viam, vel iter, vel actum  
ad fundum domini stipuletur, etiam si servus, non domi-  
ni persona comprehensa sit, domino jus eundi agendi ac-  
quiret: quoniam ea stipulatione non simplex factum,  
sed jus servitutis continetur, per l. 17. hoc tit.

## T E X T U S.

De servo communi.

3. Servus communis stipulando unicuique do-  
minorum pro portione domini acquirit: nisi jussu  
unius eorum, aut nominatim alicui eorum sti-  
pulatus est: tunc enim soli ei acquiritur. Quod  
servus communis stipulatur, si alteri ex dominis  
acquiri non potest, solidum alteri acquiritur: ve-  
luti si res, quam dari stipulatus est, unius do-  
mini sit.

## N O T A.

## NOTA.

[Unius domini sit] Aut si servitutem ad fundum stipuletur, cum unus duntaxat vicinum fundum habeat, l. 7. in fin. l. 17. eod.

## COMMENTARIUS.

Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus, utique indivisis, ut intellectu magis, quam corpore partes habeant. Et ideo si quid stipulatur, vel quaqua alia ratione acquirit, omnibus acquirit pro ea parte, qua domini sunt, verbi causa, si unus duas partes, alter tertiam duntaxat habeat, illi commodum stipulationis pro duabus partibus acquireretur, huic pro una, l. 5. l. 7. hoc tit. Sed tamen non est hoc perpetuum. Nam primam interest, utrum hoc modo servus communis stipuletur, *Dominus meus dare spondes?* an expressis propriis dominorum nominibus ita, *L. Titio & G. Sejo dare spondes?* nam priore quidem stipulatione partes dominicæ debentur, ex posteriore vero viriles. Quoniam dominorum vocabula pro demonstratione habentur, l. si communis. 37. hoc tit. Sed & tres hi casus hic excipiuntur; si jussu unius ex dominis stipuletur; si uni tantum; si res in stipulationem

deducta ad unum tantum pertinere potest: placetque, his casibus uni illi acquiri in solidum, d. l. 5. cum ali- quot seqq. l. 17. l. si ex re. 28. §. 3. eod. Est & quartus casus ejusdem naturæ, si stipuletur ex re unius, l. si alius. 19. junct. d. l. 28. §. 1. eod. Extra has causas sive sibi quid dari stipuletur, sive impersonaliter, pro partibus dominicis acquirit. Atque hæc etiam ἀνάλογως ad eum servum transferenda sunt, in quo plures usumfructum habent; item ad hominem liberum & servum alienum, qui à pluribus bona fide possidentur, quatenus scilicet hi ex causa operarum suarum aut re fructuariorum bonæ fidei possessorum stipulantur, l. 19. cum l. seq. l. 24. l. 32. & l. seq. §. 1. eod. vid. sup. §. 4. per quas pers. cuiqu. acq.

[Jussu unius] Ac proinde hoc casu etiam si non nominatim ei, qui jussit, stipulatus fuerit, nihilominus tamen huic soli acquireret. Sunt enim hæc duo distincta membra, ejusdemque potestatis est stipulatio jussu unius facta; cujus facta unum nominatim citra jussum. Sed quid si jussu contempto stipuletur alteri nominatim? Apud veteres utri acquireret; dubium fuit: sed Justinianus inf. §. ult. per quas pers. obl. ait, se hanc controversiam decidisse pro eo, qui jussit. Extat constitutio ejus in l. ult. C. per quas pers. nob. acq.

## TITULUS XIX.

## DE DIVISIONE STIPULATIONUM.

Ratio ordinis. Unde sumpta divisio hic proposita: eaque ad bimembrem revocata.



Rexcessere duæ stipulationum divisiones. Quarum prima ducta est à diverso contrahendi modo; unde aliz puræ, aliz in diem, aliz conditionales, §. 2. sup. de verb. obl. altera à diversitate materiæ, rebus scilicet & factis, quæ in stipulationem deducuntur; unde aliz dandi, aliz faciendi, §. ult. d. sis. Profertur hic & tertia ex l. 5. eod. quod aliz sint judiciales, aliz pratoriz, aliz communes tam judiciales quam pratoriz, aliz conventionales: quæ tamen species non ideo sic distinguuntur, quod postrema à cæteris differt conventionem, sed quod origine & conventionis causa; ut appareat, distinctionem hanc sumptam esse à causis efficientibus. Nam etsi nulla est stipulatio, quæ non habeat conventionem: non omnes tamen ita habent, ut inde primum nascantur, sed solæ conventionales; unde etiam hoc nomen acceperunt. Potest hæc divisio commode revocari ad bimembrem, ut dicamus, stipulationum quasdam esse necessarias, quasdam voluntarias. Necessarias, quæ invitis pro auctoritate pratoris aut judicis injunguntur: voluntarias, quæ concipiuntur ex voluntate atque arbitrio contrahentium; quæ veteribus dictæ sunt conventionales, eo quod ex sola conventionem partium fiunt, d. l. 5. pr. vers. conventionales.

## TEXTUS.

## Divisio.

Stipulationum alia sunt judiciales, alia pratoria, alia conventionales, alia communes tam pratoriz, quam judiciales.

I. Judiciales sunt duntaxat, quæ à mero judicis officio proficiuntur: veluti de dolo cautio, vel de persequendo servo, qui in fuga est, restituendove pretio.

## NOTA.

[Alia judiciales; alia pratoria] Ex Pomp. l. 5. de verb. obl.

1. Veluti de dolo cautio] Puta in actione in rem vel quod metus causa: nam judex in restituenda re, qua de agitur, caveri jubet dolum malum abesse, l. 20. l. 45. de rei vind. l. 9. §. 5. & 7. quod met. ca. & parere reculantem condemnat in id quod adversarii interest.

## COMMENTARIUS.

1. Usus stipulationum judicialium, & in his officium judicis.
2. Exempla harum stipulationum, & quadam non allegata in textu.

[Quæ à mero judicis officio] Mero, id est, solo. Quod additum in definitione, ut removeantur communes: nam pratoriz etiam eo omisso satis excluduntur. Igitur judiciales stipulationes sunt, quæ à judicis officio proficiuntur, seu quas judex pro officio suo interponi jubet: ac proinde his locus non est nisi post litem contestatam: nam tum demum judex quis esse incipit, l. un. C. de lit. cont. l. 1. C. de judic. Officium judicis scimus positum esse tum in eo, ut de re in iudicium deducta cognoscat, tum ut de ea re sententiam ferat, aut convictum condemnando, aut non convictum absolvendo, l. qua de re. 74. de judic. l. 9. C. eod. l. 1. de rejud. Ergo

si quis iudex lite contestata jubeat aliquid pro officio cavere, & parere recusantem condemnet in id, quod adversarii interest, aut eum absolvat, sciamus, hoc proficisci ab officio iudicis, stipulationesque jussu ejus interpositas judiciales nominari, etiam si prætor sit, aut alius magistratus, qui de causa cognoscit: quippe cum in eo non magistratus, sed iudicis pedanei partibus fungatur. Alio sensu, atque hoc loco, judiciales dicuntur in l. 1. de prat. stipul. nimirum, quæ propter iudicium interponuntur, ut id ratum sit; seu iudicii futuri stabilitatione; quæ species sunt prætoriarum. Stipulationum judicialium duæ species hic afferuntur, de dolo cautio in actione in rem vel quod metus causa: nam iudex in restituenda re, de qua agitur, cavere jubet, dolum malum abesse, l. prætoræ. 20. l. si homo. 45. de rei vind. l. 9. §. Julianus. 5. & §. ex hoc. 7. quod met. ca. item de servo persequendo & reddendo, qui in fuga est, l. servo legato. 69. §. ult. de delegat. 1. l. isom si. 14. §. quod si homo. 11. quod met. ca. Sunt & multæ alix, veluti quæ interponuntur officio iudicis familiæ exciscundæ, l. & puto. 16. l. hæredes. 25. §. contra. 10. famil. excisc. itemque officio iudicis addicti vindicationibus servitutum, l. 7. l. 12. si serv. vind. & aliis actionibus.

## T E X T U S.

## De prætoriiis.

2. Prætorias sunt, quæ à mero prætoris officio proficiscuntur; veluti damni infecti, vel legatorum. Prætorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in iis etiam contineantur adilitia; nam & hæ à jurisdictione prætoris veniunt.

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

1. Unde cognoscantur stipulationes prætorias, earum usus & varia exempla.
2. Quibus in causis locus adilitiis, & mendum à textu jublatum.
3. Distinctio judicialium & prætoriarum; quæ aliis nunc minus conspicua, ad usum fori hodiernum accommodata.

**A** Mero prætoris officio] A mero. Hoc ad judiciales excludendas supervacuum: sed additum hic itidem ut excludantur communes. Ab officio prætoris proficisci dicuntur, quæ à jurisdictione veniunt. Hoc ex eo cognoscemus, si extra iudicium cautio injungatur, & adversus recusantem procedatur remediis magistratus propriis, puta missione in possessionem bonorum ejus, aut denegatione jurisdictionis. Igitur quod hoc loco scriptum est, & l. 1. §. 2. de stip. præ. cautiones, quæ præstantur ex causa damni infecti & legatorum servandorum, stipulationes esse prætorias, id hinc intelligimus recte dici, quoniam extra iudicium injunguntur, & nisi caveatur, mittitur adversarius in possessionem bonorum ejus, qui non cavet, l. 7. de damn. inf. tit. ut leg. num. cav. & tit. ut in possess. leg. Similiter cautiones iudicium solvi, & ratam rem haberi, hinc cognoscimus esse prætorias, ut scriptum est in l. 1. §. 1. & 2. de prat. stip. quia & ipsæ lite nondum contestata exiguntur, §. si vero. 5. inf. de satisf. l. Pomponius. 40. §. pen. de procur. &

qui illam præstare recusat, eum prætor non admittit ad alienam defensionem, §. 4. & 5. inf. d. tit. qui hanc, ei denegatur alieno nomine agere volenti actio, §. 3. d. tit. l. mutus. §. pæna. 4. de procur. Eiusdem generis est & cautio fructuaria: nam si usufructus nomine non caveatur, denegatur petitio aut retentio usufructus, l. 7. usufr. quemadmod. cav. Plures recenset D. Cujac. in l. 5. de verb. obl.

**Contineantur etiam adilitia]** Adilitia sunt, quibus venditor cavet de morbis & vitis rerum venalium, puta rem morbosam non esse, servum fugitivum non esse, errorem non esse, & de cæteris, quæ edicto ædilium curulium promittuntur, l. 1. & passim, de adil. edict. l. si ita quis. 31. & l. seq. de evict. Hæ stipulationes omnes proficiscuntur à mero ædilis officio, quia jubet ædilis eas interponi sine ullo iudicio ac nisi interponantur, venditorem non condemnat, sed actionem adversus eum dat ad redhibendum intra duos menses, vel quanti emptoris interlit, intra sex menses, l. si venditor. 28. de adil. edict. in quo licet agnoscere ædilis, quatenus ædilis est, id est, magistratus & jus dicentis auctoritatem, l. 1. de jurisd.

**A jurisdictione prætoris]** Vox prætoris abest à l. 5. de verb. obl. unde totus hic locus ad verbum descriptus est: & expungendam censeo cum Ruffard. Baron. Conr. Cujac. Hotom. Etenim adilitia stipulationes non possunt dici venire à jurisdictione prætoris, cum veniant à jurisdictione ædilium; quod expressit Theophilus; sed quod de prætoriiis tanquam principali specie stipulationum honorariarum dicitur, id etiam ad adilitias recte refertur, quoniam & hæ ab officio jus dicentis veniunt, communemque cum prætoriiis originem & causam habent, videlicet jurisdictionem magistratus. Neque aliud Justinianus hic, aut Pomponius in d. l. 5. sentiunt. Hodie hæc prætoriarum & judicialium stipulationum distinctio minus conspicua est, postquam iudices à magistratu dari desierunt, idemque nunc iudex, qui prætor seu magistratus. Distinguunt vero nunc interpp. inter officium iudicis nobile, quod est iudicis, quæ magistratus est, & quod vi jurisdictionis atque imperii sive exercet; & mercenarium, quod est ejusdem, quæ iudex, & nudæ notionis, subserviens actioni institutæ. Itaque prætoriarum stipulationes etiamnum sunt & dici possunt, quæ extra iudicium aut ante litem contestatam interponi jubentur propter cogendi remedia, l. 4. de jurisd. judiciales, quæ post litem contestatam instituti iudicii promovendi causa.

## T E X T U S.

## De conventionalibus.

3. Conventionales sunt, quæ ex conventionione utriusque partis concipiuntur; hoc est, neque jussu iudicis, neque jussu prætoris, sed ex conventionione contrahentium: quarum totidem sunt genera, quot (pene dixerim) rerum contrahendarum.

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

**E**x conventionione utriusque partis] Pomponius ex conventionione reorum, l. 5. hoc tit. Ex conventionione autem sic accipe, ex conventionione sola: nam & cæteræ stipula-



pulationes ex conventionem partium constant: at non inde solum proficiuntur, sed prima earum causa est auctoritas jubentis. Unde existit & hæc differentia, quod prætoriarum stipulationes ex ipsius prætoris, conventionales ex mente contrahentium interpretationem accipiunt, l. 1. §. ult. l. in prætoris. 9. de prætor. stip. & quod in prætoris, si quid addi, vel detrahi, vel mutari oporteat, id jurisdictionis prætoris sit; in cæteris contra, l. in conventionibus. 52. de verb. obl. l. 1. §. ult. de stip. prætor.

Quot rerum contrahendarum] Id est, obligationum seu negotiorum, quæ contrahi possunt. Et ideo necesse non fuit ullam conventionalium stipulationum exempli causa proferre, ut factum in superioribus, quæ non æque notæ & usitatæ. Illud (pene disorim) tantum modestæ causa additum videtur: nullum enim omnino negotium inter homines contrahitur, super quo stipulatio non recte interponatur.

## TEXTUS.

## De communibus.

4. *Communes sunt, veluti rem salvam fore pupillo (nam & prætor jubet rem salvam fore pupillo cavere, & interdum judex; si aliter hæc res expediri non potest) vel de rato stipulatio.*

## NOTA.

4. *Et prætor jubet rem salvam] Et quidem regulariter: unde etiam hæc cautio inter prætorias numeratur, l. 1. §. 2. de stip. prætor.*

*De rato stipulatio] Hæc est, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem postulante; quæ & ipsa prætoriam fere est, l. 1. §. 2. de stip. prætor. Cæterum si in lite contestanda omiſsa sit, & postea, certum esse cœperit falsum esse procuratorem, recte judex hanc satisfactionem ab eo exigit, per d. l. 1. C. de ord. jud. Addit Pomp. l. 5. de verb. obl. & stipulationem duplæ; qua sc. venditor cavet rem vitiosam non esse, &c. l. 32. de vi& aff. dicitur l. 31. §. 20. de adil. ed. & hæc interdum jussu judicis interponitur, interdum imperio ædilis, d. l. 5. de verb. obl. Caute hęc legendus Th.*

## COMMENTARIUS.

1. *Cur duas stipulationes hic proposuit Ulpianus prætorias, & quo sensu quasdam communes appelles.*
2. *Rem pupilli salvam fore quando prætor cavere jubet, quando judex. Et Theophilus nosat us.*
3. *Idem quaritur de stipulatione rem ratam haberi.*
4. *An stipulatio dupla, & quando communis.*

**S**tipulationes communes sunt, quæ rebus ita exigentibus interdum auctoritate prætoris aut ædilis interponuntur, interdum jubente iudice, d. l. 5. in pr. vers. communes. Hujus generis duæ hic commemorantur, cautio rem pupilli salvam fore, & rem ratam dominum habiturum Ulpianus l. 1. §. 2. de stip. prætor. Utramque hanc inter prætorias numerat, nimirum ex potiori, & eo, quod regulare est, rem æstimans. Quod & nos consideravimus sup. §. 2. Apud Pomponium d. l. 5. refertur & tertia ejusdem generis, stipulatio duplæ: neque plures, quod sciam, quæ quidem communes eo, quo diximus, sensu appellentur, occurrunt. Longe enim aliter, atque hoc loco, communes accipiuntur ab Ul-

piano l. 1. de stip. prætor. nimirum ex prætoris illæ, quæ & iudicii constituendi firmandique causa interponuntur, & simul cautionales sunt, ut instar actionis habeant; quales sunt, quæ sunt iudicio sistendi causa, d. l. 1. §. 3.

*Rem salvam fore pupillo] Hæc stipulatio regulariter jussu prætoris interponitur nullo interveniente iudicio aut causæ cognitione; & ni caveat tutor pignoribus capitis aut multa indicta coërcetur, sup. de satisf. tut. pr. junct. §. pen. l. 1. de adm. tut. quorum nihil est iudicis; qui nudam duntaxat notionem habet, l. 5. de re jud. junct. l. 4. de jurisd. Sed finge, debitorem pupilli conventum à tutore post litem contestatam demum inter moras iudicii cognovisse non satisfedisse tutorem, atque ad hanc exceptionem confugere: utique audiendus erit, arg. l. 3. C. de tut. quisat. non ded. & officio iudicis injungetur stipulatio. Quippe quæ propria magistratus sunt & jurisdictionis, si de his principaliter agatur: ea si in iudicium per consequentiam inciderint, ad iudicis cognitionem & officium pertinere incipiunt, l. 1. C. de ord. jud. Aperte autem hic lapsus est Theophilus, bonus aliqui & non contemnendus interpres; qui dum probare cupit, stipulationem rem pupilli salvam fore aliquando iudicalem esse, pro iudiciali attulit exemplum prætoris, ejus nimirum, quæ ante litem contestatam interponi jubetur ab eo, qui de ea re in jus aditus est. Quo casu non potest non esse prætoriam, cum eotempore nullum adhuc iudicium, nullus iudex sit. Eundemque errorem mox iterum errat in explicatione cautionis de rato. Quod ideo monendum putavi, quia plerique decepti auctoritate viri satis habent, lectorem, tanquam in re explorata, ad eum remittere.*

*Si aliter hæc res expediri non potest] His verbis, hæc res, perspicuum est non intelligi cautionem, sed iudicium seu rem, de qua iudicio contenditur. Cautio enim semper per prætorem expediri potest, si ab eo postuletur: iudicium vero non semper, nisi jussu iudicis cautio interponatur.*

*Vel de rato stipulatio] Stipulatio de rato seu ratam rem haberi, ea est, quæ exigitur à procuratore alieno nomine actionem postulante. Hæc itidem regulariter jussu prætoris atque ante litem contestatam interponitur. Cæterum si in lite contestanda omiſsa sit, & postea certum esse cœperit, cum qui tanquam procurator expertus est, falsum procuratorem esse, recte postulante adversario hanc iudex satisfactionem ab eo exigit. Nam quod dicitur, in l. Pomponius. 40. §. pen. de procur. lite semel contestata procuratore ad cautionem ratihibitionis non compelli, id in re incerta, ubi de mandato non plene constat, & aliqua pro procuratore præsumptio est, locum habet, quo scilicet casu ante litem contestatam etiam reo invito cum cautione admitteretur, l. 1. C. de procur. Neque obstat regula de exceptionibus dilatoriis, quales sunt procuratoris, post litem contestatam non opponendis, l. 4. C. de jurisd. l. 13. C. de procur. quippe quæ fallit, quando dilatoria eam vim habet, ut nullos reddat omnes actus iudicii. Cujusmodi inter alias est exceptio falsi procuratoris, l. licet. 24. C. de procur. ubi Sichard. num. 2. & 3. Gail. 1. obs. 47. n. 2. Pomponius d. l. 5. de verb. obl. communium stipulationum numero adscribit & stipulationem duplæ; eamque ait vel ab iudice venire, vel ab ædilis edicto, id est, interdum iudicis jussu interponi, interdum imperio ædilis. Nam ut*

edictum ædiliū publicum hic interpretetur, neque verba Pomponii patiuntur, quia illud non est unius ædilis, sed plurium; l. 1. *Spasim. de adil. edict.* neque sententia; quod manifeste arguit præcedens definitio prætoriarum. Quando igitur hæc stipulatio communis? An cum ob evictionem interponitur? minime. Hæc enim petitur actione ordinaria, semperque judicialis est, nunquam ædilitia, *tos. tit. de evict.* Sed est præter vulgarem illam ob evictionem & alia, quæ ob eas causas pe-

titur, de quibus edicto ædiliū cavetur, puta rem vitiosam non esse, morbosam non esse, &c. l. *quia dicitur. 32. de evict.* stipulatio ædilitia ab Ulpiano appellatur, l. *quod sponit. 31. §. quia ædilitia. 20. de adil. edict.* De his rebus qui sibi duplam promitti postulat, is adversario recusante aut agit ex empto præcise ad duplam, qua parte judicialis est; aut redhibitoria, & hic est ædilitia, quia post litem contestatam nunquam interponitur. *Dem. in d. l. 5. pr. n. 27. & 28.*

## T I T U L U S X X. DE INUTILIBUS STIPULATIONIBUS.

C. Lib. 8. Tit. 39.

*Continuatio. Quot modis accidat, ut inutilis sit stipulatio.*

**H**æcenus visum, quomodo verborum obligatio recte contrahatur, stipulationesque utiliter concipiantur. Sequuntur contraria, ea videlicet, quæ stipulationem vitiant, eamque inanem atque inutilem reddunt. Quarum quidem rerum tractatio etsi ad cæteras quoque conventiones & obligationes pertinet; non male tamen hoc loco instituitur, ut in argumento communi: quippe cum, ut initio *tit. de verb. obl.* dictum est, stipulationes inventæ sint cæterarum conventionum & obligationum firmandarum gratia; & ideo fere novissima parte cujusvis negotii subijci soleant. Ut vitiosa sit atque inutilis stipulatio, multis modis accidit. Quædam enim inutiles sunt propter materiam seu rem in obligationem deductam: quædam propter defectum causæ efficientis, aut qualitatem personæ stipulantis promittentisve: aliæ propter vitium formæ & adjectionum. Quæ fere summa est eorum, quæ hoc tit. explicantur. Ex his autem causis fit, ut stipulatio ipso jure sit inutilis, ita ut nec actionem producat. Quibusdam etiam modis fit, ut inutilis sit non ipso jure, sed ut ex ea agense exceptione submoveatur, *inf. de except.*

### T E X T U S.

De his quæ sunt in commercio.

*Omnis res, qua dominio nostro subijcitur, in stipulationem deduci potest, sive ea mobilis sit, sive soli.*

### N O T E.

*Dominio subijcitur*] Id est, subijci potest, aut solet, *καταπιντες δυνάται.* Th. verba enim in disciplinis potentialiter accipiuntur.

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

**D**ominio nostro subijcitur] Id est, subijci potest. Nam & ea, quæ nondum in dominium nostrum pervenerunt, atque adeo quæ nondum sunt, in stipulationem deduci possunt; veluti frumenta, quæ in herbis sunt, fructus fundi, partus ancillæ, l. *in eadem. 73. l. ubi autem. 75. §. illud. 4. de verb. obl. §. ea quoque. 7. sup. de legat.*

*Sive mobilis sit, sive soli*] Potuit adijungi sive ea corporalis sit, sive incorporalis: nam & jura in stipulationem recte deducuntur, veluti usufructus & servitutes prædiorum, §. 1. *sup. de usufr.* §. *ult. sup. de sero. præd.* Quin etiam non modo res in stipulationem utiliter deducuntur; verum etiam facta, ut superius docuimus sub §. *ult. de verb. obl.*

### T E X T U S.

De his quæ non sunt.

*I. At si quis rem, qua in rerum natura non est, aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, veluti Siichum, qui mortuus sit, quem vivere credebat, aut Hippocentaurum, qui esse non possit, inutilis erit stipulatio.*

### N O T E.

*I. Aut esse non potest*] Particula disjunctiva *aut* posita videtur pro conjunctiva, ut interdum solet, l. 53. *de verb. sign.* Nam v. c. fructus futuri recte in stipulationem deducuntur, l. 73. *de verb. obl.*

*Hippocentaurum*] *Lucret. lib. 5. Sen. Epist. 58. Cic. 2. de nat. Deor. Quis, inquit, Hippocentaurum fuisse credas? Plinius tamen fuisse tradit lib. 7. cap. 3.*

*Inutilis erit stipulatio*] d. l. 1. §. 9. *de obl. & act.* adeo ut nec æstimatio debeat, nec poena eo nomine promissa committatur, l. 69. l. 103. *de verb. obl.*

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

1. *Canones, qui observandi circa materiam stipulationis: tum consuetaria inde deducta.*
2. *Quid si in stipulationem deducta res, qua esse desit.*
3. *Quid si qua nec est, nec unquam fuit: ubi de Hippocentauris.*

**H**oc §. & seq. docetur, quibus modis fiat, ut inutilis sit stipulatio propter id; quod in eam deductum est. Quæ res ut perfectius intelligatur duo hi canones prius nobis observandi sunt. 1. Ut valeat stipulatio, necesse esse, ut id quod in eam deductum est, dari aut fieri per rerum naturam aut leges possit. 2. Ut intelligatur, quid illud sit, & quam utilitatem afferat stipu-

stipulatori. Hinc jam apparet, duobus modis in univ-  
ersum fieri; ut ratione materię inutilis sit stipulatio, si  
dari fierive natura aut jure non potest, quod promissum  
est, *l. si stipuler. 35. de verb. obl.* eoque pertinet regula  
juris *l. impossibile. 185. de reg. jur.* si propter incerti-  
tudinem non potest intelligi, quid sit, & quam habeat  
utilitatem, *l. triticum. 94. l. isa stipulatus. 115. d. rit.*  
Quando in stipulatione faciendi hoc accidit, videbimus  
*inf. sub §. quod turpi. 23.* Rerum, quę dari non possunt,  
tria fere sunt genera; quę non sunt in rerum natura nec  
esse possunt; quę commercio sunt exemptę; quę sti-  
pulatoris sunt proprię, *l. i. §. si id quod. 9. & §. seq. de  
obl. & act.* De primo genere agitur hoc §. de reliquis  
§. seq. Incertitudinis, quę stipulationem vitiat, exem-  
pla habemus in *d. l. triticum. 94. & d. l. isa stipulatus.  
115. pr. de verb. obl.*

*Quod in rerum natura non est*] Primum genus rerum,  
quę dari non possunt, ac proinde inutiliter in stipula-  
tionem deducuntur, earum rerum est, quę non sunt,  
nec esse possunt in rerum natura. Id iterum in duas abit  
species. Nam harum rerum aliz fuerunt, sed defuerunt  
esse; aliz ne fuerunt quidem unquam. Illarum numero  
sunt, homo mortuus, ædes deustę, &c. *l. i. §. si id  
quod. 9. de obl. & act. l. homo. 69. de verb. obl.* Quod  
autem harum rerum stipulationem inutilem esse dici-  
mus, hoc eo maxime spectat, ut intelligamus, nec æ-  
stimationem earum deberi, *l. labor homo. 103. de verb.  
obl. §. 4. sup. de legat. nec pœnam eo nomine promif-  
sam committi, d. l. si homo. 69. de verb. obl.* Plane, si  
res, quę dari poterat, ab initio in obligationem dedu-  
cta, culpa debitoris dari posse defuerit, aut si is in re  
præstanda moram fecerit, placet creditorem eas res,  
quamvis extinctas, utiliter adhuc stipulari, *l. inter sti-  
pulantem. 83. §. pen. eod.* quoniam culpa & mora debi-  
toris obligationem perpetuant, *l. si ex legat. 23. l. si ser-  
vum. 91. §. 3. eod.*

3. *Hippocentaurum, qui esse non possit*] Exemplum rer-  
um, quę ita non sunt, ut nec unquam fuerint. Cic. 2.  
*de nat. Deor. Quis, inquit, Hippocentaurum aut Cibi-  
warum fuisse putas? Lucret. lib. 5.*

*Sed neque Centauri fuerint, neque tempore in illo*

*Esse queas duplici natura & corpore bino*

*Ex alienigenis membris compacta potestas.*

Stoici apud Senecam Epist. 58. In rerum, inquit, na-  
tura quadam non sunt. Et hæc autem, quę non sunt, re-  
rum natura complectitur, quę animo succurrunt, tam-  
quam Centauri, Gigantes, & quicquid aliud falsa cogi-  
tatione formatum habere aliquam imaginem cepit,  
quamvis non habet substantiam. Plinius tamen lib. 7.  
cap. 3. testatur, Claudium Cæsarem scribere, Hippo-  
centaurum in Thessalia natum eodem die interiisse. Et  
nos, inquit, principatu ejus allatum illi ex Ægypto in  
mello vidimus. Cæterum ut hoc verum sit, tamen quia  
portenta & monstra hæc sunt, etiam naturę quodam pec-  
cato genita, eorum ratio nulla ducitur. Centauri, qui  
idem & Hippocentauri dicti, populi fuere Thessalię  
juxta Pelion montem, anteriore corporis parte (ut Poę-  
tę fabulantur) hominum, posteriore equorum effigiem  
referentes. Fabulę occasionem præbuit, quod Centau-  
ri primi equitarunt, non sine horrendo vicinorum popu-  
lorum spectaculo, a quibus primum conspecti equis  
insidentes, crediti sunt habere membra partim humana,

partim equina. Idem Indis occidentalibus patrum nostro-  
rum memoria evenit.

## T E X T U S.

De his quę non sunt in commercio.

2. *Idem juris est, si rem sacram, aut religio-  
sam, quam humani juris esse credebat, vel pub-  
licam, qua usibus populi perpetuo exposita sit,  
ut forum, vel theatrum; vel liberum hominem,  
quem servum esse credebat; vel cujus commer-  
cium non habuerit; vel rem suam dari quis stipu-  
letur. Nec in pendenti erit stipulatio ob id, quod  
publica in privatam deduci, & ex libero servus  
fieri potest, & commercium adipisci stipulator  
potest: sed protinus inutilis est. Item contra, li-  
cet initio utiliter res in stipulatum deducta sit, si  
tamen postea in aliquam eorum causam, de qui-  
bus supra dictum est, sine facto promissoris deve-  
nerit, extinguitur stipulatio. At nec statim ab  
initio talis stipulatio valebit, Lucium Titium,  
cum servus erit, dare spondes? & similia. Quę  
enim natura sui dominio nostro exempta sunt, in  
obligationem deduci nullo modo possunt.*

## N O T A.

2. *Humani juris esse credebat*] Et multo magis si scie-  
bat eam humani juris non esse, arg. *l. 31. de obl. & act.*

*Nec rem suam dari*] *l. 82. de verb. obl. l. i. §. 10. de  
obl. & act.* cui consequens est, nec pretium rei ex ea sti-  
pulatione deberi. Sed pretium rei meę recte stipulor, &  
rem meam mihi restitui, *d. l. 82.*

*Protinus inutilis*] Protinus, id est, statim, *ὅτιως  
& ἄνευ χρόνου.* Huc pertinet regula, *Quod initio utilis  
est, &c. l. 29. de reg. jur.*

*Licet initio utiliter*] *l. 51. l. 83. §. 5. de verb. obl.* sunt  
hęc exempla regulę, quę definit, etiam ea, quę recte  
gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderunt, a quo  
non poterant incipere, *l. pen. §. ult. eod. l. 11. de servis.*

*Sine facto promissori*] Secus est, si facto aut culpa  
promissoris res commercio exempta, *d. l. 83. §. 5.* aut post-  
quam moram in ea præstanda fecisset, *l. 23. l. 91. pr. &  
§. 2. eod.*

*Quę natura sui*] Aliud juris est in his, quę per acci-  
dens non possunt acquiri, puta quia stipulatoris sunt,  
*l. 31. de verb. obl.*

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

1. *Genera rerum, quę non sunt in commercio.*
2. *Etiam earum rerum, quarum nullum omnino com-  
mercium est, stipulationem prorsus inutilem esse.*
3. *Quid si stipulator scias, rem non esse in commercio.*
4. *Quid si ille ignoret, promissor sciat.*
5. *Quando earum rerum, quę secundum quid extra com-  
mercium, stipulatio utilis aut inutilis.*
6. *De stipulatione rei nostra.*
7. *Ampliatio regula initio posita.*
8. *Ampliatio secunda.*

9. *Quid*

9. *Quid si columna promissa facta alieno adibus juncta.*  
 10. *Dissensio veterum circa casum, quo res initio recte promissa, deinde commercio exempta, postea rursus dari posse coepit.*  
 11. *Restriccio ampliacionis secunda.*  
 12. *Ampliatio tertia, ejuoque restrictio.*

Secundum genus rerum, quæ dari non possunt, est earum, quæ sunt quidem in rerum natura, sed non sunt in commercio hominum. Hujus autem generis quæ sunt, earum quædam conditione sua & absolute commercio exemptæ, ut res divini juris, publicæ, homo liber: quædam certo respectu: qui vel est in rebus ipsis, cum aliqui natura sua sint in commercio: quales sunt verbi causa columnæ, marmora ædificiis juncta: vel in personis contrahentium, puta si vel stipulator, vel promissor commercium non habeat, cum alii habeant. Sunt enim quædam quorundam hominum commerciis exempta, ut prædia Ecclesiæ habentia hæreticis, mancipia Christiana iisdem & Judæis, *l. si quis. 10. C. de hæret. tit. C. ne Christ. man. hæret.* Enim vero non omnia hæc stipulationem vitiant eodem modo, quædam nec vitiant, estque in singulis, quod seorsum considerandum.

*Si rem sacram, &c.]* Quarum rerum nullum omnino commercium est, ex in stipulationem deductæ perinde eam vitiant, ut illæ, quæ non sunt, nec esse possunt in rerum natura, *l. 1. §. si id quod. 9. de obl. & act. l. si stipulator. 35. l. inter. 83. §. sacram. 5. l. liber homo. 103. de verb. obl.* Quamobrem neque hoc casu magis, quam superiore, aut æstimatione debetur, aut poena promissa peti poterit, *d. l. liber homo. l. si homo. 69. eod. l. cum servum. 39. §. ult. de legat. 1. §. 4. sup. de legat.* quod etiam hoc ipso satis significatur, quod ejusmodi stipulatio dicitur esse inutilis, idemque juris hic esse, quod foret, si res promissa nec esse posset in rerum natura. Neque enim inutilis stipulatio dici potest, ex qua aliquid debetur, & maxime si pro re debeatur æstimatione. Diversum omnino est, si quis ædem sacram aut locum religiosum ædificari stipulatus fuerit: hic enim in stipulationem deductur, quod & natura fieri potest, & jure facere licet, *l. stipulatio. 38. §. ult. de verb. obl.*

*Quam humani juris esse credebat.]* Eodem modo mox, quem servum esse credebat. Uti & §. præced. quem vivere credebat. Et similiter Cajus *l. 1. §. si id quod. 9. de obl. & act.* An ergo si sciebat stipulator rem esse divini juris, hominem liberum esse, &c. valebit stipulatio? Quidam putaverunt, valere, saltem ad hoc, ut stipulator consequatur quod sua interest, ne frustra ea verba hic & apud Cajum expressa videantur. Sed recte Wesembecius respondet, verba ista addita esse, propterea quod in ignorante major est causa dubitandi, an non saltem æstimatione, aut id quod interest, peti possit: in sciente enim vix esse potest; quoniam tum non modo ratione materiæ; verum etiam causæ efficientis, seu propter defectum consensus, harum rerum stipulatio nullius momenti est, *arg. l. non solum. 31. de obl. & act.* & maxime si etiam promissor sciverit, *l. domum. 57. §. ult. de contr. empt.* Sed quid si solus stipulator conditionem rei ignoret, promissor sciat, an non saltem propter dolum promissoris dabitur stipulatori actio in id, quod sua interest deceptum non esse? Adhuc dicendum videtur, non dari;

siquidem in locis omnibus, ubi de stipulatione rerum, quæ in commercio non sunt, agitur, simpliciter pronuntiat, inutilem eam esse & nullius momenti. Emptionis alia causa est: nam etsi nec emptio hominis liberi, loci sacri aut religiosi, hæc teneat, ut res ipsæ debeantur aut peti possint: tamen si hæc pro privatis aut profanis veneant, & inter ignorantes id fiat, aut duntaxat venditor sciat, emptor ignoret, placet emptionem eatenus saltem consistere, ut emptor actione ex empto vel pretium recipiat, vel consequatur, quod intertulit ejus, ne deciperetur, *l. 4. l. qui officii. 62. §. 1. l. liberi. 70. de contr. empt. §. ult. infr. de empt. & vend.* Plane, si ex causa onerosa stipulatio interposita sit, putarem cum Joan. Fab. in casu proposito nomine doli adversus promissorem agi posse.

*Qua usibus populi]* Quæ in usu publico habentur. Additum ad differentiam eorum, quæ sunt in pecunia seu patrimonio populi aut Principis, *l. 6. l. part. 72. §. ult. de contr. empt.* quæ quidem & ipsa publica dicuntur, *l. quod in litore. 14. de acq. ver. dom. l. bona. 15. cum 2. seqq. de verb. sign.* nimirum propter personam possidentis: cæterum usu & jure, quo habentur, privata sunt atque in commercio, *l. 2. §. hoc interdictum. 4. no quid in loc. publ.*

*Cujus commercium non habuerit]* Etiam earum rerum, quæ secundum quid extra commercium sunt, stipulatio inutilis; sed non semper. Inutilis, si vel propter rem impedimentum objiciatur, veluti si quis ea stipuletur, quæ ædibus juncta sunt: quoniam ea eximi & præstari Senatus vetuit, *l. caserna. 41. de legat. 1.* Et igitur cum etiam hoc casu res ipsa non debeatur, nec debetur rei æstimatione, quæ promissa non est, quod tamen non puto esse perpetuum, sed exemplo legati, harum rerum aliquando etiam ex stipulatione æstimationem peti posse, *d. l. caserna. §. si duobus. 4.* vel propter personam stipulatoris, quod ille rei commercium non habet, veluti si Judæus mancipium Christianum dari stipuletur: hoc enim casu non magis utilis stipulatio, quam si res simpliciter atque in totum commercio exempta sit, *hoc text. l. multum. 34. de verb. obl.* Quod si stipulator commercium habeat, licet promissor non habeat, placet stipulationem valere, *d. l. 34.* quippe posteriore hoc casu præstatio rei non est promissori impossibilis. Nam etsi ipse rem, quam promissit, habere, possidere non potest: nihil tamen prohibet, quominus eam sic comparet, ut non sibi habeat, sed statim ei præstet, cui jus est eam habere, *arg. l. alind. 71. de verb. sign.* atque eadem hac ratione defenditur legatum rei, cujus hæres commercium non habet, modo legatarius habeat, *l. mortuo. 49. §. sed Proculus. 3. de legat. 2.* de quo plura scripsimus *ad. §. non solum. 4. sup. de legat.*

*Vel rem suam]* Tertium genus rerum, quæ dari nobis non possunt, sunt res nostræ: quod enim nostrum est, id nobis dari aut amplius nostrum fieri non potest, *§. sic itaque. 14. inf. de act.* Nemo igitur rem suam sibi dari utiliter stipulatur, *l. nemo. 82. de verb. obl. l. 1. §. nec minus. 10. de obl. & act.* Cui item consequens est, nec pretium rei ex ea stipulatione deberi. Sanc rem nostram nobis restitui, tum etiam pretium rei nostræ nobis dari, utiliter stipulamur, *d. l. nemo.* Sed & rem furtivam dominum à fure recte stipulari placet, modo tanquam furtivam stipuletur, *l. scire. 29. §. ult. de verb. obl.*

*obl. cuius rei ratio petenda ex d. §. sic itaque. inf. de act.*

*Nec in pendenti, &c.]* Sequuntur aliquot ampliatio- nes, quæ tamen non pariter ad omnes superiores species 7 pertinent. Prima significatur hoc vers. & apud Paulum *l. inter. 83. §. sacram. vers. quamvis sacra profana fieri, &c. de verb. obl.* estque hæc, quod etsi res sacra postea profana, publica privata, homo liber servus factus sit, nihiloma- gis stipulatio vires habeat aut sumat, vetante nimirum regula Catoniana, quod initio vitiosum est, tractu tem- poris convalescere. Quæ regula ad stipulationes quoque translata est, *arg. l. cetera. 41. §. 2. de legat. 1. l. quod initio. 29. de reg. jur.* Ergo nec si stipulator postea rei commercium nactus fuerit, stipulatio convalescet; nec si sua res stipulatoris esse desierit, *hoc text.* nec si juncta ædibus postea fuerit separata, *d. l. cetera. §. 1.*

8. *Licet initio inutiliter, &c.]* Ampliatio secunda. Non solum inutilis est stipulatio, in quam ab initio res, quæ commercio exemptæ sunt, aut alias dari non possunt, deducuntur, sed etiam si quid recte atque utiliter promissum postea in talem causam sine facto promissoris deven- nerit, placet stipulationem extinguere, & dissolvi obli- gationem, licet ab initio recte contracta sit; ut puta, stipulatus sum rem profanam aut Stichum mihi dari, ea res postea sacra, aut Stichus liber esse cepit sine facto promissoris, placet eum liberari, & satis esse, quod eventu præstatio facta sit impossibilis, *d. l. inter. §. sa- cram. vers. nam & cum. l. i. qui. 51. de verb. obl.* Suntque hæc exempla regulæ, quæ definit etiam ea, quæ recte gesta sunt, resolvi, si in eum casum inciderunt, à quo non poterant incipere, *l. 11. de servit. l. pen. §. ult. de verb. obl.* vid. notata sub §. ex contrario. 14. sup. de legat. Eadem ratione & stipulatio rei alienæ perimitur, si res antequam traderetur, ex alia causâ jam facta sit stipulato- ris: sed hoc ita, si utraque causa fuerit lucrativa, non si altera onerosa, *d. l. inter. §. 6. l. omnes debitores. 17. de ob. & act.* rationem diversæ juris reddidi sub §. si 9. sup. de legat. Quid si columna promissa facto alieno juncta sit ædibus? Non putarem, hoc casu stipulatio- nem evanescere, *l. cetera. 41. §. si duobus. 4. de legat. 1.*

10. De illo inter veteres non convenit si res initio recte promissa, deinde commerciis hominum exempta, rursum mutata conditione cepit dari posse veluti si servus liber factus in servitutum reciderit, an obligatio, quæ semel sublata fuit, restituatur. Celsus censuit restitui, magis- que esse, ut propter impedimentum interveniens cessasse videri debeat obligatio, quam penitus extincta fuisse. Sed hæc Celsi sententia admissa non est, crebriusque placuit, obligationem non restitui, utpote semel penitus sublata: quemadmodum enim homo mortuus vitæ restitui non potest, ita nec in perpetuum extinctam obli- gationem posse rescitari; *d. l. inter. §. sacram. vers. nec revocamus. l. qui res. 98. §. arcam. 8. de solut.* quibus locis etiam Celsi argumentis occurritur. Eadem dissen- sio & circa servum legatum interim manumissum, & postea servum iterum factum, inter Celsum & alios fuisse videtur, *l. si chorvs. 79. §. ult. de legat. 3. junct. l. ser- vus. 27. §. 1. de adim. legat.* quos tamen locos distinc- tione conciliare nititur *Dos. in d. l. inter. §. sacram. n. 8.*

11. *Sine facto promissoris] d. l. inter. §. 5.* Additum ideo, quoniam si per promissorem factum sit, ut res dari posse

desierit, veluti si servum promissum manumiserit, lo- cum promissum religiosum aut publicum fieri passus sit, non extinguitur stipulatio, nec magis debitor liberatur, quam si servum promissum occidisset. Itaque ne dolus aut culpa ejus adversario noceat, cum res ipsa præstari non possit, præstabitur æstimatio. Idemque est, si post- quam debitor in re præstanda moram fecit, ea perempta aut commercio exempta sit: quoties enim aut culpa, aut mora debitoris intervenit, placet obligationem conti- nuari, id est, ex eo tempore perinde perpetuo eum teneri, ac si res adhuc extaret, *l. 23. l. servum. 91. pr. & §. 3. de verb. obl.*

*Lucium Titium cum servus eris] Ampliatio tertia. 12*

Rem commercio exemptam non tantum purè inutiliter stipulamur, sed etiam sub conditione, licet nominatim in eum casum nobis cavemus, si dari posse ceperit. Itaque improbata est etiam hujusmodi stipulatio, *illum, cum servus eris, dare spondes?* item, *eum locum, cum ex sacro profanus esse ceperit, dare spondes?* nimirum quia nec præsentis temporis obligationem recipit, & ea duntaxat, quæ natura sui possibilia sunt, in obligatio- nem deduci possunt. Sed & mali ominis causa istiusmodi stipulationem detestamur, quoniam non solet ea muta- tio contingere sine interitu civitatis, quod Paulus *d. l. inter. §. sacram. & Pomponius l. si in emptione. 34. §. 2. de contr. empt.* declarant sub persona liberi hominis sub conditione promissi. Enimvero hæc ampliatio pertinet duntaxat ad stipulationes earum rerum, quæ absolute & natura sua commercio exemptæ sunt; ad eas res non per- tinet, quæ cum per se sint in commercio, nunc tamen non sunt propter impedimentum aliquod extrinsecus ac- cedens & temporarium. Etenim ea, quæ ædibus juncta sunt, sub conditione stipulari non prohibemur, cum & sub conditione legari possint, *d. l. cetera. 41. §. 1. de legat. 1.* Sed nec pertinet ad stipulationem rei nostræ. Quippe & hanc sub conditione rectè stipulamur, ut sti- pulatio teneat, si tempore existentis conditionis nostra non sit, *l. si rem. 31. l. existimo. 98. de verb. obl. d. l. ca- tera. 41. §. 1. de legat. 1. l. existimo. 61. de contr. empt.* Neque enim quominus hoc fiat, aut regula Catoniana impedit, quæ ad conditionalia non pertinet; *d. l. cetera. §. 1. aut vitium rei, quod nullum est;* potestque ea, mutato interim domino nobis præstari, nec incivile est hanc mutationem expectare. Non caruit tamen hæc sen- tentia dubitatione, ut apparet ex *d. l. existimo. de verb. obl.* Illud ei adversari videtur, quod etiam conditiona- les stipulationes ex præsentis vires accipere traditur *l. usufructus. 26. de stip. serv.* & generaliter in omni stipu- latione id tempus spectari, quo contrahimus, *l. filius- fam. 78. de verb. obl.* Sed hoc rectè dicitur, cum de per- sona stipulantis agitur, aut ejus, cui inde acquiritur: ad res, quæ in stipulationem deducuntur, non pertinet. Ut enim statim capiat stipulatio, necesse est eum, qui stipulatur, sive purè stipuletur, sive sub conditione, stipulandi capacem esse: eademque ratio ejus, cui ex sti- pulatione acquiri volumus. At rei, quæ usibus homi- num non exempta in stipulationem deducitur, præstatio & obligatio in eventum differri potest; ut ante illum eventum neque peti possit, neque quicquam debeat, *l. cedere diem. 213. de verb. sign.* sed tantum spes sit, de- bitum iri, quam in hæredem transmittamus, *§. sub con- ditione. sup. de verb. obl.*

Dddd

TIX

## TEXTUS.

De facto vel datione alterius.

3. Si quis alium daturum futurumve quid promiserit, non obligabitur, veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se, ut Titius daret, sponderit, obligatur.

## COMMENTARIUS.

1. Cur qui alium daturum, &c. promittit, nequo ipse se, neque alium obliget.
2. De eo, qui se curaturum promittit, ut alius det.
3. Interdum qui factum alienum promittit, etiam sine expressione istorum verborum obligari: & moribus hodiernis semper.

Qui alium daturum aut factum promittit, neque ipse obligatur, neque alium obligat. Cur alium non obliget, ratio manifesta est, quia nemo ex contractu alterius obligari potest, l. 3. C. ne ux. pro mar. Cur ipse non obligetur, duæ causæ sunt: una, quia non consentit, ut det aut faciat: altera, quia etsi proponamus eum dare aut facere velle, tamen verbis id non promittit: quorum utrumque per se solum ex regulis communibus stipulationum satis est ad impediendam verborum obligationem. De se igitur quemque promittere oportet, si eum obligari volumus, d. l. inter. 83. in pr. de verb. obl. Sed an non saltem hæcenus eum, qui alium daturum aut factum promittit, obligari dicimus, ut curare debeat, ut ille alius det, aut faciat? Dicendum est, ne hæcenus quidem eum obligari: alioqui stipulatio hæc non esset inutilis; sed factum alienum utiliter promitteretur, contra, quam in univ. definit Hermogen. l. sicut. 65. de fidejuss. & Ulpian. l. stipulatio. 38. in pr. de verb. obl.

Qui effecturum se ] Aut se curaturum, ut alius det, d. l. inter. 83. pr. eod. quippe hac stipulatione non tam factum alienum, quam proprium promissoris continetur, qui ob id in tantum tenebitur, quantum ut esset daret, curaturum se promittit, per l. si bares. 73. de legat. 1. aut si promiserit curaturum se, ut alius aliquid faciat, tenebitur in id, quod stipulatoris interit. Communiter receptum tradit Wesembecius, promissorem liberari, si omnem diligentiam adhibuerit ad rem conficiendam, nec profecerit, quasi hoc solum promississe intelligatur; ut proinde non aliter conveniri possit, quam si negligentia aut culpa ejus arguatur, allegans Bars. cons. 236. Bær. decis. n. 16. Schurff. cons. 15. cent. 1. textus tamen omnes indistinctè loquuntur, vid. D. Bronch. 4. assert. 40. Ant. Fab. C. for. de contr. stipulation. defin. 10. Interdum sanè qui factum alienum promittit, obligatur, quamvis verbis non exprimat, se effecturum aut curaturum, &c. quasi tacitè id actum videatur considerata qualitate negotii, veluti si quis promittat, certam personam pro se fidejussuram esse; l. qui autem. 14. §. 2. de pec. const. item si procurator, de cuius mandato dubitatur, promiserit, rem ratam dominum habiturum, eos. titul. rat. rom. hab. Estque posterior hæc stipulatio prætoriam: ac proinde, ut reliquæ ejusdem generis, legem & interpretationem recipit de

mente prætoris, l. in conventionalib. 52. de verb. obl. l. 9. de stip. prat. Similia exempla occurrunt in l. stipul. 38. in pr. l. quotiens. 81. l. inter. 83. pr. de verb. obl. in quibus omnibus promissor sub alieni facti promissione etiam de suo promittere intelligitur. Qui promittit, se facturum, ut decem dentur, ipse dare cogitur, nec liberatur dando expromissorem, l. si bares. 73. de legat. 1. At qui curaturum se, ut decem dentur, promittit, placet eum liberari alium reum locupletem dando, l. ul. §. 1. de reb. cred. l. illa stipulatio. 67. §. 1. de verb. obl. Curare enim non tantum numerare est, sed etiam delegare alium, qui adnumeret. Facere dandi significationem in proposito habet. Cujac. ad d. l. 67. Nostri & multorum aliorum moribus, qui factum alienum promittit, tacitè intelligitur promittere se curaturum aut effecturum ut alius det aut faciat. Gros. 3. introd. cap. 3. Gorii advers. tract. 3. cap. 3. n. 10. convenienter æquitati juris Canonici. Covar. in cap. quamvis. de pact. in 6. p. 2. §. 5. n. 1. Cyprian. hic. cons. Belg.

## TEXTUS.

De eo in quem confertur obligatio, vel solutio.

4. Si quis alii, quam ei, cujus juri subjectus est, stipuletur, nihil agit. Planè solutio etiam in extraneam personam conferri potest: veluti si quis ita stipuletur, mihi aut Sejo dare spondes? ut obligatio quidem stipulatori acquiratur, solvi tamen Sejo, etiam invito eo, rectè possit; ut liberatio ipso jure contingat: sed ille adversus Sejum habeat mandati actionem. Quod si quis sibi & alii, cujus juri subjectus non sit, dari decem aureos stipulatus est, valet quidem stipulatio. Sed utrum totum debeatur stipulatori, quod in stipulationem deductum est, an vero pars dimidia, dubitatum est. Sed placuit, non plus, quam dimidiam partem ei acquiri. Ei vero, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi acquiris: quia vox tua tanquam filii intelligitur in his rebus, que tibi acquiri possunt.

## NOTA.

4. Quam ei, cujus juri subjectus ] Patri sc. aut domino, l. 38. §. 17. l. 45. de verb. oblig. sup. de stip. serv. & inf. per quas pers. nob. obl.

Nihil agit ] Nec sibi acquirat, quia hoc actum non est; nec alteri, quia hoc repugnat fini omnium obligationum, d. l. 38. §. 17. & inf. eod. §. 18. l. 11. de obl. & act.

Etiam invito eo ] Stipulatore sc. Cæterum hæc potestas adjecto solvendi, lite contestata interdidit, l. 16. de fidej. l. 57. §. 1. de solut. aut statu ejus in causam deteriorem mutato, l. 38. d. 1. junct. l. 56. §. 2. de verb. obl. nec ipse petere, nec novare, nec acceptum ferre potest: quia obligatio soli acquiritur stipulatori, l. 10. de solut.

Vox tua tanquam filii ] Patris & filii persona penè eadem,

dem. l. ult. C. de impub. & al. subf. Est enim filius veluti portio patris. Arist. 1. magn. mor. 34.  
 Qua tibi acquiri possunt] Non ergo si quid pater stipuletur ex causa castrensis peculii l. 39. de verb. obl. aut si factum in personam filii conferat, l. 130. ood.

COMMENTARIUS.

1. Qui alteri stipulatur, emit, conducit, &c. nec sibi nec alteri obligationem acquirere.
2. Qua cautiones hic adhibenda.
3. An tabularii stipulando alteri acquirant: & quid juri hodie.
4. Quibus in causis admissum, ut alteri ex conventionibus alterius utilis actio datur; prater casum n. 2.
5. Quid stipulatio solutione in alium collata tribuat stipulatori.
6. Quid adjecto solutionis causa.
7. Quid permittat promissori, & quem liberationi modum faciat.
8. Quid si adjectus status mutaverit.
9. Quid juri, si quis conjunctim sibi & alteri stipuletur, tum ratione verborum, tum adjecti.
10. An in contractibus locus sit juri accrescendi.
11. De patre stipulante filio sive quem in potestate habet, sive emancipato.

Quemadmodum nemo alium daturum facturumve promittens aut ipse obligatur, aut alium obligat; ita nec alteri stipulando, aut sibi aut alteri obligationem acquirat, l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. obl. l. 3. C. de contr. stip. §. alteri. 18. inf. hoc tit. Non sibi, quia hoc actum non est, nec persona ejus stipulatione comprehensa: non alteri, quia repugnat fini stipulationum & obligationum; utpote quæ ad hoc omnes comparatae sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest: ut vero alteri detur, nihil interest nostra, d. l. stipulatio. §. alteri. Neque hoc ad stipulationes tantum pertinet, sed ad ceteras quoque conventiones, §. pen. sup. per quas person. l. si ita. 126. §. 2. vers. respondit. de verb. obl. l. solvitur. 11. §. pen. de pign. act. l. quo tutelae. 73. in fin. de reg. jur. In summa; ut Paulus scribit, quacumque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt, nisi ex nostra persona initium sumant, id est, ut nunc vulgo loquuntur, nisi in persona nostra radicentur, inane actum nostrum efficiunt: & ideo, inquit, neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus, l. quacumque. 11. de 2. obl. & act. Verum hic cautiones quædam adhibendæ sunt. Primum enim quod dicitur, neminem stipulando alteri obligationem aut actionem acquirere posse, de persona extranea intelligendum est, & sic temperandum, nisi ille alter, in quem stipulatio confertur, fictione juris eadem persona cum stipulatore habeatur: quo in numero sunt tum ii, quorum in potestate sumus, tum hæredes nostri. Planè enim, quod servus domino, filiusfam. patri stipulatur, ejus obligatio & actio omnis domino aut patri acquiritur; hoc text. in pr. d. l. stipulatio. §. alteri. l. quodcumque. 45. de verb. obl. sup. tit. de stip. serv. & inf. per quas pers. nob. obl. Sed & hæredibus nostris pacificum & stipulando quidvis acquirimus, d. l. stipulatio. §. sed si. 12. & §. 14. de verb. obl. l. avus. 33. de pact. nec tantum cum nobis simul & hæredibus nostris stipulamur, sed etiam cum hæredibus solis; utique

jure novo, ut actio ab hæredibus incipiat, l. unic. C. ut actio. ab hered. Deinde et si ex aliena stipulatione non acquiratur alteri actio directa: sunt tamen quædam personæ, per quas ratione officii acquiratur alteri actio utilis. In hoc genere sunt, tutor, curator, actor civitatis: nam si tutor pupillo, curator adolescenti, actor civitati quid dari aut fieri stipuletur, placet, pupillo, adolescenti, civitati utilem actionem dari, l. 5. §. penult. de pes. constit. In eadem causa est & procurator militis, l. si pecuniam. 26. de reb. cred. item magistratus in cautione pro pupillo à tutoribus aut adrogatore exigenda. Et non solum magistratus ipse ex his causis pupillo rectè stipulatur, sed etiam alium adhibere potest, puta servum publicum, aut si videtur, quemvis liberum hominem, qui idem pupillo stipuletur, l. 1. §. si magistratus. 11. & §. exigere. 15. de magistrat. conv. l. non aliter. 18. de adop. l. 2. & 3. rom. pup. salv. for. Adhæc ex stipulatione procuratoris tribus ex causis domino utilis actio datur. 1. si ex re domini stipuletur, l. quod procurator. 68. de procurat. 2. si domino præsentem, l. si procuratori. 79. de verb. obl. 3. si utilitas id exigat, nec aliter domino res salva esse possit. Receptum id primum in contractu infistoris, l. 1. in fin. l. 2. de infistit. act. inde eadem conditione translatum ad contractus procuratoris, l. 13. §. si procurator. 25. de act. emp. l. 5. de pras. stipulac. l. damni. 18. §. ult. de damn. infect. Quæsitum de tabulariis, seu, ut nunc vulgo appellantur, notariis publicis, an etiam hi civibus absentibus rectè stipuletur, iisque obligationem acquirant. Quod omnino negandum est, si quidem de jure civili Romanorum quæzatur: quippe quo jure nec servus publicus id potuit, nisi in duabus illis, quas dixi, causis, ac magistratu jubeate stipulationem interponi. Si vero de jure hodierno, ubique ferè locorum invaluit error veterum interpretum, receptumque ut notarii aliis rectè stipularentur, & stipulando actionem acquirant. De eo tamen pondum satis convenit, an ex hujusmodi stipulatione aliæ conventiones notarii alteri absentis ius aliquod acquiratur ante ratihabitionem, vid. Thesaur. decis. 70. Fachin. 8. contr. 91. Christin. vol. 3. decis. 34. & vol. 4. decis. 177. & 209. ubi etiam quærit, an persona quoque non publica alteri stipulari possit secundum dispositionem juris Canonici, c. quoties cordis quæst. 7. Sanè non obstat jus naturæ aut gentium, quominus alteri etiam extraneo rectè quilibet stipuletur, ut ei volenti & promissum acceptanti obligatio & actio acquiratur. Imo id juri naturæ benè congruit, neque nihil mea interest per me alterum beneficio affici. Gros. 2. de jur. bell. & pac. cap. 11. num. 18. & ideo moribus horum temporum id passim obtinet. Groenew. de legib. abr. ad §. 18. inf. hac tit. & ibi. cit. Cyprian. cons. Belg. ad §. 3. sup. Postremo etiam illud in quibusdam causis admissum est, ut alteri ex pactione & stipulatione alterius actio utilis quæzatur, si pactio adjecta sit actui naturali; ut puta rem alienam, quam apud se quis habebat, alteri commodavit, aut apud eum deposuit ea lege, ut is eam domino restitueret; aut alienos nummos alicui dedit, ut domino solverentur: ex his causis placet domino utilem actionem commodati, depositi, conditionem dari, l. penult. C. ad exhib. l. si ita. 126. §. 2. de verb. obl. Item si quis suos nummos alieno nomine mutuos dederit velut alienos, ei cujus nomine dati sunt, conditio ac-



quiritur, l. 9. §. pen. de reb. cred. d. l. si ita. §. 2. de verb. obligat. Similia exempla sunt in l. 6. C. de cond. ind. l. 13. de pign. actio. Postremo etiam affectioni personarum conjunctæ cum favore causæ hic aliquid tributum; l. Cajus. 45. solut. matrim. l. 7. C. de pact. conv. rigorque juris posteriorum Imp. constitutionibus non nihil mitigatus est, l. 3. C. de donat. qua sub mod.

[Solutio etiam in extraneam personam] Quod vetat regula juris alteri stipulari, in hanc sententiam vetat, ne stipulando, alteri acquiratur. Cæterum si eo spectet stipulatio, ut obligatio soli acquiratur stipulatori, jus autem sit promissori, etiam alteri solvere, quominus ad hunc effectum utiliter persona extranea inseratur; regula non prohibet. Atque hoc est, quod hic dicitur; solutionem etiam in extraneam personam conferri posse.

[Mibi aut Sejo dare spondes] Confetti in alium solutio seu potestas alteri solvendi fieri promissori intelligitur, si quis disjunctim ita stipuletur; *Mibi, aut Sejo decem dare spondes*? ac proinde utilis hæc stipulatio in utriusque persona censetur; in persona stipulantis ad acquisitionem obligationis, in persona adjecti ad solutionem, l. cum qui. 56. §. 2. l. ultim. §. 3. de verb. obl. l. si mibi. 23. de fidej. l. 9. l. 10. de solut. Sed age consideremus separatim, quid hæc stipulatio tribuat stipulatori, quid Sejo adjecto, quid denique promissori: tot enim sunt, ad quos ea pertinere potest. De stipulatore hoc loco & d. l. ultim. §. 3. de verb. oblig. traditum est, ei soli ex hujusmodi stipulatione obligationem acquiri; & acquiritur citra dubitationem totius summæ in stipulationem deductæ, ut solida decem ei debeantur, non pars duntaxat. Neque enim quia decem duobus stipulatus est, ideo summa inter eos dividitur. Divideretur, si conjunctim stipulatus esset sibi & Sejo, de quo mox plura. Qui vero disjunctim decem sibi aut alii dari stipulatur, aperte stipulatur decem solida utrique; nec persona adjecti impedire potest, quominus in id totum, quod sibi quoque stipulatus est, obligationem & actionem acquirit. At ex contrario Sejo adjecto ex stipulatione proposita nihil debetur: quippe cui nihil ex conventionem alienam acquiri potuit. Itaque Sejus neque petere potest id, quod in stipulationem deductum est, neque promissorem ullo suo facto liberare, l. 7. §. 1. de const. pec. l. 10. de solut. non fidejussores aut pignora accipere, l. si mibi. 23. de fidejuss. l. in qui. 33. de pign. denique nec pecunia ei suo nomine constitui potest, d. l. 7. §. 1. de pec. const. Solummodo ad hoc utilis hæc stipulatio in persona Seji adjecti, ut solutam ex causa stipulationis pecuniam accipere possit, eoque facto promissor liberetur. Cum vero omnis adjecto solvendi facultas promissoris causa constituta sit, videndum etiam quid hic promissori tribuatur ad liberationem. Promissori in summa hoc tribuitur, ut etiam adjecto solvere possit, eaque solutione ipso jure liberetur, ut hic expressum est. Et quamvis partem solverit stipulatori, nihilominus tamen reliquum recte dabit adjecto, l. cum decem. 71. pr. de solut. Hoc amplius etiam invito & prohibente stipulatore solvendo adjecto liberatur: nimirum quia certam conditionem habet stipulatio, quam immutare stipulatori non licet, l. 12. §. pen. de solut. l. 16. de fidejuss. Sed neque promissori ad solutionem obstat adjecti conditio. Stipulatus quis est sibi aut Sticho Sempronii servo dari: soli servo sine voluntate domini recte solvitur, l. 9. de solut. Sti-

pulatus quis est sibi aut pupillo placet promissorem etiam sine tutoris auctoritate pupillo solvendo liberari, l. 11. d. tit. Hoc ideo, quia dum adjecto solvitur, ipse creditori solvi videtur, cum nihil intersit, jubeam te alicui solvere, an ab initio stipulatio ita concepta sit, l. si ita. 59. eod. Cæterum & solutionis verbum & certæ personæ adjectio aperte liberationis modum facit, quem excedere non licet, uti in mandatis accidit. l. 6. mandat. ut proinde facultas hæc duabus rebus continetur, certæ factæ promissoris, ut solvat videlicet, & certa persona, in qua hæc veluti conditio impleri debeat: si quid horum servatum non fuerit, placet factum promissori ad liberationem non prodesse. Et primum igitur nihil agit promissor cum Sejo adjecto pacificando, sive paciscatur Sejus se non petiturum, sive obligationem novare instituat, sive pecuniam promissori acceptam ferat, l. 10. de solut. Habet quidem acceptilatio vim solutionis, habet & novatio, omnique conventio liberandi debitoris causa interposita, sed tum solummodo cum a creditore proficiuntur, cujus solus est debitorum liberare. Adjectus vero creditor non est. Deinde nihil agit promissor, si alii solvat, quam adjecto: nam neque personam adjecti, quæ a stipulatore electa & probata est, egredi potest: in tantum ut et si persona servi adjecta sit, nec domino recte solvatur, nisi ex voluntate servi, l. 9. l. Stichum. 55. §. nam si. 7. de solut. Ad rem nihil pertinet, quod quæcumque per servum acquiruntur, ea acquirantur domino: nam persona aliena hic non adjectitur, ut vel ipse quicquam vel alius per eum acquirat. Eadem ratione si pupilli vel furiosi persona adjecta sit, nec tutori vel curatori dando liberatur, nisi pecunia in rem eorum versa sit, d. l. 95. §. 7. & quia adjectus procurator similis est, nec hæredi ejus recte solvitur; quippe cum mandatum morte finiatur, l. cum qui. 55. de verb. obl. Cæterum omnis adjecto solvendi potestas tunc cum stipulatore contestata intercedit, l. 16. de fidej. l. si quis. 57. §. 1. de solut. Hoc ideo, quia judicio nova contrahitur obligatio, & prioris novatio fieri intelligitur, prout actori commodum fuerit, l. 3. §. idem scribis. de pecul. l. aliam. 29. de novat. Illud ex sententia contrahentium placuit, ut & ita demum adjecto recte solvatur, si in eodem statu maneat, quo erat, cum stipulatio interponeretur, quasi hæc conventio tacite stipulationi insit, si in eadem causa maneat. Itaque si vel in adoptionem se dediderit, vel deportatus sit, aut servus factus, non recte ei solvitur, l. cum qui. 38. princ. de solut. Planè, si ad meliorem causam pervenerit, puta si ex servo liber, ex filiofam. sui juris factus fuerit, dicendum est, adhuc ei solvi posse, argument. l. cum qui. 26. §. 2. de verb. obl. add. Donell. l. 55. d. tit. ubi refellit Cujacium contra sententiam atque alios vellicantem, ostenditque esse aliquid proprium usufructus in specie, quæ proponitur à Papi- niano in l. Stichum. 95. §. qui usum fr. 6. de solut.

[Adversus Sejum habeat mandati actionem] Hoc idem traditur à Scævola in l. Julianus. 131. §. 1. de verb. obl. & ideo receptum est, quia aliæ actio deficit, & adjectus instar procuratoris est. Verum enim procuratorem non esse, imo ne procuratorem quidem esse satis constat, l. 12. §. 1. & 2. seq. de solut. Cæterum stipulator ut plurimum adjecto mandare solet, ut solutionem accipiat.

[Si quis sibi & alii] Hac stipulatione recepta, *Mibi aut Sticho dare spondes*? qua placet solutionem saltem utili-

ter

ter in Titium conferri, quaesitum est, propter similitudinem conceptionis, num idem efficiatur conjunctim stipulando, *Mihi & Titio decem dari*. Sed diversa hic omnia constituta sunt tum in persona stipulatoris, tum in persona adjecti. Ad stipulationem quod attinet, hoc interest inter priorem stipulationem & hanc posteriorem, quod ex illa tantum, quantum promissum est, stipulatori debetur, ex hac dimidium duntaxat, *l. si mihi. 110. de verb. obl. & hoc text.* Cur vero tam variè nimirum propter diversam vim orationis disjunctivæ & conjunctivæ: quippe hujus vis est, ut pro numero personarum summa stipulatione comprehensa dividatur, illius non item. Cum enim disjunctim quis stipulatur sibi aut Titio decem dari, non attribuit hanc summam pluribus, sed uni tantum, si alteri non detur. Quæ autem summa uni attributa est, ea non potest dici enumeratione personarum divisa. Et cum stipulor conjunctim mihi & Titio decem dari, eodem tempore & simul stipulor eandem summam mihi & Titio: ut perinde sit, ac si dixissem, *Mihi & Titio simul decem dabitur* id est, mihi quinque, & Titio quinque. Atque hoc est, quod Julianus ait, una decem communiter in hac stipulatione comprehendi, *l. cum qui. 56. pr. de verb. obl. fac. l. uni fundus. 56. de cond. & dem. l. reos. 11. §. 1. de duob. reis.* Hinc etiam efficitur, ut etiam si non pecunia, sed ærtem corpus stipulatione comprehensum sit, non amplius tamen quam pars debeat, ut rectè censet Bachovius contra Hotomannum, *fac. d. l. si mihi. 110. de verb. obl.* Planè, si res in stipulatum deducta divisionem non recipiat, aut ejus sit conditionis, ut adjecto acquiri non possit, magis est, ut persona ejus pro supervacuo adjecta habeatur, *arg. l. 5. comm. prad. §. ult. sup. de stip. serv.* Quod etiam in emptione & venditione receptum est, sed alia ratione, nempe quia unum pretium pro re tota constituitur, & injuria afficeretur venditor, si res pro parte tantum vendita intelligeretur, *l. fundus. 64. de cont. emp.* De Titio adjecto nihil nominatim in veteribus definitum legimus. Cæterum hoc positum in hac specie, *Mihi & Titio decem dabitur* stipulatorem videri tantum quinque sibi stipulari, reliquum Titio, satis intelligitur, Titio nec ullam obligationem, utpote extraneo, acquiri, nec ei quicquam à promissore rectè solvi; eum non solutioni, sed obligationi persona illius applicata sit.

*Non plus quam dimidiam partem*] Uti ex stipulatione proposita obligatio in solidum stipulatori non acquiritur, ne quod extraneo inutiliter stipulatus est, partem ejus augeat. *l. si mihi. 110. de verb. obl.* ita nec in totum inutilis est, sed pro parte tantum, ne quod sibi utiliter stipulatus est, inutili adjectione vitietur, *l. 1. §. pen. 10. eod. cap. utile. 2. de reg. jur. in 6.* Hinc vulgo colligunt jus accrescendi inter conjunctos non habere locum in contractibus, nisi aut causa onerosa aut res individua sit. *Gomez. 1. resolut. cap. 10. & ibi citati num. 1. & seqq.* Quod tamen in subtiliter dicitur. Nam de jure accrescendi non rectè disputatur, nisi actus in utriusque persona ab initio consistat, ut concurrentes singuli partem petere possint, uno autem deficiente totum ad alterum pertineat, ut sit, cum duo ad eandem hæreditatem vocantur, aut cum duobus eadem res conjunctim legatur, *§. si eadem. 8. sup. de legat.* At in contractibus persona conjuncti facit, ut actus aut pro parte nullus sit, aut ut

perinde sit habendus, ac si omnino adjectus non esset, totumque negotium ad alterum solum pertineret, *add. Duar. lib. 1. de jur. accresc. c. 15. Bronchorst. 2. assert. 60. D. Swanenb. de jur. accresc. c. 8.*

*Qui suo juri subjectus est*] Interdum qui verbis stipulatur alteri, vi ipsa sibi stipulari intelligitur, sibi que actionem acquirit: idque toties accidit, quoties stipulantis pecuniariter interest alteri dari: de quo dicemus *inf. sub §. sed etsi. 19.* Pertinent huc dominus & pater, qui filium in potestate habet, quos placet servo & filio rectè stipulari, *hoc text. l. dominus. 39. l. cum qui. 56. §. 3. l. quod dicitur. 130. de verb. obl. l. 2. C. de contr. stip.* nempe quia servo aut filio dari domini aut patris interest: quoniam quod servo aut filio ex illa stipulatione datum erit, id statim domino aut patri acquiritur. Ait, *Tuo juri subjectus.* Ergo si filio emancipato pater stipulatur, non idem probandum est, *l. si genero. 26. C. de jur. dos.* Sed nec ipsi filio emancipato ex stipulatione patris obligatio ulla aut actio acquiritur, *d. l. si genero.* Nec obstat *l. quodcumque. 45. §. 2. de verb. oblig.* nam illud duntaxat ex eo loco rectè colligitur, quibus in causis pater filiae emancipatae stipulari potest, in his etiam huic filiae rectè stipulari post mortem suam, ut utilis actio filiae detur. At hoc tantum receptum in causa dotis, cum pater dotem & quidem à se profectam stipulatur reddi filiae, cujus nomine data est, *l. Cajus. 45. solut. matr. l. 7. C. de pact. conv.* Neque vero uteretur Jurisconsultus exemplo filiae, si pariter filio quoque emancipato, & quidvis liberis omnibus pater rectè stipularetur. *Donell. ad l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. n. 60. de verb. obl.*

*Vox tua tanquam filii*] Patris & filii, quem in potestate habet, eadem persona, eadem vox esse dicitur, *§. post mortem. 12. inf.* sed observetur, hoc dici cum hæc adjectione, cum per filium patri acquiritur, *hoc text.* Quod si pater filio stipuletur, quod consistat in persona filii, nec ad patrem redire possit, hic non eadem vox patris & filii habetur, nec magis utilis est stipulatio, quam si cuivis extraneo stipulatus esset. Hinc improbata primum hæc stipulatio, si pater stipuletur factum, quod in personam filii conferatur, puta ut eire agere liceat, *l. quod dicitur. 130. de verb. oblig.* Deinde & illa, si stipuletur quidem filio id, quod juris sit, sed quod leges et acquirit non permittunt, *l. dominus. 39. eod. & hoc text.* veluti si quid stipuletur filio ex causa castrensis peculii, aut adventitii, quod patri nullo modo acquiritur: nam ubi ususfructus patri quaeritur, saltem usque ad quantitatem ususfructus eum actionem habiturum existim; quia hæc tenus ejus interest.

## T E X T U S.

## De interrogatione &amp; responsione.

5. *Præterea inutilis est stipulatio, si quis ad eam, qua interrogatus fuerit, non respondeat, velitis si quis decem aureos à te dari sibi stipuletur, tu quinque promittas, vel contra: aut si ille parè stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra: si modo scilicet id exprimas, id est, si cui sub conditione vel in diem stipulanti tu respondeas,* præ-

senti die spondeo. Nam si hoc solum respondeas, Promitto: breviter videris in eandem diem vel conditionem spondidisse. Neque necesse est in respondendo eadem omnia repeti, qua stipulator expresserit.

## NOTA.

5. Si quis decem, &c. tu quinque vel contra] Tota hæc verborum conceptio non est planè inutilis, sed pro ea summa duntaxat, quæ vel interrogationem vel responsum excurrit: quoniam cum in majori summa semper insit minor, hæc tamen quoque aptè responsum hic intelligitur, l. 1. §. 4. l. 83. §. 3. de verb. obligat. Similiter si quis de ulla re interrogatus, promittat & eam & plures conjunctim; aut de pluribus conjunctim, ex his unam, placet promissorem saltem obligari in eam rem, de qua & interrogatus est, & respondit, d. l. 1. §. 5. d. l. 83. §. 4.

## COMMENTARIUS.

1. Interrogationis & responsionis congruentia unde asstimaanda.
2. Quid juris, si diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem. & n. 4. & 7.
3. Quid si circa qualitatem seu formam stipulationis. & n. 6.
5. Ad quam speciem pertineat definitio l. 1. §. 3. in fin. de verb. obl.
8. Quid si impersonaliter respondeatur.

**A**D conficiendam stipulationem constituendamque obligationem verborum non satis est respondentem illico respondere, sed etiam necesse est, ut respondeat congruenter ad interrogationem: alioqui inutilis est stipulatio, auctore Justiniano in *pr. hujus* §. Interrogationis & responsionis congruentia non tam ex verbis, quam ex re & sententia verborum æstimanda est. Nam qui idem respondet, de quo interrogatus est, & respondet eodem modo seu servata eadem qualitate interrogationis, congruenter respondere intelligitur, etsi non eadem lingua respondeat; veluti si Latinè interrogatus, respondeat Græcè, §. 1. *sup. de verb. obl. l. 1. §. ult. eod.* Similiter qui stipulanti denarios ejusdem quantitatis aureos spondet, obligatur, ut qui aptè ad interrogatum responderit, l. *qua extrinsecus. 65. §. 1. eod.* Sed & qui ita interrogatus, Dabis? respondet, quid ni? rectè respondisse intelligitur, & obligatio constituta, d. l. 1. §. 2. Denique non est necesse verba stipulatoris omnia in respondendo repetere, *hoc sext. in fin.* Qui vero aut non idem respondet, aut respondet alio modo seu mutata forma aut qualitate stipulationis, is non intelligitur respondisse convenienter interrogationi, atque in ea causa est, ut non obligetur. Cæterum ad vim obligationis multum interest, utrum quis non idem respondeat, an alio modo: id est, utrum diversitas responsionis versetur circa rem aut quantitatem in stipulationem deducam, an circa stipulationis qualitatem. Cum in re ipsa dissentit responsio, non quidem quando responderetur plane aliud, veluti pro Sticho Pamphilus, (nam isto modo nullam omnino contrahi obligationem convenit) sed cum responderetur plus aut minus, placet non in totum stipulationem esse inutilem, sed tantum quatenus

plus aut minus est in responsione aut interrogatione; idque five certa summa five certa corpora in stipulatum deducta sunt. Itaque si stipulanti mihi decem, tu viginti respondeas; aut ex contrario, si viginti stipulanti, respondeas decem; non in totum inutilis est stipulatio, sed pro ea summa duntaxat, quæ alterius vel interrogationem vel responsum excurrit: nam in decem utique & utroque casu obligationem contractam, diserte scribit Ulp. d. l. 1. §. *si stipulanti. 4. de verb. obl.* Similiter si quis de re una interrogatus promittat & eam & plures conjunctim, veluti si de Sticho interrogatus, Stichum & Pamphilum spondeat; aut ex converso de pluribus rebus conjunctim interrogatus, puta de Sticho & Pamphilo, unum ex his promiserit; non in totum vitiatum obligatio, sed placet promissorem saltem obligari in eam rem, de qua interrogatus est, & respondit, d. l. 1. §. *sed si. 5.* neque nova stipulatoris approbatio efficit, ut in totum hæc stipulationes valeant; & quatenus consistunt, etiam sine ea consistunt, l. *inter. §. isam si. 4. eod. §. quoties. 17. inf. eod.* At cum quis mutata stipulationis qualitate aliter respondet, quam interrogatus est; quod fit, cum vel simpliciter interrogatus respondet se daturum sub conditione vel in diem; vel sub conditione in diem interrogatus respondet purè, id est, sic ut expressè dicat se statim daturum; hæc evenit, ut in totum nulla contrahatur obligatio, qua tamen in specie hæc exceptio probata est, nisi diversitas responsionis illico placuerit stipulatori. Videamus autem quam rectè hæc omnia dicantur. Illud extra controversiam est, si de decem interrogatus respondeas viginti, non esse contractam obligationem in viginti, quia de viginti interrogatus non es; quod significat Ulpian. d. l. 1. §. 4. cum ait oportere congruere summam. At quid si mihi illico placeat responsio tua? Ajo, nihilo magis te in viginti obligari, etenim natura stipulationis, quæ interrogationem præcedentem desiderat, non patitur, ut in id, de quo interrogatus non es, obligatio contrahatur, quantumvis promissio tua mihi placeat. De eo queritur, an ex hujusmodi stipulatione saltem tenearis in decem. Et ait Ulpianus d. l. obligationem saltem in decem esse contractam; idemque esse &, si me viginti interrogante, tu decem respondeas. Sed utrum hoc ita demum, si responsio tua mihi confessim placeat, ut quidam existimaverunt, an etsi non placeat? Ajo, etsi non placeat: hoc enim evidenter demonstrat ratio Ulpiani; *Licet enim, inquit, oportet congruere summam: assummen manifestum est, viginti & decem inesse:* quasi dicat, diversitas responsionis in decem hic nulla est, sed summa interrogationis & responsionis saltem in decem optimè convenit: quod si verum est, frustra desideramus aliam stipulatoris approbationem, *fac. l. inter. 83. §. 3. de verb. obl.* Idem multo magis dicendum est, si plures res conjunctim aut in interrogationem aut in responsum deducantur: nam tunc plures sunt stipulationes invicem distinctæ, tot videl. quot sunt res expressæ: quarum stipulationum cum illæ utiles sint, in quibus ad interrogatum responsum est, per alias inutiles vitari non debent, d. l. 1. §. 5. l. *sciro. 29. d. l. inter. 83. §. 4. l. quod dicitur. 86. eod.* Atenim Jurisconsultus d. l. 1. §. 3. in fin. sic generaliter definit; *Cum adjicitur aliquid, aut detrahitur obligationi, semper probandum est, vitiatam esse obligationem, nisi stipulatori diversitas respon-*

*responsionis illico placuerit.* Nego, hanc definitionem ad eam speciem pertinere, cum stipulanti res plures aut pauciores spondemus, quam stipulatus est. Nam ubi plures sunt stipulationes separatæ, ibi una neque adjici alteri rectè dicitur, quia nunquam coherant; neque detrahi, quia prius in altera non fuit. Sed neque pertinet ad eam speciem, cum major aut minor summa promittitur, quam stipulatione comprehensa est: satis enim est, ad stipulationem idem respondere, de quo interrogatus es, etiam si in partem, (dummodo certam & divisam) non autem ad omnia respondeas, l. 1. §. 4. Quo igitur pertinet? Ad speciem illam alteram, cui & subjicitur, cum scilicet responderetur mutata interrogationis forma, conditione aut die obligationi adjecta vel detracta; quo casu alias in totum vitaretur stipulatio, siue plus siue minus promittatur: quoniam neutiquam congrua illa responsio, quæ aliam formam & qualitatem obligationis facit. Cæterum quia hic circa rem ipsam nulla est in interrogatione & responsione diversitas, placet approbationem stipulatoris de qualitate responsionis efficere, ut post eam perinde habeatur, ac si ad interrogatum congruenter responsum esset; atque ut Jurisconsultus d. loc. ait, quasi alia contracta esset stipulatio: ex quo rectè etiam hoc colligitur, hanc approbationem efficere, ut id quoque, quod plus hic promissum est, debeat. *D. Tulden. comm. hoc tit. cap. 2.* Condicio etiam tunc obligationi adjici aut detrahi intelligitur, cum quis de una re interrogatus disjunctim plures promittit, aut de pluribus disjunctim interrogatus unam ex his. Ut ecce, si quis de Pamphilo interrogatus, Pamphilum aut Stichum respondeat, hic qui pure interrogatus est, obligationi adjicit conditionem, Pamphilum sub conditione spondens, si Stichum non dederit. Et ex converso si stipulante me Pamphilum aut Stichum, tu unum datum te sponderis, hic obligationi conditionem detrahis, pure promittens quod ego sub conditione stipulatus sum, ac proinde utroque casu fit, ut stipulatio in totum sit inutilis, quia neutro responderetur servata stipulationis forma, d. l. 83. §. 2. d. l. 1. §. 3. In summis vero etiam hic, quod minus rectè sponderi intelligitur, d. l. 83. §. 3. Fuscè *Don. ad. d. l. 1. §. 3. 4. 5.* sed melius ad *h. stirr. 29. eod. sub fin. Gomez. 2. resol. 10. num. 4.* Hodie postquam vis pacti & stipulationis æquata est, non utique quaque hujus subtilitatis ratio habetur.

*Tu quinque promittas, vel contra* ] Ostendimus ex Ulpiano, l. 1. §. 4. *de verb. obl.* cum quis majorem aut minorem summam spondet, quam de qua interrogatus est, non in totum vitari obligationem, sed valere saltem in summam minorem: quoniam hætenus apte atque ad interrogatum responsum est. Non est existimandum, id negare Imperatorem, cum hic ita proponit, *inutilem esse stipulationem, si quis ad ea, qua interrogatus fuerit, non respondeat*; & ad hoc declarandum tali exemplo utitur, *Si quis decem à te sibi dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra.* Sufficit enim ad probandum quod proposuit, esse in hoc exemplo stipulationem, in qua ad interrogatum responsum non est, & hæc stipulationem hætenus esse inutilem: quod & verum est. At ex eo non sequitur, inutilem esse totam istam conceptionem, *Decem aureos mihi dare spondes? Quinque dare spondeo.* Nam cum in quinque, quæ manifestum est decem inesse, responsio cum interrogatione

conveniat, utique saltem in quinque etiam valere debet proposita stipulatio, juxta sententiam Ulpiani, & vel secundum hanc ipsam Justiniani propositionem. Auctorem Institutionum, quæ Caji nomine inscribuntur, lib. 2. *tit. de obl. §. 10.* siue is Anianus fuit, siue quis alius, nihil moror. Plane alia ratio est contractuum onerosorum, in quibus quid vicissim præstandum est, veluti in emptione & locatione, ubi qui decem pro pretio ad mercedem requirit, si quinque ei promittantur, pro dissentiente in totum habetur, ne præjudicium ei fiat, l. si decem. 52. *locat. Gomez. 2. resol. c. 10. n. 4. D. Bronch. 4. assert. 37.*

*Ille puro stipuletur, tu sub conditione promittas, vel contra* ] Exemplum stipulationis, quæ ideo inutilis, quia responderetur mutata obligationis forma, adjecta scilicet aut detracta conditione: cujusmodi stipulationem prorsus inutilem esse paulo ante probavimus, nisi diversitas responsionis illico placeat, ex l. 1. §. 3. *de verb. obl.* quanquam hoc omissum hic à Compositoribus, ut & alia, in quibus hoc genus discrepat à superiore. Sciamus igitur, alterum cum altero secundum quid tantum comparari.

*Neque enim necesse est, &c.* ] Non est necesse, ut respondens verba stipulationis omnia repetat, sed simpliciter respondendo, *Spondeo aut Promitto*, responsio ad universam conceptionem atque ad omnia interrogata refertur, §. *quoties. 17. inf.* nam ut stipulator verba concepit, & quasi prævit, ita respondisse intelligitur. Quid si interrogatus, *Dabis?* respondeat impersonaliter, *Dabitur?* Puta, rectè atque ad interrogatum responsum videri debere, *arg. d. l. 1. §. 2. de verb. obl.* neque obstat *auth. si quando. C. de conf. pecun.* ubi Justinianus cavet, ne obligetur de pecunia constituta, qui ita dicit, *Satisfes tibi.* Nam in constituto nulla præcedit interrogatio, ad quam verba ista referantur. *Alciat. 2. parerg. 18. Don. in. l. 5. §. 1. n. 4. & seq. de verb. obl.*

## TEXTUS.

De his qui sunt, vel habent in potestate.

6. *Item inutilis est stipulatio, si vel ab eo stipuleris, qui tuo juri subjectus est, vel si is à te stipuletur. Sed servus quidem non solum domino suo obligari non potest, sed ne quidem ulli alii: filii vero familiarum aliis obligari possunt.*

## NOTÆ.

6. *Vel ab eo, qui tuo juri* ] Ratio est, quia nemo sibi ipsi obligari potest, l. 11. *de leg. 1.* aut secum ipse agere, l. 16. *de furs.* Dominus autem & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, vice unius personæ funguntur, §. 4. *sup. eod. fac. l. 7. de obl. & act. l. 4. de jud.* Utique tamen naturalis saltem obligatio in proposito nascitur, §. 1. *tit. prox. l. 38. de cond. ind.*

*Filiiam. aliis obligari possunt* ] Servi naturaliter tantum ex contractibus obligantur, l. 14. l. 43. *de obl. & act.* quia quod ad jus civile attinet, pro nullis habentur, *leg. 32. de reg. jur. τῶν δούλων οὐκ ἔστι μετρώσι πολιτείας.* Liban. *dec. 16.* At filiiam. extra patrem & causam mu-

tui

tui etiam civiliter, ut reliqui cives, *l. 39. de obl. & act. l. 57. de jud. l. ult. §. 2. de verb. obl.*

## COMMENTARIUS.

**Q**ui stipulatur ab eo, quem in potestate habet, cuiusve ipse est in potestate, nihil agit: cujus rei ratio petenda ex eo, quod superius diximus sub §. 4. hoc sit. quod dominus & servus, pater & filius in iis, quæ juris sunt, & domino ac patri acquiri possunt, eadem persona censentur. Nemo enim sibi ipsi obligari potest, *l. 11. de legat. 1. l. hæres. 21. §. 3. de fidejuss.* Et quidem ad producendam obligationem civilem, de qua hic agitur, sive dominus à servo, sive pater à filio stipuletur, obligationem saltem naturalem nasci, argumento est, quod fidejussor acceptus tenetur, §. 1. *sis. seq. l. si quis. 56. §. 1. de fidejuss.* Sed si servus à domino, filius à patre stipuletur, placet nec fidejussorem acceptum teneri, *d. l. si quis. §. ult.* Et an igitur hoc posteriore casu ne naturalis quidem obligatio nascitur? Omnino, *l. si quod dominus. 64. de cond. ind.* sed hic fidejussor acceptus ideo non tenetur, quia si qua hic esset fidejussoris obligatio, ea acquireretur domino aut patri.

*Tuo juri subjectus*] Igitur à sensu contrario pater à filio emancipato, aut filius emancipatus à patre si stipuletur, utilis est stipulatio. Idemque probandum est, si stipulatio ad bona filii castrensia pertineat; quippe cum in his filiusfam. vice patrisfam. fungatur, *l. 2. de sen. Mac. l. 4. de jud.* Et quidni idem quoque dicamus de bonis adventitiis, quorum plenam filius proprietatem habet? *arg. Nov. 117. cap. 1. & hodie simpliciter*, quoniam *in omni* illa una cum veteris patris potestatis effectu exolevit.

*Filii vero familiarum alii obligari possunt*] Inter servum & filiumfam. hoc interest, quod servus non tantum domino, sed nec ulli alii ex contractu civiliter obligari potest, *l. servi. 14. de obl. & act.* Filius autem familias extra patrem & causam mutui tanquam patremfam. omnibus aliis obligatur, *l. filiusfam. 39. eod. tit. vid. inf. sis. quod cum eo, qui in alien. potest.*

## TEXTUS.

## De muto &amp; surdo.

7. *Mutum neque stipulari neque promittere posse, palam est: quod & in surdo receptum est: quia & is, qui stipulatur, verba promittentis, & is, qui promittit, verba stipulantis audire debet. Unde apparet, non de eo nos loqui, qui tardius exaudit; sed de eo, qui omnino non audit.*

## COMMENTARIUS.

**C**um stipulatio confici non possit, nisi utroque loquente, & altero interrogante, altero ad interrogatum respondente, palam est, neque mutum neque surdum ad verborum obligationem pertinere: non mutum, quia loqui non potest: non surdum, quia verba stipulantis audire, & proinde ad interrogata respondere nequit. Non enim sufficit ad hanc obligationem constituendam, per literas aut interrogari aut respondere, sed verba utrinque intervenire & lingua nuncupari necesse

est, *l. 1. pr. de verb. obl. l. 1. §. pen. & ult. de obl. & act.* Enimvero quod murus & surdus per se facere non possunt, ut aut stipulando sibi acquirant, aut promittendo obligentur, id efficere possunt per servum, si quid eorum illum facere jubeant, *d. l. 1. in pr. de verb. obl.* Et enim quod servus stipulatur, id domino volenti recte acquirit, cui etiam nullo ejus jussu præcedente acquireret, atque adeo invito, §. *item vobis. sup. per quas person.* Si quid jussu domini promittat, placet dominum obligari quod jussu, *d. l. 1. in fin. pr. de verb. obl. l. 1. quod juss. §. 1. inf. quod cum eo, qui in al. potest.* At quomodo jubeant? nutu, per nuntium, per epistolam. Qui surdus tantum est, etiam verbis jubere potest.

*Qui omnino non audit*] Scribit tamen alibi Justinianus, neminem tam surdum esse, quin audiat, si quis supra cerebrum ejus loquatur, *l. discretus. 10. C. qui testam. fac.* Ego autem puto, commentum hoc esse, ut & alterum illud, quod idem eodem loco affirmat, fieri posse, ut is, qui surdus natus est, articulatam vocem edat, *vid. Plin. lib. 10. natur. hist. cap. 69.*

## TEXTUS.

## De furioso.

8. *Furiosus nullum negotium gerere potest quia non intelligit, quod agit.*

## COMMENTARIUS.

**V**erbis fieri stipulatio dicitur, non quod sine consensu solis verbis fiat, sed quod sine verbis non fiat solo consensu. Semper enim illud manere debet, nullam obligationem, quæ quidem ex contractu sit, sine consensu constitui, *l. 1. §. conventionis. 3. de pat.* Proinde quicumque animum habent voluntatis & judicii expertem, hi non magis ex stipulatu, quam ex quovis alio contractu obligari possunt. In hoc genere sunt furiosi, mente capti, prædigi, infantes. Furiosum nullum negotium contrahere aut gerere posse natura, manifestum est, *l. 1. §. furiosus. 12. de obl. & act. l. si à reo. 70. §. 4. de fidejuss. l. 5. de reg. jur.* Ea res facit, ut nec accedente curatoris auctoritate obligetur, *d. l. 5. de reg. jur.* Prius enim est, ut quid agi aut geri intelligatur, quam ut curator dici possit, quod agitur, aut geritur, probare. De furioso quod dicitur, id intelligendum est etiam ad mente captum pertinere, qui furor non corrigitur: quoniam non alia ratione in furioso locum habet, quam quia mente caret, sive ut hic scriptum est, *quia non intelligit, quod agit.* In eadem causa cum furioso est & prodigus seu is cui bonis interdictum est, verum cum de eo obligando agitur duntaxat. In acquirendo enim dissimilitudo est. Quippe furiosus nullum negotium recte gerit, neque quo obligetur, neque quo obligationem sibi acquirit, *d. l. 1. §. 12. de obl. & act.* At prodigus stipulando aut aliter contrahendo sibi acquirere potest, licet promittendo non obligetur, non magis quam furiosus, *l. 6. de verb. obl.* neque alio pertinet comparatio furiosi aut prodigi in *l. furiosus. 40. de reg. jur.* Obiter hic illud admonendi sumus, quod furiosus gessit in intermissione furoris, ratum haberi, neque ullum negotium antea recte gestum furorē postea interveniente perimi, §. 1. *sup. quib. non est perm. fac. test. l. 9. C. qui test. fac. & ibi DD.*

TEX-

## TEXTUS.

## De impubere.

9. *Pupillus omne negotium recte gerit, ita tamen ut, ubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor: veluti si ipse obligetur: nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest. Sed quod diximus de pupillis, utique de iis verum est, qui jam habent aliquem intellectum. Nam infans, & qui infantia proximus est, non multum à furioso distat: quia hujusmodi ætatis pupilli nullum habent intellectum. Sed in proximis infantia propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi. Sed qui in potestate parentis est impubes, ne auctore quidem patre obligatur.*

## NOTÆ.

9. *Infans*] Infantem dicimus usque ad annum septimum, l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 18. C. de jur. del. qua ætate plene absolvitur integritas loquendi. Macrobr. 1. in S. S. 6.

*Infantia proximus*] Qui septennium egressus adhuc consistit infra annum decimum & dimidium, aut pupilla intra annum nonum & dimidium.

*Ne auctore quidem patre*] l. ult. §. 2. de verb. obl. sicut nec ex contrario auctore patre sibi acquirere potest. Pupilli alia ratio, cujus è re est, saltem tutore auctore obligari posse, cum ipse vicissim sibi alios obliget.

## COMMENTARIUS.

1. *Gradus ætatis pupillaris, & quamdiu quis infans habeatur.*
2. *Proximus infantia quis dicatur, & quando ita appellari desinat, vocarique incipiat pubertati proximus.*
3. *Iterum de infante & infantia proximo.*
4. *De proximo pubertati; & an non saltem naturaliter sine tutoris auctoritate obligentur.*
5. *De obligatione puberum minorum 25. annis.*
6. *Cur placeat impuberem ne patre quidem auctore obligari.*

**P**upillus omnia tutore auctore recte agit, quædam etiam sine eo. Tutore auctore tam se aliis, quam alios sibi obligare potest: sine tutoris auctoritate se quidem aliis non obligat, sed alios sibi, & in universum conditionem suam meliorem facere potest etiam sine tutoris auctoritate, l. 9. de auct. tut. qua de re dictum lib. 1. tit. de auct. tut. Ceterum quod ita generaliter alibi definitur, id hoc loco docemur non pertinere ad pupillos omnes seu cujuslibet ætatis; verum ad eos tantum qui jam habent aliquem intellectum. Quinam illi ex pupillis sint, postea intelligitur. Ætatis pupillares tres sunt partes, five gradus. Est infans; est infantia proximus: est proximus pubertati. Infans dicitur, quasi fandi impos. Atque hæc quo idem valent, infans, & qui

fari non potest: sicut ex converso pereum, qui fari potest, significatur infante major, l. 1. §. 2. de adm. tut. l. servo. 65. §. pen. ad Trebell. l. 1. §. huic proximus. 13. de obl. & auct. l. mulier. 70. de verb. obl. l. 6. rem pup. salv. for. l. 5. de reg. jur. At enim vero sciendum est, jure nostro infantiam non usu & naturali facultate loquendi, sed ætate æstimari. Is enim jure habetur & definitur infans, qui minor est septem annis, l. infans. 18. C. de jur. delib. d. l. 1. §. 2. de adm. tut. l. 14. de sponsal. Et si enim qui septem annos nondum natus est, natura fari potest, tamen jure id facere non posse existimatur; quoniam quid loquatur, non intelligit. Proximus infantia dicitur, qui septennium nuper superavit, in *causis*, septuennis. Macrobius 1. in S. S. cap. 6. anno septimo pleno absolvitur integritas loquendi. Quando autem hoc nomine pupillus appellari desinat, & vocari incipiat pubertati proximus, non est satis exploratum; tum quia id jure expresse definitum non reperitur; tum quia in eo definiendo mire variant interpretes. Alii enim terminum proximitatis infantia faciunt annum duodecimum completum, Pet. Fab. ad d. l. 5. de reg. jur. Revard. ad l. pupillum. 111. eod. Alii annum decimum tertium, Horom. hic. Roberts. 2. recept. lect. 17. Quibus pubertati proximus dici incipit, qui vel decimum tertium vel decimum quartum annum attigit. Cujacio, cui ad pubertatem semestrem deest, 17. obs. 4. Accursius ad hunc loc. & in l. 1. de novat. censet, totum reliquum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, dividendum esse in duas partes æquales, ut qui consistat intra priorem, hic sit infantia proximus: qui hanc egressus consistat intra posteriorem, is dicatur proximus pubertati; quia revera huic sit proximior, quam infantia. Itaque pupillum proximum infantia eum haberi, qui septem annis major consistat adhuc intra annum decimum & dimidium: qui excessit, esse proximum pubertati. Pupillam autem infantia proximam eam esse, quæ infantiam egressa, consistat intra annum nonum & dimidium: quæ eam ætatem excessit, esse pubertati proximam. Idem sentent Bart. & Castr. im. d. l. 1. de novat. communemque hanc esse sententiam testantur Decius ad d. l. pupillum. de reg. jur. Vigl. in §. testes. sup. de test. ord. Gom. x. 3. res. fol. 1. n. 57. Schneid. ad pr. sup. de auct. tut. n. 12. & seq. Sunt denique, qui judicis potestate & arbitrio hoc committendum existimant, ut is non tam ex ætate, quam captu & astutia impuberis æstimet, qua ætate vel infantia vel pubertati proximus sit habendus; ut & alias fieri consuevit in iis, quæ certo jure definita non sunt, l. 1. §. ult. de jur. delib. In qua sententia jam olim fuit Joann. Fab. hic. & Salic. ad l. 7. C. de pæn. eamque probant Dec. Vigl. citatis loc. Coraf. 6. misc. 23. Covar. de matr. p. 2. c. 5. n. 7. Menoch. 2. arbit. c. 57. n. 20. & seqq. Gædd. de contr. stip. c. 7. n. 185. & seqq. Philipp. Marth. ad l. fore. 108. n. 39. & seq. de reg. jur. In hac autem varietate propius à vero abesse videtur opinio communis, quam etiam Gomez. ubi sup. in judicando & consulendo sequendam censet. Et vero cum tempus, quod infantiam sequitur usque ad pubertatem, in duas ætates divisum sit, in eam, quæ proxima est infantia, & quæ proxima pubertati, quarum in computanda altera retro, in altera porro eatur, hoc ipso & in illa terminus ad quem, & in hac terminus à quo satis jure definitur, nimirum justa temporis illius mediætas.

Eccc

In-

**3** *Infans & infantia proximus non multum à furioso* ] Infans in his, quæ animo & affectu geruntur, non multum à furioso distat, ut qui non magis intelligat, quod agitur, aut affectu acquirendi ducatur, quam furiosus. Proinde nec cum tutoris auctoritate quicquam gerere potest, nec contrahendo obligari, aut obligationem sibi acquirere. Illud tantum utilitatis causa receptum est, ut infans tutore auctore possit incipere possidere, iudiciumque infantis in re, quæ facti magis, quam juris est, suppleatur auctoritate tutoris, l. 1. §. 3. l. *quamvis*. 32. §. *ult. de acquir. possess. l. 3. C. eod. Don. 5. comm. 11.* Quod de infante, idem etiam de infantie proximo hic dicitur, nullum eum habere intellectum: in l. 9. de *acq. her.* dicitur nihil scire aut discernere: alibi non intelligere, quod agitur: l. 1. §. *huic proximus*. 13. de *obl. & act.* l. 6. *rem pup. salv.* actum rei intelligere, l. 5. de *reg. jur.* Cæterum cum & hic, & iisdem illis locis proditum sit, eum qui infantie proximus est, & stipulari & promittere, & hæreditatem adire, omniaque tutore auctore non minus recte agere posse, quam qui proximus sit pubertati, quantumvis id benigne receptum sit, comparatio hæc infantis & infantie proximi cum mica falis accipienda est, quod ille scilicet nullum omnino intellectum habeat, hic nullum perfectum; ille omnino non intelligat, quod agitur, hic non omnino. Nam si nec proximus infantie ullum intellectum haberet, ne tutore quidem auctore quicquam agere posset, neque illa interpretationis benignitas magis in hoc admittenda esset, quam in infante. Denique non alia ratione receptum est, ut septennio major idemque infantie proximus sponsalia contrahere, item sine auctoritate tutoris incipere possidere queat, quam quod ea ætas iam aliquem intellectum habere credatur, ut diserte testantur Jurisconsulti l. 14. de *sponsal. l. 1. §. furiosus. de acq. poss. l. quamvis. 32. §. ult. eod. tit.*

*Idem juris, quod pubertati proximi* ] Ut scilicet stipulando aut aliter contrahendo sibi obligationem acquirere, & cum tutoris auctoritate omnia recte gerere possint, l. 5. de *reg. jur.* Quod cum illis benigniter præstitum dicatur, l. 1. §. *huic proximus*. 13. de *obl. & act.* l. 9. de *acq. her. & hoc r. x.* sciamus, in aliis adhuc differentiam manere; veluti quod qui tam impubes est, ut adhuc infantie sit proximus, expers doli & injuriæ habeatur, quorum & poenæ capax est pubertati proximus, l. *pupillum*. 111. de *reg. jur. l. 5. §. pen. ad leg. Aquil. l. 3. §. 1. de sepulch. viol. l. impuberem. 23. de furs. l. 13. §. 1. de dol. mal. Gomez. 3. resol. 1. num. 57.* Et cum infantie proximus, cum remoto tutore de eo obligando agitur, in eadem plane causa cum infante & furioso, tanquam nullum intellectum habens, ponatur, de pupillo pubertati proximo quæri intelligitur, cum quæritur an non saltem pupillus ex contractu sine tutoris auctoritate inito naturaliter obligetur. De quæstione quid habendum sit videamus. Et posito eo, quod pupillus, qui pubertati proximus est, jam intelligere, quod agitur, velle & consentire natura potest, neminem dubitare oportet; quin ex conventionem suam naturaliter obligetur. At pupillum, qui ejus ætatis sit, actum rei intelligere, ac proinde consentire posse; satis probant hic textus & supra citati loci, in quibus hoc solo intuitu infantie proximus separatur a proximo pubertati; quod ille non intelligat, quod agitur, hic intelligat; ille doli expers

fit, hic capax. Nam quod generaliter de impuberibus omnibus Justinianus pronuntiat, nullum esse eorum animi iudicium, §. 1. *sup. quib. non est perm. fac. test.* id quidem recte etiam dicitur de pubertati proximis sed in re de qua ibi agitur, dispositione testamentaria; in qua merito majus & solidius iudicium requiritur, quam in ulla parte pupillaribus ætatis cadere posse creditur. Sed & nonnullis locis expresse traditum est, pupillum (intellige semper adulto proximum) sine tutoris auctoritate contrahentem naturaliter obligari, ut in l. *cum illud*. 25. §. 1. *quand. dias leg. l. si pupillus. 21. ad leg. Falc. l. Stichum. 95. §. 2. de solut.* Idemque & effecta huic obligationi jure civili tributa arguunt; veluti quod fidejussor acceptus pro eo, quod pupillus promissit, teneatur; l. *si pupillus*. 127. de *verb. obl.* quod præcedens obligatio, pupillo eam citra tutorem in se suscipiente, novetur, l. 1. *in fin. de novat.* Ex quo corrui distinctio eorum, qui eo demum casu pupillum sine tutore naturaliter ex contractu obligari statuunt, cum locupletior factus est. Nemo enim ex promissione sua, aut susceptione alienæ obligationis unquam sit locupletior. Deinde si ex gestu aut contractu sine tutoris auctoritate locupletior factus sit pupillus, non naturaliter tantum, sed etiam civiliter obligatur ex constitutione D. Pii, ut actio in eum, in quantum locupletior factus est, detur, l. 3. §. *pupillus. 4. de neg. gest. l. 5. pr. & §. 1. de auct. tut.* de quo casu non potest intelligi d. l. 127. de *verb. obl. ubi vid. Don num. 11.* Quod vero id, quod pupillus ita debet, compensari aut solum retineri non potest, non eam rationem habet, quod nulla vere hic subsit obligatio: sed quod personæ pupilli hoc tributum est, ne obligatio ei noceat. Plane, quoniam effectus naturalis obligationis, quæ ex conventionem nascitur, potissimum cernitur in jure compenlandi & soluti retinendi, l. 6. de *compens. l. naturales. 10. de obl. & act.* in persona autem pupilli obligatio eundem effectum non habet; inde fit, ut pupillo sine tutoris auctoritate contrahente sic aliquando loquantur Jurisconsulti, tanquam ne natura quidem isto modo obligaretur, l. *quod pupillus. 41. de cond. ind. l. pupillus. 59. de obl. & act.* habita inquam ratione personæ pupilli, in cujus gratiam & favorem propter debilitatem consensus obligationi vis omnis detracta est, quatenus ipsi nocere possit: non autem considerata conditione obligationis, quasi nulla omnino subesset: alioqui ne accessiones quidem admitteret, alitve prodesse aut nocere posset. Si quis adhuc scrupulus hæret, eum eximere poterunt, quæ de naturali obligatione disputamus *sup. ad rubr. de oblig. & tract. de pact. c. 14.* Multo magis promittendo jure naturali obligantur puberes minores 25. annis. Quippe qui si curatorem non habent, etiam jure civili ex conventionem sua obligentur, ita ut captis necessaria sit in integrum restitutio. Enimvero si curatorem acceperint, consensum ejus adhibere debent, alioqui nulla jure civili ex eorum contractu obligatio nascitur, l. 3. C. de *in ins. rest. min.* cui è diametro ob stare videtur l. *puberes. 101. de verb. obl.* nisi dicamus, verbum *suus* in d. l. generalem tantum respectum curatorum & adulatorum, tanquam correlatorum, exprimere. Modestinus haud dubie Græce sic scripsit, *ἰσχυροὶ οἱ ἄνευ κηρυγμάτων*, &c. Quod autem quidam eum locum restringunt ad sponsalia aut nuptias, oppido quam ineptum est. DD. *in d. l. 3. & in d. l. 101.* mire variant in horum loco-



locorum conciliatione, *vid. d. c. 14. de pact.* Ubi *num. 16.* probo sententiam Tim. Fabri *anniverf. difput. 9.* verba *d. l. 101. puberes sine curatoribus suis, &c.* sic interpretantis, absentibus curatoribus suis; puberes alibi versantes sine curatoribus, quos habent, &c. non utique sine eorum consensu, sed presentia: ut intelligamus, hoc inter impuberes puberesque interesse, quod tutor in ipso negotio presentis esse, & statim auctor fieri, debeat; *l. 9. §. penult. de auct. tut.* curatoris autem consensus etiam postea accedens, atque ejus etiam, qui presentis non fuit, sufficiat.

*Ne auctore quidem patre obligatur*] Absurdum videri potest, quod hic Justinianus & Jurisconsultus in *l. ult. §. 2. de verb. obl.* tradunt, impuberem filiumfam. quamvis infante majorem ne auctore quidem patre obligari, cum pupillus ex quo dari posse coeperit, obligetur auctore tutore. Sed sciendum, tutoris & patris, pupilli & impuberis, qui in potestate est, dissimilem esse rationem. Pupillus non tutore, sed sibi acquirit, placetque eum etiam sine tutoris auctoritate contrahendo alios sibi obligare: quo fit, ut ad utilitatem pupilli pertineat, ut & ipse invicem saltem tutore auctore obligari possit: cum alioqui nemo facile cum eo contracturus sit. At qui in potestate patris est, non sibi, sed patri acquirit; non ad suam, sed ad patris utilitatem contrahit: ut proinde nunquam è re impuberis in potestate constituti esse possit, vicissim obligari. Ideoque cum pater auctor esse non possit, ut filius sibi acquirat, placet nec auctorem esse posse, ut filius obligetur. Quod si patri videbitur, è re sua esse obligari, ipse promittat. Plane, cum pater, non ut pater, sed ut legitimus administrator bonorum filii adventitiorum consideratur, auctoritatem filio impuberi accommodare potest, *l. si infanti. 18. in fin. C. de jur. delib. l. ult. §. fin autem. 4. in fin. C. de bon. qua lib. &c.* Et ita utimur.

## TEXTUS.

## De conditione impossibili.

10. *Si impossibilis conditio stipulationibus adiciatur, nihil valet stipulatio. Impossibilis autem conditio habetur, cui natura impedimento est, quominus existat; veluti si quis ita dixerit, Si digito cælum attigero, dare spondes? At si ita stipuletur, Si digito cælum non attigero, dare spondes? pure facta obligatio intelligitur, ideoque statim peti potest.*

## NOTÆ.

10. *Cui natura impedimento*] Huic similis est, quæ legibus ac bonis moribus contraria, *l. 15. de cond. instit. l. 26. & seqq. de verb. obl.*

*Si digito cælum non attigero*] Hæc stipulatio non continet conditionem impossibilem, sed *ἀνευρεσιον*. Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria. Aristot. *de iegu. cap. pen.* consentiunt JCTi, *l. 7. & 8. eod.*

## COMMENTARIUS.

1. *Cujus affirmatio impossibilis, ejus negatio necessaria.*

**E**X defectu causæ efficientis seu consensus contrahentium est, quod hic docemur, stipulationem nullius

momenti esse, quæ concepta est sub conditione impossibili: nam qui sub conditione quid promittit, is se obligari non vult prius quam conditio extiterit: unde fit, ut si defecerit conditio constetque, jam amplius eam existere non posse, nihil actum aut promissum videatur. Idem ergo & maxime evenire necesse est, cum stipulatio facta est sub conditione impossibili; quippe quam jam nunc statim certum est defecisse, cum natura existere non possit. Neque hoc solum in stipulationibus, *l. 1. §. item. 11. de obl. & act. l. 7. l. si stipuler. 35. de verb. obl.* sed in cæteris quoque conventionibus locum habet; si quidem in omni contractu & pactione voluntas contrahentium aut paciscentium spectanda, qui procul dubio nihil agi existimant, cum conventioni apponitur ea conditio, quam sciant esse impossibilem, *l. non solum. 31. de obl. & act.* Aliud juris est in ultimis voluntatibus, quarum favore impossibilis conditio sub colore mendæ detrahitur, & pro non scripta habetur, *l. 1. de cond. inst. vid. sup. §. impossibilis. 10. de her. inst.*

*Cui natura impedimento est*] Impossibilis conditio proprie est, quæ in eum casum confertur, cujus eventus natura prohibetur. Cæterum & eam non inepte impossibilem dixeris, quæ turpis est, & legibus ac bonis moribus contraria: quoniam nec illud fieri posse credendum est, quod leges & boni mores fieri prohibent, *l. filius. 15. de cond. inst.* & sub tali quoque conditione facta stipulatio æque nullius momenti est, *l. generaliter. 26. cum seq. l. si stipuler. 35. §. 1. l. stipulatio. 61. l. communium. 137. §. cum quis. 6. de verb. obl.* De turpi stipulatione separatim agitur inferius §. quod turpi. 26. hoc tit.

*Si digito cælum non attigero*] Impossibilitas conditionis non ex re, quæ in ea est, sed ex eo, quod de ea re fieri debet, æstimanda est. Nam quod fieri debet, si per rerum naturam fieri non potest, conditionem habet impossibilem: si potest, possibilem: quod si etiam fieri non potest, quin eveniat, necessariam. Itaque hæc stipulatio, *Si digito cælum non attigero, dare spondes?* non continet conditionem impossibilem, ut prior illa in faciendum concepta, *Si digito cælum tetigero:* sed necessariam, & quam certum est extituram esse. Thom. in 4. *distinct. 29. art. 3. q. 3.* Nam cujus affirmatio est impossibilis, ejus negatio est necessaria, ex regula Dialecticorum. Arist. *de intorp. cap. pen.* Ex quo porro intelligitur, sola verborum figura hujusmodi stipulationes conditionales esse, revera non esse, sed puras, *l. 9. §. 1. de novat.* ubi Jurisconsultus scribit, eum qui sub conditione stipulatur, quæ omnino extitura est, pure stipulari videri. Et vero absurdum esset, aut suspendi obligationem, aut petitionem differri ea conditione, quæ hoc ipso revera jam extitit, quod non potest non existere. Recte igitur hic ait Justinianus, si talis conditio inseratur stipulationi, *Si digito cælum non attigero*, pure contractam obligationem intelligi, & protinus ex ea agi posse. Consentiant Jurisconsulti in *l. 7. & l. 8. de verb. oblig.*

## TEXTUS.

## De absentia.

11. *Item verborum obligatio, inter absentes concepta, inutilis est. Sed cum hoc materiam li-*

Eccc 2

tium

rium contentiosis hominibus prestabat, forte post tempus tales allegationes opponentibus, & non presentes fuisse vel se vel adversarios suos contententibus: ideo nostra constitutio propter celeritatem dirimendarum litium introducta est, quam ad Casarienses advocatos scripsimus; per quam disposuimus, tales scripturas, qua praesto esse partes indicant, omnino esse credendas, nisi is, qui talibus utitur improbis allegationibus, manifestissimis probationibus, vel per scripturam, vel per testes idoneos, approbaverit, toto eo die, quo conficiebatur instrumentum, sese vel adversarium suum in aliis locis fuisse.

## NOTAE.

11. *Toto eo die, &c.*] Igitur quod dicitur, factum negantis per rerum naturam probationem nullam esse, l. 23. C. d. r. non pertinet ad factum, quod tempore & loco circumscriptum est; cujus negatio per indirectum probari potest, d. l. 14. C. de contr. stip. Quintil. lib. 5. c. 6. & 7. Aristot. Rhet. ad Alex. c. 14.

## COMMENTARIUS.

1. Explicatur l. 57. de donat. int. vir. & ux.
2. Summa consistit in l. 14. C. de contr. stip.
3. Probatio negativa arctata loco & tempore.

**I**nter absentes concepta inutilis est] Si stipulatio confici non potest, ut aliquoties dictum est, nisi utroque loquente & altero alterum audiente, perspicuum est, abentem non magis, quam mutum aut surdum, stipulationem contrahere posse, l. 1. pr. de verb. obl. l. 3. C. hoc tit. Non adversatur Paulus in l. ea qua. 57. de don. inter vir. & ux. ubi profert epistolam, qua continetur sponso absentis viro ab uxore absente missa: intelligi enim debet stipulationem antea inter praesentes conjuges interpositam fuisse, ut est lex & conditio stipulationis, cujus inter praesentes interposita cautio literis illis uxoris contineatur. Absentes varie pro loco dicuntur: hic sunt, qui invicem audire non possunt, d. l. 1. de verb. obl.

*Propter celeritatem dirimendarum litium*] Cum ex eo, quod non nisi inter praesentes stipulatio fieri potest, occasione litis caperent homines contentiosi, objicendo, se vel adversarium suum, quo die stipulatio celebrata dicitur, absentes fuisse, nec satis expeditum esset, aetorne stipulationem factam esse affirmans, partium praesentiam, an reus factam negans, suam vel adversarii absentiam probare deberet, Justinianus hujusmodi litium materiam constitutione sua amputavit, quae extat in l. optimam. 14. C. de contr. stip. Voluit fidem haberi scripturae, idoneae nempe ad probandum, qua continetur, partes praesentes fuisse, nisi qui contradicit, manifesto ostendat per scripturam vel testes omni exceptione majores, se vel adversarium toto eo die alibi fuisse, vel, quod eodem recidit, aliqua ejus diei parte tam procul egisse, ut illo tempore in loco, quo instrumentum confectum dicitur, esse non potuerit. Itaque in hoc quidem utile est, locum & diem instrumento inseri.

Debet vero illa probatio, sive per instrumentum sive per testes fiat, aliquanto potentior esse scriptura ex adverso prolata, ut iudici fidem faciat. Per l. precibus. 18. C. de probat. DD. ad d. l. optimam. C. de contr. stip.

*Scripturas tales esse credendas*] Id est, veras esse praesumendum. Quae tamen praesumptio non est juris & de jure, ut loquuntur, cum adversus eam admittatur contraria probatio: sed juris tantum. Atque hanc pro instrumento praesumptionem interpretes appellant praesumptionem veritatis, eo quod verum esse praesumitur & creditur, quod in instrumento scriptum est, donec contrarium probetur. Est enim pro instrumento & alia praesumptio, quae dicitur solennitatis. De qua inf. §. si scriptum. 16.

*Toto eo die, quo conficiebatur instrumentum*] Facti, 3 quod tempore & loco circumscribitur, negatio probari potest; veluti si, quod me Lugduni promississe, aut mihi numeratum fuisse dicitur Calendis Januariis, id me promississe aut mihi numeratum esse negem, quia eo die Romae fuerim. Nam quod dicitur, factum negantis naturali ratione probationem nullam esse, l. actor. 23. C. de probat. l. 10. C. de non num. pec. id verum est, quatenus solum negat, nec quicquam affirmat praeterea. Quod si quis prius aliquid affirmet & probet, unde id, quod negat, per necessariam consequentiam colligatur, hac ratione etiam id, quod negat, probari videtur: quoniam ne sic quidem revera quicquam probat, quatenus negat, sed quatenus affirmat tantum. DD. in d. l. actor. C. de prob. Duar. cap. 4. de probat. in post. comment. Donnell. cap. 4. de probat. Quintil. lib. 5. cap. 6. & 7.

## TEXTUS.

De stipulatione post mortem, vel pridie quam alter contrahentium moriatur.

12. *Post mortem suam dari sibi nemo stipulari poterat, non magis quam post mortem ejus, a quo stipulabatur. Ac nec is, qui in alienius potestate est, post mortem ejus stipulari poterat: quia patris vel domini voce loqui videretur. Sed & si quis is stipuletur, Pridie quam moriar, vel, Pridie quam morieris, dare spondes? inutilis erat stipulatio. Sed cum, ut jam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valeant, placuit nobis, etiam in hunc juris articulum necessariam inducere emendationem, ut, sive post mortem, sive pridie quam moriatur stipulator, sive promissor, stipulatio concepta sit, stipulatio valeat.*

## COMMENTARIUS.

1. Cur stipulationes hic proposita olim pro inutilibus habita.
2. Qua ratione motus Justinianus jus vetus mutavit.

**O**lim nemo stipulari poterat post mortem vel suam vel promissoris sibi dari: cujus rei haec una & veratio est; quod ita juserat, ut obligationes & actiones, quae non ceperant a defuncto vel contra defunctum, a persona haereditis vel contra eum non ineiperent: quafi

in his nec defunctum repræsentaret: eandemque ob causam etiam post mortem hæredis aut legatarii inutiliter legabatur, §. *post mortem*. 35. *sup. de legat.* Exceptio hujus regulæ videtur in mandato post mortem, l. 12. *in fin. cum l. seq. mandat.*

*Pridie quam moriar*] Putaverunt veteres hanc stipulationem, *Pridie quam moriar*, aut *Pridie quam morieris*, *dabū?* incidere in speciem præcedentem, cum quis post mortem aut suam aut promissoris stipulatur, propterea quod illud pridie certo sciri ac definiti non potest, nisi post reorum mortem. Quæ de causa hujusmodi quoque legatum, *pridie quam hæres aut legatarius morietur*, inutile esse cenfebant, d. §. *post mortem. sup. de legat.*

*Placuit nobis, in hunc juris articulum*] Justinianus scrupulosam hanc juris veteris subtilitatem sustulit constitutione sua, quæ extat in l. *scrupulosam*. 11. C. *de contr. stip.* ut jam & stipulatio in tempus, post mortem aut in aut ante diem mortis tam stipulatoris, quam promissoris, concepta valeat, & post mortem hæredis vel legatarii, aut pridie quam morientur, liceat legare. Idem alia constitutione in universum abrogavit regulam juris antiqui, voluitque obligationes & actiones etiam ab hæredibus & contra hæredes incipere posse, l. *unic.*

2. *ut act. ab her.* In hujus juris mutatione ait se respexisse non ad conceptionem verborum, sed ad sententiam & mentem contrahentium, quasi qui stipulatur, post mortem suam sibi dari, non debeat existimari tam stultus, ut sibi ipsi in id tempus stipuletur, sed hoc perinde sit accipiendum, ac si post mortem suam stipulatus esset hæredi suo, in cujus persona quodammodo adhuc vivere videatur. Unde quidam putaverunt stipulationem pactam in tempus post mortem stipulatoris aut promissoris veteribus ipso genere habitam fuisse pro impossibili, eo quod nec dare mortuus nec accipere possit. Sed hæc ratione efficitur, ut & hæc quoque stipulatio, *cum moriar*, vel *cum morieris, dabū?* apud veteres inutilis fuerit, contra §. *ita autem*. 14. *inf. eodem*, & tale legatum, *Hæres meus post mortem suam Titio census dato*, utile, arg. eorum, quæ notavimus ad calcem §. *loc. 5. sup. de verb. obl. & ad §. impossibilis*. 10. *sup. de hered. insti.*

## TEXTUS.

## De stipulatione præpostera.

13. *Item si quis ita stipulatus erat*, si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes? *inutilis erat stipulatio, quia præpostere concepta est. Sed quum Leo inclusa recordationis in dotibus eandem stipulationem, quæ præpostera nuncupatur, non esse rejiciendam existimaverit, nobis placuit & huic perfectum robur accommodare, ut non solum in dotibus, sed etiam in omnibus valeat hujusmodi conceptio stipulationis.*

## COMMENTARIUS.

**S**tipulationes hoc modo aut simili conceptæ, *si navis cras venerit, hodie dare spondes?* præpostere dictæ sunt: quoniam qui ita stipulatur, filiam vult nasci ante matrem, id est, obligationem constitui ante eventum

conditionis; quod est *ὄψορ ἄντι ὄψορ*, cum in omni stipulatione conditionali obligatio ex eventu conditionis pondeat, §. 4. *sup. de verb. obl.* Itaque hujusmodi conceptiones, ut fuitiles, & manifestam contradictionem implicantes, veteribus improbatæ sunt. Unde dubitatum est de stipulatione concepta hoc modo, *si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?* num & ipsa præpostere concepta videri debeat. Sed præpostera non esse, indicat particula *tum*, quæ refertur ad tempus existentis conditionis, ut tota obligatio & datio à conditione pendeat, licet retro habita ratione præteriti temporis tunc cum conditio extiterit, dari oporteat, l. *hujusmodi*. 64. *de verb. obl.*

*Si navis cras ex Asia*] Ita & Th. *ἰὰν ἡ ναὺς αὐτοῦ ἐπιέλθῃ δὲν Ἀσίας*. Et quamvis quidam codices non habeant verbum *cras*, eo tamen addito clarior fit præpostera. *Præ.*

*Sed quum Leo inclusa recordationis*] Cum præpostere stipulationes in dotibus à Leone admittæ essent, Justinianus exemplo Leonis provocatus, omnes hujus generis stipulationes valere statuit. Cumque ut valeant, necesse sit aut detrahere conditionem diemve, ut tota pura sit obligatio; aut præsentis temporis mentionem, ut tota sit conditionalis invè diem: posterius Justiniano placuit; ut scilicet perinde valeant, quasi vel in diem vel sub conditione tantum conceptæ essent, ac proinde exactio usque ad diei aut conditionis eventum differretur, l. *præposteri*. 25. C. *de test.*

## TEXTUS.

## De stipulatione collata in tempus mortis.

14. *Ita autem stipulatio concepta, veluti si Titius dicat, cum moriar, dare spondes? vel cum morieris, & apud veteres utilis erat, & nunc valet.*

15. *Item post mortem alterius rectè stipulamur.*

## NOTÆ.

14. *Cum moriar, cum morieris*] Hæ formulæ semper probatæ fuerunt, l. 45. §. 1. & *pen. de verb. obl.* l. 17. *de cond. ind.* etiam in legatis, l. 1. §. 2. l. 79. §. 1. *de cond. & dem.* Ulp. *tit.* 24. §. 15. scilicet auctores nostri totum illud, quod mori dicitur, vitæ adscribunt, l. 8. §. 1. *de man. test.* Cujac. 3. *obs.* 34. quæ de re olim quæsitum. Gell. 6. c. 13.

15. *Post mortem alterius*] In hac formula, *post mortem Titii dare spondes?* aperte cessat ratio, ob quam placebat stipulationem post mortem contrahentium conceptam non valere: ideoque nunquam improbatæ fuit.

## COMMENTARIUS.

**A**uctores nostri ex sententia quorundam philosophorum (*vid. Gell. lib. 6. cap. 13.*) momentum moriendi vitæ potius, quam morti dandum consueverunt: cui consequens est, ut etsi quæ in tempus post mortem non rectè conferuntur, rectè tamen conferantur in tempus moriendi. Unde hæ formulæ, *cum moriar*, vel *cum morieris, dare spondes?* semper probatæ fuerunt, l. *quodcumque*. 45. §. 1. & *pen. de verb. obl.* uti & legatum hujus-

modi, cum *hæres morietur*, l. *hæres*. 79. §. 1. de *cond. & dem. Ulp. tit. de legat. §. post mortem*. 15. Neque obstat hic regula juris veteris, quæ vetat actiones ab hæredibus & contra eos incipere: nam cum momentum moriendi non morti; sed vitæ attribuitur, obligatio & actio in casu proposito à defuncto aut contra eum incipere intelligitur, indeque ad hæredem transmitti: quemadmodum & conditiones quædam sunt, quæ extremo vitæ momento implentur, l. *ult. de cond. inst.* add. quæ scripsimus ad §. *post mortem*. 35. *sup. de legat.* Hoc autem jure posito, posse quemque sibi stipulari, cum morietur, admittendum fuit, ut etiam qui in aliena potestate sunt, eodem modo sibi stipulari possint, ut obligatio acquiratur domino vel patri, in quorum erunt potestate, cum morietur, l. *quodcumque*. 45. §. 1. de *verb. obl.*

Post mortem alterius] Stipulatio quoque hoc modo concepta, *Post mortem Titii dare spondas*? nunquam improbat fuit: nimirum quia & hic cessat ratio, ob quam placebat stipulationes in tempus post mortem contrahentium conceptas non valere. Quæritur autem quid hic futurum sit, si stipulator ante Titium moriatur? Respondet D. Bachovius, spem debitum iri in hæredem stipulatoris transmitti, ut juris est in stipulatione conditionali, §. 4. *sup. de verb. obl.* Ego vero didici, diem adjectum, quem certum est extitutum esse, etsi ignoreretur quando, in contractibus conditionem non facere, neque hujusmodi stipulationes, cum moriar, cum morieris, cum Titius morietur, jure conditionalium censerem, ut obligationem differant; sed eundem effectum habere, quem habent conceptæ in diem certum, ut statim etiam in his dies obligationis cedat, & pecunia debeatur, sed peti tantum antequam dies veniat non possit, §. 2. *sup. d. titul. l. 79. de cond. & dem.* Itaque in proposito dicendum est, non nudam spem debitum iri ad hæredem stipulatoris transmitti; sed transmitti debitum ipsum, atque obligationem, quæ stipulatori statim quæsit fuit.

## T E X T U S.

De promissione scripta in instrumento.

16. Si scriptum in instrumento fuerit, promississe aliquem, perinde habetur, atque si interrogatione præcedente responsum sit.

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

Pro instrumento duplex præsumptio est: una, quæ dicitur veritatis, propterea quod verum esse creditur, quod scriptum est, nisi contrarium manifestè doceatur, §. *item*. 11. *sup. eod.* altera, quam appellant præsumptionem solemnitatis; quoniam si de re aliqua, quæ certas solemnitates jure desiderat, scriptum sit in instrumento, eam intervenisse, etsi expressum non sit, gestam eam esse adhibitis iis solemnitatibus, quæ jure requiruntur, tamen hoc ipsum intelligitur, omniaque creduntur solemniter acta, l. *sciendum*. 30. de *verb. obl.* Veluti si scriptum sit in instrumento, promississe aliquem, perinde hoc haberi placet, ac si scriptum esset, interrogatione præcedente responsum esse, l. *Titia*. 134. §. 2. de *verb. obl. l. 1. C. de contr. stip. Paul. 5. sent. 7.* unde hic locus descriptus videtur. Item si scriptum sit, fide-

justisse aliquem, præsumitur, id factum rite atque utiliter, interposita scilicet stipulatione, §. *ult. tit. sup.* Cæterum adversus hoc quoque genus præsumptionis contrariam admitti probationem; verius est, l. *jurisgentium*. 7. §. *quod fero*. 12. de *pac. Donell. ad d. l. sciendum*. 30. de *verb. oblig.*

## T E X T U S.

De pluribus rebus.

17. Quoties plures res una stipulatione comprehenduntur, siquidem promissor simpliciter respondeat, Dare spondeo, propter omnes tenetur. Si vero unam ex his, vel quasdam, daturum se sponderit, obligatio in iis, pro quibus sponderit, contrahitur. Ex pluribus enim stipulationibus una vel quedam videntur esse perfecta: singulas enim res stipulari, & ad singulas respondere debemus.

## N O T A.

17. Propter omnes tenetur] Sive universæ verbo colectivo in stipulatum deductæ sint, veluti, *Quadrigam illam dare spondes*? sive nominatim singularæ, veluti, *Stichum, Pamphilum & Erosem dabis*? ubi tot stipulationes sunt, quot species. Ratio est, quia indefinita responsio pro universali valet, §. 5. *sup. add. l. 29. l. 86. de verb. obl. l. 32. de evict.*

Pro quibus sponderis] l. 83. §. 4. de *verb. obl.* Aliud est, si quis stipulante me Stichum aut Pamphilum disjunctim, unum se daturum respondeat, d. l. 83. §. 2. quia ille similis est ei, qui stipulanti sub conditione pure promittit, mutata forma interrogationis, v. *sup. §. 5.*

Et ad singulas respondere] Quarum sc. præstatione adstringi volumus: neque enim indiget hic locus emendatione Hotomanni.

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

1. Cur cum plures res nominatim in stipulatum deducuntur, dubitatum, an promissor simpliciter respondendo in omnes teneatur.
2. Interesse utrum plures res conjunctim an disjunctim in stipulationem deducta.
3. Hotomanni emendatio improbat.

Res plures duobus modis una conceptione in stipulatum deducuntur: vel nominatim, ut verbis stipulationis singularæ exprimantur, veluti, *Stichum & Pamphilum dare spondes*? *Decem & quindacim dabis*: *Servum fugitivum non esse, errorem non esse, furam non esse, spondes*? vel collectim, ut verbo uno generali five communi res plures significantur, ut, *Summam illam, aut Acervum illum pecunia dabis*? *Quadrigam, aut Familiam, aut Lecticarios dabis*? Illic plures intelliguntur esse stipulationes, tot videlicet, quot sunt summae aut res in stipulatum deductæ; hic ut una conceptio, ita quoque stipulatio una, l. *scire*. 29. l. *quod dicitur*. 86. de *verb. obl. l. quia dicitur*. 32. de *evict.* Excipe speciem l. *Titia*. 134. §. *ult. de verb. obl.* De posteriore specie nullum dubium est, quin promissore simpliciter respondente, *Dabo*, obligatio rectè constituta sit. De priorè autem

autem dubitari poterat, an una simplex & indefinita responsio promissorem in res omnes quæ expressæ sunt, obligaret: quoniam cum, uti dictum est, plures hic intelliguntur esse interrogationes, plures quoque responsiones ad perficiendam stipulationem requiri videntur. Sed placet unam & hic responsionem sufficere: quippe simpliciter respondendo, *Dabo*, ita promissorem respondere videri, ut stipulator verba concepit, & quasi præxit, §. *præterea. sup. eod.* Itaque intelligendum est, etiam in una illa responsione plures esse responsiones. Extat apud Livium *lib. 1. deditiois Collatinorum hæc formula; Deditio vos populum Collatinum, urbem, agros, aquam, terminos, delubra; utensilia, divinia humanaque omnia, in meam populique Romani ditionem? Dedimus.*

*In iis pro quibus responderit*] Nam ubi plures sunt stipulationes, illæ censentur perfectæ, ad quas responsum est: verbi causa, si ego stipuler Stichum & Pamphilum, tu unum ex his sponderis, teneris in hunc unum: quia ad unam ex duabus stipulationibus videris respondisse, *l. inser. 83. §. 4. de verb. obl.* Diversa causa est rerum plurium disjunctim in stipulationem deductarum; veluti si stipulante me Stichum aut Pamphilum, tu unum te daturum sponderis: hic enim quia mutata qualitate stipulationis respondes, purè promittens, quod sub conditione stipulatus sum, vitiatum tota obligatio, *d. l. inser. §. 2. junct. l. 1. §. 3. eod.* In pluribus tamen summis hic quod minus est sponderi intelligitur, *d. l. inser. §. 3. dixi sup. §. præterea. hoc tit.*

3 *Et ad singulas respondere debemus*] Siquidem in res omnes, de quibus interrogati sumus, obligari volumus: alioqui si ad quasdam duntaxat respondeatur, obligatio in his tantum contrahitur, ad quas responsum est; in cæteris manet stipulatio imperfecta atque inutilis: quæ hujus loci sententia est, non usque adeo obscura; ut probare non possim emendationem Hotomanni, qui sic legendum existimat, *non ad singulas respondere debemus.*

## T E X T U S.

De pœna adjecta stipulationi, alii dari.

18. *Alteri stipulari (ut supra dictum est) nemo potest. Inventa enim sunt hujusmodi stipulationes vel obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi quod sua interest: Cæterum si alii detur, nihil interest stipulatoris. Planè, si quis velit hoc facere, pœnam stipulari conveniet, ut nisi ita factum sit, ut est comprehensum, committatur pœna stipulatio etiam ei, cujus nihil interest. Pœnam enim cum stipulatur quis, non illud inspicitur, quod interfit ejus, sed quæ sit quantitas in conditione stipulationis. Ergo si quis ita stipuletur, Titio dari è nihil agit. Sed si adjecerit pœnam. Nisi dederis, tot aureos dare spondes? tunc committitur stipulatio.*

## N O T A.

*Nihil interest stipulatoris*] Pecuniariter sc. Affectio-

ni autem tantum tributum non est, ut propter eam extraneo obligatio acquiratur.

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

1. *Etiam inutili stipulationi pœnalem subjectam valere.*
2. *Pœnam committi etiam ei, cujus nihil interest.*
3. *Quantacumque pœna promissa sit, tantam deberi.*
4. *Ciramonianorum circa hunc articulum restrictio.*

Q U I alteri dari aut fieri stipulatur, neque sibi obligationem aut actionem acquirit, quia sibi stipulatus non est; neque alteri, quia hoc pugnat cum sine stipulationum, omniumque obligationum: quippe quæ ad hoc jure civili constitutæ sunt, ut unusquisque acquirat sibi, quod sua interest: ut vero alii detur, nihil interest nostra, *hoc text. & l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. de verb. obl.* In summa, qui alii dari stipulatur, nihil agit: quæ de re dictum copiosè adjectis aliquot cautionibus & praxi horum temporum sub §. 4. *sup. eod.* Cæterum quia sæpè ad affectionem & votum nostrum pertinet, alteri, cui cautum volumus, dari, ostenditur hoc loco & apud Jurisconsultum ratio, quæ quod alteri stipulandum rectè consequi non possumus, id obliqua via consequamur, aut certe non minus nobis consulatur. Ea est, ut, si quis alteri dari aut fieri stipulatus, velit hoc fieri, pœnam stipuletur, si ita factum non erit, uti cautum est: sic enim futurum est, ut metu pœnæ promissor faciat, quod promissit, cum si id ita factum non sit, committatur pœnæ stipulatio etiam ei, cujus nihil interest.

*Pœnam stipulari conveniet*] Tria hoc loco & d. l. stipulatio. §. alteri. de pœnali stipulatione statui animadvertere possumus. Primum pœnam utiliter nos posse stipulari etiam tunc, cum stipulatio, cui pœna subjicitur, jure non valet. Deinde pœnam existente conditione deberi & peti posse, etsi stipulantis non interfit id fieri, de quo cautum erat, & cujus non facti nomine subjecta erat pœnalis stipulatio. Postremo quantacumque pecunia pœnæ nomine promissa erit, tantam deberi. Quæ an verè omnia dicantur, videndum est. Adversus primum obijci potest, quod pœnæ stipulatio videtur pendere ex priorè, cui subjicitur, ejusque esse accessio quædam & sequela, ideoque priorè: non consistente & ipsam consistere non posse; cum sine re principali accessioni locus esse nequeat. Argumento esse, quod stipulatio pœnæ non committitur, quæ subjecta est stipulationi impossibili, aut rei turpis, *l. stipulatio. 61. l. si homo. 69. de verb. obl.* Respondeo, verum non est, quod hic assumitur, pœnalem stipulationem esse accessionem prioris, sed eque atque illa principalis est, ut nihil prohibeat, quominus subjecta pœnalis stipulatio utilis sit, licet prior, cui subjicitur, sit inutilis; cum nunquam una stipulatio, quæ per se utilis esse potest, per aliam inutilem vitietur, *l. 1. §. penult. eodem.* Quod vero impossibile aut turpi stipulationi subjecta pœnæ stipulatio & ipsa inutilis est, non ex eo fit, quod pœnalis stipulatio est accessio ejus, cui subjicitur, sed quia hæc eodem vitio, quo prior, laborat. Quippe subjecta impossibili & ipsa impossibilis habetur, turpi subjecta & ipsa turpis, utpote delicti invitandi causa subjecta. Neque vero pecunia dari potest, ut pœna, ubi non præstat promissor, quod natura aut jure præstare non potest, *argum. l. aliud est fraus. 131. de verb. sign. Donell. ad d. l. si homo. de verb. oblig.* Alterum quod hic discimus, est, quod pœ-

na committatur etiam ei, cujus nihil interest; intellige cujus nihil interest alteri dari aut fieri: utique enim poenam consequi interest stipulatoris, quam sibi, non alteri stipulatus est. At, inquis, etiam ut alteri detur, potest nostra interesse, utique ex affectione: sic enim scribit Jurisconsultus in l. 7. de serv. export. Beneficio officii hominem, hominis interest. Respondeo, propriè id, quod interest, significat, quod nostra interest pecuniariter: sic enim definitur, quantum nobis abest, quantumque lucrari possumus, l. 13. ratam rem hab. Non lucratur, non consequimur, nisi quod pecuniam nostram & patrimonium augeat. Unde intelligimus, abusive dici interesse nostra, cum ex sola affectione interest: cui affectioni tantum jure tributum non est, ut propter

3 eam extraneo obligationem acquiramus. Postremum est, quod quantumque poena fuerit, tanta debeat & peti possit. Hoc ex eo intelligimus, quod dicitur in poenali stipulatione non inspicitur, quid intersit, sed quæ sit quantitas & conditio stipulationis, hoc est, id solum, quanta pecunia in stipulationem deducta sit, & utrum conditio poenæ extiterit, necne: quorsum, nisi ut si extiterit conditio, ea pecunia, quantumque sit, præstetur? Igitur etsi duplo, triplo aut etiam quadruplo plus comprehensum sit stipulatione poenali, quam efficit id, quod alteri dari aut fieri debuit, valebit nihilominus stipulatio. Non enim uti poenæ legitimis certus modus constitutus est, ut ne excedat quadruplum, §. omnes. 21. inf. de actionibus. ita & conventionalibus: sed has unusquisque voluntate sua sibi imponit, dum pro commodo stipulantis quid, futurum esse paciscitur, fac. §. ultim. sup. de verb. oblig. l. ultim. de stipul. pras. Non obstat quod constitutum est, ne promissor ultra duplum periculum subeat, l. unie. C. de sentent. qua pro eo quod ins. prof. Quantumcumque enim est, quod in stipulatione poenali promittitur, simpliciter tantum est, non duplum, triplum, &c. alterius rei, cum ad id quod interest, aut alterum simpliciter non referatur. Donell. lib. de eo quod ins. circa fin. & in d. l. stipulatio. §. alteri. n. ult.

4 Cæterum hanc sententiam Citramontani existimant tunc solum procedere, cum poenali stipulatione certa quantitas expressa est; secus autem est, si, ut loquuntur, poena fuerit promissa per nomina multiplicativa, veluti *Tabulam mihi pingere spondes? Si non pinxeris, triplum, aut quintuplum dare spondes?* Hic volunt, poenam reduci ad id, quod interest; quia manifestè ad priorum stipulationem fit relatio, neque aliud triplum aut quadruplum &c. considerari potest, quam simpli ejus; quod in priorum stipulationem deductum fuit: itaque non posse ultra duplum exigi, per d. l. un. C. de sent. qua pro eo quod ins. aut certè non posse ultra quadruplum poenam extendi, per l. si dictum. 56. de evict.

*Tunc committitur stipulatio*] Id est, tunc committi potest, videlicet si non dederis. Nam committitur demum stipulatio conditionalis dicitur, cum conditio extiterit, & pecunia deberi cœpta est, §. sub. conditione. sup. de verb. obl.

## T E X T U S.

Si intersit ejus, qui alii stipulatur.

19. Sed & si quis stipuletur alii, cum ejus interesset, placuit stipulationem valere. Nam si

is, qui pupilli tutelam administrare cœperat, cesserit administrationem contutori suo, & stipuletur rem pupilli salvam fore, quoniam interest stipulatoris fieri, quod stipulatus est, quum obligatus futurus sit pupillo, si male res gesserit, tenet obligatio. Ergo & si quis procuratori suo dari stipulatus sit, habebit vires stipulatio. Et si creditori suo quis stipulatus sit, quod sua interest, ne fortè vel poena committatur, vel prædia distraherentur, qua pignori data erant, valet stipulatio.

## N O T A.

19. Cum ejus interesset] d. l. 38. §. 20. Ratio perspicua, quia tum non tam alteri, quam sibi metipsum stipulari videtur, l. 118. §. ult. eod. Ideoque & sibi actionem acquirat, non ei, cujus in personam stipulatio collata.

Si male res gesserit] Alii, cesserit, ut & apud Ulp. d. l. 38. §. 20. unde hæc transcripta.

Obligatus futurus sit pupillo] Nam qui tutelæ administrationem contutori credit, non liberatur periculo tutelæ, l. 3. §. 2. de adm. tut.

Procuratori suo] Quia procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo exposuit.

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

Cum ejus interesset] Cum dicimus, eum, qui alii dari stipulatur, nihil agere, duo dicimus, nimirum ex ejusmodi stipulatione neque ei, in quem collata est, obligationem ullam acquiri, neque acquiri stipulanti. Prioris partis exceptiones nonnullas protulimus, & casus quosdam, quibus ex stipulatione aliena actio acquiratur ei, in cujus personam stipulatio collata est, in explicatione §. 4. hoc tit. Hic posterioris partis exceptio proponitur, & tres casus sive exempla proferuntur, quibus, qui alteri dari stipulatus est, sibi actionem acquirat. Exceptio hic una & generalis est, nisi stipulantis intersit alteri dari, l. stipulatio. 38. §. si stipuler. 20. de verb. oblig. cujus exceptionis ratio perspicua & facilis est: quoniam cum nostra pecuniariter interest alteri dari, tum non tam alteri, quam nobismetipsis stipulari videmur, l. liber homo. 118. §. ult. eod.

Qui pupilli tutelam administrare] Exemplum primum. Qui tutelæ administrationem contutori cessit, rectè ab eo stipulatur rem pupilli salvam fore, d. l. stipulatio §. si stipuler. ubi Marcellus ait, valere hanc stipulationem, obligationemque parere stipulatori, quia stipulatoris interest fieri, quod stipulatus est: quippe qui periculum & exitum illius administrationis præstet. Et enim qui tutelæ administrationem contutori credit; non liberatur periculo tutelæ, sed pupillo, si male res geratur, obligatus manet, l. 3. §. 2. de adm. tut.

Si quis procuratori suo] Exemplum secundum. Si quis procuratori suo dari stipulatus est, valet stipulatio: ob eandem scilicet causam, quia procuratori dari potest interesse stipulantis, puta quod procurator pecuniam pro eo exposuerat, quam actione mandati restituere tenebatur.

*Si creditori suo*] Exemplum tertium. Si quis creditori suo dari stipuletur, rectè stipulatur, cum ejus interfit, puta ne vel pœna, sub qua pecuniam certa die debebat, committatur, vel bona distrahantur, quæ pignori dederat, & propter moram distrahi poterant, *d. l. stipulatio. §. unde. 23. d. l. liber homo. §. ultim. eodem.* Sunt et alix personæ, per quas ratione officii placet etiam alteri actionem utilem acquiri, *vid. sup. §. 4. num. 2. eod.*

## TEXTUS.

De pœna adjecta promissioni facti alieni.

20. *Vice versa qui alium facturum promisit, videtur in ea esse causa, ut non teneatur, nisi pœnam ipse promiserit.*

## COMMENTARIUS.

**F**Acti alieni stipulationem inutilem esse, & cur inutilis sit, audivimus *sup. §. 3. eod.* Cæterum etiam hic remedium stipulanti in pœna paratum est, qua adjecta si alius non dederit feceritve, committitur stipulatio, ex qua promissor suo nomine rectè convenitur. Licet etiam hic quanti ea res est stipulari, *l. stipulatio. 38. §. 1. & 2. de verb. obl.* Sunt qui promissorem factum alienum sub pœna promittentem excusandum à pœna censent, si omnia humana expertus, ut is, de quo promisit, faceret, nihil promoveret. Sed assentior iis, qui contra sentiunt, *arg. l. sancimus. 26. C. de fidejuss. d. l. stipulatio. §. 2. & hujus sex.* Quin ob hoc ipsum auxilio pœnæ uti leges suadent, quod alieni facti obligationem inanem reddit præstandi difficultas, ut adeo nec omnino culpa careat, qui promittit, quod prævidere potuit fortè præstitum non iri, *arg. l. 7. §. 1. qui satiud. cog.* atque ob hanc ipsam difficultatem promississe videtur id, quod in potestate sua habet, hoc est, pœnam, *vid. Fachin. 3. contr. 20. Diod. Tuld. in comm. bis. cap. 5.*

## TEXTUS.

De re stipulantis futura.

21. *Item nemo rem suam futuram, in eum casum, quo sua sit, utiliter stipulatur.*

## COMMENTARIUS.

**Q**uemadmodum stipulatio ab initio non consistit, si quis rem suam sibi dari stipuletur, & stipulatio rei alienæ evanescit, si ea res antequam traderetur, ex alia causa jam facta sit stipulatoris: §. 2. *sup. eod.* ita quoque & eadem ratione inutilis est stipulatio rei alienæ concepta in eum casum, quo nostra futura est: quia eo tempore agere, ut nobis detur, non possumus, §. sic itaque. 14. *inf. de act. & tratatitium est, actum in id tempus inutiliter conferri, quo purè inutiliter fieret, l. 4. C. de don. ante nup.*

## TEXTUS.

De dissensu.

22. *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si*

*ad interrogatum responsum non esset: veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, in de Pamphilo senseris, quem Stichum vocari credideris.*

## NOTÆ.

22. *Tu de Pamphilo*] Hic non simplex in nomine error est, ut putat Schol. Th. sed etiam in re, quia nec de corpore constitit. Error vero in solo nomine, cum de persona aut re ipsa constat, de consensu nihil mutat, *l. 32. de verb. obl. §. 29. sup. de legat.*

## COMMENTARIUS.

1. *Quando error consensui obstat, aut non obstat.*
2. *Quid, si non in ipso corpore, sed in materia rei aratum.*

**S**æpe jam dictum est, sine consensu utriusque contrahentium nullam obligationem ex contractu constitui, *l. 1. §. 3. de pact. l. in omnibus. 55. de obl. & act.* Consensum non esse, etiam error arguit. Quid enim consensui tam contrarium est, quam error, qui imperitiam detegit? *l. si per errorem. 15. de jurud. l. 2. de judic.* Atenim non omnis error consensum non habet. Error aut est in nomine proprio personæ reive, de qua agitur; aut in persona ipsa; aut in re promissa; aut denique in causa promittendi. Primi generis, dum de persona & re ipsa constet, de consensu nihil mutat, *l. si in nomine. 32. de verb. oblig. §. siquidem. 29. sup. de legat. l. 4. C. de testam.* In persona autem qui errat, puta Titio stipulanti promittit, quem putet esse Sempronium, omnino non obligatur, per *d. l. 15. de jurud. & d. l. 2. de judic. fac. l. 9. pr. de har. inf.* Non enim simplex hic in nomine error est, sed etiam in re, quia nec de corpore constat. Tantundem est, si erratum sit in re promissa, cum de alia stipulator, de alia promissor senserit; perindeque hic nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non sit, *hoc text. l. inter. 83. §. 1. l. continuus. 137. §. 1. de verb. obl.* Quid tamen si non in ipso corpore error sit, sed in substantia rei, aut materia, verbi causa, si quod aurum putabatur, sit æs, aut quod vinum, ab initio acetum fuerit? placet hic valere stipulationem, *l. si id. 22. eod.* quamvis emptio non valeat, *l. 9. in fin. cum l. seq. l. 14. in fin. de contr. empt.* Nimirum stipulatoris, qui nihil vicissim præstat, consensum in corpore error in materia non impedit: emptor autem non potest videri consensisse in pretio; cum utique longè minoris æs, quam aurum, acetum, quam vinum, empturus fuisset. Planè si non in totum in materia erratum sit, etiam emptionem valere placet, ut in specie *d. l. 14. de contr. empt.* Quod si quis in causa promittendi erraverit, cum suo ipsius errore inductus putat se debere, quod non debet, & stipulanti promittit, hic summo quidem jure obligatus erit; sed si conveniatur, exceptione doli mali se defendere potest, *l. si quis. 36. de verb. obligat.*

## TEXTUS.

De turpi causa.

23. *Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium, vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.*

FFFF

COM-



## COMMENTARIUS.

**S**tipulationes ex turpi causa interpositæ nullius momenti sunt; veluti si quid homicidii vel sacrilegii faciendi aut facti causa promittatur, *l. generaliter. 26. & l. seq. l. si flagitii. 123. de verb. obl.* Nec ea tantum, quæ aperte flagitiosa sunt, in stipulationem deduci non possunt: verum etiam quæ bonis moribus adversantur; veluti si de futura successione contrahitur, *l. stipulatio. 61. eod. l. ultim. C. de pact. l. 4. C. de inur. stip.* Quinimo & si quis pecuniam promiserit, ne furtum aut cædem faceret, aut sub conditione, si non fecerit, adhuc dicendum, stipulationem nullius esse momenti; cum hoc ipsum flagitiosum sit, pecuniam pacisci, quo flagitio abtineas, *l. jurugensium. 7. §. 3. de pact.*

## TEXTUS.

## De morte contrahentium.

24. *Cum quis sub aliqua conditione stipulatus fuerit, licet ante conditionem decesserit, postea existente conditione hæres ejus agere potest. Idem est & ex promissoris parte.*

## NOTA.

24. *Idem est & ex parte promissoris* ] Ut si pendente conditione promissori quid humanitus contigerit, hæres promissoris existente postea conditione conveniri possit, *l. 57. de verb. obl.* sicut ex converso stipulatore ante conditionem mortuo hæres ejus agere, *§. 4. sup. d. s.*

## COMMENTARIUS.

**H**ic locus à me expositus est ad §. *sub conditione. 4. sup. de verb. obl.*

## TEXTUS.

Quando agi potest ex stipulatione.

25. *Qui hoc anno, aut hoc mense dari stipulatus est, nisi omnibus partibus anni vel mensis præteritis, non recte petet. Si fundum dari stipuleris, vel hominem, non poteris continuo agere, nisi tantum spatium præterierit, quo traditio fieri possit.*

## NOTA.

25. *Qui hoc anno* ] Ex Pompon. *l. 42. eod. v. sup. §. 2. eod.*

*Non poteris continuo agere* ] Hoc non ad jus petendi, *d. §. 2.* sed ad ejus, quod petitur præstationem & executionem obligationis referendum est: quia incivile statim eum sacco venire creditorem, *l. 105. de solut.*

## COMMENTARIUS.

**D**uo hic docemur. Primum est, quod obligatione in diem constituta ante agi non possit, quam totus ille dies præterierit. Alterum quod etiam ei, qui pure quid stipulanti promisit, dandum sit aliquod spatium, intra quod rem tradere & solutionem expedire possit. De utroque dixi ad §. *2. sup. de verb. obl. l. 42.*

## TITULUS XXI. DE FIDEJUSSORIBUS.

*Dig. lib. 46. tit. 1. C. lib. 8. tit. 41. Nov. 4.*

*Continuatio, & argumentum tituli.*



**O**bligatur quisque aut proprio nomine sive principaliter, aut nomine alieno sive accessorie, dum scilicet, pro alieno debito se ita obstringit, ut ei accedat manente principali obligato. Eorum, qui sic obligantur, tres sunt species, mandatores, pecuniæ constitutæ rei, fidejussores. Mandator est, cujus mandatu quis pecuniam credit certæ personæ, *§. sua tantum. 6. inf. de mand.* Pecuniæ constitutæ reus, qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, *§. de constituta. 9. inf. de action.* Fidejussor, qui quod alius debet, fide sua esse jubet, interposita stipulatione. Coniunguntur hi tres in *l. ult. C. de const. pecun. & Nov. 43.* atque in plerisque eodem jure habentur. Hoc loco agitur de fidejussoribus: qui titulus tractationi de verborum obligationibus ideo subijcitur quia fidejussores citra verba & stipulationem non constituuntur, *l. 5. §. 2. de verb. obl. l. Blanditus. 12. C. hoc tit.* Indicatur hic primum obligationis fidejussoriæ finis: deinde objectum, doceturque, quibus obligationibus fidejussor adhiberi possit, & porro permittit, quatenus obligetur, quaque forma constituitur.

## TEXTUS.

Cur accipiuntur.

*Pro eo, qui promittit, solent alii obligari, qui fidejussores appellantur: quos homines accipere solent, dum curant, ut diligentius sibi causam sit.*

## NOTA.

*Solent alii obligari* ] Accessorie videt. seu reo principali manente obligato: qualis est is, cujus mandatu pecunia creditur certæ personæ, *§. 6. inf. de mand.* item qui pecuniam debitam se soluturum constituit nudo pacto, *§. 9. inf. de act.* & maxime qui quod alius debet, fide sua esse jubet interposita stipulatione, de quibus solishic agitur: coniunguntur, *l. ult. C. de const. pec.*

## COMMENTARIUS.

1. *Fidejussoris obligationem esse accessionem principalem.*
2. *Fidejussor idem, qui & apromissor, & promissor videtur.*
3. *Sponsores, prædes, vades.*

*Pro*

**P**ro eo, qui promittit, solent alii obligari] Intellige pro eo, qui promittit, eodemque reo principali manente obligato: alioqui & expromissor pro alio obligari rectè dicitur, qui novandi animo alienam obligationem in se transfert: qui tamen fidejussor non est, ut mox probabitur. Et igitur, cum fidejussor ita pro alio obligetur, ut nihilominus ille alius obligatus maneat, ex eo intelligimus, obligationem fidejussoris esse accessionem quamdam alterius obligationis. Unde est, quod nostri sic passim loquuntur, ut dicant, fidejussorem accedere. Quod autem Justinianus ait, pro eo, qui promittit, exempli causa dictum est: nam constat, fidejussorem omni obligationi accedere posse.

2. *Qui fidejussores appellantur*] A jussione & fide, ut apparet ex formulis, quas passim legimus. Dicuntur & adpromissores, l. 5. §. 2. de verb. obl. l. in omnibus. 43. de solut. l. si vero. 64. §. 4. solut. matr. quia scilicet ad id, quod alius debet, accedentes idem promittunt. Expromissores autem qui dicuntur, fidejussores non sunt, quia idem cum alio non promittunt, nec obligationi alienæ accedunt: sed expromissione fit novatio. Nam expromittere & expromissor in usu novis is dicitur, qui alienam obligationem in se suscipit liberato reo, aut eo nomine non obligato, cum tamen obligari deberet, l. 7. §. servus pactionis. 8. de dol. mal. l. qui libertinus. 37. in fin. de oper. lib. l. 4. de cond. ca. dat. l. 8. §. si convenerit. 8. ad sen. Vell. l. ult. de senat. Maced. unde & à fidejussore passim distinguitur, l. ut res. 53. de contr. empt. d. l. 37. in fin. de oper. lib. & interdum simpliciter reus nominatur, quia solus obligatur quasi reus principalis, d. l. 7. §. servus. de dol. mal. d. l. 64. §. 4. solut. matr.

3. Veteres, quos nostri fidejussores postea dixerunt, appellabant sponsores. Cicero ad Attic. lib. 1. Tulliola, nostra deliciola, tuum munus flagitat, & me sponsorem appellat. Et alibi; De negotio tuo, quod sponsor es pro Pompejo, si Galba consponsor tuus redierit, &c. Species sponsores sunt, qui dicebantur prades, & item, qui vades. Prades dicti, teste Alcon. Pædiano Verr. 3. satisfactores locupletes pro re, de qua apud judicem litis est. Et Festus, Præs, inquit, est is, qui populo se obligat, interrogatusque à magistratu, an præs sit, ille respondet, Præs. In quem locum Josephus Scaliger sic scribit; Festus ait, pradem dictum esse, quod interrogatus à populo si præs esset respondebat, Præs, supple, sum. Præs esse antiquitus significat presentem esse, παρὲν. Unde superest participium Præsens. Quam notationem confirmat Ansonius, qui in ludicro dramate septem Sapientum de Thaleto loquens, sic ait, Spondere qui nos, noxa quia præs est, vades. Idem Scaliger apud Varronem 5. de ling. sic legendum existimat; Itaque præs, qui à magistratu interrogatus in publicum, an præs est; à quo, & cum respondet, dicitur præs. Vades autem dicti sunt, auctore Varrone d. loc. qui pro alio vadimonium promittunt, id est, sponsores judicio aliquem sistendi. Et si fides Aufonio, vades appellati, qui dabantur in rebus criminalibus; prades, qui in causis civilibus. Sic enim ille in monosyllab. Idyll. 12. Quis subit in pœnam capitali judicio? vades. Quid si lis fuerit nummaria, quis dabitur? Præs. Sed tamen quicumque pro altero vadimonium promittebat, etiam in re pecuniaria, vadem appellatum constat. vid. Hering. de fidejuss. cap. 3. n. 43. & vaji vaji Clarif. Salmaf. lib. de mod. usur. c. 16.

Ut diligentius sibi cautum sit] Fidejussores & pignora sponsonum fideique sunt vincula & firmamenta, l. 9. in fin. de sup. leg. Senec. de benef. 7. 14.

## T E X T U S.

## In quibus obligationibus.

I. In omnibus autem obligationibus adsumi possunt, id est, sive re, sive verbis, sive literis, sive consensu contracta fuerint. Ac nec illud quidem interest, utrum civilis, an naturalis sit obligatio, cui adjicitur fidejussor: adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui fidejussorem a servo accipiat, sive ipse dominus in id, quod sibi naturaliter debetur.

## N O T A.

1. In omnibus obligationibus] l. 1. l. 2. l. 8. §. 1. l. 16. §. 3. b. r. etiam obligatio ex delicto oriatur, d. l. 8. §. 5. l. 56. §. ult. l. 70. §. ult. eod. utique si agatur civiliter: nam si criminaliter agatur ad coercionem corporalem, fidejussio inutilis est, arg. l. 13. ad leg. Ag. l. 22. C. de pœn. Textus autem in l. 1. cum seqq. de cust. reor. accipiendi de fidejussoribus, qui caveant de reo sistendo, non qui pœnam suscipiant delicti.

An naturalis] l. 6. in fin. l. 7. l. 16. §. 3. b. r. ut ut arctius hoc casu astringatur fidejussor, quam reus. add. Theoph.

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

1. Fidejussorem pro omni obligatione ex contractu recto intervenire, excepta causa dotis.
2. Item pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur.
3. Quatenus in criminalibus recipiatur fidejussor.
4. Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur.
5. Quid si obligatio sit mere civilis.

**O**bjectum fidejussionis seu materia, circa quam. Cum fidejussoris obligatio sit accessio alterius obligationis, necesse est statui aliquam obligationem, cui fidejussoria accedat; alioqui & hæc non tenebit, l. 6. in fin. l. fidejussor. 16. l. si sub. 29. l. si quis. 37. & pass. hoc tit. l. 6. de verb. obl. unde quoque est, quod is, qui solutionis gratia adjectus est, fidejussorem accipere non potest, scilicet quia reum principalem obligatum non habet, l. si mihi. 23. eod. Cæterum dum aliqua sit obligatio, non in totum improbatà jure civili aut prætorio, cujuscunque ea generis sit, tenet fidejussio, l. 1. l. 2. l. 6. §. ult. l. 7. l. 8. §. 1. & seqq. l. 16. §. 3. eod. Clarius hoc apparebit ex enumeratione singularum. Primum earum obligationum, quæ ex contractu aut quasi ex contractu nascuntur, fidejussorem recte accipi, nemini dubium esse potest. Quippe cum ex his pecunia debeatur, aut res pecunia æstimabilis. Una tantum species hic excipitur, obligatio, qua tenetur maritus ad dotem soluto matrimonio uxori restituendam: pro qua obligatione fidejussorem exigi aut accipi constitutiones vetant, ne causa perfidix in conjugio generetur, l. 1. & 2. C. ne fidej. dot. donec. l. 1. C. Theod. de fidej. dot. quamvis recentiorum nonnulli fidejussorem à marito eo nomine ultro datum obligari contendunt. vid. Fachin. 8. contr. 76.

*Gail. 2. obs. 84. Ant. Fab. C. suo, d. tit. defn. 1. Ant. 2. Merend. 6. consr. 13. Christin. vol. 3. decif. 141.* Sed et si ex delicto oriatur actio, nihilominus fidejussor interveniens obligatur, l. 8. §. sed & 5. l. si quis. 56. §. ult. l. si à reo. 70. §. ult. hoc tit. utique si ex hac civiliter agatur, & ad pœnam pecuniariam: nam si agatur criminaliter & ad coercitionem corporalem, inutilis est fidejussio; quoniam ejus pœnæ nemo succedaneus est, cujus nulla potest fieri reparatio, & ubi quod quis solvit aut sustinuit, nulla actione repeti, aut in priorem statum reponi potest. Nimirum æquum omnino est, fidejussori ejus, quod pro reo solvit, recuperandi causa actionem mandati dari, ne cui officium suum sit damnosum: at pœnæ corporalis nulla est restitutio: & quid proderit fidejussori, reum eandem pœnam, postea subire? Postremo nemo contrahendo se ad pœnam corporalem obligare potest: quoniam membrorum suorum nemo dominus videtur, l. 17. ad leg. Aquil. neque justitiae ratio patitur, eum, qui non deliquit, pœnam hujusmodi sustinere, l. sancimus. 22. C. de pœn. Alia verò quæstio est, utrum reus criminis non ulque adeo atrocis, qui nondum convictus est, neque satis evidentibus indicis urgetur, persona alias honesta, in carcerem protinus conjiciendus sit, ut ex vinculis causam dicat, an fidejussores hic recipi possint, non qui pœnam delicti suscipiant, sed qui caveant, de reo sistendo, ut is molestiam carceris interim effugiat. Placet autem, hoc casu rem fidejussoribus committi posse, qui si reum non stiterint, certa pecunia mulerentur, quanta scilicet vel cautione vel decreto magistratus comprehensa est, aut ex consuetudine inferri solet: alioqui magistratus arbitratur. Quod si dolo fidejussorum fiat, ne reus exhibeat, gravius animadversioe extra ordinem coerceri possunt. In quam sententiam sunt textus in l. 1. l. 2. l. 3. & 4. de custod. & exhib. reor. l. 6. §. 3. l. 12. C. de appell. Porro non tantum obligationi civili, sed etiam naturali fidejussor adhiberi potest, hoc text. l. 6. in fin. l. 7. l. 16. §. 3. hoc tit. licet hoc casu arctius & fortius adstringatur fidejussor, quam reus principalis. Cæterum hoc ita, si naturalis obligatio etiam vim aliquam jure civili habet: nam si ex earum genere sit, quæ juris civilis auxilio penitus destituuntur, nec fidejussor in eam accipi potest; veluti si pro eo, quod prodigus promissit, fidejussor intervenerit, l. 6. de verb. obl. Neque obstat, quod Marcellus scribit, eum, qui pro prodigo fidejussit; obligari, l. 25. hoc tit. Obligatur enim suo nomine duntaxat, non alieno; non ut fidejussor, qui accedat obligationi principali, quæ hic nulla est; sed ut principalis reus, & ratione suæ solius promissionis: quippe qui idem promittens, quod furiosus aut prodigus, in quorum persona sciebat obligationem non consistere, donare voluisse videtur. Itaque Marcellus verbo fidejubendi in proposito utens respexit tantum ad nudum fidejubendi actum, & promissionem, quæ de facto præcessit, licet citra ullum juris effectum, d. l. 6. de verb. obl. Ita ferme & Accurs. Bart. & DD. vulgo: quanquam alii aliter: Don. ad d. l. 6. in fin. Revard. 2. var. 9. Roberts. 2. receps. lect. ult. Const. 2. lect. 3. Lyclam. 6. memb. 8.

5 Quid si obligatio sit mere civilis? Existimo, hoc genus obligationis; ut improbatum jure prætorio, & sine re, atque effectu inutile, l. nihil interest. 112. de reg. jur. huc non pertinere. Et si enim summo jure ex auda civili

obligatione agi potest: tamen cum & actio instituta opposita perpetua exceptione elidatur, & tale debitum neque solum per errorem retineri, neque constitui, neque compensari possit, l. qui exceptionem. 40. de cond. ind. l. 3. §. 1. de pecun. const. l. 14. de compens. frustra pro eo fidejussor intervenire videtur, fac. l. si quis. 37. hoc tit. aut certe si fidejussio summo jure teneat, is qui fidem suam interposuit, conventus eadem exceptione, quæ reo principali competit, creditorem repellere poterit. Per l. 7. §. 1. de except. Bart. in l. 1. n. 3. hoc tit. post Gloss. hic.

*Sive literis*] Non adversatur, quod modo diximus, pro obligatione mere civili fidejussorem inutiliter intervenire. Etenim literarum obligatio pro mere civili habenda non est, sed pro mixta seu civili & naturali simul. Quippe mixta obligatio duorum generum est; una vere talis, altera præsumptive: qualis est obligatio iudicati, item jurisjurandi ab actore iudice deferente præstiti: atque hujus generis etiam ea est, quæ literarum dicitur. Nam si quis chirographo suo confessus est, se pecuniam mutuatam accepisse, ea confessio, post silentium biennii, auctoritate juris pro veritate habetur, perindeque is, qui confessus est, ex eo tempore tenetur, ac si revera eipena numerata sit. De quo uberius sit. seq.

*Utrum civili*] Non civilis nuda, sed mixta, quæ actionem efficacem producit; quæ in usu juris civilis & absolute quoque obligatio vocatur. Idem autem hoc traditur apud Julianum l. 16. §. 3. hoc tit.

*Pro servo quoque obligatur*] Servi ex contractibus naturaliter tantum obligantur, l. 14. de obl. & act. At ita obligantur non modo extraneis, sed etiam domino, ut hoc loco docet Justinianus; potestque dominus in id, quod sibi naturaliter debetur, fidejussorem à servo accipere, l. si à reo. 70. §. 3. eod. quamvis ex contrario pro eo, quod dominus servo naturaliter debet, fidejussor acceptus non teneatur, l. si quis. 56. §. 1. eod. Speciali scilicet ratione, quam indicavi sit. præced. §. item inutilis. 6.

## T E X T U S.

## De hærede.

2. Fidejussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem relinquit obligatum.

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

Satis notum est, obligationes & actiones, quæ ex contractibus veniunt, in hæredes quoque dari, §. 1. inf. de perp. & tem. act. l. 12. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. idque etiam si nulla in contrahendo hæredum facta sit mentio, l. 13. C. de cons. stip. Talis autem est obligatio, qua tenetur fidejussor; ac proinde non ipse tantum obligatur, sed etiam hæredem obligatum relinquit, l. 4. §. 1. hoc tit. l. fidejussoris. 24. C. eod. Quod si principalis obligatio ex delicto descendat, tenebitur quidem hic etiam hæres fidejussoris, sed tam diu, quam vivit & tenetur is, qui deliquit: eo vero mortuo, ut fidejussor ipse, ita etiam hæres ejus liberatur, nisi forte ante rei mortem his contestata fuerit, d. §. 1. inf. de perp. & tem. act. l. omnes. 26. l. sciendum. 58. de obl. & act. l. pœnalis. 164. de reg. jur. l. 10. §. 2. C. ibi Costal. si quis caus. jud. sst. Nam quoties principalis obligatio in hæredes

redes debitoris transit, toties etiam fidejussoria transit in hæredes fidejussoris: at principali sublata evanescit & fidejussoria.

TEXTUS.

Si fidejussor præcedat, vel sequatur obligationem.

3. Fidejussor & præcedere obligationem & sequi potest.

COMMENTARIUS.

**E**T præcedere] Etiam futuræ obligationis fidejussor accipi potest, l. 6. §. ult. hoc tit. ita tamen; ut præcedens fidejussoris obligatio tum demum vires capiat, cum & principalis obligatio, cujus illa accessio est, constituta est. Interim vero in pendenti esse obligationem fidejussoris, sciendum est, l. non quemadmodum. 35. de judic. Neque fidejussorem ante conveniri posse, quam reus debeat, l. fidejussor. 57. hoc tit.

*Et sequi potest*] In quo differt fidejussor à mandatore. Nam qui post creditam pecuniam mandat eam credendam, non obligatur, nisi simul suo periculo debitori inducias petat solutionis, l. 12. §. si post. 14. mandat. Item à pecuniæ constitutæ reo, qui non sequitur, l. 1. §. 1. de pec. const.

TEXTUS.

De pluribus fidejussoribus.

4. Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, à quo velit, solidum petere. Sed ex epistola divi Hadriani, compellitur creditor à singulis, qui modo solvendo sunt litis contestata tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc cæteros onerat. Sed si ab uno fidejussore creditor totum consequutus fuerit, hujus solius detrimentum erit, si is, pro quo fidejussit, solvendo non sit: & sibi impensare debet, cum potuerit juvari ex epistola divi Hadriani, & desiderare, ut pro parte in se detur actio.

NOTÆ.

4. Ex epistola D. Hadriani] l. 26. eod. Beneficium hoc vulgo divisionis appellatur. Et cæteris quoque accessionibus datum est, l. ult. C. de pec. const.

*Hujus solius detrimentum*] Poterit quidem quod solvit, repetere à debitore actione mandati: sed à creditore partem repetere non potest, nec adversus fidejussores ullam actionem habet, extra quam si tunc cum solvit, actiones sibi cedi à creditore curaverit, aut ea lege solverit, ut postea cederentur, l. 17. l. 36. l. 39. eod. l. 2. l. 11. l. 14. C. eod.

COMMENTARIUS.

1. Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum Nov. 99.

2. Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat. Et num. 6.
3. Beneficium ordinis quale, & quid quibus tribuat: & alia remissivo.
4. Beneficium ordinis non pertinere ad fidejussores judiciales, &c.
5. Obligationem plurium fidejussorum non dividi ipso jure, sed ope exceptionis: & quid inter hac intersit.
7. Conditiones, sub quibus beneficium divisionis conceditur.
8. Quando opponi habeat exceptio divisionis, quando ordinis.
9. Quando locus exceptioni cedendarum actionum.
10. Renuntiatio superiorum beneficiorum amitti.

**P**LURES fidejussores ejusdem rei aut pecuniæ, quæ debetur, singuli in solidum tenentur, sive id nominatim convenerit, sive non convenerit, l. 3. C. hoc tit. Neque hoc jus mutatum est Nov. de reis promittendi. 99. unde auct. hoc tit. C. de duob. reis. Recte enim vulgo recepta hæc sententia est, eam constitutionem, quæ de duobus reis est, ad fidejussores non pertinere. Nam cum plures rei promittendi ejusdem pecuniæ accipiuntur, dubitari potest, qua mente id fiat, utrum sicut solidum verbis, ita re quoque promississe videantur; an obligationem pro numero personarum dividi existimaverint: cujus dubitationis causam sustulit Justinianus, cavens ne plures promittendi ejusdem pecuniæ aliter in solidum singuli obligentur, quam si nominatim id actum sit. At plurium fidejussorum obligatio nullam talem dubitationem habet. Quippe cum horum singuli promittant id, quod reus habet, & quantum debet. Debet autem solidum. Tenentur ergo plures fidejussores singuli in solidum, & in solidum singuli conveniri possunt. Cæterum hoc beneficium epistola Hadriani Imperatoris illis tributum est, ut si quo tempore lis cum aliquo eorum contestatur, omnes solvendo sint, actio inter eos pro portionibus virilibus dividatur, l. si plures. 26. hoc tit. l. 3. C. eod. Estque hoc, beneficium, quod vulgo divisionis appellatur: competitque non fidejussoribus tantum, sed cæteris quoque accessionibus, puta pluribus, quorum aut mandatu eadem pecunia credita est, aut qui pro alio idem se soluturos constituerunt, l. ult. C. de pec. const. Vim beneficii mox latius explicabimus. Novissime & aliud beneficium fidejussoribus tributum constitutione Justiniani Nov. 4. cap. 1. unde auct. præsentis. C. hoc tit. quod tale est, ut sive unus sive plures sint fidejussores, reus principalis prius conveniri atque excuti debeat, quam ad fidejussores perveniatur, nec ante cum his efficaciter agi possit, quam si suum creditor à debitore consequi nequeat. Id autem accidit duobus casibus, si vel absit reus, vel non sit solvendo. Cæterum placet nihilominus priore casu fidejussori postulanti spatium temporis à iudice dari, intra quod reum absentem evocet: eo vero spatio elapso, si non venerit reus, lis contra fidejussorem peragitur. Posteriore casu si reus præsens sit, aut evocatus venerit, tum si is solvendo non erit, quatenus solvendo non est fidejussor recte convenitur. Verum cum de eo prius constare debeat, reus ipse primum conveniendus & condemnandus est; deinde facultates ejus excutiendæ, bonaque, quæ erant, vendenda sunt. Hæc Justinian. d. Nov. 4. cap. 1. Quod

si debitor notorie non sit solvendo, excussio non est necessaria, secundum *Myns. cent. 2. obs. 15. Gail. 2. obs. 27. n. 14. Menoch. consil. 662. num. 20. Vofq. illust. quest. p. 1. lib. 1. c. 40. num. 2.* Ubi communem dicit. Beneficium autem hoc humanitatis causa, ut & superius, fidejussoribus, item reliquis accessionibus datum, contra conditionem obligationis jurisque veteris constitutionem, quo jure liberum fuisse creditori constat, omisso principali reo fidejussorem convenire, l. 3. l. 5. C. h. t. Appellatur hoc beneficium alias *ordinis*; alias *excussionis*. Ordinis, propter ordinem conveniendi: excussionis, quia bona rei excutiuntur, ut sciatur, an solvendo sit, nec ne. An huic beneficio locus sit in foro mercatorio, vid. *Eachin. 8. cont. 53. Ant. Fab. C. suo. hoc tit. defn. 3.* Suprema apud nos Curia aliquando censuit, non esse, *decis. 13.* An ei competat, qui fidejussoribus simul se debitorem principalem constituit, *Gail. d. lib. 2. obs. 28. Scheid. ad hunc §. num. 11. Christin. 4. vol. 5. decis. 214. num. 46.* Illud constat, fidejussores judicio sibi, & judicatum solvi, exceptionem ordinis non habere: quippe hujusmodi stipulationes ex auctoritate prætoris interponuntur, ut judicium ratum sit, l. 1. de stip. prat. contra cujus mentem foret, differri executionem judicatis, arg. l. in conventionalibus. 52. de verb. obl. Ant. Fab. C. suo. defn. 5. hoc tit. Christin. vol. 2. decis. 145. n. 7. & vol. 4. decis. 179. n. 25. Sed nec illo, qui pro naturaliter tantum obligato intervenit, hoc beneficium uti poterit. *Gail. d. obs. 27. num. 20.* Consule porro de beneficio ordinis DD. in auth. presente. C. hoc tit. Gomez. 2. resol. 13. n. 14. *Gail. 2. obs. 27. & seq. Hering. de fidejuss. c. 27. part. 1. Christin. vol. 5. decis. 2. n. 14.*

*Compellitur creditor à singulis*] Etiam si in fidejussoribus accipiendis convenerit, ut singuli in solidum tenerentur. Quippe hæc conventio conditionem juris & constitutionem non mutat, postquam jure hoc fiat, ut inter fidejussores actio dividatur, l. 3. in fin. C. hoc tit. secundum quod Parisiis judicatum refert *Papon. lib. 10. tit. 4. arres. 23.* Cæterum in hac divisione hoc primum notandum est, dividi obligationem inter plures fidejussores non ipso jure, sed per exceptionem duntaxat, l. inter. 26. eod. Inter quæ multum interest. Nam si ipso jure obligatio divisa esset, id est, si singuli partes tantum viriles ipso jure deberent, in solidum nomen eorum conveniri posset, quantumvis forte aliqui non essent idonei. Quin etsi quis solidum solvisset, partem condicere, tanquam plus debito solutum, non prohiberetur: quod utrumque secus se habere, ostendit hic locus & 6 d. l. inter. l. si testamento. 49. §. 1. in fin. eod. Deinde non aliter pluribus fidejussoribus auxilium divisionis indulgeri, quam si confidejussores sint; id est, si ut ejusdem summx, ita ejusdem quoque debitoris sint fidejussores: inter plures diversorum debitorum, licet ejusdem summx, fidejussores actionem non dividi, l. si à Titio. 43. l. si plures. 27. §. ult. eod. Postremo hoc beneficium pluribus fidejussoribus eorum creditorum tantum dari, qui ipsi conventionie sua plures fidejussores acceperunt; pluribus fidejussoribus tutorum aut curatorum non competere, l. ult. rem pup. salv. for. ubi & ratio additur.

7 *Solvendo sunt litis contestata tempore*] Dux sunt conditiones, sub quibus beneficium divisionis fidejussori-

bus datur. Una est, si fidejussores non negent, se fidejussores esse. Insufficientibus auxilium divisionis dari non placuit, l. 10. §. 1. hoc tit. Altera, cujus hic fit mentio, est, si omnes fidejussores idonei, hoc est, solvendo sint, quo tempore lis contestatur, hoc est, l. inter. 51. §. 1. eod. Quod placet, in hac re spectari tempus litis contestatæ, id eo pertinet, primum ut sciamus, si quis est fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, licet antea solvendo fuerit, id cæteris, qui solvendo sunt, non prodesse, sed, ut in textu dicitur, cæteros onerare. Deinde si omnes proponantur tempore litis contestatæ solvendo fuisse: & postea aliqui minus idonei esse coeperint, quamvis ante sententiam, eam rem ad onus ejus, qui solvendo est, non pertinere, d. l. inter. 51. §. pen. Illud hic quæsitum est, quando exceptio divisionis opponenda sit, postulandumque, ut actio dividatur. Sed expressè rescriptum ab Alexandro est, id postulari solere ante condemnationem, l. 10. §. 1. C. hoc tit. Quo loco manifeste & illi refelluntur, qui negant, hanc exceptionem posse objici post litem contestatam, & qui ajunt, opponi posse etiam post sententiam, vid. *Salic. in d. l. 10. §. 1. n. 5. Sibarid. n. 10. & seqq. Don. n. 2. & seqq.* Ordinis vero & excussionis exceptio cum sit dilatoria, ante litem contestatam opponenda est, vid. *Ant. Fab. C. suo hoc tit. defn. 38. Eachin. 8. cont. 52. Christin. vol. 5. decis. 214. & ibi citat.* Dissentit tamen *Gail. 2. obs. 27. n. 3.* contendens, opponi eam posse usque ad conclusionem in causa: quantum fateatur, omissam ex officio à judice suppleri non posse, add. *D. Jo. à Sando lib. 1. rer. jud. tit. 7. defn. 2.*

*Si ab uno fidejussore creditor totum, &c.*] Si unus ex pluribus fidejussoribus omissa exceptione beneficii divisionis solidum solverit, is quidem à debitore, quod solvit, actione mandati repetere potest, §. si quis. 6. inf. eod. Cæterum si debitor solvendo non sit, sibi imputet, quod beneficium usus non sit: neque enim vel à creditore partem repetere potest, quia solidum ipso jure debuit, & humanitatem beneficii contempsit: neque ullam actionem habet adversus confidejussores: denique nec pignora persequi potest, quæ creditor obligata erant, l. ut fidejussor. 39. hoc tit. l. 11. C. eod. Plane potest fidejussor conventus desiderare, ut à creditore sibi cedantur actiones adversus confidejussores & possessores pignorum; sed tunc, cum solvit, aut si ea lege solverit, ut sibi postea cedantur. Semel autem pecunia soluta, si in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum sit, agere, ut cedantur, non potest, l. fidejussoribus. 17. l. cum u. 36. l. ut fidejussor. 39. hoc tit. l. 2. l. 11. l. mandati. 14. C. eod. l. Modestinus. 76. de solut. Quamquam sunt, qui & post solutionem cessionem recte fieri volunt: & ita fere nunc obtinere. *Sande de act. cess. c. 7. n. 11. & seq. Groenew. de ll. abrog. ad d. l. 11. C. hoc tit.* Dissimilis est causa mandatoris, quem etiam postquam solvit, placet agere posse adversus creditorem, ut sibi actiones suas cedat adversus debitorem & cæteros ejusdem obligationis reos, l. Papin. 28. mand. quippe mandator mandati actionem habet adversus creditorem, fidejussor non habet. Quod autem tutori, qui solvit, adversus contutores pro eorum parte utilis actio datur, id singulariter in tutoribus constitutum est favore pupillorum, l. 1. §. & si forte. 13. de tut. & rat. distr. ac proinde non est producendum ad consequentiam. Enimvero exceptio cedendarum actio-

num

num etiam postquam unus ex fidejussoribus in solidum condemnatus est, ab eo opponi potest, *l. si fidejussores. 41. §. 1. hoc tit.* quod ideo receptum, quia hæc exceptio non oppugnat sententiam, neque minuit jus victoris. *Sicbard. ad l. 10. C. hoc tit. n. ult.* De exceptione hujus beneficii vide citatos apud *Christin. vol. 4. decis. 179. n. 10. & seqq. vol. 5. decis. 214. n. 51. & seq.* Illud postremo sciendum est, hæc fidejussorum beneficia, ut alia omnia, jure ita tributa esse, nisi his fidejussores expresse renuntiaverint: renuntiando, ut fere hodie fit, amitti. Licet enim unicuique juri pro se introducto renuntiare, *10 l. pen. C. de pass.* Hinc cautio consultius creditorum usitata notariis in instrumentis fidejussionis, ut qui fidejussores accipiuntur, renuntient beneficiis ordinis, executionis & divisionis, quo liberum sit creditori, quem velit, & quatenus velit, convenire.

TEXTUS.

In quam summam obligatur fidejussor.

*5. Fidejussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is, pro quo obligantur. Nam eorum obligatio, accessio est principalis obligationis: nec plus in accessione potest esse, quam in principali re. At ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. Itaque si reus decem aureos promiserit, fidejussor in quinque recte obligatur: contra vero obligari non potest. Item si ille pure promiserit, fidejussor sub conditione promittere potest: contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus aut plus intelligitur. Plus enim est, statim aliquid dare: minus est, post tempus dare.*

NOTA.

*Ut minus debeant, obligari possunt] Vel in minorem summam, quam quæ debetur à reo principali, vel alias in causam levioiorem, dist. l. 8. §. 7. & seqq. l. 34. hoc tit. cum simil.*

COMMENTARIUS.

1. Fidejussorem arctius, quam reum principalem, obligari posse; durius non posse.
2. Acceptum in majorem quantitatem, quam qua debetur, ne in debitam quidem obligari.
3. Transpositionis Haloandri in l. 8. §. illud. hoc tit. everti sententiam Ulpiani, falsamque effici ejus definitionem.
4. Explicatur l. rogatus. 33. mandat.
5. Constat uti & fidejussionis quam dissimilis sit ratio.
6. Removetur obstaculum ex l. 1. §. si stipulanti, de verb. obl.
7. Media Bachovii sententiâ non improbabilis, & quid hodie ad questionem propositam respondendum.

**C**um fidejussores accipiuntur firmandæ principalis obligationis causa, nihil prohibet, quominus efficiantur obligentur, fortiorique vinculo constringantur, quam reus principalis, veluti per instrumentum garantiatum seu paratæ executionis, per hypothecam, per

jurjurandum, per potestatem adjunctionem, cum reus obligatus est simpliciter *Jo. Fab. hic. Gomez. 2. resol. 13. num. 2.* adeoque pro eo, qui naturaliter tantum obligatus est, fidejussorem recte intervenire placet quamvis hoc casu cum solo fidejussore judicio agi possit, cum reo non possit, *§. 1. sup. eod.* In causam vero durioiorem accipi non potest, id est, ita accipi, ut fidejussor vel re, vel tempore aut causa plus debeat, quam reus principalis, *hoc text. l. 8. §. illud. 7. eod.* quod DD. non ineleganter sic breviter exprimunt: *Fidejussor intensius obligari potest, extensius non potest.* Cæterum de illo non satis inter interpretes convenit, utrum fidejussor in majorem summam acceptus, quam debet reus principalis, profusus non obligetur, an saltem obligetur in summam concurrentem. Glossa & Bart. in *d. l. 8. §. illud.* omnesque fere interpretes veteres sentiunt, fidejussorem ita acceptum plane non obligari: quorum sententiam sequuntur & defendunt *Connan. 6. Hotom. Bachov. in hunc §. Fachin. 8. controu. 51. Gædd. c. 4. de contr. stip. concl. 4. n. 65. & seqq. Tima. Fab. disp. 23.* At major pars neotericorum & ex veteribus Petrus & Cynus, contra disserunt, atque in proposito fidejussorem obligari volunt saltem usque ad debitam quantitatem. *Cantiunc. Baro, Myns. Wesemb. Gifan. hic. Gomez. 2. resol. 13. n. 2. Duar. ad tit. de fidejuss. c. 3. Vasq. 1. illust. q. 40. Bronch. 4. cent. 53. Hering. de fidejuss. c. 24. n. 52. & seqq.* quibus etiam accedit *Diod. Tulden. comm. hic. c. 2.* Prior sententia de jure mihi verior videtur. Sic enim in universum de his, qui pro aliis fidejubendo interveniunt, definit Ulpianus *d. l. 8. §. illud. hoc tit.* eos, si in durioiorem causam adhibiti fuerint, omnino non obligari, ut habent Codices vulgati omnes, & ipsum exemplar Florentinum. Latinis autem omnino non idem valet, quod neutiquam, plane, profusus, penitus non: nisi cavillamur. Neque alio sensu à nostris usurpatur, ipsove Ulpiano, *l. si non fortem. 26. §. indobitum. 3. de cond. ind. l. 3. §. 2. in fin. de adm. tut. l. 4. §. sed enim 3. rem pup. salv. for.* Quod si cum Haloandro pro omnino non restituas, non omnino; aut omnino non, dictum putes, pro non omnino; quasi dixisset Jurisconsultus, fidejussorem in durioiorem causam acceptum teneri in eo tantum & quatenus reus ipse obligatus est; evertitur sententia illius loci, quæ generalis est; falliæque efficitur Jurisconsulti definitio in fidejussoribus omnibus in durioiorem causam acceptis extra causam propositum. Nam certum utique est, fidejussores plane non obligari, qui in durioiorem causam accipiuntur, extra quam si in majorem summam accepti fuerint, puta si pure sponderint, quod reus sub conditione aut in diem debebat, vel si pure reus interrogatus fidejussor eum adjunctione loci acceptio sit, sive quid aliud adjectum, quo conditio fidejussoris deterior fiat. Neque enim alia ratio est, cur Jurisconsulti passim tam sollicitè quærant, an & quando fidejussor in durioiorem causam adhibitus videatur, quam quod eo casu, quo ita acceptus est, profusus non obligetur; uti & simpliciter ubique respondent, eum non obligari, *d. l. 8. §. illud. cum seqq. l. 16. §. 1. l. hi qui 34. l. si testamento. 49. §. 2. l. si à reo. 70. §. 1. & 2. hoc tit.* Accedit, quod Justinianus hoc loco omnes istas species eum ea, de qua quæritur, comparat, & eodem jure censere videtur: maxime vero quod responsum est, fidejussorem in durioiorem causam acceptum contra juris formam acceptum intel-

iatelligi, *d. l. si testamento. in fin.* ut proinde nulla in parte fidejussio, quacunque ratione deterior illa sit obligatione principali, valere possit. Nihil admodum pro contraria sententia facit *l. rogatus. 33. mand.* Nam ut recte *Gloss. & Bart. in d. l. 8. §. illud.* Respondent, non queritur illo loco, an & quatenus creditori obligetur fidejussor acceptus in majorem summam, quam reus principalis debebat, sed an & quatenus actionem mandati habeat, qui in majorem summam, quam rogatus erat, fidejussit, propterea quod videri potest fines mandati excessisse, de quo in *§. is qui. inf. de mandat.* neque ullum in *d. l. rogatus.* verbum proponitur, ex quo colligere possis, in ampliorem summam, quam quæ debebatur, mandatarium intervenisse. Sed & responderi potest, dissimilem esse causam fidejussoris, qui præcedit obligationem, de quo in *d. l. rogatus,* agitur, & ejus, qui post constitutam obligationem intervenit. Nam antecedens fidejussio in suspenso est, eamque interpretatur & pro arbitrio limitat subsequens obligatio, sic ut ad illam quidem nihil possit addere, detrachere autem de ea aliquid aut deminuere valet. Est enim præcedens fidejussio mandato non absimilis, in quo hoc evenit, ut si verbi causa mandaverim tibi, ut ducenta crederes Titio, & tu centum tantum credideris saltem in id, quod numeratum est, actionem mandati adversus me habeas, eo quod nihil à te factum est contra legem mandati, cum feceris conditionem meam meliorem, *l. si ultra. 22. C. 5. mand. & ibi Salic. de fidejuss.* Non obitat *l. haecenus. 11. §. 1. de pec. consi.* Nam in constituto nuda tantum æquitas spectatur, multaque in eo admissa sunt, quæ fidejussoris obligatio respuit; veluti quod necesse non est, eum, cui constituitur, creditorem esse, *l. 5. §. 2. d. tit.* quod aliud, quam quod debetur, constitui potest; & quod debetur, constitui in citiorem diem, *l. 1. §. an potest. 5. l. 4. eod.* quorum nihil admittit fidejussio, *d. l. 8. §. illud. & seq. l. 16. pr. l. si ita. 42. hoc tit.* Unde appareat, à constituto ad fidejussionem firmum argumentum duci non posse. Illud majoris momenti est, quod in majore summa vi ipsa & potestate inesse & minor intelligitur, *l. 1. §. si stipulanti. 4. l. inter. 83. §. 3. de verb. obl.* & quod ob hanc causam placet, si quis de decem interrogatus viginti respondeat, obligationem saltem in decem contractam esse; quia scilicet hætenus congruenter interrogationi responsum sit, *d. l. 1. §. 4.* Jam vero si majore summa promissa, pro ea quantitate, quæ in interrogationem deducta est, utilis est stipulatio principalis, quasi hætenus apte responsum sit, nulla ratio dari posse videtur, cur ob eandem causam in totum vitari debeat accessoria fidejussoris. Resp. Non ideo dicimus in totum vitari actionem fidejussoris majorem summam stipulanti creditori promittentis, quam reus debet, quia in totum ad interrogationem creditoris non apte respondet: sed quia durius eum creditori obligari voluit, contra naturam obligationis fidejussoriæ, quæ pro forma quodammodo requirit, ut ne durius obligetur fidejussor, quam principalis reus, *l. si testamento. 49. in fin. 7 hoc tit.* D. Bachov. existimat interesse, utrum creditor majorem summam à fidejussore stipulatus sit, quam reus debebat, an eandem, & fidejussor majorem promiserit; veluti si cum decem reus reversa deberet, creditor quoque non amplius, quam decem, stipulatus sit à fidejussore, & is viginti hæc sua esse jussit: illo casu in totum

vitari fidejussionem, quoniam aliter & durius fidejussorem adstringere creditor voluit; hoc casu consistere pro quantitate debita. Quæ sententia rationem habet: quoniam cum creditor nihil amplius à fidejussore stipulatur, quam quantum reus debet, non potest proprie dici, fidejussorem adhibitum esse in duriori causa. Plane nunc in consulendo & judicando sequerentur sententiam posteriorem; non ob id solum, quod eam æquitas commendat; sed quia pactorum & stipulationum jura confusa sunt, hodieque tam nudo pacto, quam stipulatione fidejussor constitui potest, ut nulla plane nunc sit stipulationis & constituti differentia. *Gomez. 2. var. resol. cap. 13. n. 2. Anton. confer. du droit. hic.*

*Accessio est principalis obligationis*] Hinc fit, ut & ab initio nulla sit fidejussio, si nulla subsit obligatio principalis, & ut sublata obligatione principali tollatur & accessoria fidejussoris, ex communi scilicet natura omnium accessionum, *l. in omnibus. 43. de solut. l. novatione. 18. de novat. l. cum principalis. 178. de reg. jur.* Deinde etiam hoc, quod hic docemur, ut etiam si subsit aliqua obligatio principalis, fidejussor tamen accipi non possit in plus, quam principali obligatione continetur: siquidem quod amplius foret in obligatione fidejussoris, id esset accessio sine principali.

*Nec plus in accessione*] Si hoc axioma restringamus ad subjectam materiam, id est, ad obligationem accessoriam, verum est in universum in iis, qui pro aliis obligantur. At extra hanc causam nihil impedit, quominus plus pretii sit in accessione, quam in principali re, *§. si tamen. 26. sup. de rev. div. l. cum aurum. 19. §. perveniemus. 13. & seq. de aur. arg. leg. l. si in emptione. 34. de contr. empt.*

*Ut minus debeant, obligari possunt*] Fidejussor in levio rem causam obligari potest, veluti in minorem summam, quam ea sit, quæ debetur; aut pro reo pure accepto, ex die vel sub conditione, *d. l. 8. §. illud. hoc tit.* aut si qua alia ratione levior fiat conditio fidejussoris. Exempla in *d. l. 8. §. antepen. & pen. l. hi qui. 34. eod.*

*Non solum in quantitate*] Plus non modo ex quantitate æstimatur, sed etiam ex tempore; item ex loco adjecto & causa: quod pluribus atque ex professo explicatur, *§. si quis agens. 33. inf. de actionib.*

## T E X T U S.

De actione fidejussoris adversus reum.

6. Si quid autem fidejussor pro reo solverit, ejus recuperandi causa habet cum eo mandati iudicium.

## N O T A.

6. Mandati iudicium] *l. 10 §. 11. mand.* nempe si mandatum vel expresse vel tacite intervenerit: alias negotiorum gestorum, veluti si pro absente fidejussit, *l. 6. §. 2. l. 18. l. 20. §. 1. d. r. l. 6. C. eod.*

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

Fidejussor ejus nomine, quod pro reo solvit, mandati actionem cum eo habet, *l. 10. §. fidejussor. 11. mand.* Sed enim hoc ita, si præcesserit mandatum, id est, si rogatus à reo sit, ut fidejussoret, *l. ex mandato. 20. §. 1. d. tit.* aut cum reus præsens esset, passus sit pro



se fidejuberi, vel mandari ab alio, ut sibi credatur. Nam & is, qui præsens hoc fieri patitur, mandare intelligitur, l. 6. §. 2. l. qui patitur. 18. mandas. l. 6. C. eod. Quod si vero pro reo absente quis fidejusserit, ei non potest competere actio mandati: sed si ut negotium gerens intercesserit, negotiorum gestorum dabitur, d. l. 6. §. 2. d. l. ex mandato. §. 1. eod. Itaque fidejussor nunc mandati, nunc negotiorum gestorum actionem habet, l. 4. hoc sit. Quid si pro invito aut vetante donandive animo intervenerit? Placet, hoc casu ne utilem quidem actionem ei dari, d. l. 6. §. 2. l. si pro te. 40. mandati.

## TEXTUS.

Si fidejussor Græce accipiatur.

7. Græce etiam fidejussor ita accipitur, τῆ ἐμῆ πίσει κελδίω ἰγῶ. Sed & si dixerit, Θέλω, sive βέλομαι, sed &, Φημί, pro eo erit, ac si dixerit, Λέγω.

## COMMENTARIUS.

ETIAM Græce fidejussor accipi potest, postquam placuit non minus Græca aliave qualibet lingua, quam Latina, stipulationem recte fieri, §. 1. sup. de verb. obl. l. 1. §. ult. eod. Descriptus hic §. est ex l. 8. pr. hoc sit. ubi concinnius sic legitur; Græcè fidejussor ita accipitur, τῆ ἐμῆ πίσει κελδίω, λέγω, ἴλω, sive βέλομαι, sed & si Φημί dixerit, pro eo erit, ac si dixerit, Λέγω. Atque ita etiam hic locus restituendus videtur. Sanè τὸ λέγω præcessisse, arguit subsequens interpretatio & Φημί per idem verbum λέγω.

## TEXTUS.

Si scriptum sit, aliquem fidejussisse.

8. In stipulationibus fidejussorum sciendum est, hoc generaliter accipi, ut quodcumque scriptum sit quasi actum, videatur etiam actum. Ideoque constat, si quis scripserit se fidejussisse, videri omnia solemniter acta.

## NOTA.

8. Videri solemniter acta] l. 30. de verb. obl. nempe partes præsentes fuisse, & stipulationem ritè interpositam, citra quam fidejussor non constituitur, l. 5. §. 3. d. s. l. 12. C. hoc sit. fac. §. 11. & 16. tit. prac.

## COMMENTARIUS.

CUM fidejussisse aliquem scriptum est, omnia ritè acta credantur, l. sciendum. 30. de verb. obl. nimis ut pro instrumento præsumtio est, verum esse quod in eo scriptum est: §. item verborum. 11. sup. tit. preced. ita etiam si de re aliqua, ad cujus substantiam certæ solemnitates jure requiruntur, scriptum sit eam intervenisse, etsi expressum non sit solemnitates istas esse adhibitas; tamen omnia solemniter acta esse intelliguntur; veluti si scriptum sit promississe aliquem, creditur is ad interrogationem præcedentem respondisse, §. si scriptum. 16. tit. prac. Eademque ratione si scriptum fuerit, fidejussisse aliquem, præsumitur id factum adhibita à creditore præsentem stipulationem; quoniam de essentia fidejussionis hoc est, ut stipulatio interveniat, l. 5. §. satis. 3. de verb. obl. l. 12. C. hoc sit.

## TITULUS XXII.

## DE LITERARUM OBLIGATIONIBUS.

C. lib. 4. tit. 30.

## TEXTUS.

Obiis scriptura fiebat obligatio, que nominibus fieri dicebatur: que nomina hodie non sunt in usu. Plane, si quis debere se scripserit, quod sibi numeratum non est, de pecunia minime numerata, post multum temporis, exceptionem opponere non potest. Hoc enim sapissime constitutum est. Sic fit, ut & hodie, dum quæri non potest, scriptura obligetur, & ex ea nascatur conditio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur.

## NOTA.

Qua nominibus fieri dicebatur] Nomen faciebat creditor, qui in tabulas suas accepti & expensi nomen illius, cui pecuniam dabat mutuum, perscribebat. Id fiebat præsentem debitore, qui & ipse quoque in suas tabulas referebat, quod deberet: quæ tabulæ prolatae in judicio fidem faciebant debiti. Cic. pro Rosc. Comæd. Salmas. de usur. c. 6. & ad jus Attic. c. 29.

Non sunt in usu] Nam posterior ætas syngraphis uti cœpit, id est, cautionibus utriusque contrahentis manu subscriptis. Hotom.

Post multum temporis] Post quinquennium, hodie post biennium, ut infra.

Dum quæri non potest] Vel conventus excipere de pecunia non numerata, l. 8. & 2. seqq. l. 14. C. de non num. pec.

Per constitutionem nostram] d. l. 14. C. de non num. pec.

Ut ultra biennii metas] Intra biennium autem tria remedia ad retractandam confessionem prodita: conditio cautionis sive chirographi, l. 7. C. eod. l. ult. C. de cond.

Gggg

cond. ex leg. querela seu denuntiatio aut protestatio de non facta numeratione, l. 8. l. 9. C. de non num. pec. quam in scriptis fieri oportet, ut exceptionem perpetuam debitor consequatur, d. l. 14. §. ult. & auth. seq. exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, l. 3. l. 5. d. l. 8. d. l. 14. C. eod. quæ præter naturam aliarum onus probandi transfert in creditorem, l. 3. l. 10. C. eod. ubi ratio. Exacto autem biennio confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, d. l. 8. d. l. 14.

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

1. Cautiones & confessiones debiti inutiles.
2. Quæ cautiones ad probationem tantum valeant.
3. Cautio nem pecunia creditæ post biennium valere ad obligationem, ante ne ad probationem quidem.
4. Remedia ad cautionem intra biennium retractanda: & cur excipiens de pecunia non numerata levetur probatione.
5. Restitue obligatio hic proposita dicatur literarum, cum veteres eam numeraverint inter eas, quæ contrahuntur: & alia quedam.
6. Obligationem, qua nominibus fieri dicebatur, obsolevisse: qualis illa? & alia quedam.
7. Confessum post biennium ita scriptura obligari, ut etiamsi postea probare velit pecuniam sibi numeratam non esse, non audiat.
8. Quibus argumentis Bartolus & DD. vulgo adducti dissentiant.
9. Confirmatio prioris opinionis.
10. Confutantur argumenta in contrarium prolata.
11. A quo tempore biennium currere incipiat: & alia notabilia.
12. Ujus circa hanc exceptionem hodiernus.

**N**terdum literæ ad conventionem accedentes obligationem pariunt, quæ species obligationis tertio loco posita est in divisione earum, quæ nascuntur ex contractu, §. ult. sup. de oblig. Literarum obligatio est, cum quis scripto alteri mutuo consensu tradito confessus est, se ab eo certam summam mutuam accepisse, quam non accepit, nec intra biennium confessionem retractavit. Ut res hæc perfectius intelligatur, partes definitionis evolvemus. Exigimus, ut quis scripto confessus sit: remotis literis huic obligationi non est locus: quippe quæ alioqui non rectè diceretur literarum. Cæterum nihil refert, utrum quis chirographo confessus sit, an alio instrumento confessionem debiti continente, etiamsi id à tabulario confectum sit. Gloss. in l. 3. C. de non num. pecun. Sichaerd. ibid. num. 8. Don. n. 12. cautio passim à nostris & præsertim in hoc argumento dicitur, l. 1. & 3. seqq. l. 8. C. d. tit. l. emp. 47. §. ult. de pact. Exigimus ut scriptum mutuo consensu traditum sit creditori: nam sine conventionem nulla ex contractu obligatio, l. 1. §. 3. de pact. Exigimus professionem debiti, non cujusvis, sed mutui accepti: quod ut facilius intelligi possit, sciendum est, non cujuslibet chirographi aut cautionis hæc vim esse, ut consentientem obliget: sunt enim quædam cautiones & confessiones debiti planè inutiles, quales sunt, quæ causam debendi non continent; quas indiscriminatas vocant, cum scilicet quis confessus est se debere nulla nominatim expressa causa

propter quam debeatur, l. cum de indebito. 25. in fin. de prob. l. generaliter. 13. C. de non num. pec. C. si causio. 2. de fid. instr. vid. D. Andr. Gail. 2. obs. 13. Damhoud. prax. civil. c. 175. num. 14. Ubi notat, in emporiis inter mercatores ex consuetudine etiam ex obligatione non causata jus reddi solere, add. Groenew. de l. abrog. ad l. 25. §. ultim. de probat. Cæteræ, quæ certam debendi causam continent, utiles quidem sunt, sed non omnium una est vis idemque effectus. Etenim harum quædam ad probationem tantum & fidem rei gestæ valent, ad obligationem nunquam: quædam vim habent obligationis, nunquam probationis solius. Ad solam probationem valent confessiones debiti omnes, quæ non sunt de pecunia mutua. Placet hæc scripturas valere ad probationem: & merito placet, cum nihil æquius sit, quam unumquemque proprio testimonio acquiescere, confessumque stare suæ confessioni, d. l. cum de indebito. in fin. de probat. d. l. generaliter. C. de non numer. pec. l. 11. §. 1. de interrogat. in jur. fac. Sed enim probationem tantum habent, obligationem nunquam inducunt: argumento est, quod confessus ex chirographo suo conventus contra confessionem suam venire potest: placetque audiendum esse, si (quæ facultas nullis terminis definitur) paratus sit ostendere, se falso confessum, inque eam rem proferat idonea instrumenta: nam testes in hac probationis specie visum est admitti non debere, propter metum falsi, d. l. cum de indebito. & d. l. generaliter. Sola cautio & confessio pecuniæ creditæ & numeratæ obligationem inducit: contra vero ad probationem solam nunquam valet, ut ex iis, quæ sequuntur, perspicuum fiet. Pecuniæ autem appellatione etiam cæteras res intelligimus, in quibus mutuum consistit, l. in contractibus. 14. princ. C. de non num. pec. Postremo exigimus, ut cautio emissæ silentio biennii confirmata sit: non enim continuo, ut quis scripto confessus est, se pecuniam mutuam accepisse aut sibi numeratam esse, literis obligatur: sed cautio intra biennium, ex quo emissæ est, ne ad probationem quidem, nedum ad obligationem valet, l. 3. l. 10. C. d. tit. At si intra id tempus confessionem non retractaverit, jam in eam summam, quam confessus est, planè obligatur, hoc text. & passim, d. tit. C. de non num. pec. Remedia ad retractandam intra biennium confessionem tria consentientia sunt prodita. 1. conditio sine causa, aut ob causam dati, causa non secuta ad repetitionem chirographi, l. 7. C. d. tit. l. ult. C. de cond. ex leg. 2. querela seu denuntiatio & protestatio de numeratione non facta: quæ denuntiatio scripto faciendæ, ut exinde exceptionem perpetuam debitor consequatur, l. 8. & seq. l. in contractibus. 14. §. ultim. & auth. seq. C. de non num. pec. 3. exceptio non numeratæ pecuniæ adversus creditorem intra biennium agentem, l. 3. l. 5. d. l. 8. C. eod. quæ exceptio præter naturam aliarum omnium onus probandi transfert in creditorem, d. l. 3. Ratio differentie significatur in l. 10. C. eod. quod facultate negandi reo concessa non debuerit ab eo exigere probatio, propterea quod negatio facti per rerum naturam directo probari non potest, l. actor. 23. C. de probat. Ad quam rationem accedit præsumptio pro consistente, ducta ex eo, quod frequenter accidit, scilicet cautionem expositam fuisse ante numerationem: cujusmodi præsumptio in cæteris causis cessat: quippe cautiones pecuniæ numeratæ & chirographa plerumque traduntur ante factam

nume-

numerationem : & spe numerationis futuræ, qua ne frustrentur, qui pecunia indigent, nihil non facere solent ad nutum creditoris, *Rebuff. ad confis. reg. de chi-rogr. & cadul. art. 2. num. 18. Christin. vol. 3. decif. 37. num. 1.* Adjuncta est exceptioni non numeratæ pecuniæ generalis exceptio doli mali, *l. 3. C. de non num. pec. vel in factum detracta doli mentione, l. 9. C. eod.* atque his remediis confessum uti posse etiam adversus instrumentum garentigiatum, censet *Gomez. 2. resol. 6. n. 3.* quamvis in contrarium proclivior sit *Christin. d. decif. n. 13.* Exacto vero biennio convertitur vis cautionis in contrarium, omninoque confessus, qui beneficio juris usus non est, necessitate solvendi adstringitur, *hoc text.*

5 *l. 8. l. 14. C. d. tit.* Hæc ergo obligatio rectè dicitur literarum, seu ex literis nasci, siquidem post biennium non amplius queritur, an pecunia confessa numerata sit, nec ne: sed scriptura auctoritate juris pro veritate habetur, sicut res judicata & jusjurandum, ut non tantum probet, sed etiam obliget consentientem. Planè veteres nullam literarum seu scripturæ, ut causæ alicujus obligationis, mentionem faciunt, ac ne iis quidem locis, ubi ex professo causas & genera obligationis recensent, *l. 1. §. 3. de pact. l. 1. §. 1. l. obligamur. 52. de oblig. & act. l. 8. §. 1. de fidejuss. l. 1. de novat.* sed opinor, eos hanc obligationem retulisse inter eas, quæ ex re nascuntur, propterea quod qui ex ea agit, pecuniam quasi creditam petit, & condicit tanquam ex mutuo, *l. 5. C. de non num. pec. & hoc text.* Rectius autem ex literis hæc obligatio esse dicitur: nam etsi in cautione adjicitur causa, nempe mutui accepti, & pecunia quasi credita petitur; tamen re nequit dici quis obligatus, nisi quatenus ei numeratum est, *l. 2. §. 3. l. 11. §. 1. de rebus cred.* ut proinde & quoniam nulla alia subest causa obligationis præter literas seu scripturam emissam, rectè dicatur literis obligatus: neque enim si sine scriptura confessus esset, similiter obligaretur. *Donell. ad d. l. 8. num. 34. C. de non num. pec. Gudilin. lib. 2. de jure novissim. cap. 6.* Caveat autem quisque, ne temere inficietur chirographum suum aut numerationem confessam: nam mendacii convicto poenam dupli & amissionis cæterarum defensionum novissima Justiniani constitutio imponit; *ausb. contra qui. C. d. tit.* Nititur hæc obligatio civili quadam æquitate, quæ boni publici finem, ac judiciorum expediendorum facilitatem maximè spectat: eademque ferè ratione defenditur, qua usucapio & præscriptiones temporales, *l. 1. de usuc. l. ultim. pro suo. l. 1. l. 3. C. de annual. except.*

6 *Qua nominibus fieri dicebatur*] Romæ olim moris fuit, ut unusquisque paterfam. tabulas domi haberet, in quibus quicquid per singulos dies vel acciperet vel expenderet, perscribebat, ut Cicero in ea pro Cluent. demonstrat. De harum tabularum fide censores quinto quoque anno cives ad jusjurandum adigebant, teste *Dionys. Halicarn. lib. 4.* Atque hinc fidem in judiciis facere solebant, ut ex oratione pro Q. Roscio ostendit Hotomannus. Aconius autem Pædianus in *Verrin. 3.* scribit, nomina in tabulis dici consueisse titulos seu articulos debitorum. Itaque nominibus obligatio contrahebatur, cum in tabulis perscribebatur, aliquem alicui certam pecuniam debere: neque aliud erat nomina facere, quam in tabulas referre, aliquid alicui deberi, quod tunc fiebat, cum pecunia prærens non numerabatur. Atque hinc

est, quod obligationes seu debita appellantur nomina. Referrî autem solebat non tantum in tabulas creditoris, verum etiam in aliorum quorundam: quæ tabulæ idcirco in judicium interdum afferebantur. Latius hæc explicat, & veterum testimoniis, præsertim Ciceronis, confirmat Hotomannus. Ego vero non puto, hujusmodi scripturam valuisse absolute ad obligationem, sed vim duntaxat habuisse probationis. Illud ex iis, quæ diximus, intelligitur, non tantum huc pertinuisse scripturam mensæ argentariæ, verum etiam privatorum codicum accepti & expensî. Majorem lucem expectamus à D. Salmasso in libro, quem præ manibus habet, de ususris Justinianeis.

*Hodie non sunt in usu*] Ætate Justiniani nomina in usu non erant: quippe translato Constantinopolin imperio consuetudo Græcorum recepta est, qui syngraphis utebantur, hoc est, cautionibus utriusque contraheentis manu subscriptis atque obfignatis. Posterior tamen ætas non *συγγραφή*, sed *συμβόλαιον* appellavit: Latini *instrumenta & cautiones*, voce generali ad chirographa quoque producta: qua de re consule doctiss. Salmass. *lib. de mod. usur. c. 10.*

*Dum queri non potest, scriptura obligatur*] Si confessus post biennium scriptura obligatur, consequens omnino est, cum necessitate rei solvendæ jam adstringi, ut solutionem nullo modo evitare possit. Est enim hic certissimus obligationis effectus, ut qui secundum formam juris obligatus est, non aliter liberetur factio suo, quam si solvat aut satisfaciatur creditori, *inf. quib. mod. toll. obl. l. 9. §. 3. de pign. act.* Atque hoc etiam expressè rescriptum est in specie debiti proposita *l. 8. C. de non num. pec.* Quid ergo si debitor post biennium paratus sit probare, pecuniam sibi numeratam non esse, an sic quidem audiendus erit? Accursus de quorundam veterum sententia putat, audiendum esse: quod & Bartolo & comm. DD. visum in *l. 3. C. l. 14. C. d. r. Gomez. 2. resol. 6. n. 7. Moz. de constr. tit. de mutuo. n. 8. Baroni, Schneid. Bachov. Corvino in enchir. hic. D. Bronchorstio 2. assert. 22. Ant. Perez. in d. tit. C. n. 14.* Moventur, 8 quod exceptiones natura sua perpetuæ sunt, *l. 5. §. ult. de dol. mal. except.* & quod cum exceptione pecuniæ non numeratæ concurrat exceptio doli mali, *l. 3. C. d. tit.* quæ cum sine dubio perpetua sit, *d. l. 5. §. ult.* utique etiam post biennium competere debeat, etiam si cessare dicamus exceptionem non numeratæ pecuniæ. Ad hæc non sunt admittendæ, ajunt, illicitæ exactiones, *l. 6. de off. præf.* Illicita vero & iniqua exactio est, si reus, probare volens, pecuniam sibi numeratam non esse, non audiatur. Postremo non potest biennii lapsus debitori adimere, nisi quod prius ex biennio habuit: at biennium solummodo tribuit debitori immunitatem probationis, *l. 10. C. eod.* Ergo nec lapsus biennii ei amplius adimere potest. Sed procul dubio verius est, debitorem nec probationem ultro offerentem post biennium audiri. Etenim posita obligatione, id est, necessitate solvendi, quæ ex literis, non ex re aut numeratione nascitur, omnino consequens est, cum debitorem audiendum non esse, qui chirographum quidem suum seu causam obligationis agnoscit, cæterum numerationem, quæ jam huc non pertinet, intervenisse negat, quantumvis ejus rei offerat probationem. Quod si probatio contra cautionem post biennium admitteretur, jam nec

scriptura ad obligationem valeret, sed tantum ad probationem: nec novum hoc esset obligationis genus, quod ex literis nasceretur, sed ex re: denique nihil haberet cautio pecuniæ mutuæ, quod non est in cæteris, quæ non sunt de pecunia mutua, præter immunitatem probandæ exceptionis intra biennium oppositæ: qua parte etiam major vis est cæterarum cautionum, quam pecuniæ creditæ; ex quibus tamen obligationem literarum non nasci, inter omnes convenit. In summa, nulla esset revera literarum obligatio, nullus effectus scripturæ, nisi in probatione & fide faciendâ, ut uni ante biennium incumberet probatio, post illud tempus alteri; & consequenter expungenda esset hæc obligatio è catalogo verarum obligationum; cum verè debitor appellari non possit, qui exceptionem perpetuam habet, l. 66. l. 112. de reg. jur. Locijuris in eandem sententiam manifesti sunt. In l. afferatio. 10. C. de non num. pec. traditur, querelam seu exceptionem non numeratæ pecuniæ definito legibus tempore non propositam evanescere: quod ad immunitatem probationis minimè restringi potest. In l. 8. C. eod. scriptum est, cum, qui cautionem exposuit, si intra biennium questus non est, omnimodo debitum solvere compelli. Idem expressum est in l. 14. pr. C. eod. ubi verbis disertissimis cavetur, ut post biennium nulla ullo modo querela de pecunia non numerata introducatur: ergo ne tunc quidem, cum reus probationem pecuniæ non numeratæ in se suscipit: quomodo & Græci hoc acceperunt. *Harmenop. lib. 2. tit. ἀδελφικὸν. num. 4. ὁ λήγων ὅτι ἢ γάρων ἀειθροῦς ἐὶ μὴ εὐτὸς διπλάσι ἢ συναχθῆν, ἢ ἀδελφικὸν τῆς ἀδελφίας ἢ ἀδελφικὸν τῆς ἀδελφίας.* Hoc amplius in d. l. 14. §. 3. illud nominatim observari jubetur, ut ne liceat debitori, qui questus non est, post biennium creditori agenti offerre jusjurandum; cum tamen alias recusatio jurisjurandi judicialis adversus recusantem, qui justam recusandi causam non habet, pro manifesta confessione & probatione habeatur, l. manifesta. 38. de jurejur. adeoque facilius admittenda sit jurisjurandi delatio, qua actor testis & iudex in sua causa constituat, ut rem uno verbo transigere possit, quam proluxæ & adversus invitum susceptæ probationes, arg. l. 1. §. 1. C. l. 2. d. tit. His accedit & textus in l. ult. C. de cond. ex leg. ubi nominatim cavetur, ne cautio post statutum tempus condicatur. Jam vero si cautio oblata probatione pecuniæ non numeratæ post statutum tempus coadici non potest, nulla ratio est, cur exceptio pecuniæ non numeratæ oblata probatione admitti debeat. Postremo uno tantum modo legimus exceptionem pecuniæ non numeratæ perpetuam fieri, mota scilicet intra biennium querela seu facta protestatione, d. l. 14. §. ult. Argumenta, quæ in contrarium afferuntur, infirmiora sunt quam ut hanc sententiam convellere possint. Nam quod exceptiones dicuntur esse perpetuæ, id ad eas non pertinet, quæ etiam ultro à debitore per modum actionis proponi possunt. Exceptio vero doli, quæ cum illa pecuniæ non numeratæ concurrat, non est exceptio doli specialis, quæ adversuseum, à quo dolo decepti sumus, ut promitteremus, perpetua est; sed generalis, quæ cum aliis exceptionibus concurrens, illarum naturam & conditionem semper sequitur, l. 2. §. generaliter. 5. de dol. mal. exc. Planè, si debitor dolo se inductum dicat, aut vi coactum, ut confiteretur, aut dicis tantum causa numerationem

intervenisse, cum aliud ageretur, aliud simularetur; etiam post biennium ex his causis exceptionem eum habere, nemo est qui ambigat. *Don. ad l. 8. C. de non num. pec. Ant. Fab. C. suo, eod. tit. defm. 2.* Porro non est iniqua exactio, ubi debitum petitur; nec iniquum, si rationem civilem spectamus, eum, qui proprio chirographo se debere confessus est, post silentium totius biennii hanc quasi contempti beneficii juris pœnam lueret, ut confessioni suæ literis testatæ omnimodo stare, & confessam pecuniam solvere cogatur. Quod ad tertium contrariæ opinionis argumentum responsum est. Postremum in eos ipsos, qui illud afferunt, retorquebimus hoc modo. Quod biennium debitori tribuit, id lapsus biennii totum adimit: at biennium debitori non solum immunitatem tribuit probationis, sed maximè exceptionem non numeratæ pecuniæ, l. 3. C. d. tit. Ergo lapsus biennii utrumque adimit: quod & expressum est in d. l. 8. l. 9. C. d. l. 14. C. eod. Hanc nostram sententiam jam olim amplexus est *Jo. Fab. hic.* alique nonnulli citati à *Fachin. 2. contrrov. 81.* eaque nunc neoteris ferè probatur. *Duar. ad d. tit. C. cap. 4. Don. ad d. l. 8. num. 21. C. seqq. Fachin. d. loc. Wesemb. hic. Gudel. lib. 2. de jur. noviss. cap. 6. Tulden. in comment. hic. cap. 3.*

*Cessante verborum obligatione*] Si cautio interveniret, & simul interposita sit stipulatio, non nasceretur quidem obligatio ex literis, sed ex stipulatu: cæterum eandem vim & pro reo, & contra eum habebit, quæ futura esset sine stipulatione, l. 9. C. de non num. pec. §. 2. inf. de except.

*Ne ultra biennii metas*] Tempus, intra quod exceptio pecuniæ non numeratæ opponenda, antea quinquennium fuit: pro quo Justinianus substituit biennium continuum, quod currere incipiat à tempore emissæ cautionis: ita tamen, ut hæc præscriptio non currat minoribus 25. annis, & majores, qui per justam absentiam querelam movere non potuerunt, adversus exceptionem amissam in integrum possint restitui, d. l. 14. C. de non num. pec. junct. l. 2. C. in quib. ca. in int. rest. nec. non est, l. 1. in fin. ex quib. ca. maj. In tempore proponendæ querelæ seu exceptionis dotis non numeratæ, quæ species exceptionis non numeratæ pecuniæ, diversum non nihil statutum l. ult. C. ant. seq. C. de dot. caus. non num. Datur querela & exceptio seu replicatio potius non numeratæ pecuniæ etiam creditori, apocha confessio, pecuniam sibi solutam esse, quibuscumque ex causis soluta dicatur, sed tantum intra triginta dies, d. l. 14. §. 2. Exactoribus autem tributorum, vectigalium aliarumque publicarum functionum, contra apochas factæ à collatoribus solutionis prorsus non datur, d. l. 14. §. 1.

Moribus nunc ferè receptum est, ut exceptio non numeratæ pecuniæ intra biennium tueatur debitorem sine probatione, & creditor, qui intendit numeratam esse, intentionem probare cogatur; post biennium vero audiatur adhuc debitor eadem exceptione utens; cæterum hac conditione, ut ipse exceptionem probeat, secundum sententiam Accursii, Bartoli & aliorum, quos superius allegavimus. *Ant. Fab. C. suo de non num. pec. defm. 1. Christin. vol. 3. decis. 37. Zang. de exc. p. 3. c. 12. n. 24. Gros. 3. manuduct. c. 5.* In Gallia receptum, ut debitor post biennium etiam jusjurandum creditori deferre possit. *Ausum. C. Mornac. in d. l. 14. C. de non num. pec. Secun-*

Secundum quod & Curiam Hollandiæ aliquando iudicasse refert *Groenew. de ll. abrog. ad rubr. C. d. sis.* Eadem conditione auditur & creditor post triginta dies adversus apocham seu professionem pecuniæ solutæ, *Ant. Fab. d. sis. defn. ult.* Apud Gallos, quæ conditio est cæterarum cautionum, ut scilicet statim fidem faciant, transferantque onus contrariæ probationis in eum, qui cautionem exposuit, eadem est & cautionis pecuniæ creditæ, testib. *Imbert. 1. inst. forens. 35. Rebuff. ad const. reg. de chirogr. & cedul. recogn. art. 2. num. 28. & 68.* Idem de universo Belgio testatur *Gudelin. 3. de jur. noviss. c. 6. in fin.* sed procul dubio errat. Apud nos sanè idem quod in Gallia observatur: sed in nonnullis aliis harum regionum provinciis beneficium exceptionis, quod intra biennium ex causâ mutui confessi jure communi competit, adhuc in usu esse, vel illud argumento est, quod huic beneficio & exceptioni non numeratæ pecuniæ plerumque in instrumentis & cautionibus pecuniæ creditæ renuntiari solet: quam renuntiationem hunc effectum habere volunt, ut creditor necessitate probandæ numerationis in totum exoneretur, non ut non possit adhuc objici exceptio, sed ut objecta etiam intra biennium sit sine privilegio: ita post *Glossam in l. 3. C. de non num. pec. D. Joan. à Sande lib. 3. rer. judic. tit. 2. defn. 1. D. Deckher. lib. 1. dissert. 6. n. 4.* qui etiam refert, Curiam Brabantiæ iudicasse, locum non esse ex-

ceptioni pecuniæ non numeratæ contra instrumentum publicum, neque etiam inter mercatores, inter quos summa vigere debet æquitas: licet quoad hoc dissentiat *Stracha de mercat. tit. quomod. in caus. merc. proced. num. 9. Farin. contr. jur. lib. 2. cap. 86.* quorum sententia de jure verior videtur *Christinzo d. vol. 3. decif. 37. num. 16.* quamvis contraria obtimeat, *Groenew. d. loc. & ibi cit.* Notetur obiter *D. Grotii àugustinus puzingr d. lib. 3. c. 5. Merul. l. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 2. num. 3.* Illud hic monere non est extra propositum, ne diu frustrentur creditores, apud nos & in Gallia usu fori receptum esse, ut debitores initio litis cautiones suas vel agnoscere, vel negare cogantur; agnoscentes ut mox solvant & pecuniam consignent, (quod *nampisfare* & *nampissement* vulgo appellant) recepturi postea, si nihil deberi constiterit; negantes, si mendacii convincantur, pœnam dupli subeant, juxta *auth. contra qui. C. de non num. pec.* aut pœnam arbitrariam expectent, quod nunc magis in judiciis observari notat *Rebuff. ad proœm. const. reg. gloss. 5. n. 6.* & post eum *Christin. d. decif. 37. n. 12.* & conservandi juris fiscalis gratia traditur obligatio sive cautio procuratori generali. *Merul. d. loc.* Vid. circa hanc materiam *Imbert. lib. 1. inst. forens. cap. 35. & seq. Rebuff. ad const. reg. de chirogr. & cedul. recogn. in presat. n. 44. & seqq. & DD. in auth. modo citata.*

## TITULUS XXIII. DE OBLIGATIONIBUS EX CONSENSU.

*Continuatio.*

**S**equitur postrema obligationum ex contractu species, obligatio ex consensu: quippe quæ ex quatuor propositis adhuc superest. Habent quidem etiam cæteræ obligationes, quæ aut re, aut verbis, aut literis contrahuntur, in se consensum, utpote qui communis est omnium contractuum spiritus, *l. 1. §. 3. de pact.* sed hoc amplius requirunt ad perfectionem contractus, & obligationis substantiam, ut res, aut verba, aut literæ cum consensu concurrant: obligationes autem, de quibus deinceps dicturi sumus, ex consensu esse ideo dicuntur, quia consensu solo perficiuntur & constant, nihilque desiderant præter mutuum contrahentium voluntatem. Solo consensu obligationem pariunt conventiones & contractus juris gentium quatuor, emptio-venditio, locatio-conductio, societas, mandatam; quæ singula singulis titulis explicabuntur.

### TEXTUS.

*Consensu sunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis obligatio dicitur consensu contrahi, quia neque scriptura, neque presentia omnimodo opus est: ac nec dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit, eos, qui negotia gerunt,*

*consentire: unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistolam vel per nuntium. Item in his contractibus alter alteri obligatur in id, quod alterum alteri ex bono & æquo præstare oportet, cum alioqui in verborum obligationibus aliis stipuletur, aliis promittat.*

### COMMENTARIUS.

1. *Quibus modis consensus declaretur.*
2. *Obligationum ex consensu pinguiorem esse naturam, quam obligationum verborum.*

**N** *Equescriptura*] Hoc dicit ad differentiam obligationis literarum, ad quam constituendam scriptura requiritur. Caterum nec obligationes, quæ re aut verbis contrahuntur, magis scripturam desiderant, quam ex, quæ consensu. Quod vero in his etiam scriptura sæpè adhibetur, id eo fit, ut facilius probari possit, quod actum est; non quod ad substantiam contractus, obligationisve constitutionem scriptura pertineat, *l. 4. de fid. inst. l. 4. de pign.* Totus hic locus ad verbum descriptus est ex *Cajo l. 2. de obl. & act.*

*Neque presentia*] Ut in concilianda stipulatione: nam quæ obligationes re aut literis contrahuntur, similiter partium presentiam non desiderant.

*Ac nec dari quicquam necesse est*] Ut in mutuo, commodato, cæterisque contractibus, in quibus res tradita demum initium obligationi præbet.

GGGG 3

*Sed*

*Sed sufficit, &c. consentire]* Declaratur consensus aut certis iudiciis, aut ex re factove aliquo colligitur. Indicia sunt, veluti verba, literæ, l. 2. de pact. l. 4. pro soc. item nutus: nam & nutu conveniri posse, argumento est, quod fideicommissa nutu relinqui possunt, quamvis non relinquantur nisi ex voluntate, l. nutu. 21. de legat. 3. Facta intelligimus ea omnia, quibus intervenientibus præcedens conventio non potest videri non placere. Exemplum hoc esto: vendidit aliquis prædium meum me præsentem, nec tamen aperte consentiente: si pretium ex ea causa accepero, videbor ipse vendidisse, l. 12. de evict. Similia exempla habemus in l. 6. §. 2. l. qui patitur. 18. mandat.

*Unde inter absentes quoque]* Quoniam ad constituendam obligationem ex consensu præter conventionem & nudum contrahentium consensum nihil requiritur; ex eo colligit Justinianus cum Cajo d. l. 2. de obl. & act. huiusmodi negotia & obligationes etiam inter absentes contrahi posse, puta per epistolam aut nuntium. Est vero hoc intelligendum de nuda & simplici epistola nuntioque solo: alioqui & re contrahi obligatio per nuntium potest, veluti mutui, commodati, missa per eum pecunia aut re. Similis collectio est in l. 1. pr. mandat. l. 1. §. ult. de constr. empt.

*Alter alteri obligatur in id, quod ex bono & æquo]* His verbis indicatur alia proprietas contractuum, qui a solo consensu perficiuntur, quod obligationem producant pleniorē & pinguiorē, quam ea est, quæ nascitur ex stipulatu: nimirum quod in istis contractibus alter alteri obligetur non in id modo, de quo convenit, aut dictum est, sed etiam in id omne, quod ex fide bona seu bono & æquo alterum alteri præstare oportet, quamvis de eo nihil cautum sit; cum ex stipulatione obligatio eatenus tantum nascatur, quatenus lingua nuncupatum est, l. quisquid. 99. de verb. obl. Non est vero hoc contractuum, qui consensu fiunt, proprium quarto modo, sed ad cætera quoque iudicia bonæ fidei pertinet: nam in omnibus his placet tantum valere officium iudicis ex bono & æquo, quantum in stipulatione nominatim facta rei interrogatio, l. 7. de neg. gest. l. Lucius. 24. de pos. §. in bona. 30. inf. de action. quamquam hoc loco & apud Cajum d. l. 2. de obl. & act. videri potest per excellentiam quandam hæc qualitas solis tribui contractibus, qui consensu perficiuntur, eademque ratione his opponi stipulatio. De natura & differentiis iudiciorum bonæ fidei & stricti juris dicemus ex professo infra sub §. actionum. 28. de action.

## TITULUS XXIV.

## DE EMPTIONE ET VENDITIONE.

Dig. Lib. 18. &amp; 19. Tit. 1. C. Lib. 4. Tit. 38. &amp; 40.

1. Ratio ordinis. Emptionis origo & utilitas.
2. Emptionis definitio, cum explanatione singularum partium.
3. Summa huius tituli.

**E**xplicatur ordine contractus, qui solo consensu perficiuntur, orditur ab emptione & venditione, specie huius generis contractuum nobilissima, & ad vitæ communis usum maximè necessaria, teste Paulo l. 1. hoc tit. ubi scribit, originem emendi vendendique à permutationibus cœpisse: significans, ut ipse se declarat, difficultatem permutationis, & indigentiam humanam, cui permutatione rerum ægrè succurrit, causam esse, quod nummus inventus, & emptio introducta sit: quod etiam docet Aristot. 5. Ethic. 5. ubi nummum ait hominum instituto factum esse *πρώτα λαμβάνει τὴν ἰσχυρίαν* succedaneum & *οὐκ ἐξ ἑστέων*; quasi sponsores futuræ indigentiae. Emptio-venditio est contractus quo id agitur, ut pro certa pecunia uni danda alter rem accipiat. Appellatur hic contractus emptio & venditio, quia duobus hisce factis seu partibus constat, emptione & venditione, quæ iuncta unum contractum constituunt. Factum ejus, à quo pecunia est, emptio dicitur, ille emptor: ejus, à quo res proficiscitur, venditio, ille venditor. Notandum autem est, sic has partes esse unius contractus, ut tamen partes sint inter se distinctæ ac separatae, ut una non possit esse altera; aliudque semper sit emere, aliud vendere; alius emptor, alius

venditor, l. 1. in fin. hoc tit. l. 1. pr. de rer. permut. Nam quod dicitur in l. veteres. 19. & seq. de act. empt. veteres in emptione & venditione, sicut in locatione & conductione, his appellationibus promiscuè usos esse, id non hoc significat, usos esse una pro altera, ut malè meo iudicio D. Vultejus; sed usos una, puta vel sola appellatione emptionis, vel sola venditionis, ad utrumque intelligendum, indicandumque totum contractum, ut passim in hoc argumento fieri videmus: scilicet quia unum sine altero necesse, nec intelligi potest, ut est natura relatorum. Connan. 7. comm. 6. Donell. ad rubr. C. hoc tit. n. 4. Non expressi in definitione, quod plerique faciunt, emptionem esse contractum mutæ præstationis, juris gentium, bonæ fidei, nominatum, consensu constantem; quoniam ex verbis definitionis satis intelligitur, præter consensum ad perficiendam emptionem nihil desiderari: cætera vero insunt generi, nullus enim contractus est ex iis, qui consensu fiunt, qui non sit *διὰ τὸν ἀποδοτέον*, bonæ fidei, juris gentium, nominatus: nam conventio de pignore, pactum donationis, constitutum, hæc non pertinent; quia non sunt contractus. De cæteris huius generis contractibus idem iudicium esto. Res, quæ traditur, in hoc contractu dicitur merx; pecunia, quæ pro re datur, pretium, d. l. 1. §. 1. sub fin. hoc tit. Igitur circa hæc duo consensus in emptione versatur, circa pretium & mercem; illud ut venditori detur; hæc ut tradatur emptori: ex quibus substantia emptionis æstimanda & definienda fuit. Justinianus hoc titulo explicat, quomodo contractus emptionis & venditio-

ditionis perficiatur tum sine scriptura, tum etiam, cum convenit, ut per scripturam fieret: inde de materia, forma, sine & effectu disputat, quanquam nonnihil confusè. Postremo de rebus, quarum venditio non consistit.

## TEXTUS.

## De emptione pura. De pretii conventionione arrhis &amp; scriptura.

Emptio & venditio contrahitur, simul atque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit: nam quod arrha nomine datur, argumentum est emptionis & venditionis contracta. Sed hoc quidem de emptionibus & venditionibus, qua sine scriptura consistunt, obtinere oportet: nam nihil à nobis in huiusmodi emptionibus & venditionibus innovatum est. In iis autem, qua scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem & emptionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta, vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, à contrahentibus autem subscripta: & si per tabellionem fiunt, nisi & completiones acceperint, & fuerint partibus absoluta. Donec enim aliquid deest ex his, & pœnitentia locus est, & potest emptor vel venditor sine pœna recedere ab emptione & venditione. Ita tamen impune recedere concedimus, nisi jam arrharum nomine aliquid fuerit datum: hoc enim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis, venditio celebrata est: is qui recusat adimplere contractum, si quidem est emptor, perdit quod dedit: si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet super arrhis nihil expressum sit.

## NOTA.

Simul atque de pretio convenerit ] l. 2. §. 1. hoc tit. l. 1. §. 2. de rer. perm. nisi aut conditionalis sit emptio, l. 7. hoc tit. l. 8. de per. & com. rei vend. aut eam in scriptis fieri placuerit, ut infra.

Nisi & instrumenta emptionis, &c. ] Si privata sit scriptura, sufficit instrumentum propria contrahentium manu perscriptum esse, aut si scriptum ab alio, manu eorum confirmatum: si publica, non aliter instrumentum completum intelligitur, quam si à tabellione exceptum, partibus prælectum atque ab ipsis approbatum fuerit, d. l. 17.

Qui recusat adimplere contractum ] Hoc est, qui recusat emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ, d. l. 17. d. vers. Cum enim contractus perfectus est, & semel constituta obligatio, nullo modo alter invito altero recedere potest, l. 5. C. de

obligationib. & act. l. 3. C. de resc. vend. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab emt. disc.

## COMMENTARIUS.

1. Quando emptio contracta intelligatur, & quid intersit inter perfectionem contractus & consummationem.
2. Re certa vendita diversam esse emptoris & venditoris præstationem: genere vendito non item.
3. Esse, qui negent, venditorem, licet facultatem tradendi habeat, præcise teneri rem tradere, sed præstando id, quod interest, desungi.
4. Præcipua huius sententia firmamenta.
5. Verius esse, venditorem prædicto casu præcise teneri tradere.
6. Huius sententia potissima fundamenta.
7. Respondetur ad argumenta pro contraria opinione adducta.
8. Arrham dari vel ut symbolum, vel ut cedat in partem pretii: & effecta utriusque.
9. Quando res in hoc contractu desinat esse integra: & duplex DD. error notatus.
10. Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat.
11. Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur.
12. A contractu perfecto sine communi consensu recedi non posse, licet arrha intervererint.
13. Accurata contraria opinionis confutatio.

UT primum de re & pretio convenit, emptio perfecta intelligitur, quamvis nec res tradita, nec pretium numeratum, nec arrha data sit, l. 2. §. 1. hoc tit. l. 1. §. 2. de rer. perm. l. 8. de peric. & comm. rei vend. & hoc text. Itaque in contractibus, qui consensu perficiuntur, distinguenda perfectio contractus à consummatione five implemento. Emptionem & venditionem perficit solus consensus de re & pretio; consummat rei traditio & pretii numeratio; qui extremus est contrahentium finis. Simul atque autem emptio perfecta est, nascitur utriusque obligatio, teneturque emptor actione ex vendito, ut nummos, quos pretii nomine pro re vendita promittit, solvat; venditor actione ex empto, ut rem venditam tradat emptori, tit. 7. C. de act. emt. Est vero præstatio hæc emptoris & venditoris nonnihil diversa. Emptor enim nummos, quos pretii nomine præstat, venditoris facere cogitur: venditor vero tantum vacuum rei possessionem tradere: quæ res, si venditor dominus fuit, facit & emptorem dominum: si non fuit, evictionis tantum nomine venditorem obligat; neque enim cogitur venditor dominium rei in emptorem transferre, sed satisfacit obligationi, si præstet, habere licere, l. 11. §. 2. l. servus. 30. §. 1. de act. empt. l. si ita. 25. §. 1. hoc tit. l. 1. de rer. perm. Hoc ideo tam varie, ut credibile est, ne usus huius contractus impediatur. Nam etsi venditor non præcise obligatur ad dominium rei vendita in emptorem transferendum, tantundem tamen consequitur emptor tradita rei vacuæ possessione & evictione, re evicta præstita. At vero pretii, quod in pecunia numerata consistit, nullus est usus, nisi accipientis fiat. Adde quod pretium non in specie, sed in genere constituitur: generis autem debitores constat non liberari, nisi rem ex eo genere perfectæ faciant accipientis, l. si à substituto. 45.



10. 45. §. 1. *de legat. 1. l. qui concubinam.* 29. §. *pen. de legat. 3. l. bares.* 58. *de evict.* Quam ob causam & in venditore generis idem probandum crediderim, puta si quis in genere vendidit bovem aut equum, cum Bartolo in 3 *l. 2. si cert. per. num. 7.* Illud non satis expetitur est, utrum venditor, si potestatem tradendi habeat, rem præcise tradere teneatur, an offerendo solutionem ejus, quod emptoris interest, defungi possit. Joannes Bulgarus, Azo, Hugolinus, teste Saliceto in *l. 4. C. de act. empt.* cenfuerunt, venditorem etiam tum, cum facultatem tradendi habet, non posse præcise compelli, ut tradat, sed vendendo interesse liberari. Consentiunt *Alciat. ad l. un. C. de sent. qua pro eo quod inter. Duar. de in lit. jur. n. 22. Don. ad d. l. 4. C. de act. empt. Fachin. 2. contr. 30. Gædd. de contr. stip. cap. 9. num. 65. & seqq.* Atque eo quoque inclinant *Covar. 2. var. resol. cap. 19. n. 1. Bachov. in Treustl. vol. 1. disp. 28. thes. 2. Gudelin. 3. de jur. nov. c. 7. Christin. vol. 3. decis. 54. n. 6. & decis. 61. n. 2. item decis. 75. n. 5.* ubi refert, etiam magnum Senatam Mechlipienfem secundum hanc sententiam sæpè pronuntiasset. Firmamenta hujus sententiæ præcipua hæc sunt. 1. In obligationibus faciendi ita in universum jus est, ut debitor liberetur solvendo id, quod interest, *l. si quis. 13. §. ult. de rejud. l. stipulationes. 72. pr. var. Celsus. de verb. obl. at talis est obligatio, quæ tenetur venditor, arg. l. si rem. 28. d. l. stipulationes. eod. tit.* 2. Non uno in loco traditum legimus, si res vendita non tradatur, in id quod interest, agi, venditorem non tradentem quanti interest, condemnari, *l. 1. l. 11. §. idem air. 9. l. 12. de act. empt. l. 10. quib. mod. pign. solv.* 3. Hoc amplius diferte scriptum est in *l. 4. C. de act. empt.* etiam tum venditorem, quanti emptoris interest, condemnandum, cum procacia ejus sit, quominus res tradatur. Atqui nulla procacia, nulla contumacia in eo est, qui facultatem tradendi non habet. 4. Non obscure electio venditori tribuitur, utrum contractum perficere, hoc est, venditionem implere & rem tradere velit, an emptori, quod interest, persolvere, *l. contractus.* 5 *l. 7. C. de fid. instr.* Cæterum contraria opinio tantum non ubique in praxi recepta est, pluresque habet auctores, quibus & meum calculum addo, nimirum venditorem, cui potestas tradendi sit, teneri actione & ex empto, ut rem ipsam tradat, nec solvendo emptori id, quod ejus interest, obligationi satisfacere. *Cyn. & Bart. in d. l. stipulationes. de verb. obl. item Bart. & Castr. ad d. l. i. de act. empt. Bald. in d. l. contractus. C. de fid. instr. num. 14. Salic. in d. l. 4. C. de act. empt. Alex. Dec. Fas. ad l. 9. si cert. per. ex modernis Gomez. 2. resol. 10. n. 22. Olden. class. 4. act. 1. Mox. col. 4. de natur. empt. n. 26. & seqq. Ans. Fab. 6. consuet. 17.* qui tamen, ut est inconstans, in alteram partem transit *decis. 85. error. 4.* sed in Cód. suo *tit. de pact. defn. 11.* refert, Senatam Sabaudicæ secundum hanc posteriorem sententiam judicasse. Ita quoque decidunt *Rot. Genuens. decis. 214. Soar. in thesib. recepr. sent. lit. V. Venditor. si facultatem. Pinnell. in l. 1. C. de bon. matern. part. 3. num. 25.* Fundamenta hujus sententiæ potissima sunt 1. rei æquitas, cui minime convenire videtur, ut emptor præcise teneatur pretium solvere, venditor autem contra non teneatur rem tradere; ut emptor rei periculum sustineat, rem tamen consequi non possit: denique ut propter fraudem venditoris, fidem conventionis adimplere, cum potest,

recusantis, emptor probationi difficillimæ ejus, quod interest, quod & ad exiguam summam plerumque deducitur, *l. ult. de stip. prat. adstringatur.* 2. Quod responsum est, tum non posse agi, ut venditor rem tradat, cum, quod multis modis accidere potest, tradendi facultatem non habet, *l. si cum fundum. 68. §. ult. hoc tit.* Hinc enim à contrario recte colligitur, cum eam facultatem habet, agi posse, ut tradat. 3. Rescriptum Impp. in *l. 6. C. de resc. vend.* Unde sic recte inferitur: Si emptor duplo pretii sibi oblato ab emptione recedere non cogitur; igitur nec oblata præstatione ejus, quod interest, utpote cujus æstimatio in venditionibus duplum excedere non potest, *l. un. C. de sent. qua pro eo quod inter. prof. 4.* Probatur hæc sententia omnibus iis juris locis, in quibus traditur, venditorem oportere in primis ipsam rem præstare; obligatum esse, ut præstet, rem habere licere; quod absque traditione possessionis fieri non potest, *l. 2. l. 3. l. 11. §. 2. l. servus. 30. in fin. de act. empt. l. Labeo. 45. in fin. hoc tit. l. 8. de evict.* 5. Adhuc apertius *l. bona fides. 50. & l. si quis. 46. de act. empt.* quarum in altera scriptum est, venditorem compelli rem tradere; in altera, cogi venditionem implere. Aliud autem est, implere contractum; aliud, id, quod interest, præstare. *l. contractus. 17. C. de fid. instr.* 6. Apertissime loco Pauli, *1. sent. 13.* ubi sic scribit; Si id quod emptum est, neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat ut mancipet. 7. Idem confirmat textus in §. 1. *hoc tit.* ubi Justinianus expresse ait, emptione perfecta & pretium omnimodo solvendum & rem tradendam esse. Item alter in §. 2. *sup. de donat.* ubi eandem traditionis necessitatem, quæ incumbit venditori, ad hujus exemplum donatori quoque imponit, ut fatendum sit, aut ei, qui donavit, necessitatem traditionis non incumbere, aut si fatemur incumbere, fateamur & incumbere ei, qui vendidit. 8. Postremo non possit venditor, si jure publico ei concessum esset, rem venditam, quam tradere potest, non tradere, modo pati velit se condemnari in id, quod emptoris interest, non tradens aut facultatem tradendi sibi adimens, dici frangere, rumpere contractus fidem, ut in *l. 6. C. de hered. vend. l. 10. C. de act. empt.* Ad argumenta dissentientium non quæram operosas responfiones. Fefellit eos primum, quod putaverunt, omnes obligationes faciendi esse ejusdem naturæ, factæque nuda & simplicia, seu quæ in meris faciendi finibus consistunt, qualia sunt, exempli gratia, Romam ire, tabulam pingere, insulam fieri, fossam fodere, similiæ esse iis, quæ in rei alicujus præstatione & juris possessionisve translatione consistunt, quale est ejus, qui tenetur ex causa venditionis rem tradere: inter quæ multum interesse alii recte docent, *arg. l. in conventionalibus. 52. §. 1. de verb. obl. l. qui res. 98. §. mihi. 6. de salut.* Nam prioris generis facta sunt ejusmodi, quæ ut quis faciat, cogi non possit sine vi & impressione; & ideo ne homini libero vis fiat, placet, in his debitorem non præcise ad faciendum, quod promissit, obligari, imo factum hæctenus tantum esse in obligatione, ut faciendo debitor liberetur, peti nunquam possit, sed id solum, quod interest; neque id statim, sed tum demum, cum transierit tempus, intra quod fieri potuit, quod promissum est, ut hic post moram, quasi per speciem quandam novationis, in locum prioris obligationis succedat obligatio in id, quod interest,

terest, cujus jam præstandi necessitatem debitor evitare, & faciendo se liberare non potest, nisi ante litem contestatam, l. 14. l. stipulationes. 72. l. si insulam. 84. l. servum. 91. §. 3. de verb. obl. At cum res aliqua tradenda est, non tam illud agitur, ut tradentis factum aliquod interveniat, quam ut in eum, cui res tradi debet, possessio transferatur; quod si factum ejus ipsius, qui ad tradendum obligatus est, non fiat, iudicis auctoritate poterit possessio avocari, atque in eum, cui res tradi debuerat, transferri. Per l. qui restituere. 68. de rei vind. Dissimilitudo clarius apparebit ex paucis, quæ subjiciamus. Obligaciones, in quibus nudi facti præstatio versatur, incertæ sunt, l. ubi autem. 75. §. qui id. 7. de verb. obl. utpote in quibus id duntaxat, quod interest, (quod vel ex ipsa pronuntiatione apparet incertum esse) ita venit, ut cum effectu peti possit, uti paulo ante demonstratur. Obligatio autem venditoris certa est, quia non continet nudum factum, sed causam bonorum, l. 52. §. 1. d. sit. id est, certæ rei præstationem cum translatione domini aut juris ufucapiendi, l. 80. §. 3. hoc tit. l. 3. l. 11. §. 2. l. servus. 30. §. 1. de act. empr. Ponamus ergo; rem aliquam mihi pure venditam esse; hic dubium non est, quin eam ipsam rem quam emi, petere à venditore possim, & vel confestim, vel etiamnum post moram: ex quo porro efficitur, etiam iudicem in eandem rem venditorem victum condemnare debere; non in æstimationem; ut sententia sit conformis libello, juxta l. ult. C. de fideic. libert. At ex mera faciendi obligatione nec statim agi potest, neque ad facti præstationem licet post moram, sed in id solum quod interest, quamvis promissor faciendum ante litem contestatam liberetur, l. si insulam. 84. de verb. obl. Quamobrem non minus vere, quam eleganter mihi scribere videtur Fayus in supplem. ad Conn. l. 7. c. ult. si factum, quod in conventionem deductum est, in rei alicujus præstatione consistat, sive ad dationem, dominiive aut juris alicujus translationem ordinetur, id magis pro datione, quam facti habendum esse, arg. l. in conventionalibus. 52. §. 1. junct. l. ubi. 75. §. ult. de verb. obl. ut ex contrario datio ad factum ordinata pro facto magis habenda, veluti si ancilla procuratori in rem suam constituto manumittenda detur. Non obstant textus in l. 72. pr. l. 75. §. 7. de verb. obl. ubi fundum tradere cum aliis iisque puris factis conjungitur. Nam ex eo, quod facta omnia in eo conveniunt, quod per se divisionem non recipiant, aut quod per se nude considerata incerta sint, non recte intuleris absolutam convenientiam. Deinde & causa consideranda: potest enim & qui commodato aut precario rogat, rem sibi tradi stipulari, & à quovis possessore. Denique & restituere factum est, & tradere ex causa donationis, dotis, permutationis, &c. Secundo in eo decepti sunt contrariæ sententiæ auctores, quod existimaverunt, obligationem, qua tenetur venditor, esse alternativam, in qua constat, electionem esse debitoris, arg. l. contractus. 17. C. de fid. instr. Nam obligatio venditoris non est alternativa à principio, sed successiva, ut scilicet teneatur in id, quod emptoris interest, si contractum implere, id est, rem tradere nequeat. Nam profecto si alternativa esset, & consequenter venditoris in ea electio, non peccaret, non frangeret fidem venditor, facultatem tradendi sibi adimens eandem rem alteri vendendo. Cur igitur qui hoc facit, crimen falsi com-

mittere dicitur? l. qui duobus. 21. ad leg. Corn. de fals. aut certè stellationatus, si non dixerit mercem liberam esse? l. 3. §. 1. stellationas. Plane, si dolo aut frustratione venditoris fiat, quominus res tradatur, potest emptor ultro omiſsa petitione rei agere, ut consequatur quod sua interest; taxandum non jurejurando actoris in litem, sed arbitrato iudicis. Quo pertinet species l. 4. C. de act. empr. & in hanc quoque sententiam tandem concessit Barchov. not. in paravit. Wesemb. tit. de act. empr.

[Argumentum est emptionis contractæ] Sæpe arrhæ nomine aliquid dari ab emptore solet: sed quod ita datur, potest firmandi contractus gratia, & quo facilius probari possit convenisse de pretio, non quod sine arrharum interventu emptio non perficiatur, l. quod sæpe. 35. pr. hoc tit. Datur autem arrha vel simpliciter, ut sit argumentum duntaxat & probatio emptionis contractæ, veluti si annulus detur; vel ut simul postea cedat in partem pretii data certa pecunia, l. 11. §. 6. qui vina. 6. de act. empr. l. ult. de leg. commiss. Cum arrha tantum ut symbolum data est, impleta emptione, id est, re tradita & pretio numerato, restituenda est emptori, utilisque in eam rem est actio ex empto, aut condictio sine causa, d. l. 11. §. 6. de act. empr. cum in certa pecunia, cedit in defalcationem pretii, nihilque repetitur; sed reliqua pecunia re tradita exsolvenda est, d. l. ult. de leg. commiss. Utroque autem casu hoc evenit, ut si postea placuerit emptionem esse irritam, id quod arrharum nomine datum est, emptor repetere possit vel actione ex empto, vel etiam condictione sine causa, d. l. 11. §. 6. de act. empr. junct. l. 2. C. quand. lic. ab empr. disc. Et cum ergo utroque casu etiam arrhis interventibus solo communi consensu ab emptione recedi possit, apparet, datione arrharum neutroque rem desinere esse integram: constanter enim traditum est, solo consensu, licet mutuo, ab emptione, & similibus contractibus recedi non posse, nisi adhuc res sit integra, l. ab emptione. 58. de pact. l. 1. C. l. 2. C. quand. lic. ab empr. disc. §. ult. inf. quib. mod. toll. obl. Quando igitur res integra esse desinit, ut solo consensu ab emptione recedi nequeat? nimirum cum aliquid præstitum est eorum, quæ ex natura contractus præstari debent, ut expressum est in d. l. 58. de pact. puta si vel venditor rem aut partem rei tradiderit, vel emptor pretium aut partem pretii, d. l. 1. C. l. 2. C. quand. lic. ab empr. disc. C. d. §. ult. inf. quib. mod. toll. obl. Ex quibus apparet, DD. vulgo duplici in errore versari: primum quod existimant, quando arrhæ dantur in nummis, qui postea in pretium imputentur, rem non amplius æstimari integram: deinde quod arrha data in argumentum contractus res sic integra maneat, ut vel uni liceat invito altero ab emptione discedere, emptori cum amissione arrharum, venditori cum duplicatarum restitutione. Quod perquam absurdum est, atque in certissima juris principia impingit. Sed de eo paulo post diligentius.

[In iis autem, quæ scriptura conficiuntur] Potest contractus emptionis ex voluntate & conventionione partium aliam naturam adfiscere, quam est ea, quam ex jure communi & gentium habet, ut scilicet ad vim & constitutionem obligationis scripturam intervenire necesse sit, cum absque tali conventionione foret, ut nudo & simplici consensu, aut alias sine scriptura, perficeretur; nam non in emptione solum, sed etiam in aliis causis id usu

H h h h

venit,

venit, ut in permutatione, transactione, donatione quæ non excedit 500. solidos &c. *l. contractus. 17. C. de fid. instr.* Quando autem id inter contrahentes actum intelligatur, diligenter observandum est. Etenim in scriptis contractum dicitur, non quoties de negotio in conventionem deducto scriptura confecta est, (quippe solent plerumque scripturæ confici, non ut robur & substantiam ex iis contractus accipiat, sed facillioris probationis gratia, & ad futuram rei memoriam) verum tunc demum, cum id actum est, ut non aliter contractus valeat, quam si in scripturam redigatur. Id vero actum intelligitur, ut recte Placentinus & Azo, non tantum cum nominatim & expresse convenit, ut non valeret contractus, nisi in scripturam redactus esset; verum etiam si simpliciter convenierit, ut in scriptis contraheretur, vel quod idem valet, si ab initio placuerit contractum in scriptis fieri: nam & hic non obscure id agitur, ut contractus non nisi scriptus valeat, neque ad hoc expressiorem conventionem requirit Justinianus in *d. l. contractum. Consentit Gloss. hic, Castr. in d. l. contractus, Si- chard ibid. n. 3.* Quæ etiam ratione si partes aut in ipso actu contrahendi, aut paulo ante contractum petierint, ut calamus afferretur, ut accerseretur notarius contrahendi & conficiendi instrumenti gratia, rem in scriptis geri, & sine scriptura nihil actum voluisse, censi debent. Quæ sententia etiam rebus judicatis confirmata est, teste *Ant. Fab. C. suo, de testibus, defn. 23. & de fid. instr. defn. 14.* quamquam dissentit *Salic. in d. l. contractus. Et nonnulli alii, quos allegat.* Et ut cautè servari, probare videtur *D. Deckher. lib. 2. dissert. 13. num. 3.* At vero si, quod sæpe fit, post contractum initum, & conclusionem negotii, instrumentum de eo confectum fuerit, scriptus potius, quam in scriptis initus, contractus dicitur. Sicuti nec recte quis dixerit, testamenta nuncupativa, quæ hodie frequentantur, per scripturam fieri, licet plerumque scribantur, quoniam ut scribantur, ad substantiam eorum non pertinet, *vid. sup. §. ult. de test. ord.* Sed etsi in contractu ineundo convenierit, ut de eo instrumentum conficeretur, ne sic quidem id actum intelligi debet, ut contractus in scriptis fieret, sed potius ut sine scriptura initus perfectusque ad futuram duntaxat rei memoriam describeretur. Quippe in dubio, si non appareat quid actum sit, credendum est, ad probationem potius, quam ad validitatem actus, scripturam intervenisse, cum actus talis est, qui sine scriptura potest subsistere, *l. 4. de pignor. l. 4. de fid. instr. l. cum res. 12. C. de probat. & ibi Bald. ut jure communi magis, quam speciali, contrahentes usi videantur, l. Imperator. 30. de reb. auctor. jud. possess. l. 14. de priv. cred. Ant. Fab. dd. loc. DD. comm. in d. l. contractus. C. de fid. instr. Christin. vol. 3. decis. 29. num. 15. & seq. Andr. Fachin. 2. contr. 97.*

11 *Nisi & instrumenta emptionis* ] Quoties placet, negotium scriptura confici, non ante id pro perfecto habetur, quam in scripturam redactum est, instrumentumque ejus negotii rite confectum. Si privata sit scriptura, sufficit ad completionem instrumenti, propria contrahentium manu id per scriptum esse; modo ne quod scriptum est, pro prima scheda & deletitia, in qua partes aliquid addi aut detrahi & deleri voluerint, habitum sit; tum enim ad perfectionem contractus requiritur, ut scheda illa in mundum redigatur. Quod si instrumentum non ab ipsis

contrahentibus, sed ab alia persona privata scriptum sit, id pro completo habetur, cum utriusque contrahentis subscriptione confirmatum est. Si vero instrumentum sit publicum, puta conficiendum per tabellionem sive notarium, id non aliter completum intelligitur, neque vires ullas habet, quam si à notario exceptum perfectumque, partibus prælectum fuerit, atque ab ipsis approbatum, *hoc text. & d. l. contractus.* De requisitis instrumenti publici, & quæ de more inferi solent, *vid. Covar. pract. q. 20. Wesemb. paras. de fid. instr. Alshuf. lib. 3. c. 42. n. 13. & seq. cum ibi citatis.*

*Donac aliquid deest, pœnitentia locus est* ] Cum contractum in scriptis fieri placuit, scriptura ad substantiam contractus pertinere incipit: & ideo quamdiu instrumentum perfectum non est, obligatio non nascitur, & nihil dum actum intelligitur, qua de causa interim etiam pœnitentiæ locus est, licetque alterutri à negotio, quod institutum est, sine pœna discedere. Cæterum hoc ita, nisi quid arrharum nomine datum sit. Quod cum factum est, placet quidem, adhuc sine mutuo consensu recedi posse; sed emptorem consilium mutantem, quod dedit, amittere; venditorem ejus, quod accepit, duplum restituere, *d. l. contractus. C. de fid. instr. & hoc nostro text.*

*Sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata sit* ] 12 Id est, celebrari cœpta sit; quam esse mentem Justiniani, ex eo intelligitur, quod ante dixit, pœnitentiæ locum esse, quamdiu aliquid deest ad perfectionem contractus. Hoc enim ipso aperte significat, cum contractus est perfectus, & nihil amplius ad constitutionem obligationis desideratur, pœnitentiæ locum non esse, nec posse ullo modo unum invito altero ab eo recedere. Ex ipsa constitutione Justiniani *d. l. contractus.* Id elucet clarius, *verb. super faciendâ emptione.* Item *non procedens contractus.* Item *qui vendere pollicitus est, qui emere pactus est.* Quæ omnia manifeste ostendunt, nec arrhis datis pœnitentiæ locum esse, nisi contractus adhuc imperfecto. Putaverit autem forte aliquis, hoc non convenire cum eo, quod arrhæ dicuntur esse argumentum emptionis contractæ: ex eo enim sequitur, arrhas non dari, nisi contractu jam perfecto. Respons. Verum est, arrhas plerumque quidem contractu demum perfecto dari solere: cæterum nihil prohibet, quominus & ante contractum dentur super faciendâ emptione ei, qui vendere pollicitus est, quæ sunt verba *d. l. contractus.* Et in ipso actu contrahendi, quamdiu adhuc contractui aliquid deest, ut est in hoc text. neque id tantum cum in scriptis res geritur, verum etiam cum sine scriptis. Neque enim statim inter partes de pretio convenit: accessio quoque & finium definitio sæpe tractum temporis habet, & interim aliquid arrhæ nomine dari potest ab eo, qui de re emenda tractare cœpit, ne quis alius facile prævertat; nec venditori liceat impune recedere. Con- 13 cedunt omnes, si sine arrhis emptio celebrata sit, recedi à negotio sine communi consensu non posse: ceterum si arrhæ intervenerint, putant plerique, etiam tunc locum pœnitentiæ dari, cum contractus jam perfectus est, & posse adhuc ab eo discedi hac conditione, si emptor discedere volens arrhas relinquat, venditor recedens reddat duplicatas. Quod minime ferendum est. Quid enim certius hac juris sententia, obligationi semel constitutæ renuntiare invito adversario non licere? *l. 5. C. de obl.*

*obl. & act.* Atque hoc vel maxime valet in contractu emptionis & venditionis, l. *ab emptione*. §. 8. *de pact. l. 1. & 2. C. quand. lic. ab empt. disc.* Ufque adeo ut constitutum sit, nec ex rescripto Principis ab emptione jure perfecta recedi posse, l. 3. *C. de resc. vend.* Non mutat hanc sententiam arrharum post contractum perfectum interventus, sed magis firmat: quoniam arrhæ non dantur infirmandæ emptionis causa, sed confirmandæ: dantur enim tunc in hoc, ut sint argumentum emptionis jam contractæ, hoc *sex. & l. quod saps. 35. eod.* Jam vero absurdissimum est, id quod ad confirmationem contractus datur, ad eversionem ejus flecti: & omnino falsum est, quod pro defensione contrariæ sententiæ affertur, datione arrharum hoc tacite agi intelligi, ut liceat alterutri ab emptione contracta recedere cum jactura arrharum aut duplicatarum restitutione. Neque interpretis est, hujusmodi tacita pacta sine auctoritate legum, & contra mentem atque intentionem contrahentium introducere. Non obstat, quod is, qui nominatum in rem aliquam sibi cavet, aliis beneficiis & remediis renuntiare videtur, per l. *& habet. 15. §. 3. de precar. l. ult. C. de pact. conv. tam sup. dot.* Idem tunc obtinet, quando quis sua cautione sibi prospexit de re aliqua, in qua illi prospicitur jure sine cautione privata, ut ostendunt exempla prædd. ll. Locum autem non habet in pluribus cautionibus, quibus quis sibi privatim prospicit. Hoc enim cum sit, posterior cautio præcedentem obligationem magis confirmat, l. 4. §. *si ex conventionibus. de re jud. l. prædia. 28. de act. empt.* Et sic etiam fit in proposito: nam qui emit, privata cautione sibi parat actionem ex empto; ac proinde nova cautione arrharum non debet videri à priori obligatione recessisse, sed eam magis voluisse confirmare. Hanc sententiam non obscure probant *Jo. Fab. hic. Cyn. & Bart. in d. l. contractus.* certius confirmant *Oldendorp. class. 4. act. 2. Wesemb. par. n. 9. Don. ad. d. l. contractus. n. 12. & seqq. Diod. Tulden. ad tit. C. quand. lic. ab empt. disc. n. 2. Christin. vol. 3. decif. 70. n. 2. & consuetudine receptam testatur Badius ad l. 35. in fin. hoc tit.* in Gallia tamen contraria obtinet, teste Pacio in *d. l. contractus. n. 12.*

*Qui recusat adimplere contractum*] Id est, qui recusat institutum emptionem perficere, aut stare placito emptionis & venditionis futuræ; quod ex iis; quæ præcedunt, perspicuum est. *Adimplere* igitur hic positum pro *perficere*, ut contra *perficere contractum*, dixit pro *implere*, *d. l. contractus. circa med.* Cæterum cum proprie & distincte loqui volumus, emptionem perfici dicimus solo consensu in mercem & pretium, impleri harum rerum præstatione. Illud simplicem perfectionem & constitutionem obligationis significat; hoc finem ultimum contrahentium, numerationem pretii & rei venditæ traditionem.

## T E X T U S.

De pretio certo vel incerto vel in arbitrium alienum collato.

1. *Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. Sed & certum esse pretium debet: alioqui si inter aliquos ita convenierit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti*

*sit emptia, inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, constaretne venditio, an non. Sed nostra decisio ita hoc constituit, ut quoties sic composita sit venditio: Quanti ille aestimaverit, sub hac conditione staret contractus, ut siquidem ille, qui nominatus est, pretium definierit, tunc omnimodo secundum ejus aestimationem & pretium persolvatur, & res tradatur, & venditio ad effectum perducatur: emptore quidem ex empto actione, venditore ex vendito agente. Sin autem ille, qui nominatus est, vel noluerit, vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. Quod jus cum in venditionibus nobis placuerit, non est absurdum & in locationibus & in conductionibus tradere.*

## N O T A.

1. *Nulla emptio sine pretio*] l. 5. §. 1. *b. t.* quemadmodum nec sine re, quæ veneat, l. 8. *eod.* Itaque non valet emptio donationis causa contracta, l. 36. l. 38. *eod.* nec cum dicis causa & à *oportet* res venditur uno nummo: quæ non vera, sed imaginaria venditio est, l. 55. *eod.* & donationis instar inducit, l. 46. *locat. l. 3. l. 9. C. hoc tit.* Denique nummus unus pretium non est, l. 10. §. *ult. de acq. poss.* emptionis autem substantia consistit ex pretio, l. 72. *b. t.*

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

1. *Emptionis substantiam ex pretio consistere: & quid inde.*
2. *Pretium certum constitui oportere, & quando id constitutum intelligatur.*
3. *Emptionem non contrahi, cum definitio pretii generaliter alieno arbitrio permessa est: secus si arbitrio certa persona.*
4. *Quid si res vendita sit eo pretio, quod duo periti à partibus eligendi consenserint.*
5. *Arbitrarius manifestam iniquitatem corrigi posse officio judicis.*
6. *Explicatur l. in lege. 24. in pr. locat. & alia quadam observata digna notantur.*

**Q**uemadmodum sine re, quæ veneat, nulla emptio intelligitur; l. 8. *hoc tit.* ita nec sine pretio, quod vicissim præstetur, emptio esse potest, l. 2. §. 1. *eod.* l. 1. *de rer. perm. l. pacta conventa. 72. hoc tit.* ubi Papi- nianus ait, *emtionis substantiam consistere ex pretio.* Itaque non valet emptio, quæ donationis causa contrahitur, l. *cum in venditione. 36. l. si quis. 38. eod.* aut cum dicis causa: prætextu pretii quæsitio, res venditur uno nummo, l. *si quis. 46. locat.* quæ non vera, sed imaginaria venditio est, l. *nuda. 55. d. l. si quis. 38. hoc tit. l. imaginaria. 16. de reg. jur.* Plane, si non id actum sit, ut totum pretium condonetur, sed res vilioris pretio, licet donationis causa, vendita fuerit, placet valere venditionem, extra quam si hujusmodi venditio facta sit inter virum & uxorem, d. l. 38. In pretio duo desiderantur; unum, ut id certum sit; alterum, ut

constitatur in pecunia numerata. De priore tractatur hoc §. de posteriore §. seq.

2. *Certum esse pretium debet*] Quamdiu pretium incertum atque indefinitum est, emptio imperfecta censetur, nec ulla nascitur obligatio. Itaque si emere volenti venditor sic dicat, *Habebis rem emptam, quanti postea aestimabitur*, nihil adhuc actum intelligitur. Enimvero si traditio secuta sit, volunt DD. comm. inde resultare contractum innominatum, quam sententiam probat *Fachin. 2. controv. 1. Bus. in l. 1. de rer. perm. contra Pinell. part. 2. rubr. de resc. vend. Gomez. 2. resol. 2. num. 9.* Quod ego in medio relinquo. Certum duobus modis dicitur, vel simpliciter, cum ab initio certa quantitas exprimitur, vel de quo constat per relationem ad rem certam; veluti si ita dicat venditor, *quanti tu emisisti, quantum pretii in arca habeo*. Nam licet hic pretium in presentia occultum sit & apud contrahentes incertum, re tamen ipsa & in veritate certum definitumque est, l. 7. §. ult. hoc tit. Bene Justinianus, *Qua per rerum naturam certa sunt, non morantur obligationem, licet apud nos incerta sint*, §. pen. sup. de verb. obl. Quid ergo si venditor sic dixerit, *Res tibi erit empti a justo pretio*, aut *eo pretio, quod justum declarabitur*? Adhuc imperfectum negotium videtur: quoniam & justii pretii modus incertus est; quippe quod constitui non potest, nisi ex arbitrio boni viri, quod in mercibus una, & æquabili forma non continetur. Ita post DD. comm. Pinell. d. part. 2. n. 19. & seq. Gomez. d. loc. n. 9. Surd. decis. Mant. 82. n. 14. Fach. 2. contr. 1. Assentior autem Surdo d. decis. in fin. & D. Tuldeno comm. hic. cap. 4. qui venditionem justo pretio factam valere existimant in iis mercibus, quibus publice pretium constitutum est, ut sæpe panis, vini, frumenti, carni, aliarumque rerum ad vitam quotidianam pertinentium pretium magistratus definit. Hoc enim casu partes per justum pretium non aliud, quam illud ipsum, quod publice determinatum est, intellexisse videri possunt. Constat autem, etiam illud pro certo haberi, quod certum evadit ex relatione ad id, quod certum est. Et hinc infert Gomez. d. loc. valere venditionem vini, olei, tritici & similibus rerum, factum eo pretio, quo communiter talis res vendatur in foro publico, tali die vel tempore.

3. *Inter veteres dubitabatur*] Dubitatum olim fuit, an valeret emptio definitione pretii collata in arbitrium alterius. Quidam id affirmabant, quasi res omnis in arbitrium boni viri rejecta censeretur deberet; nec incertum videri, cujus definitio pendeat a tali arbitrio, quod uno & perpetuo tenore constat. Alii id negare, hoc forte argumento nixi, quod pretia rerum æstimatione communi, non ex affectu singulorum, funguntur, l. pressa. 63. ad leg. Falc. Fuere denique, qui distinguendum existimabant, utrum electum esset arbitrium boni viri simpliciter, an vero nominatim arbitrium certæ personæ. Hanc quæstionem Justinianus hoc §. & l. ult. C. eod. ita decidit, ut si definitio pretii collata sit in arbitrium certæ personæ, puta hoc modo. *Fundus ille tibi emptus est, quanti Titius aestimaverit*, hac conditione staret emptio, si persona nominata pretium definiret. Quod si ille, qui nominatus est, vel noluerit pretium definire, vel non potuerit, forte jam mortuus, tum emptio nulla sit, quasi nullo pretio constituto. Illud autem semper constitit, in arbitrium unius ex contrahentibus definitionem

pretii frustra conferri, l. quod sæpe. 35. §. 1. hoc tit. ne scilicet in potestate ementis aut vendentis sit, utrum debeant, an non debeant, l. 7. in pr. eod. l. 13. C. eod. l. 2. §. 3. quod cert. loc. Pinell. d. part. 2. cap. 1. num. 6. Gomez. d. resol. cap. 2. n. 19.

*Quanti ille aestimaverit*] Arbitrator scilicet nominatim electus: nam si pretium alieno arbitrio generaliter permissum sit, placet emptionem non contrahi, uti nec locationem, mercede in alienum arbitrium indefinite collata, l. si merces. 25. princ. locat. veluti, *fundus tibi emptus est, quanti alii aestimabunt, aut quanti vir bonus æquum putaverit*, non facta relatione ad judicem vel certam personam, arg. d. l. ultim. C. hoc tit. Pinell. d. loc. num. 5. Quid vero si emptio facta proponatur eo pretio, quantum constituerent duo periti eligendi; alter ab emptore; alter à venditore? Consequens est superioribus, ut dicamus, emptionem non valere: quoniam ne hic quidem certa persona designatur; adeoque eadem hic incertitudo est, quam habet designatio justii pretii, vel pretii in arbitrium boni viri collatio: nam & hæc sic interpretaremur, ut eligeretur aliquis, qui neutri improbaretur, aut ut quique eligeret unum, qui pretium statueret aut justii pretii modum. Quin fieri etiam potest, ut ipsi contrahentes circa electionem peritorum dissentiant: neque enim hæc peritia certum usque habet tenorem: Non obstat l. 16. §. ult. de pign. ubi negotium subsistit ex pacto pignoris. Ita pro Pinello d. loc. num. 6. contra Fachinæum 2. contr. 1. & sententiam communem disputat D. Tuldenus comm. hic. cap. 5. communis tamen sententia in foro obtinet, ac consuetudine hujus seculi potissimum inter mercatores viget. D. Paul. Bus. in l. 1. n. 8. de rer. perm.

*Omnimodo secundum ejus aestimationem*] Hoc idem expressum est in ipsa constitutione Justiniani l. ult. C. hoc tit. Ergo etiam si Titius arbitrator multo plurius aut minoris rem aestimaverit, quam valet, dicendum est valere contractum. Sane si arbitrium Titii tam pravum est, ut manifesta ejus iniquitas appareat, consentiens fere omnium opinio est, arbitrio boni viri iniquitatem corrigi posse. Quod sic accipiendum est, corrigi posse, non remedio aliquo restitutorio, sed officio judicis, quod actioni bonæ fidei subservit, exemplo societatis. Ut enim, si partibus societatis definiendis arbiter electus partes manifeste iniquas constituerit, iniquitas arbitrii per judicem corrigitur instituta actione pro socio, l. in propositis. 78. & seq. pro soc. ita quoque si pretio declarando sumptus in contractu emptionis, aperte iniquum & nimis magnum definerit, & venditor illud petat, poterit judex, ostensa iniquitate, ex officio id moderari, propter clausulam ex bona fide. Ita DD. comm. hic. & in d. l. ult. C. eod. Quæ sententia cum sit æquitati plane consentanea, utique civiliter accipi oportet, quod hic ait Justinianus, omnimodo secundum aestimationem arbitratoris pretium solvendum esse, ut scilicet his verbis non excludatur officium judicis in corrigenda manifesta iniquitate, etiam si ea dididium justii pretii non excedat: nam ad eam, quæ excedit, rescindendam speciale remedium competit, l. 2. C. de resc. vend. Inter quæ hoc interest, quod officium judicis locum non habet, nisi cum re adhuc integra agitur ex empto aut vendito ad implendum contractum: nam si juxta factam aestimationem res tradita sit & pretium solutum, officio judi-

judicis corrigi iniquitas non potest. Quod si ultra dimidium justii pretii alteruter læsus sit, hic locus est remedio rescissorio, d. l. 2. C. de resc. vend. add. Bachov. comm. hic, & D. Tulden. cap. 9.

Pro nihilo esse venditionem] Igitur in proposito non recurritur ad arbitrium akerius, tanquam electum sit arbitrium boni viri. Idque etiam ante Justinianum in partibus societatis definiendis obtinuisse constat, l. si coita. 75. pro soc. Quin etiam Ulpianus generaliter respondet, non esse recedendum à persona ejus, cujus arbitrium insertum est, l. si quis. 43. de verb. obl. Neque hic obstat, quod scriptum est, l. in lege. 24. pr. locat. si in lege locationis comprehensum sit, ut alterius arbitratu opus approbetur, boni viri arbitrium comprehensum videri: nam istic non contractus aut substantialis aliqua pars contractus in arbitrium alterius confertur, sed mercede pro opera constituta, & sic contractu jam perfecto, accidentale aliquid, nimirum qualitas seu approbatio operis, quod redemptor faciendum conduxit. In hujusmodi specie id actum merito intelligitur, ut arbitrium tale præstetur, quale viro bono convenit, ne alteri injuria fiat; & hoc bona fides exigit. Pari de causa si quid accidentale (nam essentialia non possunt) arbitrio alterutrius è contrahentibus permissum sit, placet in viri boni arbitrium id collatum videri, ut actus sustineatur; qui frustraneus foret, si persona contrahentis tantum comprehensa intelligeretur; quippe in cujus potestate sit, non arbitrari, l. 7. pr. hoc tit. d. l. 24. locat. In testamentis, in quibus voluntates plenius interpretamur, l. 12. de reg. jur. hoc perpetuum est, ut legatum in alterius arbitrium collatum, in boni viri arbitrium collatum intelligatur; & si ve is, in cujus arbitrium collatum est, arbitretur, si ve non arbitretur, semper utile sit, l. 1. de leg. 2. l. 3. §. 1. C. comm. de legat.

Et in locationibus] d. l. ult. C. hoc tit. Verba pene integra constitutionis Justiniani, quæ & hoc §. repetuntur, ad Cajum in l. merces. 25. princ. locat. appinxit Tribonianus.

T E X T U S.

In quibus pretium consistat. Differentia emptionis & permutationis.

2. Item pretium in numerata pecunia consistere debet. Nam in ceteris rebus an pretium esse posset, valde quærebatur; veluti, an homo, aut fundus, aut toga, alterius rei pretium esse possit. Et Sabinus & Cassius etiam in alia reputabant, pretium posse consistere: unde illud, quod vulgo dicebatur, permutatione rerum emptionem & venditionem contrahi: tamque speciem emptionis & venditionis vetustissimam esse. Argumentoque utebantur Græco Poëta Homero, qui aliquam partem exercitus Achivorum vinum sibi comparasse ait permutatis quibusdam rebus, his verbis:

Νῆπις δὲ ἐν Λήμνῳ περιπέσων οἶνον ἄγασται.  
 Ἐΐην ἄρ' οἶνίζοντο κρηρομύσαντες Ἀχαιοί,

Ἄλλοι μὲν χαλκῶν, ἄλλοι δ' αἶθροι σιδήρων.  
 Ἄλλοι δ' ἰνῶν, ἄλλοι δ' αὐτοῖσι βόσων,  
 Ἄλλοι δ' ἀνδραπόδων.

Hoc est:

Adveſta è Lemno tunc vina fuere carinis,  
 Inde capillati sibi vina parare Pelasgi:  
 Ære micante alii, nitido pars altera ferro,  
 Pars bubulis tergis, ipsi plerique juvenis,  
 Pars quoque mancipiis.

Diverse schola auctores contra sentiebant; aliudque esse existimabant permutationem rerum, aliud emptionem & venditionem: alioqui non posse rem expediri, permutatis rebus, qua videatur res venisse, & qua pretii nomine data esse: nam utramque videri & venisse & pretii nomine datam esse, rationem non pati. Sed Proculi sententia, dicentis, permutationem propriam esse speciem contractus a venditione separatam, merito prevaluit: cum & aliis Homericis versibus adjuvabatur, & validioribus rationibus argumentabatur. Quod & anteriores Divi Principes admiserunt, & in nostris Digestis latius significatur.

N O T A.

2. Permutatione rerum emptionem contrahi] Permutatio instar obtinet emptionis, Unde in ædilitio edicto cum permutatum est, uterque & venditoris & emptoris loco habetur, l. 19. §. pen. de adil. edict.

Antiores D. Principes] Diocletianus & Maximianus, l. pen. C. de rer. perm.

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

1. Summa disputationis Pauli in l. 1. hoc tit.
2. Pretium in alia re, quam pecunia numerata, constitui non posse, ex sententia Proculi.
3. Excutiuntur argumenta, quibus Sabinus probare conatus est, permutatione rerum emptionem contrahi.
4. Usus pecunia signata per antiquum esse.
5. Quibus & quam validis rationibus Proculus demonstravit, emptionem & permutationem plane diversa esse.
6. Defenditur Sabini & Cassii sententia.

Antiquissima ratio commutandi inutilia cum utilis, & comparandi res necessarias, permutatio fuit: quæ cum duo hæc incommoda haberet, unum, quod non semper concurrebat, ut quod alter haberet, alter desideraret; alterum, quod etiam concurreret, inæqualis tamen rerum esset æstimatio: invento tandem nummo, quo res ceteræ æstimarentur, & qui mensura esset omnium, his difficultatibus occursum est; cœperuntque homines res sibi necessarias comparare pretio earum in nummis seu pecunia numerata vicissim dato: quod genus commercii emptio & venditio appellatur, & secundum Nervæ ac Proculi sententiam à permutatione multum distat. Hæc summa est disputationis Pauli in l. 1. hoc tit. & hujus loci.

H h h h 3

IN

<sup>2</sup> *In numerata pecunia*] Alterum, quod in pretio desideratur, est ut illud constat in nummis seu numerata & signata pecunia. In aliis rebus pretium non posse consistere, nec rebus utrinque interuentibus emptionem fieri, ex sententia Nervæ & Proculi pridem placuit, *hoc text. l. 1. §. 1. eod. l. 1. de rer. perm. l. 9. C. hoc tit. l. pen. C. de rer. perm.* Enimvero si pretium ab initio in pecunia numerata constitutum fuerit, consentienti postea venditori etiam alia res in solutum dari potest contractu non mutato, *l. 9. C. de rescind. vend.* quippe circa formam & distinctionem contractuum initium, non exitum, spectamus, *l. 1. §. idem Pomponius. 13. depof.*

<sup>3</sup> *Sabinus & Cassius etiam in alia re*] Sabinus & Cassius putabant, non tantum in pecunia numerata, verum etiam in quavis alia re pretium consistere posse, verumque permutatione emptionem quoque & venditionem contrahi. Utebantur ad confirmationem sententiæ suæ hoc argumento; Si emptio & venditio jam tum in usu erat, cum nondum esset nummus, nihil obstat, quominus & post repertos nummos sine iis consistat, &c. Assumptionem probabant auctoritate Homeri, qui *lib. 7. Iliad.* refert, Græcos vinum ex Lemno advectum sibi comparasse ære, ferro, tergoribus, bobus, mancipiis, utens verbo *οὐκ ἴστω*, quod est *οἶνον ἀργυρίου*, vinum æmenda, mercari. Alium locum ejusdem Poëtæ, & qui magis pro hac sententia facit, Paulus *l. 1. §. 1. hoc tit.* subministrat ex libro *1. Odysf. circa finem.*

*Ἡ δὲ πρὸς Λαέρτην πρὶ τῷ κτήματι ἰσθῆναι.*

Idest, quam (Eurycleam ancillam) olim Laërtes emerat possessionibus suis. Nerva vero & Proculus contra disputabant, pretium non nisi in nummis posse consistere, contractumque emptionis & venditionis à permutatione multum differre; quibus etiam cæteri ferè assenserunt: argumenta eorum mox videbimus. Illud Sabini & Cassii ex Homero non putabant esse magni ponderis. Nam verbum *οὐκ ἴστω* esse ambiguum, quod pro subiecta materia & ad permutationem & ad emptionem accommodari possit: & ideo apud Poëtam *d. loc.* ad permutationem potius, quam ad emptionem referendum; quod etiam Paulus notat, *d. l. 1. §. 1. hoc tit.* Illa quidem,

*πρὶ τῷ κτήματι ἰσθῆναι,*

Sabini opinionem magis juvant: nam verbum *οὐκ ἴστω* proprietate & vi sua non potest ad alium contractum, quam ad emptionem referri: & tamen emptio ista sine nummis facta est, sive verba Homeri, sic interpretere, *emit possessionibus aut facultatibus suis*, id est, *de suo*, sive ut alii, *emit & emptam profecit facultatibus suis*, ut subaudiatur præpositio *ἐν*: quoniam mox subijcit Poëta, pretium datum esse viginti boum. Sed tamen ne hoc quidem satis esse videtur ad probandum, emptionem ibi revera contractam fuisse: quippe cum poëtæ, dum metro serviunt, verborum proprietatem sæpe negligere cogantur. Inspicienda semper est rei veritas, quam si sequimur, statuendum omnino videtur, emptionem & venditionem non esse, nisi nummi intervernerint; etiam si dictum sit, me fundo meo emisse fundum tuum: & ideo Plinius *lib. 33. c. 1.* ex Homero eandem rerum permutationem referens, quæ hic memoratur, impropiè loqui credendus est, cum dicit, Græcos viduum emptitasse coriis boum, &c. Illud ex antiquis historiis, adeoque ex ipsa historia Mosis *Genes. c. 23. & c. 42. cum aliquot seqq.* constat, usum nummi & signatæ pe-

cuniz antiquissimum esse, & Trojanis temporibus multo antiquiorem. Plinius *l. 7. c. 56.* scribit, Liberum Patrem primum instituisse emere & vendere. Qui Liber Pater temporibus Mosis fuisse dicitur multo ante bellum Trojanum quanquam primus nummorum auctor per Græciam celebratur Phædon Eleus, qui Homero longè recentior fuisse fertur; *Strabon lib. 8.*

*Diversa schola auctores contra*] Videlicet Nerva & Proculus. Hi negabant, pretium rei venditæ in alia re consistere posse, quam in pecunia numerata, dicebantque, emptionem & venditionem diversam esse speciem contractus à permutatione. Sic vero illi argumentabantur. In contractu emptionis & venditionis hæc perpetuo distincta esse oportet, pretium & mercem: sicut enim aliud est emere, aliud vendere, alius emptor, alius venditor, ita & aliud pretium, aliud mercem esse. At in permutatione uti discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit, ita nec utra res videatur venisse, utra pretii nomine data. Rationem autem non pati, ut dicamus, utramque & venisse & pretii nomine datam, *l. 1. §. 1. in fin. hoc tit. l. 1. de rer. perm.* Atque hæc Proculi & Nervæ sententia tandem obtinuit, & constitutionibus Principum comprobata est, *l. pen. C. de rer. perm.* Paulus in *d. l. 1. de rer. perm.* duas alias inter emptionem & permutationem differentias notat. 1. Quod venditor non cogitur rem emptoris facere, sed sufficit ei ob evictionem se obligare, possessionem tradere, & purgari dolo malo: itaque si evicta res non sit, nihil venditorem debere. At in permutatione utrinque rem accipientis fieri debere; ideoque rem alienam dantem nullam contrahere permutationem, *d. l. 1. pr. junct. §. 3.* 2. Quod in emptione ex nuda consentientium voluntate obligatio nascitur, in permutatione res demum tradita initium obligationi præbet, *§. 2. ejusd. l. congruit. l. 3. C. eod.* sed utrumque hoc est à civili jure Romanorum.

*Aliis Homericis verbis*] Puto, eos versus significari, quos Paul. *l. 1. §. 1. h. t.* citat ex *lib. 6. Iliad.* ubi Poëta refert, Glaucum centum boum arma aurea permutasse cum æreis Diomedis armis novem boum. Quo loco utitur verbo *ἀμείβω*, quod est proprium permutationis. Eisdemque versus in hanc sententiam etiam Theophilus citat. Sed profecto parum in utramque partem valere debet auctoritas Poëtæ, quem dici potest, dum metro servire cogitur, verborum proprietatem insuper habuisse.

*Validioribus rationibus*] Validissimum illud argumentum est, quod in contractu emptionis res & pretium distincta esse debent: quod nec Sabinus negabat: & tamen necessario inde sequi videtur, pro re non posse aliam rem ut pretium dari, sed opus esse pecunia signata: alioqui emptionem non esse, sed alium contractum. Atque hæc quidem ita pro Paulo Proculique & Nervæ sententia speciosè disputantur. Cæterum si quod res est, fateri, & liberè philosophari volumus, verior est illa Sabini & Cassii, qui rebus etiam invicem permutatis ritè venditionem perfici dixerunt, eamque esse antiquissimam emptionis & venditionis speciem, quæ permutatione rerum contraheretur. Nam & in antiquis permutationibus, quantumvis citra nummum fierent, utique venditor ab emptore, pretium à merce distinguebatur: atque hoc tum ex rebus ipsis, quæ dabantur, tum ex animo & proposito contrahentium intelligi poterat. Qui animo



animo rei suæ diffrahendæ permutabat, erat venditor; qui alienæ habendæ, emptor. *Æs, ferrum, aurum, argentum rude*, pro pretio erant: sed & per boves quoque rerum æstimatio fiebat. Ita apud Homerum vinum, quod è Lemno in castra Achæorum advehebatur, merx erat, qui advehebant, venditores; Achæi autem emptores; pretium, quo vinum sibi comparabant, *æs, ferrum, bubulæ pelles, boves, &c.* Didymus in Homer. *οὐκ ἔστιν οἶνος, ἀνέστη*. Læertes emptor Eurycleæ, pretium viginti boves. Item Poëta arma Glauci & Diomedis pretio æstimans dicit, illum *ἰκετόμωσια*, hunc *ἐπιτάμοσια* habuisse. Quod si negamus, permutationem veteribus usitatum venditionis & emptionis nomine appellandam, cur hæc omnia in suis permutationibus distincta nominibus agnoscunt, emptorem, venditorem, mercem, pretium, *ὅτιν περὶ τῶν, ὅτιν φέρειν*? An nulla tunc temporis mercatura, nullæ res venales, nulli emptores aut venditores fuerunt? & cur non loco pecuniæ signatæ res alia, puta aris, argenti aut ferri rudis massa, aut quid aliud, quod in *ἀντιδοῦν* detur pretio fungi queat, licet ex nummi usu certius hæc distincta? Est tamen species aliqua permutationis veteribus etiam nota, ab emptione & venditione planè diversâ, & in qua nullo modo discerni potest, uter emptor, uter venditor sit, utrum pretium, utrum merx; nimirum ubi quis non animo vendendi rem suam cum altero permutat, qui nec ipse rem alienam emptam velit, sed cum ita incidere, ut huic res alterius, illius alteri placeat, si de commutando invicem convenerint, veluti si arma cum armis, chlamys cum chlamyde, fundus cum fundo fortè commutentur: quod genus permutationibus Græcis propriè *ἀγορῆς*, Gallis *troq*, Batavis *rupsing* appellatur: quibus verbis emptionis & venditionis nomina minime conveniunt. Fufius in hanc sententiam differit doctissimus Salmasius *lib. de usur. cap. 13.* & tanto iudice in hac quæstione vincit schola Cassii & Sabini.

## TEXTUS.

De periculo, & commodo rei venditæ.

3. *Cum autem emptio & venditio contracta sit, (quod effici diximus simul atque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur) periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit, vel aliqua parte corporis læsus fuerit, aut ades tota, vel aliqua ex parte, incendio consumpta fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aque, aut arboribus turbinis dejectis, longè minor aut deterior esse cœperit, emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quicquid enim sine dolo & culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. Sed & si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accesserit, ad emptoris commodum pertinet. Nam & commodum ejus esse debet, cu-*

*jus periculum est. Quod si fugerit homo, qui venit, aut surreptus fuerit, ita ut neque dolus, neque culpa venditoris intervenierit, animadvertendum erit, an custodiam ejus usque ad traditionem venditor susceperit. Sanè enim si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus est. Idem & in cæteris animalibus, cæterisque rebus intelligimus. Utique tamen vindicationem rei, & conditionem exhibere debebit emptori: quia sanè qui nondum rem emptori tradidit, adhuc ipse dominus est. Idem etiam est de furti, & de damni injuria actione.*

## NOTÆ.

3. *Cum sine scriptura*] Et purè: nam si sub conditione, non ante emptio perficitur, quam conditio impleta sit: & ideo interim periculum venditorem respicit, *l. 7. h. s. l. 8. de per. & comm. rei vend.* cui respectu periculi similis venditio vini, olei, &c. pretio in singulas amphoras aut metretas constituto, *l. 35. §. 5. h. s.*

*Periculum rei venditæ*] Id est, certæ speciei. Aliud est, si quis v. c. vendiderit decem boves in genere: nam genus perire non potest, *l. 11. C. si cert. pes.*

*Emptori tradita non sit*] Dummodo culpa aut mora venditoris non intercesserit, *l. 23. l. 91. §. 3. de verb. obl.*

*Sine dolo & culpa*] Emptio & venditio est contractus, in quo utriusque utilitas versatur. Itaque ex natura horum contractuum venditor non nisi dolum & culpam præstat, *l. 5. §. 2. commod.*

*Damni injuriæ*] Ex lege Aquilia, *v. inf. lib. 4. tit. 3.*

## COMMENTARIUS.

1. *Summa juris constituti de periculo & commodo rei venditæ.*
2. *Quando emptio perfecta intelligatur: ex quo de periculo & commodo statuendum.*
3. *Periculi nomine plerumque quidem etiam casum fortuitum intelligi, sed non semper.*
4. *Quid si res venditæ, qua pondere, numero, mensura constat.*
5. *Quid si vinum, quod venit, degustatum sit, nonnum ad mensum.*
6. *Conventione naturam contractus immutari posse: & quid si culpa aut mora venditoris intervenierit.*
7. *Auctoritates & rationes, quibus evincitur, rei venditæ periculum statim ad emptorem pertinere.*
8. *Occurritur argumentis auctorum contraria sententia, & explicatur l. 33. locat.*
9. *Quid juris apud nos ex constitutione Caroli V. 1529.*
10. *Venditorem levius duntaxat culpa, non etiam levissima nomine teneri, nisi custodiam rei in se susceperit.*
11. *Cur vindicatio rei & cætera actiones hic memoratæ ante traditionem emptori non competant, sed à venditore ei præstandæ.*

Introducitur hoc loco quæstio de periculo & commodo rei venditæ & nondum traditæ, ad utrum interim utrumque pertineat, ad venditoremne, an ad emptorem. Quæstio insignis, & quæ separatim propriis tit. in *π.* & *C.* explicari meruit. Summa juris de hac specie con-

constituti hæc est: Placet, simul atque emptio perfecta est, licet res nondum tradita sit, omne commodum, & vicissim omne periculum atque incommodum rei, quod sine facto venditoris contingit, emptorem sequi. Sententia innumeris locis tradita, l. 7. l. 8. de per. & comm. rei vend. l. 1. l. 4. l. pen. & ult. C. eod. l. quod sape. 35. §. si res. 4. hoc tit. l. 5. §. ult. de resc. vend. cum similib. & hoc text. Quamobrem necessario sciendum est, quando emptio perfecta censetur: tunc enim sciemus, cujus periculum aut commodum sit. Et quidem si pura est emptio, & sine scriptura negotium geritur, statim ea perfecta intelligitur, ut de pretio convenit: si in scriptis rem geri placuit, instrumento contractus ritè confectò; tunc enim obligatio constituta est, à qua sine communi consensu recedere non licet; sed hoc solum restat, ut partes fidem contractus impleant, emptor pretium persolvat, venditor rem tradat, ad quod ille actione ex vendito, hic actione ex empto compelli potest, de quo uberius explicatum est in *pr. hujus tit.* Quod si sub conditione emptio contracta sit, tunc ea perficitur, cum impleta fuerit conditio, l. 7. l. si quis. 37. hoc tit. d. l. 8. de peric. & commod. Itaque ubi purè res venit, statim periculum & commodum ad emptorem respicit: ubi sub conditione, cum conditio exiterit: nam si defecerit conditio, nulla est emptio: pendente autem conditione quod damnum aut commodum contingit, ad venditorem pertinet; ut tamen si res adhuc extet, licet casu aliquo deterior facta, placeat hoc damnum emptoris esse: distinctio tradita in d. l. 8. de peric. & commod. rei vend. facit.

3 l. 10. eod. l. 5. C. eod. Qui vero periculum dicit, is quidem plerumque etiam casum fortuitum intelligit, l. 4. l. 11. de reb. cred. l. si gratuitam. 17. §. 1. 2. pen. de præscr. verb. l. 12. cum 2. ll. seqq. de peric. & commod. l. 1. C. de commod. l. 9. C. de pign. act. sed non semper. Nam interdum etiam periculo nostro res esse dicitur, in qua culpam præstamus, & maximè levissimam, non etiam casum improvisum, l. 13. §. 1. de lib. caus. l. qui mercedem. 40. locat. l. non ob eam. 25. pro soc. l. 14. §. qualis. 16. de furs. l. 1. §. sape. 35. depof. l. 3. pr. naut. caup. stab. & passim hæc phrasæ occurrunt, periculum custodia subire; periculo culpa, negligentia subijci, adstringi, illigari, l. un. §. quod si. 4. furs. adv. naut. caup. l. tutores. 39. §. tutores. 12. & l. seq. de adm. tut. d. l. 1. §. sape. de

4 pos. In quæstione proposita prior significatio obtinet. In rebus, quæ pondere, numero, mensura constant, veluti frumento, vino, oleo, argento, modo ea servantur, quæ in cæteris, ita ut simul atque de pretio convenit, videatur perfecta venditio: modo ut etiam si de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio (utique ratione periculi) quam si admensæ, appensæ, adnumeratæ sint. Est vero in his rebus probata hæc distinctio, ut si omne vinum, vel oleum, vel frumentum, vel argentum uno pretio seu aversione venierit, idem juris sit, quod in cæteris rebus, perfectaque emptio intelligatur, statim ut de pretio convenit. Quod si hæc non uno pretio, sed ita venierint, ut in singulas amphoras vini, in singulas metretas olei, in singulos modios frumenti, in singulas libras argenti, certum pretium diceretur, non prius, quantum ad periculum, perfecta videatur venditio, quam res hujusmodi adnumeratæ, admensæ, appensæve sint, quasi venditio sub hac conditione contracta sit: textus elegans in l. quod sa-

pe. 35. §. in his. 5. hoc tit. l. 2. C. de per. & comm. rei vend. Ergo si quod damnum rei venditæ interea contingerit, ad venditorem, non ad emptorem, id pertinet, quasi imperfecta adhuc emptione, l. 1. de peric. & commod. d. l. 2. C. eod. Quid autem dicimus, si vinum degustatum sit, sed nondum admensum? Non poterit verum esse, quod dici solet, plenissimè videri venisse vinum, cum fuerit degustatum, atque ex eo tempore periculum ad emptorem spectare, d. l. 1. de peric. & commod. Id enim tunc rectè dicitur, cum singulatim emptæ sunt certæ vini amphoræ, perfecta que venditio est. Cui convenit, quod Paulus ait, aliam causam esse degustandi vini, aliam metiendi: gustum enim ad id tantum proficere, ut improbare liceat; mensuram vero non ut plus vel minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur, l. si in emptione. 34. §. alia causa. 5. hoc tit. Proinde facta etiam degustatione, cum nondum perfecta emptio est periculum qualitatis, puta acoris, aut mucoris, non minus quam substantiæ, spectabit ad venditorem; quippe ad quem omne damnum pertinet, quod ante perfectam venditionem contingit. Planè, si emptor vina degustaverit, & malè probaverit, jam tum fortè acida aut mucida, de se queri debet, nec eo solo prætextu, quod nondum perfecta sit emptio, ea improbare postea poterit, quæ semel probavit, l. si vina. 15. de peric. & commod. vid. Gloss. & DD. in d. l. quod sape. §. 4. & 5. hoc tit. & ad l. 1. §. 1. 2. C. de peric. & commod. rei vend. Gomez. 2. var. resolut. cap. 2. num. 32. Afflic. decis. 280. num. 4. & decis. 399. Ant. Capuc. decis. Neap. 14. eleganter Anton. Fab. C. suo de per. & commod. rei vend. definit. 1. Christin. vol. 3. decis. 74. Atque ita quidem, ut diximus, res se habet ex natura contractus. Cæterum sciendum est, naturam contractus posse immutari conventionem contrahentium, atque effici, ut & damnum, quod post perfectam emptionem contingit, non ad emptorem, sed ad venditorem pertineat; & quod ante perfectam emptionem contingit, pertineat ad emptorem, l. 1. l. 10. de per. & comm. rei vend. quippe contractus ex conventionem legem accipiunt, l. contractus. 23. de reg. jur. Præterea regulam, secundum quam periculum post perfectam venditionem ad emptorem respicit: non sequimur, si res perierit aut deterior facta sit culpa venditoris; sed aliam communem omnium contractuum, in quibus utriusque utilitas versatur, ut dolum & culpam venditor præstet, l. 5. §. 2. commod. d. l. 23. de reg. jur. Pertinet huc species l. 12. junct. l. 14. in pr. de peric. & commod. Postremo & mora venditoris regulam mutat, facitque, ut periculo rei venditæ etiam post perfectum contractum venditor subijciatur, l. 4. l. ult. C. eod. tit. Sed hic vires recipit regula, si postea iterum offerente venditore emptor moram fecerit in accipiendo, l. illud. 17. d. tit. estque hoc jus commune omnium debitorum, l. 5. de reb. cred. l. si ex legati. 23. l. si servum. 91. §. 3. de verb. obl.

Periculum rei venditæ ad emptorem statim pertinet ] 7 Hoc constanter à veteribus traditum est, cum omnibus illis locis, quos superius in hanc sententiam allegavimus, tum etiam pluribus aliis, ut l. 10. §. 1. l. 11. de per. & commod. l. 2. §. 1. l. 4. §. idem. 4. de in diem addit. l. si ea res. 31. de act. empr. l. ultim. de cond. ca. dat. l. 15. de jur. dot. l. 11. §. plane. 9. & seq. quod vi aut clam. l. soluturni.

*instm. 39. de solut.* efficiturque etiam his rationibus. 1. Quoniam casus fortuiti nullo bonæ fidei iudicio præstantur, *l. 6. C. de pign. act.* imo in universum nullo iudicio, *l. 23. de reg. jur.* 2. Quia ex natura contractuum, qui utriusque gratia fiunt, venditor non nisi dolus & culpam in re vendita præstat, *l. 5. §. 2. com. 3.* Quia omnes debitores certæ rei liberantur, si ea res sine culpa eorum perierit, *l. si ex legati. 23. de verb. obl. l. 5. de reb. cred. 4.* Quia ad quem pertinet commodum, is secundum naturæ regulam & incommodum ferre debet. Atque illud pertinet ad emptorem, &c. Objicitur tamen huic sententiæ *l. 9. C. de pign. act.* ubi Imp. consulti, si res pignori data casu perierit, utrius id detrimentum sit, debitorisne, an creditoris, respondent, pignus perire debitori, addita hac ratione, quia pignus in bonis debitoris maneat, quæ ratio hanc includit sententiam, ut necesse sit rem perire ei, qui rei dominus est. Hoc autem si verum esse fatemur, eadem ratione dicendum videtur, rem venditam & nondum traditam periculo venditoris interim esse, eamque non emptori perire, sed venditori, utpote qui rei dominus maneat usque dum tradita sit, *hoc §. in fin.* Respondeo, malè ex *d. l. 9.* generaliter colligitur, rem semper perire suo domino: sed hoc rectè, perire suo domino, si idem dominus sit & creditor in ea re, id est, cui res ex obligatione restitui debet; uti accidit in re deposita, commodata, locata, item in re pignori data. Nam qui pignus dedit, is quidem habita ratione fortis debitor dicitur, sed in repetenda re pignorata creditor est. In his inquam omnibus rectè dicitur, si res debita casu pereat, eam perire domino; nimirum quia idem est creditor, qui dominus: est autem regula certæ & perpetui juris, si res debita sine culpa debitoris perierit, debitorem eo interitu liberari, *l. 5. de reb. cred. l. 23. de verb. obl.* At ex diverso, si idem qui dominus rei est, sit & debitor eiusdem rei, puta ex causa legati, stipulationis aut venditionis, semper adversario res perit, domino nunquam: quod efficitur ex eadem regula, secundum quam creditori res perit, etiam si dominus non sit; debitori non perit, quamvis idem sit dominus, *ad. loc.* Unus locus Africani in *l. si fundus. 33. locat.* turbavit summos viros, Cujacium tract. 8. ad African. Borchelt. Vulrejum hic. ut contra tot expressos textus, & manifestam rationem juris, putarint & docuerint, periculum rei venditæ, usque dum tradita sit, ad venditorem pertinere. Ego vero nihil video apud Africanum, quod hanc sententiam juvet. Ait Africanus, *Si fundus venditus prius, quam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenetur venditor ex empto, ut pretium restituat.* Igitur in specie illic proposita res propriè non perit, sed venditori ablata adhuc extat. Hoc autem cum evenit tenetur venditor, actiones suas emptori præstare, *l. 14. pr. de furs. & in calce hujus §.* Quod si nullas actiones venditor habeat, aut, ut in casu *d. l. si fundus.* culpa sua inanes, ob hoc ipsum damnandus est, *l. quod sape. §. 4. hoc tit.* utique ut pretium restituat, *d. l. si fundus.* Rectè autem DD. statuunt, in specie Africani fundum publicatum debere intelligi ob culpam & delictum venditoris: nam ut forte injuria iudicis id factum sit, tamen contraria præsumptio est, debetque hoc factum potius venditori nocere, adversus quem sententia lata est, quam emptori, *l. si per. 51. de evict.* Cæterum quoniam culpa hæc non tendit directo ad impe-

diendam traditionem, placet hæcenus, saltem teneri venditorem, ut pretium restituat, non etiam ut id præstet, si quid pluris emptoris interfit, ut sit, cum res iudicio evicta est, *l. si in venditione. 60. l. evicta. 70. de evict.* Sed & si fundus usus publici gratia in specie Africani publicatus dicatur, nihilominus tamen æquum est, ut venditor pretium reddat, cum eo casu à fisico iterum tantundem accipiat. Hæc autem dispositio juris civilis circa periculum rei venditæ & necdum traditæ etiam apud nos quidem obtinet in venditione rei mobilis: sed an item rei immobilis venditæ ante traditionem coram magistratu loci ritè factam periculum æque ad emptorem spectet, dubitatur propter constitutionem Caroli Quinti, editam anno 1529. qua constitutio vetatur, & pro nulla atque irrita habetur omnis alienatio rei immobilis, quæ facta non est coram iudice loci, ubi res sita, aut si sint bona feudalia, coram paribus Curiz, *Grot. 2. introd. cap. 5. paucis casibus exceptis, vid. Groenew. de ll. abrog. ad rit. 23. lib. 3. Instit.* Agitata fuit hæc quæstio incidenter apud Curiam Hollandiæ. Plerique censuere, Carolum Principem hac sua constitutione etiam in hoc à jure communi recessisse, quod rei immobilis venditæ periculum interim ad venditorem, non ad emptorem pertinere voluerit: quanquam Senatus nihil definit, sed propter opinionum varietatem amplius deliberandum censuit, *decis. Cur. Holland. 32. Groenew. d. tract. ad hunc §. memorat, Curiam postea judicasse, nihil juri scripto in eo de quo quæritur, per d. constitutionem Carolinam derogatum videri.*

*Commodum ejus esse debet, cujus periculum est.]* Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi; quem sequuntur incommoda, *l. 10. de reg. jur.* Proinde cum omne incommodum rei venditæ, quod post perfectam venditionem contingit, ad emptorem pertineat, justum & æquum est, ut vicissim ex eo tempore commoda quoque rei omnia emptorem sequantur, *l. 7. de per. & comm. rei vend. l. 1. C. eod.* veluti si quid postea fundo vendito accesserit per alluvionem, *hoc text. & d. l. 7.* item foetus pecudum, partus ancillarum, *l. pen. C. de act. empr. l. 8. de evict.* fructus etiam jam maturi, *l. 13. §. si fructibus. 10. l. qui pendensem. 25. de act. empr. l. fructus. C. eod.* mercedes ex operis, aut vecturis: pensiones ex locatione, *d. l. 13. §. item. 13. de act. empr. ad. Don. ad l. 1. C. de per. & comm. rei vend. Gomez. 2. resol. 2. n. 11. Covar. 1. resol. 15. & Christin. vol. 3. dec. 74.*

*Quod si fugerit homo, &c.]* Non tantum si res vendita perierit aut deterior facta sit, damnum emptoris est; verum etiam si ex potestate venditoris exierit, ut tradere eam non possit; veluti si fugerit homo aut aliud animal, quod veniit, aut res quælibet surrepta amissave fuerit. Est vero eadem hic probata distinctio, quæ in casu rei corruptæ aut peremptæ, videlicet ut si culpa venditoris tale quid evenerit, venditoris detrimentum sit; si culpa venditor careat, emptoris, *l. quod sape. 35. §. si res. 4. hoc tit. l. si ea res. 31. de act. empr. & hoc text.*

*An custodiam ejus usque ad traditionem.]* In contractibus, in quibus utriusque versatur utilitas, cujus generis est emptio venditio, præstatur dolus & culpa, *l. 5. §. 2. commod.* ac proinde etiam custodia & diligentia à venditore exigitur, non utique summa & exactissima; sed

sed media, id est, talis qualem vulgo bonus & frugi patersam. rebus suis adhibet: quam si præstiterit, securus esse debet, *d. l. quod sape 35. §. 4. hoc tit.* Non obstat *l. 2. in fin. aut l. 3. de peric. & commod.* quia ibi tractatur de rebus, quæ pondere, numero, mensura, constant, venditis; in quibus non semper nudus consensus venditionem perficit, *l. 1. §. 1. d. tit. d. l. quod sape. §. 5.* Fufius hoc jam ante explicuit. At enim vero speciali conventionione arctius venditor obligari potest, puta, ut præstet etiam summam diligentiam ac custodiam majorem, quam natura contractus desiderat, *l. contractus. 23. de reg. jur.* quod tunc etiam agi intelligitur, cum venditor custodiam rei in se suscipit, id est, cum convenit, ut venditor custodiam præstet: alioqui nihil operaretur illa conventio, cum, ut jam dictum est, mediocri custodia ex natura contractus etiam citra aliam conventionem præstetur. Itaque custodiam in proposito accipere debemus *φυλακῆ ἀνεξαρτήτου* custodiam majorem, quam natura contractus desiderat, *fac. l. qui mercedem. 40. locat.*

11 *Si non susceperit, securus est*] Suscepta rei venditæ custodia nihil venditorem excusat, præter casum & vim majorem: non suscepta excusatur, si sine dolo aut culpa ejus servus fugerit, res surrepta aut amissa sit, *d. l. quod sape. §. 4. hoc tit. l. si ea res. 31. de act. empt.* intellige hæcenus, ut cum eo agi ex empto non possit, ut rem tradat, aut solvat interesse: nam ad alia adhuc tenetur, quæ sine incommodo suo præstare potest, ut mox audiemus.

*Utique tamen vindicationem, &c.*] Quamvis venditor, cujus dolo, aut culpa, aut, in casu custodiæ susceptæ, levissima negligentia nihil factum est, re amissa aut surrepta hæcenus securus sit, ut conveniri actione ex empto non possit, ut rem tradat aut præstet interesse; nihilominus tamen tenetur, ut actiones, quas habet, emptori cedat, atque in eum transferat, *d. l. quod sape. 35. §. 4. hoc tit. l. si ea res. 31. de act. empt. l. 14. pr. l. si vendidero. 80. de furt. & hoc text.* ubi quatuor hujus generis actiones referuntur, vindicatio rei, conditio, actio furti, & damni injuria.

*Vindicationem & conditionem*] Conditionem intellige furtivam, quæ venditori datur, cum res furto ablata est. Neutra harum actionum alii competit, quam domino, ut videbimus *inf. §. 1. de act. & §. ult. de obl. qua ex del. & hæc causa est, quod emptori in proposito competere non possunt; quippe qui dominus non est, ut mox sequitur.*

*Adhuc ipse dominus est*] Venditor rei venditæ dominium retinet usque ad traditionem, *d. l. 14. pr. de furt. l. si ager. 50. de rei vind.* adeoque in universum ita jus est, ut non nudis pactis aut contractibus, sed traditionibus dominia rerum transferantur, *l. 20. C. de pact.* Quinimo et si res emptori tradita sit, dominium tamen à venditore non recedit, antequam ei satisfactum sit, *l. quod vendidi. 19. hoc tit. §. vendita. 41. sup. de ver. divis.* ubi hoc à nobis explicatum est.

*Idem est de furti & damni injuria actione*] Non solum conditio re vendita ante traditionem furto oblata venditori competit, sed etiam pœnalis actio furti: non quod hæc actio soli domino detur; sed quia rem non emptori, sed venditori surreptam proponimus: alioqui omnibus ea actio datur, quorum interest rem salvam esse, si vi-

delicet his ipsis surrepta sit. Et igitur cum hic solus venditor actionem furti habeat, eam quoque mandare emptori debet, *d. l. 14. pr. l. si vend. 80. de furt.* Damni injuria actio lege Aquilia constituta est, qua omne damnum per injuriam datum vindicatur. Hæc actio soli domino regulariter datur, & ideo venditori quoque in proposito competit, & emptori cedenda est. De damno injuria dato agitur *inf. lib. 4. tit. 3.*

## TEXTUS.

## De emptione conditionali.

4. *Emptio tam sub conditione, quam purè contrahi potest. Sub conditione, veluti, Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis tot.*

## NOTÆ.

4. *Tam sub conditione*] *l. 7. hoc tit. l. 8. de per. & comm. &c.* Potest & purè sic contrahi ut sub conditione resolvatur, *l. 3. eod. l. 6. C. de resc. vend.* quo etiam pertinent duæ conventiones in hoc genere maximè celebratæ, quarum altera additio in diem, altera lex commissoria dicitur, vid. *tit. de in diem addit. & tit. de leg. commiss.*

## COMMENTARIUS.

1. *Emptionem contractam sub hac conditione, si res emptori intra certum tempus placuerit, valere; non valere indefinitè ita contractam, si emptori placebit: & cur tam variè.*
2. *De retractu conventionali & legitimo remissivè.*
3. *In diem additio & lex commissoria quomodo transigantur.*

**C**ontractuum omnium hoc commune est, ut non purè tantum, sed etiam sub conditione iniri possint. At enim vero hujuscemodi conditio, *Si res intra certum diem placuerit*, non temerè in ullo contractu, si venditionem exceperis, occurrit. In venditione autem frequens est: nemo enim facile aliquam rem emit, puta servum, equum, vinum, sine probatione & exploratione qualitatis rei. Igitur cum res ita veniit, ut esset empta tot aureis, si intra decem dies emptori placuerit, in mercem quidem & pretium consensum est; sed obligatio conditione suspenditur? quæ conditio in arbitrium emptoris pro certo tempore confertur, ut si intra tempus definitum res ei placuerit, emptio perfecta & obligatio constituta sit: sin minus, nulla videatur obligatio fuisse. Itaque non est contrarium, quod placet hujusmodi emptionem non valere, *Quanti voles*, vel, *Si placebit*, habebis emptum, *l. quod sape. 35. hoc tit. l. 13. C. eod.* ita enim totus contractus confertur in meram & liberam, nulloque tempore circumscriptam voluntatem emptoris: quod fieri non potest, ne semper in potestate sit emptoris, utrum obligetur, necne, *l. 7. hoc tit.* At in casu nostro arbitrium emptoris non est perpetuum, sed conclusum intra certum tempus. Adde quod his formulis; *Quanti voles; Si placebit*, in arbitrio & voluntate emptoris ponitur ipsa substantia contractus, vel quod de substantia est, quod inutiliter fieri constat, *d. l. quod sape. 35. §. 1. & d. l. 13.* In casu autem hic proposito,

posito, ubi de re & pretio jam convenit, non de substantia negotii aut parte aliqua substantiali arbitrium emptori datur, sed de rei in conventionem deductæ qualitate duntaxat, puta bonitate, colore, sapore, aut similibus accidentibus, quæ cum rei probatione, improbatione arbitrio contrahentium permitti possunt, *Gomez. 2. var. res. fol. 2. n. 19.* Porro ut sub conditione emptio potest contrahi, ita & purè sic contrahi potest, ut sub conditione resolvatur: cujusmodi conventionum exempla occurrunt sub *tit. C. de pact. ins. empt. & vend.* Hujus generis conventio est, cum ea lege res emitur, ut si intra certum tempus displicuerit, liceat reddere, *l. 3. hoc tit. l. 6. C. de res. vend. l. 4. C. de adil. aß.* adeoque valet etiam conventio, ut in perpetuum redhibitio fiat; quippe qua conventionem non perfectio contractus à voluntate suspenditur emptoris, sed resolutio, *l. quod si nolis. 31. §. si quid. 22. de adil. edict. Gomez. d. loc. & num. in fin.* Eiusdem generis est & pactum de retrovendendo, ut venditori hæredive ejus quandocunque, vel intra certum tempus pretium referenti res vendita restitatur, *l. 2. C. de pact. ins. empt. & vend. & ibi DD.* Estque hoc pactum, seu potius jus eo pacto quæsitum, quod nunc vulgo retractus conventionalis dicitur, nimirum ad differentiam retractus gentilitii seu legitimi, cujus olim vix usus, nunc frequens. De utroque retractu ex professo scripsit vir Jurisconsultissimus D. Andr. Tiraquellus Legitimum nostro idiomate *Maestling* dicitur, quod jus quibus personis, in quas res, quibus in locis apud nos competat, docet *D. Gros. 3. introduct. ad jurispr. Bat. c. 16.* consule porro *Groenew. de ll. abrog. ad l. 14. C. de contrah. empt. & ibi laudatos.* Dux conventiones ex hoc genere præcipue celebrantur, propriisque explicantur *tit. in n. addictio in diem, & lex commissoria.* Addictio in diem his verbis transigitur, *Ille fundus centum esto tibi emptus, nisi quis intra Calendarum Januariarum proximas meliorem conditionem fecerit, quo res à domino abeat, l. 1. & passim de in diem add.* Lex commissoria est, cum quid ita venditur, ut si ad diem pretium solutum non fuerit, res sit inempta, *l. 2. & pass. de leg. comm.* Utroque isto modo purè contrahitur emptio, & resolvitur sub conditione, nisi aliud disertè placuerit, veluti, si in additione id factum est, ut perficeretur emptio, nisi melior conditio offeratur, tunc enim emptio conditionalis est, *l. 2. de in diem add. l. 1. & l. 2. de leg. comm.* Sed de his opulentiùs, favente Numine, tractatu proprio.

## T E X T U S.

De emptione rei, quæ non est in commercio.

§. *Loca sacra, vel religiosa, item publica, (velut forum, basilicam) frustra quis sciens emit: qua tamen si pro profanis vel privatis deceptus a venditore quis emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat, ut consequatur, quod sua interest eum deceptum non esse. Idem juris est, si hominem liberum pro servo emerit.*

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

1. *Quarum rerum venditio rectè fiat, aut factus.*
2. *Quid juris, si uterque aut alteruter qualitatem rei ignoraverit.*

**S**ine re, quæ veneat, emptio intelligi non potest, *l. 8. h. t.* Res hæc ut plurimum certa est; nonnunquam tamen & incerta, ut cum fructus futuri aut frumenta in herben emuntur, *d. l. 8. l. fistulam. 78. §. ult. eod.* cui non abfimilis est quasi alex emptio, veluti cum captus piscium, vel avium, vel ferarum in venatione emitur. In quo genere quod capitur, emptoris commodum est, etiam si decuplo plus sit, quam pretium constitutum: si nihil inciderit, emptor pretium constitutum nihilominus præstare cogitur, quia spei emptio est, *d. l. 8. §. 1. hoc tit. l. si factum. 12. de aß. empt.* Omnium autem rerum, quas quis habere, vel possidere, vel persequi potest, venditio rectè fit: quas vero natura, vel gentium jus, vel mores civitatis commercio exemerunt, earum rerum nulla venditio est, *l. si in emptione. 34. §. 1. hoc tit.* Ratio perspicua est, quoniam in venditione hoc agit, ut dominium transferatur, *l. cum manu. 80. §. ult. eod.* & utique saltem ad hoc obligatur venditor, ut præstet, rem habere licere, atque ut usucapiendi conditionem in emptorem transferat; quorum nihil in res commercio exemptas cadit. Est autem hic quoque locus omnium contractuum communis: nam quæ commercio exempta sunt, in obligationem non magis rectè deducuntur, quam quæ non sunt in rerum natura, nec esse possunt, *§. 2. sup. de inus. stip.*

*Frustra quis sciens omis]* Si uterque contrahentium a qualitatē rei non ignoret, aut si solus emptor sciat rem, quæ venit, non esse in commercio, emptio plane nulla est, *l. 6. l. si in emptione. 34. §. 2. l. liberi. 70. hoc tit.* Sed & talis emptio liberi hominis improba est, cum servus erit: quamvis enim res futuræ emi possunt; tamen fas non est hujusmodi casus expectari, *d. l. 34. §. 2. vid. sup. d. §. 2. de inus. stip.* Illud quæritur, an si emptor sciverit qualitatē rei, venditor ignoraverit, pretium solutum condici possit? Bartolus in *l. cum lex. 46. de fidejuss.* putat, condici posse, *arg. l. 11. §. ult. de aß. empt.* quod etiam placet *Gomez. 2. res. fol. 2. num. 50.* contra *Angel. & Fabian. de Monts.* Quid juris sit, si res vendita aut pars ejus sit consumpta, puta domus vel tota vel ex parte combusta, docet Jurisconsultus in *l. domum. 57. per tot. hoc tit.*

*Deceptus à venditore, &c.]* Si locus sacer, religiosus, publicus, aliæ res, cujus commercium non est, pro profana aut privata ignoranti vendatur, placet emptionem contrahi, *l. 4. eod.* sive venditor quoque conditionem rei ignoret, sive ille sciat, emptor ignoret solus, *l. liberi. 70. eod.* Cæterum explicandum hoc est ex *Modestino in l. qui officii. 62. §. 1. eod. & hoc text.* nimirum in proposito non ita tenere emptionem, ut res ipsa debeatur, aut emptor possit agere ex empto, ut eam habere, tenere liceat, cum res, quæ extra commercium est, haberi, possideri nequeat: sed hæc tenentur tantum, ut si venditor sciverit qualitatē rei, emptor ignorans possit adversus venditorem ex empto experiri, ut consequatur quod sua interest, deceptum non esse: ut perinde hic ex dolo suo venditor obligetur, ac si rem, quæ in commercio sit, vendidisset, doloque fecisset, quom-

minus eam tradere possit: neque enim actio de dolo hic desideratur, cum sufficiat ex empto; quippe qua cum res ipsa præstari nequit, emptor in id, quod sua interest, experiri potest, l. 1. l. 11. §. idem ait. 9. de act.

empt. Quod si nec venditor qualitatem rei sciverit, æquum est, hæcenus saltem eum teneri, ut pretium, quod accepit, restituat, arg. d. l. 11. §. ult. de act. empt. l. si fundus. 33. locat.

## TITULUS XXV. DE LOCATIONE ET CONDUCTIONE.

Dig. Lib. 19. Tit. 2. C. Lib. 4. Tit. 65. & Lib. 11. Tit. 70.

Continuatio. Quid sit locatio, & in quibus differat ab emptione. Quotuplex sit, tum qua res aut facta locationem recipiant.



Secunda species contractuum, qui solo consensu perficiuntur, est locatio-conductio. Habet hic contractus magnam affinitatem cum emptione & venditione; ac pene totus hic titulus consumitur in explicandis utriusque contractus similitudinibus & differentiis. Locatio-conductio est contractus, quo id agitur, ut pro usu alicujus rei aut operæ personæ certa merces præstetur. Itaque inter emptionem & locationem hæc differentia est, & quidem principalis, quod in emptione id agitur, ut dominium transferatur, id est, ut res tota cum omni jure ad emptorem transeat; in locatione, ut duntaxat usus rei concedatur conductori. Ex quo porro & altera nascitur, quod emptio titulus perpetuus esse solet, locatio temporalis. Quinimo non dominium modo apud locatorem remanet, l. non solet. 39. hoc tit. verum etiam possessio; & conductor tantum in possessione esse & rem detinere dicitur, §. 5. inf. de interd. l. 9. de rei vind. l. 3. §. ceterum. 12. l. 9. de acq. poss. & passim alibi. Unde constitutum est, ut si conductor finito tempore conductionis pertinaciter recuset rem conductam restituere, moras usque ad definitivam sententiam necens, tanquam invalor rei alienæ, condemnatur & ad rem ipsam restituendam, & insuper ad præstandam rei æstimationem, l. pen. C. hoc tit. quod an praxis horum temporum observet, postea videbimus. Ostendit definitio, duo esse genera locationis, rerum unam, alteram operarum seu factorum. Locari possunt res omnes, quæ in commercio sunt, tam mobiles, quam soli, etiam incorporales, ut usufructus & habitatio, §. 1. & pen. sup. de usu & habit. servitutis tamen prædii nulla locatio est, l. locato. 44. hoc tit. Alienæ quoque rei locationem valere placet, sed hæcenus ut conductori ignoranti locator obligetur in id, quod interest, si dominus conductorem frui non patiat, l. 7. l. ex conducto. 15. §. pen. eod. Facta non omnia locationem recipiunt, sed ea solum, quæ mercede æstimari possunt & solent: qualia sunt, exempli causa, tabulam pingere, insulam ædificare, aliquem aliquo vehere, l. 5. §. 2. de præscr. verb. At verbi causa servum manumittere, tale factum non est, quod mercede æstimetur; & ideo si tibi decem dem, ut servum manumittas, non est locatio, d. l. 5. §. 2. cui accedit, quod contra finem hujus contractus nulla ex hoc tuo facto utilitas ad me redit: ac proinde aliud est, si rem tuam pignori pro me obligaveris certa mercede accepta aut promissa, l. rogasti. 19. §. 1.

de præscr. verb. Opera agrimenforis beneficium reputatur, & quod rependitur, non merces, sed remuneratio & honorarium: & ideo veteres crediderunt, cum tali persona locationem & conductionem non esse, l. 1. §. mens. fals. mod. dix. De opera advocati, medici, cæterisque, qui ingenio, eloquio, fide, gratia, operam nobis navant, idem statuendum.

### TEXTUS.

Collatio emptionis, & locationis. De mercedis conventionione.

Locatio & conductio proxima est emptioni & venditioni, iisdemque juris regulis consistit. Nam ut emptio & venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit: sic & locatio & conductio ita contrahi intelligitur, si merces constituta sit. Et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti.

### COMMENTARIUS.

1. Communia emptionis & locationis.
2. In locatione operarum diverso respectu eundem & locatorem dici & conductorem.
3. Circa locationem agrorum quadam singularia apud Hollandos constituta: & an dispositio l. pen. C. hoc tit. in praxi hodierna servetur.

Locatio & conductio finitima est emptioni & venditioni, iisdemque fere juris regulis continetur, l. 2. hoc tit. Nam ut sine re, quæ veneat, nulla est emptio, ita sine re aut opera, quæ locetur, nulla intelligitur locatio: ut emptio solo communi consensu de re & pretio interveniente perficitur, ita locatio perfecta habetur, si de usu rei & mercede convenerit. Merces respondet pretio, facultas utendi rei dominio. Quemadmodum pretium rei venditæ certum esse debet, saltem per relationem, ita & merces locationis. Sicut pretium emptionis in pecunia numerata consistit, ita & merces rei aut operæ conductæ. Ut nulla venditio est, quæ donationis causa sit, aut cum dicis gratia res venditur uno numero, ita nec ulla conductio est, quæ donationis instar inducit, l. si quis. 46. hoc tit. Ut illic, ita etiam hic ex bona fide omnia exquiruntur, nec dubitandum est, quin beneficio l. 2. C. de resc. vend. etiam locus sit in locatio-

ne

ne & conductione. DD. *comm. in d. l. 2.* Denique interdum propter similitudinem vix emptio & locatio inter nosci possunt. Quæ omnia certius postea intelligentur.

*Si merces confisuta sit*] Duplex hic indicatur convenientia locationis & conductionis cum emptione & venditione. Prima est, quod conveniunt causa efficiente, id est, quod nuda consentientium voluntate contrahuntur, nec aut literæ, aut rei alicujus præstatio ad constituendam obligationem desideratur, l. 1. *hoc tit.* Altera, quod ex parte conveniunt in materia: nam ut in emptione pretium constitui oportet, ita in locatione mercedem: inter quæ non alia differentia est, quam quod æstimatio totius rei, quæ fit in emptione, pretium dicitur; æstimatio usus rei, quæ in locatione fit, merces: quæ tamen quoniam nihil aliud est, quam pretium usus, & ipsa sæpe pretium appellatur, l. *quod si.* 28. §. 2. l. *ea lege.* 51. §. 1. l. *insulam.* 58. pr. *hoc tit.* l. *ult.* §. *ult.* de leg. Rhod. l. 10. *in fin. de acq. poss.* In locatione rerum immobilium etiam speciale nomen habet, & pensio dicitur, l. *ex conducto.* 15. §. 4. l. *sed addes.* 19. §. 1. §. *si quis.* 6. l. *quaro.* 54. *hoc tit.* Utrum autem ut pretium rei venditæ, ita & merces locationis in pecunia numerata consistere debeat, an in aliis quoque rebus consistere possit, dicam inferius sub §. 2. *hoc tit.*

*Locatori locati actio, conductori conducti*] Uti in emptione simul atque de pretio convenit, emptori actio ex empto, venditori ex vendito competit, directa utrinque, ita in locatione simul atque de mercede pro usu & opera convenit, competit locatori actio locati, conductori conducti, ambæ directæ. In contractu emptionis facile discerni potest, uter emptor, uter venditor sit. In contractu autem locationis interdum dubites, uter locator, uter conductor dicendus. In locatione rerum res certa est: nam is semper hic locator est & dicitur, qui rem utendam dat; conductor, qui utendam accipit, & mercedem præstat. At in locatione operarum non tam facile id dignosci potest. Interdum enim qui operas præstat, & mercedem accipit, locator dicitur; is cui præstantur operæ, & qui mercedem dat, conductor, l. *sed addes.* 19. §. *pen. l. item si.* 22. §. 2. l. *qui operas.* 38. *hoc tit.* l. 1. *de æstim. act.* Interdum contra locator is dicitur, cui mercedem danti operæ præstantur; conductor, qui accepta mercede operam præstat, l. 11. §. *pen. l. 13.* §. 1. 2. & 3. d. l. *sed addes.* 19. §. *si quis.* 7. d. l. *item si.* 22. §. 2. l. *si merces.* 25. §. *pen. & pass.* *hoc tit.* Sed dicendum est, in hac specie locationis diverso respectu eundem & locatorem & conductorem videri. Nam qui operam locare dicitur, ille idem dicitur conducere opus faciendum: & ex contrario, qui operam dicitur conducere, idem dicitur locare aliquid faciendum; ut conductor operis, idem sit operæ locator; & locator operis, idem operæ conductor: quam distinctionem subministrat d. l. *item si.* 22. §. 2. *hoc tit.* & d. l. 1. *de æstim. act.* per opus autem intelligo quemvis fructum operæ. v. c. si quis se erudiendum locet magistro aut artifice, vel vehendum aurige. Adium conductor specialiter inquilinus, agri colonus, operis redemptor, 3 vectigalis publicanus vel manceps veteribus dicitur. Apud nos locatio agrorum non procedit sine interventu instrumenti aut publici aut privati, nec absque instrumento locationis ulli colono jus est agro conducto frui. Extat de ea re constitutio Caroli Principis edita anno

1515. confirmata *artic. 30. ordin. polit.* Præterea scribit D. Grotius lib. 3. *manuduct. ad Jurisp. Bat. c. 19.* instrumento super locatione fundi non confecto, locationem non tantum nullius esse momenti, verum etiam colonum, hæredemve ejus aut conductorem, in jus vocatos, & contra domini voluntatem manentes in detentione & fruitione rei, usque dum lis contestetur, præterquam quod rem ipsam domino restituere, impensas refundere, damnum omne sarcire compelluntur, etiam multari in dimidiam partem pretii rei conductæ, quamvis postea parati sint dominum admittere. Quod si in detentione pertinaciter perseverent usque ad sententiam definitivam, tunc suæ quasi invasionis hanc poenam pati, ut post restitutionem rei, damni que omnis & impensarum refusionem, in totius insuper rei æstimationem damnentur. Quæ quidem omnia etiam *artic. 33. de ordin. polit.* continentur. Sed in desuetudinem jam dudum abiisse, asserit *Groenew. de ll. abrog. ad l. pen. C. de locat.* Constitutio quoque Caroli hujus poenæ non meminit, sed jubet in casu proposito conductores severiter arbitrio judicis puniri aut multari, habita ratione qualitatis personæ & facti. A Zenone sane in genere constitutum est, ut conductores, qui finito tempore conductionis contra domini voluntatem usum rei conductæ retinent, atque in jus vocati rem domino petenti antea sententiam definitivam non restituunt, cogantur præter rem ipsam etiam æstimationem rei victori domino tanquam invasores præstare. Cæterum in praxi Galliæ, & supremæ Curie Mechliniensis hoc non observari, conductoremque hoc casu teneri duntaxat ad damna & interestesse, notat *Christin. vol. 3. decis. 109. num. 2. & decis. 118. n. 5. & seqq. & Autumn. ad d. l. pen. C. de locat.* quamvis insuper etiam judicis arbitrio multari possit.

## T E X T U S.

## De mercede collata in arbitrium alienum.

1. *Et qua supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem & de locatione & de conductione dicta esse intelligimus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit. Qua de causa si fulloni polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit, nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter eos convenerit, non proprie locatio & conductio contrahi intelligitur; sed eo nomine actio præscriptis verbis datur.*

## N O T A.

1. *Fulloni polienda*] Gloss. vett. λευερία, κωπρία. Officium fullonis est polire, curare, lavare, l. 31. h. t. l. 48. §. 4. l. 82. *de furs. l. 2. de cond. sin. ca.* Plin. 37. c. 17.

2. *Non proprie locatio*] Sed novum negotium à locatione separatum, proprium nomen non habens: & ideo hic recurrendum ad actionem præscriptis verbis, l. 1. l. 2. & 3. junct. l. 22. *de præscr. verb.*



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

## 1. Actio præscriptis verbis unde dicta.

**S**I alieno arbitrio pretium] Emptio & locatio in hoc quoque conveniunt, quod uti in illa pretium, ita in hac merces in arbitrium certæ personæ, puta L. Titii, conferri potest: hoc scilicet effectu, ut siquidem Titius mercedem definiaverit, contractus ratus habeatur; sin minus, nullius momenti sit, *l. si merces. 25. pr. hoc tit. l. ult. C. de contr. empt.* Huc accommodanda sunt, quæ notamus sub §. 1. præc. tit.

*Nulla statim mercede constituta]* Quemadmodum ad contrahendam emptionem opus est, ut pretium statim seu initio contractus constituatur, & quidem certum saltem per relationem; ita quoque ad contrahendam locationem necesse est, ut protinus constituatur certa merces: mercede initio non constituta, quasi deficiente parte hujus contractus essentiali, in aliud negotium res incidit. Et siquidem gratis usus rei concedatur, commodatum est: si gratis suscipiatur opera, mandati obligatio: si neutrum gratis fiat, sed ex mercede, quæ postea constituetur, contractus innominatus, *Facio, ut des.* Et ideo præscriptis verbis agendum est, *l. si tibi. 22. de præscr. verb. §. 2. in fin. sup. quib. mod. re contr. obl. §. ult. inf. de mandat.*

**Actio præscriptis verbis]** Ad quam confugere necesse est, quoties deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, aut contractus existunt, quorum nulla certa appellatio jure civili prodita, *l. 1. & 3. seqq. de præscr. verb.* Dicta est actio præscriptis, ut multis doctis viris placere video, ex eo, quod præscriptis verbis rem gestam demonstrat, & eadem demonstratione vice nominis, quo caret, utatur. Quod & verissimum esse intelligi potest ex rescripto Alexandri, quod est in *l. 6. C. de transact.* ubi Jurisconsultissimus Imperator hac ipsa circumlocatione actionem hanc describit: *Aut enim, inquit, stipulatio conventioni subjecta est, & ex stipulatu actio competit: aut si omissa verborum obligatio est, utilis actio, qua præscriptis verbis rem gestam demonstrat, danda est.* Ob eandem quoque causam hæc actio dicitur in factum, *l. 1. & pass. de præscr. verb.* Et interdum plena oratione actio præscriptis verbis in factum, *l. Titium. 24. d. tit.* Alia Francisci Hotomanni conjectura est.

## T E X T U S.

In quibus rebus merces consistat.

2. Præterea, sicut vulgo querebatur, an permutatis rebus emptio & venditio contraheretur, ita quæri solebat de locatione & conductione, si forte rem aliquam utendam sive fruendam tibi aliquis dederit, & invicem à te utendam sive fruendam aliam rem acceperit. Et placuit, non esse locationem & conductionem, sed proprium genus contractus. Veluti si cum unum bovem quis haberet, & vicinus ejus item unum, placuerit inter eos, ut per denos dies invicem boves commo- darent, ut opus facerent, & apud alterum alterius bos perierit; neque locati, neque conducti,

neque commodati competit actio: quia non fuit commodatum gratuitum, verum præscriptis verbis agendum est.

## N O T A.

2. *Placuerit inter eos]* Et unus à sua parte conventionem impleverit, id est, bovem suum per denos dies commodaverit: nam si conventio placiti tantum sine stetit, nudum pactum est, ex quo jure nostro actio non datur, *l. 7. §. 2. & 4. de pass. l. 27. C. de locat. l. 3. C. de rer. perm.*

*Præscriptis verbis agendum]* *d. l. 17. §. 3. de præscr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractum innominatorum, quæ recenset Paul. *l. 5. d. s. Do, ut des; Do, ut facias; facio, ut des; facio, ut facias,* ad postremum videtur species proposita pertinere.

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

1. *Non magis pretium seu mercedem locationis, quam pretium emptionis, in alia re consistere, quam in pecunia numerata.*

2. *Ad l. si olei. 21. C. hoc tit.*

**E**tiam hic locus pertinet ad ostendendam affinitatem, quæ locationi cum emptione intercedit. Quærebatur olim, an rerum permutatione emptio & venditio contraheretur; & pari de causa an mutuo rerum usu ad tempus concessio contraheretur locatio & conductio. Placuit autem, nec illic emptionem esse; quia pretium non intervenit: nec hic esse conductionem; quia non intercedit merces, *l. si convenerit. 23. comm. divid. l. si gratuitam. 17. §. 3. de præscr. verb.* Atque omnimodo credibile est, ob eandem rationem, ob quam illic negatur intervenire pretium, negari hic intercedere mercedem; nimirum quia nec pretium emptionis, nec merces locationis in alia re consistere potest, quam in pecunia numerata. Id quod efficere mihi videtur pretii & mercedis similitudo atque eadem plane utriusque ratio. Utrumque enim æstimatio est, alterum rei totius, alterum temporanei usus: quæ tamen æstimatio & ipsa revera nihil aliud est, quam pretium, eoque nomine etiam frequenter à nostris appellatur, ut superius demonstravimus. Jam vero constat, res omnes æstimari pecunia; extra pecuniam rem unam æstimationem aut pretium alterius non esse, ac ne fungibilem quidem: ac proinde cum in utroque contractu aliquid æstimandum æniat, in emptione res ipsa, in locatione usus rei, ratio exigere videtur, ut non minus in hac, quam in illa, pretium nummarius intervenire oporteat: quod etiam multis auctoritatibus confirmari potest. Ulpianus in *l. si convenerit. 23. comm. div.* scribit, si inter socios convenerit, ut alternis annis fructum perciperent, locationem non esse, propterea quod nulla merces intercesserit. Idem in *l. 1. §. si quis. 9. depos.* negat, locationem esse, ubi pecunia non datur. In *l. 5. §. 2. de præscr. verb.* emptio & locatio in eo convenire dicuntur, quod in utroque contractu pecunia intervenit. Facit huc *l. si merces. 25. §. vis major. 6. hoc tit. junct. l. si apes. 26. §. 1. de furt.* Quibus locis colonus partiaris opponitur colono vero, qui ad pecuniam numeratam conduit. Postremo huc faciunt loci, in quibus simpliciter pecuniæ, nummorum, pretii mentio fit. Ut in *l. quod si. 28. §. 2. l. si quis. 46. l. si decem 52. l. insulam. 58. & pass. hoc*

*hoc tit. l. 1. in fin. mand.* Neque hic excipere quis potest, omnibus istis locis appellatione pecuniæ res quasvis, aut certe fungibiles etiam significari: nam pecuniæ verbum in dubio numeratam & signatam pecuniam designat, *l. 7. §. 3. de senat. Maced.* Et cum rebus aliis opponitur, semper pro nummis accipitur: apparetque ex universa disputatione Jurisconsultorum, ideo eos mercedem pecuniariam in locatione exigere, ut habeat hic contractus propriam & distinctam à contractibus innominatis naturam. Unus maxime locus est, qui Corasium *libr. 2. misc. 11. Pinell. ad l. 2. C. de resc. vend. part. 2. rubr. cap. 3. num. 29.* alioque recentiores movit, ut putarent, mercedem locationis in quavis re consumptibili consistere posse, videlicet *l. §. olei. 21. C. hoc tit.* Sed dupliciter responderi potest: primum, cum Saliceto proponi in *d. l. 21. casum*, quo fundus locatus est certa quantitate fructuum in eo fundo nascentium, olivetum scilicet certa ponderatione olei. Et si autem tale negotium à natura locationis, quæ pecuniam numeratam desiderat, non nihil recedit; tamen ex æquitate & communi contrahentium usu receptum videri, ut si res fructum ferens pro certa quantitate fructuum, quos ea res producit, tanquam mercede, utenda data sit, hujusmodi contractus pro locatione & conductione habeatur: & sunt hoc genus coloni non abfimiles colonis partiaris, excepto eo quod coloni partiaris incertam quantitatem, puta tertiam aut quartam partem fructuum solvunt, & quasi societatis jus cum domino fundi habent, *l. si merces. 25. §. vii. major. hoc tit.* Deinde responderi potest, vice pecuniæ seu mercedis aut pretii in pecunia constituti fructus vel aliam quantitatem ex pacto præstari posse salvo contractu, *l. 9. C. de resc. vend. l. sed addes. 19. §. 3. l. & hac. 35. in fin. hoc tit.* Atque ad ejusmodi casum *d. l. §. olei*, pertinere. Et si enim fundus ibi proponitur locatus certa ponderatione olei, ex eo tamen non efficitur, necessario mercedem initio non fuisse constitutam in pecunia numerata. Quippe non est novum, ut, quod postremum placuit, solum exprimat, quasi quod maxime spectatum fuit. Idem responsum esto *ad l. 8. & ad l. exceptio. 18. C. eod.* Ita sentiunt *Glossa. Bart. & comm. DD. in d. l. 5. §. 2. de præscr. verb. & d. l. §. olei. C. hoc tit. Gomez. 2. resol. 3. n. 3. Fachin. 1. contrav. 82. Christin. vol. 3. decis. 109. n. 12.* ubi etiam arresto supremæ Curie Mechlin. banc sententiam confirmatam refert. D. Tuldenus *comm. pic. 6. 4.* cum D. Busio *ad l. 2. hoc tit.* distinguit inter locationem operarum & rerum, quasi illic merces in pecunia tantum, hic etiam in alia re constitui possit; quod etiam ante eos tentavit *Greg. Lopez. 1. animadvers. 15.* distinguens inter locationem fruendi & faciendi. Sed hæc distinctio duplici vitio laborat. 1. quod juxta eam etiam pro mercede domus locatæ res fungibilis solvi possit. 2. quod pro mercede fundi locati, etiam alterius generis fructus. Et cur igitur non item pro locatis operis aliud, quam pecunia?

*Sed proprium genus contractus*] Si convenerit tantum, ut res ultro citroque utendæ darentur, nudum hoc pactum est, simile placito permutacionis: ex cujusmodi pactis nemini jure civili actio datur. Sed ubi causa subesse cœpit, id est, ubi unus à sua parte conventionem implevit, *ὁμοῦ ἀσπυ* esse incipit seu contractus, & alter efficaciter obligatur, *l. juris gentium. 7. §. 2. & §. 4. de pact. l. 3. C. de rer. permut.* quemadmodum in propo-

sito si unus bovem suum per denos dies secundum conventionem ad opus faciendum concesserit. Accedit hic contractus prope ad locationem & commodatum propter usum rei, qui in his omnibus conceditur: sed tamen neque locatio est, quia merces non intervenit; neque commodatum, quia placuit, mutuum usum præstari: commodatum autem debet esse gratuitum, *§. 2. in fin. sup. quib. mod. re contr. oblig.* verum est species contractus innominati, ex quo civilis incerti actio, id est, præscriptis verbis competit, *l. si gratuitam. 17. §. 3. de præscr. verb.* Ex quatuor autem generibus contractuum innominatorum, quæ recenset Paulus *l. 5. d. tit. Do, ut des; Do, ut facias; Facio, ut des; Facio, ut facias.* ad postremum videtur species propofita pertinere.

## TEXTUS.

## De Emphyteusi.

3. Adeo autem aliquam familiaritatem inter se videntur habere emptio & venditio, item locatio & conductio, ut in quibusdam causis quari solet, utrum emptio & venditio contrahatur, an locatio & conductio: ut ecce de prædiis, qua perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est, ut quamdiu pensio sive reditus pro his domino præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus, cuive conductor heresve ejus id prædium vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit, aliove quocumque modo alienaverit, auferre liceat. Sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur, & à quibusdam locatio, à quibusdam venditio existimabatur, ex Zenoniana lata est, qua emphyteuscos contractus propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis conditionibus fulciendam: & siquidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus: sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc siquidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum: sin autem particularis, ad emphyteuscarium hujusmodi damnum venire; quo jure utimur.

## NOTÆ.

3. Perpetuo fruenda] Jus emphyteuticum natura sua perpetuarium est, *l. 1. C. de off. com. sac. pal. l. 1. & 3. C. de loc. præd. civ. lib. 11.* ex conventionem tamen temporarium esse potest, *l. ult. si ag. vect. modo ne ad modicum tempus constituitur, arg. l. 1. §. 3. de superfic.*

Id prædium vendideris] Cæterum cum vendere cupit, domino prius offerre debet emendi prærogativam juxta dispositionem *l. 3. C. de jur. emphyt.* alioqui jure suo cadit. In donatione autem idem postulari non nisi inique potest. Plane inductio & honorarium (quod barbare laudemium) in omni alienatione necessaria, *d. l. 3. circa fin.*

*Lex Zenoniana*] Originem autem à Zenone non trahit. vid. Hotom.

*Siquidem aliquid pactum*] Pactiones in emphyteufi servandæ tam quæ fiunt circa ipsam emphyteufim, quam quæ circa personam emphyteutæ, ejusque rejectionem, l. 2. C. eod. Si nihil aliud nominatim cautum, tum si emphyteuta triennium integram pensionem solvere cessarit, jus suum ei adimi potest, d. l. 2. In Emphyteufi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *auth. qui rem. C. de SS. Eccles.*

## COMMENTARIUS.

1. Contractus emphyteuticus quid, & cur dubitatum olim, pro emptione venditione, an pro locatione conductione habendus esset.
2. Origo hujus contractus & progressus, unde nomen emphyteufios, & utrum etiam in adibus consistat.
3. Jus emphyteuticum non ex tempore astimari, sed ex eo quod actum est.
4. Falli, qui in contractu emphyteutico solo consensu jus prædii transferri putant.
5. Præstationem canonis partem esse hujus contractus essentialem: & quando tempore emphyteuta, non soluto canone, jure suo cadat: aliaque in foro agi rata.
6. Qua conditione emphyteuta jus suum vendere, aut aliter alienare possit. Et quid hic juris apud Bavarios.
7. Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid à Zenone acceperis.
8. An ad substantiam hujus contractus scriptura necessaria.
9. Contractus censualis & emphyteuticus quomodo differant.
10. An emphyteuta similiter remisso canonis, ut conductori mercedis, in casu insolita sterilitatis præstanda.

Sunt quædam negotia, de quibus dubitatum fuit utrum pro emptione venditione, an pro locatione conductione habenda sint. Cujus generis duo Justinianus profert. Unum hoc §. alterum §. seq. Quod hoc §. proponitur, est contractus emphyteuticus, & talis: Dominus prædium suum alicui habendum & fruendum in perpetuum tradidit, certa pensione in singulos annos constituta, ea lege, ut quamdiu pensio domino solvetur, tamdiu neque ipsi colono, neque iis, qui in locum ejus successerunt, prædium auferri possit. Dixeris, hic esse venditionem, si spectes id quod agitur de re transferenda: hoc enim agitur, ut plenissimum jus utendi, & veluti dominium quoddam, in perpetuum transeat, quod & in hæredem, & in alium quemvis liceat transferre: unde etiam ei cui hoc jus constitutum est, utilis in rem actio contra quemcumque possessorem competit, l. 1. §. 1. *si ag. veff.* Rursus dixeris, esse locationem, quia verum & directum dominium penes concedentem manet: item si spectes pensionem annuam: talis enim constituitur pro usu rei in locatione, cum in venditione unum pretium statuatutur semel solvendum. Sed Zeno hanc disputationem sustulit, voluitque, hujusmodi conventionem propriam esse speciem contractus ab emptione & locatione distinctam.

2. De prædiis, qua traduntur perpetuo fruenda] Con-

tractus emphyteuticus originem traxisse videtur ab incultis & sterilibus agris, qui quod colorem non reperirent, propter sumptus, quos in illorum cultura atque institutione, seu, ut nunc loquuntur, melioratione, fieri necesse erat, in perpetuum, aut certe ad longissimum tempus locari cœperunt, ut agri illi colerentur, & confererentur, idque modica pensione, quæ veri domini memoriam conservaret: quanquam postea etiam agri cultissimi & fertilissimi eadem conditione locari cœperint. Hi agri emphyteutici appellati sunt, & jus, quod coloni habent, jus emphyteuticum, atque uno nomine emphyteufis, à verbo Græco *ἐμψυτεύω*, quod Latinis est, *in sero, implanto*. Dicuntur & agri vectigales, à vectigali, id est, pensione seu canone, qui à possessoribus solvitur. Nam vectigal quemlibet redditum significat. Cicero in *paradox.* *Ex tenui meo vectigali aliquid etiam redundat.* Cæterum usu veterum fere soli agri publici ista conditione locati vectigales appellantur, l. 1: *si ager vectig.* Quæsitum est, an in ædibus quoque emphyteufis consistere possit. Nonnulli negant, quoniam lex institutionis, quæ est de originaria essentia hujus contractus in ædibus locum non habet. Sed verius est, etiam in ædibus tale jus constitui posse, *auth. si quas ruinæ. C. de SS. Eccles. l. 15. §. si de vectigalibus. 26. de damn. infect.* Ait; *perpetuo fruenda.* Hinc jus emphyteuticum jus perpetuarium appellatur, l. 1. C. de offic. com. sac. palat. & emphyteutæ perpetuarii conductores, l. 1. §. 3. C. de locat. præd. civil. lib. 11. quanquam hoc jus etiam ad tempus constitui potest, dum ne id modicum sit, l. ult. *si ag. veff. l. 1. §. 3. de superfic.* Cæterum ut emphyteufis constituta censetur, id non æstimandum est ex tempore, sed ex ipsa conventionione, & ex eo, quod actum est. *Wesemb. par. hic. num. 8. D. Bronch. 2. assert. 67.* Nam locatio quantivis temporis non est modus transferendi domini, l. non solet. 39. hoc tit. D. *Form. à Sande lib. 3. tit. 6. defm. 10. circa fin.* Sane non est assentiendum Cujacio, qui putat, locationes omnes, quæ lustrum egrediuntur, constituere jus emphyteuticarium. Absurdum enim est, ei, qui ad sex aut septem annos conduxit, tribuere jus agendi in rem, & interdicto uti possidetis jus alienandi, servitutem imponendi, novum opus nuntiandi: quæ omnia emphyteufis concessa esse constat. Ait, *qua traduntur.* Recte interpretes statuunt, ante traditionem prædii jus reale seu utile dominium in emphyteutam non transire, proinde nec actionem in rem ei antea competere, sed in personam tantum. Etenim conventionum & contractuum non hæc natura & vis est, ut rem aliquam aut jus aliquod immediate nostrum faciant, sed ut alium nobis ad aliquid dandum aut præstandum obstringant duntaxat, l. 3. de obl. & act. junct. l. traditionibus. 20. C. de pact. adeoque perspicue falluntur, qui existimant, peculiare esse in hoc contractu, ut solo consensu jus prædii transferatur, & in rem actionem colonus acquirat. Zeno quidem contractum emphyteuticum separavit ab emptione & locatione, & per se firmum esse voluit; sed non constituit, ut contra communem contractuum & obligationum naturam ex eo dominium citra traditionem tranfiret.

*Quamdiu pensio præstetur*] Præstatio pensionis seu canonis pars est essentialis contractus emphyteutici, & argumentum reservati domini, l. 1. tit. in cuius rei fidem etiam solvitur. Quamdiu autem canon suo tempore solvi-

solvitur, non licet domino expulso emphyteuta agrum auferre. Quod si emphyteuta per triennium canonem solvere cessaverit, tum is jure suo volente domino cadit, nisi quid fecus privata pactio suadeat, l. 2. C. de jur. emphyt. In emphyteusi Ecclesiastica cessatione biennii jus amittitur, *ausb. qui rem. C. de SS. Eccles.* Enimvero si dominus post cessationem tanti temporis canonem elapsum sine protestatione receperit, renuntiasse caducitati videtur, per l. pen. de leg. commiss. *Guid. Pap. quast. 171. Clar. §. emphyteusis. quast. 10. Ant. Fab. C. suo hoc tit. defn. 16. Perez. in C. hoc tit. in fin. D. Gros. 2. introduct. 40.* Quinetiam et si cum protestatione acceperit canonem futuri temporis, aut elapsum post tempus, quo res in commissum cecidit, nihil tamen hoc dominum juvat. *Clar. d. quast. 10. Fachin. 1. contr. 99. Christin. vol. 3. decis. 122. num. 9.* Sed & celeri satisfactione ex æquitate juris Canonici etiam in emphyteusi civili moram purgari posse, arg. *cap. ult. x. de locat.* censet idem *Clar. d. §.* eoque jure nos quoque uti scribit *Gros. d. loc. & ita judicatum refert Coren. obs. 22.* quamvis communis sententia sit, emphyteutam privati moram purgare non posse. *Clar. d. loc. Sichard. ad l. 2. n. 20. C. hoc tit. Fachin. 1. contr. 98.* secundum quam judicatum refert *Afflic. decis. 174. ad Christin. vol. 1. decis. 157.* Queritur autem, an dominus emphyteutam propter canonem triennio non solum propria auctoritate expellere possit. Quod omnino negandum est, per l. non est singulis. 176. de reg. jur. l. 7. C. unde vi. *vid. Clar. d. §. q. 11. Sichard. d. loc. n. 16. Fachin. d. lib. 1. contr. 95. loci,* qui de expulsionem loquuntur, intelligendi de expulsionem legitima, quæ sit auctoritate judicis. *Gros. lib. 2. intr. c. 40. Coren. obs. 5. Mornac. ad l. 2. C. de jur. emphyteut.*

6 *Vendiderit, aut donaverit*] Emphyteuta non solum possidendi & fruendi jus habet, sed etiam alienandi potestatem. Et vendendi quidem etiam cui velit: cæterum oblata prius domino emendi prærogativa; alioqui jure suo cadit. Placet autem, dominum extraneo emptori præferri, dum intra duos menses à facta denuntiatione tantundem offerat, l. 3. *vers. sed ne hac. C. hoc tit. de jur. emphyt.* Donandi vero vel cum alio permutandi etiam domino inrequisito. Utique tamen tenetur domino significare, donare se aut permutare velle, quo dominus novum emphyteutam accepto laudimio, quæ pars est quinquagesima pretii fundi, in possessionem admittat. *Juxta d. l. 3. in fin. Et ibi Fas. col. 14. Et seq. Sichard. n. 19. Et seq. Prolixius hæc executio lib. 2. select. quast. cap. 2.* Apud nos extra speciale conventionem, aut contrariam consuetudinem, passim usu servatur, ut emphyteuta jus suum etiam vendere inrequisito domino possit, *decis. Cur. Holland. 59.* sed habet dominus jus retractus seu retractus, eoque uti potest intra annum, ex quo scire cœperit, prædium esse alienatum. *Gros. 2. introduct. 40.* ubi etiam refert, quibusdam in locis observari, ut alienato jure aut per successionem transiente, canon pro eo tempore duplicatus vice laudimii solvatur.

*Lex Zenoniana lata est*] Zeno l. 1. C. hoc tit. constituit, ut jus emphyteutarium neque conductionis, neque alienationis titulis adjiceretur, sed tertium hoc jus esset, ab utriusque memoratorum contractuum societate separatam; utque conceptionem ac destinationem ha-

beret propriam, justusque esset ac validus contractus, ex quo in posterum actione propria emphyteuticaria, non ex empto aut conducto, amplius ageretur. Unde interpres nostri inferunt, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis; ac proinde non juri gentium, sed civili Romanorum attribuendum esse. Quod probare non possum. Etenim non ordine temporum, sed ratione hæc distingui oportet. Quicquid enim ejusmodi est, ut ab aliquo excogitatum & institutum moveat omnium opinionem de se, quasi ad usum vitæ communis conducentis, id juri gentium adscribi debet, *vid. sup. de jur. nat. gent.* ubi demonstramus, non omnia eodem modo & gradu ad jus gentium referri. In hoc autem genere sunt etiam locationes perpetuæ, quippe quas non minus, quam temporales, omnes gentes sibi communes fecerunt. Emphyteusis vero nihil aliud est, quam in perpetuum vel bene longum tempus facta locatio. Sed nec illud verum est, contractum emphyteuticum esse creaturam Zenonis, ac ne illud quidem omnino, à Romanis originem habere. Sibylla Cumana antiquior est, per ea, quæ legimus apud Moysen *Genes. 47. vers. 24. Et seqq. Joseph. 2. antiq. Judaic. 4. Aristot. 2. Oeconom.* Zenonis autem lege nihil aliud effectum est, quam ut hic contractus, cum antea dubitaretur, emptioni-ne an locationi aggregandus esset, separatum ab utraque illa conventionem haberet naturam: Itaque non novam contractus speciem Zeno fecit; sed eam, quæ sub emptione & locatione continebatur, quasi grana ex spicis excutiens, detexerit, ut disputat *Coras. 1. misc. 21. num. 4.* Planè, si vera est communis DD. opinio, ex lege Zenonis ad constitutionem & substantiam contractus emphyteutici necessarium esse scripturam, (quæ opinio probari videtur verbis legis, *scriptura interveniente*) juri civili hic contractus adscribi potest; non utique mero, sed mixto, *arg. l. 6. de justit. Et jur.* Sed multi tamen censent cum Gloss. non prohiberi fieri sine scriptis, licet dicatur fieri in scriptis. Et nimirum, Zenonem non ideo scripturam mentionem facere, eamve requirere, quod sine ea nolit contractum subsistere: sed quia ad probationem rei gestæ in hoc contractu necessaria est; cujus alioqui fides decursu temporis, ad quod extenditur, vacillare potest; mortuis iis, qui testes adfuerant, *Comnan. 7. comm. 12. Perez. C. hoc tit. n. 2.* Addunt alii, perpetuum non esse, quod duo ablativi absolutè positi conditionem continent, seu, ut vulgo loquuntur, causam importent finalem, §. 1. *sup. de testam. mil. l. 24. eod.* Denique esse hunc contractum bonæ fidei, ad cujusmodi contractuum substantiam scripturam desiderari non sit credibile. Sed & usus communem opinionem reprobant, testibus *Bart. Et Angel. in d. l. 1. hoc tit. Paris. lib. 3. conf. 177. num. 16. Et seqq. Socin. conf. 169. num. 12. Roland. à Val. conf. 87. num. 11.* & nominatim de moribus nostris testatur *Gros. 2. introduct. 40.* Clarus tamen d. §. *emphyteusis. quast. 4.* negat, consuetudinem istam esse generalem, ac proinde melius ac tutius fore, ut in praxi adhæreamus opinioni communi; utique iis in locis, ubi contrarium consuetudine receptum non est: quod & supremam Curiam Mechliniensem aliquando censuisse refert *D. Christin. vol. 3. decis. 119. n. 5.*

*Neque ad locationem neque ad venditionem inclinantes*] Horum verborum non hic sensus est, post constitutionem Zenonis contractum emphyteuticum cum emptione

emptione & locazione nihil commune habere cœpisse : sed cœpisse esse specialem contractum , peculiarem & distinctam habentem naturam ab emptione & locazione , cum quibus antea confusus erat : atque ex hoc contractu nunc propriam competere actionem , non ut antea ex empto aut locato. Neque enim efficere Zenonem voluisse credendum est , quod efficere non potuit , ne scilicet contractus hic similitudinem quandam cum illis duobus retineret , & hæcenus ad utrumque inclinaret.

9 Simillimus , ut obiter hoc dicam , contractui emphyteutico est contractus censualis. Sed hoc interest , quod etiam verum & directum dominium in censuarium transfertur , cum illud in constitutione emphyteutios apud constituentem maneat. Itaque censum solvimus non ut emphyteutæ , in recognitionem domini de re aliena , sed de re nostra : & ideo qui censum recipit , jus caducitatis ob cessationem non habet. *Jo. Fab. ad hunc §. circa fin. Fas. in l. 1. C. de jur. emph. n. 39. D. pras. in loc. ab emphyteusi ad cens. Clar. §. emphyteusis. q. 1. n. 2. Grot. 2. introducit. 46. Baro comm. hic. part. ult.*

*Ac si naturalis esset contractus* ] Id est , haud secus , ac quilibet alius contractus propriam ac distinctam naturam habens : ut enim cæteri contractus ex conventionione legem accipiunt : *l. 23. de reg. jur.* ita & contractus emphyteuticus suis pactioibus fulciri potest , ut hic loquitur Justinianus ; non tantum circa præstationem periculi ; sed etiam circa durationem & caducitatem , id est , intra quod tempus emphyteuta canonem non solvens jus suum amittere debeat , *l. 2. C. de jur. emphyt.* Cujacius , Ferretus & Hotom. legunt , *ac si natura talis esset contractus* : quomodo & Theophilum legisse ex paraphrasi apparet : & rectè sane , *τὸ δὲ ἐν ἀρχῇ συμφωνήσαντα φύσει διδύαι τῆς συναλλάξεως.* *Theod. Hermop. in l. 23. de reg. jur.*

*Siquidem totius rei interitus* ] Nisi quid aliud nominatim cautum sit , rei totius interitus ad dominum pertinet , partis vero rei ad emphyteutam , qui hoc casu nihilominus integram pensionem præstare tenetur , *l. 1. C. cod.* Quapropter nec ob sterilitatem remissionem pensionis petere poterit. Neque est contrarium , quod eo casu in locatione pensio remittenda est , *l. ex conditio. 15. §. 2. C. seq. locat.* Nam in locatione merces pro modo & quantitate fructuum , qui ex fundo percipi solent , constituitur : in emphyteusi autem canon non pro fructibus , sed in recognitionem domini præstatur. Planè si etiam pensio emphyteutæ imposita tanta sit , ut proportione fructibus respondeat , puto , ei succurrendum esse , & tam ob sterilitatem pensionem remittendam , quam ob interitum partis rei minuendam arbitrio boni viri , quasi quædam potius locatio , justa mercede facta sit , quam initus contractus emphyteuticus. Nec movere nos debet , quod verba contractus non sonent locationem. Semper enim in omnibus contractibus sequimur id quod actum est : nec tam nomen conventionionis inspiciendum , quam natura & conditio negotii , quod geritur. *Clar. §. emphyteusis. q. 8. n. 7. C. seq. Gail. 2. obs. 23. Ant. Fab. C. suo de jur. emphyt. definit. 36. Diss. Fachin. 1. contr. 89. D. Tulden. in C. de jur. emphyt. n. 4.*

## TEXTUS.

De forma alicui faciendâ ab artifice.

4. *Item quaritur , si cum aurifice Titius convenerit , ut is ex auro suo certi ponderis certaque forma annulos ei faceret , & acciperet , verbi gratia , decem aureos , utrum emptio & venditio , an locatio & conductio contrahi videatur.* *Cassius ait , materia quidem emptionem & venditionem contrahi , opera autem locationem & conductio-nem. Sed placuit , tantum emptionem & venditionem contrahi. Quod si suum aurum Titius dederit , mercede pro opera constituta , dubium non est , quin locatio & conductio sit.*

## COMMENTARIUS.

1. *Cur dubitatum in hypothesei proposita , utrum emptio contraheretur , an locatio.*
2. *Regula generalis , unde in hujusmodi casibus emptio & locatio dignoscantur.*

**A**fferit hic Justinianus aliud exemplum negotii , quo dubitatum , emptio-venditio contraheretur , an locatio-conductio : nimirum , si mihi cum artifice convenerit , ut certo pretio rem aliquam mihi efficeret ex sua materia , puta ut aurifex certi ponderis certæque formæ annulos faceret ex suo auro. Dixeris enim , hic emptionem contrahi , quia materia in perpetuum abalienatur. Rursus dixeris esse locationem propter operam artificis , quæ & ipsa æstimatur : operæ autem emptio esse non potest. Qua ratione Cassius non simplicem hunc contractum esse dicebat , sed duplicem , venditionemque & locationem in hoc negotio concurrere ; & scilicet materiæ atque in hypothesei proposita auri insecti venditionem contrahi , operæ & artificii locationem. Sed concinnius visum est , simplex hoc & unum negotium censerem , tantumque emptionem & venditionem esse , *l. 2. hoc tit.*

*Placuit , tantum emptionem & venditionem* ] *d. l. 2.* Si cum aurifex jam haberet annulos ex suo auro factos , mihi cum eo convenisset , ut eos certo pretio mihi daret , nemo dubitaret , emptionem & venditionem tantum contrahi. Quid autem in proposito refert , res jam facta sit ab artifice , an adhuc faciendâ , cum utrobique in pretio constituendæ non materiæ solum , sed etiam artificii ratio habeatur ? Sic vero in universum habendum est ; Si quam rem nobis fieri velimus , veluti statuam , vel vas aliquod , aut annulos , vestem , tegulas , &c. ut nihil aliud quam pecuniam demus , emptionem esse , atque emptionem solum , quoniam nulla potest esse locatio , ubi corpus ipsum non datur ab eo , cui id fit : quemadmodum Sabinum respondisse Pomponius refert *l. Sabinus. 20. de contrah. empt.* Cui sententiæ convenit , quod Javolenus scribit , *l. si convenit. 65. d. tit.* totiens emptionem contractam intelligi , quotiens materia , in qua aliquid fit , immutatur & alienatur. Id autem in casu proposito contingit auro. Non adversatur huic sententiæ Paulus in *l. item si. 22. §. 1. hoc tit.* ubi ait ; Cum insulam ædificandam loco , ut sua impensa con-

conductor omnia faciat, proprietatem quidem eorum ad se transferri, & tamen locationem esse: locare enim artificem operam suam, id est, faciendi necessitatem: quoniam cum aream meam do, ut in ea insula fiat, substantia & materia, in quam agit artifex, à me proficiscitur; *d. l. Sabimus. in fin.* neque materiam, tigna, cæmenta hic emo, sed conduco operas artificis ad insulæ constructionem, ut eam mihi omni re atque opere perfectam in meo reddat.

*Quod si suum aurum dederit] d. l. 2. l. in navem. 31. hoc tit. facit l. scribis. 34. in pr. vers. in aurifico. de aur. arg. mund. leg.* Nam totiens conductio alicujus rei intelligitur, quotiens materia, in qua aliquid præstatur, in eodem statu ejusdem manet, *d. l. si convenit. 65. de contr. empr.*

## T E X T U S.

Quid præstare debet conductor.

5. Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet: & si quid in lege prætermisum fuerit, id ex bono & equo præstare. Qui pro usu aut vestimentorum, aut argenti, aut jumenti, mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet; quam si præstiterit, & aliquo casu fortuito eam rem amisserit, de restituenda ea non tenebitur.

## N O T A.

5. *Ex bono & equo præstare] Est enim hic contractus bonæ fidei, in quo multa; quæ nec dicta, nec cogitata fortè sunt, præstari æquum est, §. 30. inf. de a. & sup. de obl. ex conf. add. l. 25. §. 3. l. 24. pr. h. s. l. 2. l. 17. C. eod.*

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

1. Quia à conductore ex natura hujus contractus præstanda.
2. Conductorem regulariter levem duntaxat culpam, non etiam levissimam præstare.
3. Accurata ad ea, quæ in contrarium disputantur, responsio.
4. Exclusionem casus fortuiti non protinus induci præstationem culpa levissima.

**A**gitur hoc § de præstationibus, quæ conductori incumbunt, doceturque in hac re primum inspicere debere id, quod ut præstaret conductor, nominatim convenit; veluti si convenerit, ut etiam si quid vi majore accidisset, præstaretur: hic enim pacto standum esse Julianus respondit, *l. 9. §. Julianus. 2. hoc tit.* Similia exempla occurrunt in *l. 11. §. 1. & ult. eod.* estque hoc commune omnium judiciorum bonæ fidei, *l. 11. de a. & empr. l. contractus. 23. de reg. jur.* Quod si nihil convenit, tunc ea præstanda esse, quæ naturaliter insunt hujus judicii potestate, in quod, cum sit bonæ fidei, id omne venit, quod ex æquo & bono præstari oportet, etiamsi de eo nihil dictum, aut fortè nihil cogitatum sit, *l. si in lege. 24. & l. seq. §. 3. hoc tit. §. in bona. 30. inf. de a. &.* unde post moram etiam usuræ tardius illatarum

pensionum à conductore præstandæ, *l. quæro. 54. eod. l. præf. 17. C. eod.*

*Secundum legem conductionis] Id est, secundum pacta conventa conductioni adjecta, quæ legem & formam contractui dant, l. 7. §. quinimo. 5. de pact. d. l. 23. de reg. jur.* Nihil est apud juris auctores frequentius, quam ut legem contractus appellent formam, quam ex pactio- ne adjecta contractus accipit, ipsamve pactio- nem, *l. qui fundum. 40. l. comprehensum. 60. l. si cum fundum. 68. de constr. empr. l. si in lege. 24. hoc tit. l. venditor. 13. comm. prad. cum similib.*

*Ex bono & equo præstare] Ante omnia autem colonus curare debet, ut opera rustica suo quæque tempore fiant, ne intemptiva cultura fundum faciat deterio- rem. Præterea villarum curam agere debet, ut eas incorruptas habeat, *d. l. 25. §. 3. h. s.* Inquilinus, ut in domo locata rectè versetur, ex honesta non faciat cauponam, *l. 3. C. eod.* Uterque, ut pensiones suo quasque tempore solvat, *d. l. quæro. §. 1. hoc tit.* Ni ita se gerat conductor, & pensionem præstet, impunè expelli potest, *d. l. quæro. §. 1. l. 3. C. eod.* Plures alias causas, ob quas conductorem expellere jus est, refert Christin. *vol. 3. decis. 115.* quanquam non omnes hodie obtinent, ut idem ibidem annotat. Illud hic tenendum est, quibus casibus conductorem expelli posse dicitur, non nisi ex auctoritate magistratus eum expelli debere. *Ans. Fab. C. suo. h. s. defn. 11.**

*Qualem diligentissimus paterfamilias] Simile est, quod traditur in l. si merces. 25. §. pen. hoc tit.* At enim locatio & conductio est contractus ex eorum numero, qui utriusque contrahentis utilitatem continent: in cujusmodi contractibus dolus duntaxat & culpa præstatur, juxta regulam traditam in *l. 5. §. 2. commod.* ubi nominatim etiam locationis fit mentio. Cum autem culpa præstari dicitur, eo verbo in usu juris non alia, quam levis culpa designatur, id est, ea, quæ medix diligentix opponitur. Quod multis auctoritatibus probavimus sub *§. 2. sup. quib. mod. re contr. oblig.* & de hac tantum culpa dictam regulam intelligi debere ex eo patet, quod in contractibus, in quibus solius accipientis utilitas versatur, quale plerumque est commodatum, Jurisconsultus d. loco scribit, plus ab accipiente exigi, quam cum utriusque commodum vertitur: nimirum in hujusmodi contractibus præter culpam præstari & diligentiam; quo significat, in eo contractus, qui utriusque gratia fiunt, & commodatum discrepare; quod in illis duntaxat levis culpa præstetur, in hoc etiam levissima, quam more veteribus usitato contrariæ rei præstatione indicat, diligentix scilicet, intelligentis eo verbo diligentiam specialem seu exactissimam. Ipsa quoque ratio hoc suggerit, levius agendum esse cum eo, qui mercedem pro rei usu præstat, quam qui gratuitum ejus usum habet. Quin ipsum etiam commodatarium placet culpam levem tantum præstare, secundum superiore regulam, si quando commodantis quoque contemplatione res commodata sit, *l. in rebus. 18. in fin. pr. commod.* Ex quibus perspicuè evincitur, conductorem regulariter levissimæ culpæ nomine non teneri, neque ab eo exigi, extra specialem conventionem, ut in *l. qui mercedem. 40. hoc tit.* ut in re conducta summam & exactissimam diligentiam præstet, sed securum eum esse oportere, si adhibuerit mediam, id est, eam, quam com-

munitur frugi patresfam. suis rebus adhibere solent. Idem ex eo quoque confirmatur, quod passim nihil amplius quam culpam à conductore præstari legimus, l. 9. §. 3. l. 11. §. 3. *l. item quaritur*. 13. §. 1. *l. in navem*. 31. *in fin. hoc titul.* quo postremo loco Alfenus etiam pro ratione affert regulam probatam in contractibus, qui utriusque causa inveniunt: at culpæ nomine absolute posito in usu juris culpa levis perpetuo significatur. Denique ut nullus dubitationi locus relinquatur, evidentissimè hoc ipsum ostendit, l. 3. §. 1. *navis. caup. stab.* quo loco Jurisconsultus conferens actiones locati & depositi cum honoraria, quæ ex edicto isto competit, utilitatem ejus, quæ ex edicto est, hoc nomine maximè commendat: quod in locato conducto culpa, in deposito dolus duntaxat præstetur: edicto vero omnimodo, qui recepit, teneatur, etiam si sine culpa ejus res perierit aut damnatum datum est, ita tamen, ut nec ille præstet casus fortuitos, seu quod damno fatali aut vi majore contigit. Igitur ex sententia Jurisconsulti is, qui recepit, præstat medium aliquid inter culpam & casum fortuitum, quod non præstat conductor: atqui hoc medium nihil aliud esse, fateri omnes debent, quam culpam levissimam. Quid ergo respondemus ad hunc textum? nimirum idem, quod interpretes vulgo, superlativum hoc loco positum esse pro positivo, verbum diligentissimus pro diligens; ut hoc verbum secundum subjectam materiam & naturam contractus explicandum sit, eoque hic significari intelligatur, non summa illa & penè modum excedens, sed media diligentia, quam communiter homines diligentes suis rebus adhibere consueverunt. Sic ex contrario positivus pro superlativo ponitur in l. 5. §. custodiam. 5. *commod. l. heredes*. 25. §. non tantum. 16. *fam. ercisc.* §. 2. *sup. quib. mod. re contr. obl.* &c. quod apparet ex collatione l. in rebus. 18. *commod. l. 1. §. Gille. 4. de obl. & act.* §. 1. *inf. de obl. qua quasi ex contr.* Idem responderi potest ad l. si merces. 25. §. pen. *hoc tit. arg. d. l. 3. §. 1. naut. caup. stab.* Nam quod alii respondent, casus esse speciales, qui hic & in d. §. pen. proponuntur, atque utroque loco agi de rebus, quæ natura sua, quasi damno maximè obnoxie, accuratissimam custodiam desiderant, altero etiam de conductoribus, qui operam quasi ultro offerunt, & ideo quoque levissimam culpam præstare tenentur, *arg. l. 1. §. sape. 35. depof.* admitti non potest. Nam jumenta, columnæ, dolia, tigna, scrupulosam præ cæteris rebus curam, aut curiosam custodiam minimè requirunt: nec quilibet qui quodammodo operam suam offerre videtur, ad majorem diligentiam, quam natura contractus desiderat, obligatur, d. l. 3. §. 1. *navis. caup. stab.* sed locum hoc habet in artificibus, seu iis, qui alicujus rei peritiam profiterentur, quorum idcirco imperitia culpæ levi annumeratur, cum in aliis sit levissima, l. 9. §. pen. *l. item*. 13. §. *figemma. 5. hoc tit. l. 12. de furt. l. 8. §. 1. ad leg. Aquil.* nisi putamus, etiam eos, qui columnas aut tigna deportanda conducere solent, eodem numero haberi, quasi industriam certæ rei profiterentur, ut *D. Wesemb.*

*Et aliquo casu fortuito* l. in judicio. 28. *C. eod.* Neque hoc proprium hujus judicii est, sed commune omnium contractuum, l. *contractus*. 23. *de reg. jur. l. 6. C. de pign. act.* Non obstat, quod alibi dicitur, rem locatam esse periculo conductoris, l. 13. §. 1. *de lib. caus. l. 14. §. qualis*. 16. *de furt.* Nam illud intelligendum est

de periculo & damno, cui culpa causam præbet: neque novum est, ut illæ etiam res periculo nostro esse dicantur, in quibus culpam præstamus; de quo uberius disserui sub §. 3. *tit. præc.* Quod autem hic excluditur casus fortuitus, id non satis argumenti est, culpam levissimam à conductore præstari: nihil enim frequentius est in jure nostro, quam ut posita præstatione doli & culpæ, quo verbo levis intelligitur, removeatur casus fortuitus; insuper habito, utrum eo amplius etiam levissima culpa præstetur, nec ne; utpote quæ & raro præstetur, & vix culpa sit. Hinc jam judicari potest, an incendium & quando à conductore præstandum sit: in quo tamen mirifice variant & interpretes, & judicium sententiæ: *vid. Gail. 2. obs. 21. Menoch. de arb. jud. quest. 2. cas. 390. Mascard. lib. 2. de prob. in verb. Incendium. Fachin. 1. cons. 87. Moller. 4. semestr. 31. D. Talden. comm. in tit. de leg. Aquil. inf. c. 8. Christin. vol. 3. decis. 112. n. 5. ubi plures citat.* Assentior autem iis, qui statuunt, inquilinum de incendio locatori teneri, nisi doceat de diligentia sua in muniendo & custodiendo igne adhibita. *Fach. & Moller. dd. loc. per l. 3. §. 1. de off. præf. vig. l. 11. de per. & comm. rei vend. de quo nos opulencius lib. 1. sel. quest. cap. 33.*

## T E X T U S.

## De morte conductoris.

6. Mortuo conductore intra tempora conditionis, hæres ejus eodem jure in conductione succedit.

## N O T A.

6. Mortuo conductore, &c. hæres ejus] l. 10. *C. b. t.* sicut nec ex contrario morte locatoris expirat locatio l. 19. §. 8. *eod.* Hæres enim universi juris & onerum defuncti successor est, l. 37. *de acq. her.* Emptor autem vel legatarius stare locationi non tenentur, l. 35. §. 1. l. 32. *b. t. l. 120. §. ult. de leg. 1. l. 9. C. b. t.*

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

1. Emptor non tenetur stare locatione facta à venditore: & quid hodie.

Morte conductoris conductionem non expirare, sed hæredi quoque ejus intra tempora conductionis onus contractus incumbere, certi juris est, l. 10. *C. hoc tit.* & contra nec morte locatoris expirat: quippe hæres universi juris & onerum defuncti successor est, l. hæres. 37. *de acq. her.* Ait autem Justinianus, hæredem eodem jure in conductione succedere: & Gordianus in d. l. 10. hæredi quoque onus contractus incumbere: quibus verbis non hoc significant, hæredes, pro eo tempore, quo contractus inter defunctum & superstitem stetit, actione locati aut conducti teneri: quanquam etiam ita tenentur, l. sed addes. 19. §. *ante pen. hoc tit. l. cum conductorem*. 29. *C. eod.* quippe omnes actiones ex contractibus venientes, etiam mandati & pro socio, l. *inter causas*. 26. *pr. mand. l. nemo*. 35. & l. *seq. pro soc.* in hæredes transeunt: sed hæredem succedere in ipsum jus conductionis, quæ mortuo conductore aut locatore non finitur: quod quidem regulariter etiam in aliis contractibus obtinet: sed secus est in iis negotiis, in quibus industria certæ personæ eligitur, ut in societate & mandato, quæ morte contrahentium finiuntur; ut docetur duo-



duobus tit. proximè seqq. particularis autem successor, emptor aut legatarius non tenetur stare locationi factæ ab auctore suo, *l. si mercas. 25. §. 1. l. qui fundum. 32. h. t. l. 9. C. eod. l. nihil. 120. §. ult. de legat. 1.* Cæterum ab hoc jure moribus nostris & pleræque Belgicæ re-

cessum est, juxta tritum illud, *huur gaat voor koop.* *Gros. 3. introd. 19. Neostad. dec. sup. Car. 30. Gudelin. 3. de jur. nov. 7. add. vuj, vuj, Groenew. de legib. abrog. ad d. l. 9. C. h. t.* In hac urbe sequuntur jus commune: *statut. Leid. 74.*

TITULUS XXVI.

DE SOCIETATE.

*Dig. Lib. 17. Tit. 2. C. Lib. 4. Tit. 37.*

*Continuatio. Quid sit societas, & quarum rerum, quando & quomodo contrahatur.*

**L**ertia species contractuum, qui sola contrahentium voluntate obligationem inducunt, est societas. Societas est contractus, quo inter aliquos res aut operæ communicantur, lucri in commune faciendi gratia.

Primum ut sit societas, necesse est aliquid mutuo conferri & communicari: nisi quid utrinque in commune conferatur, societas non intelligitur. Inde dictum, donationis causa societatem non contrahi veluti si alicui placuerit lucrum ex re sua factum alteri commune esse, qui de suo nihil conferat, *l. 5. §. 2. h. t.* Enimvero quæ res invicem conferantur, corporalesne utrinque, an illinc res, hinc opera, an etiam opera utrinque, ad societatem communicatione rerum contrahendam, nihil interest: nam & inter duos artifices societas coiri potest, ut quod ex suo artificio quæstus fecerint, inter eos commune sit, *l. si non fuerint. 59. l. duo. 71. eod.* Illud quoque nihil refert ad societatem ineundam, quantarum rerum societas instituitur: nam & univerforum bonorum societas contrahi potest, & partis bonorum: potest & negotiationis alicujus, quæ multas res partemque contineat: potest denique & unius rei, veluti si prædium communi consensu conducatur, ut fructus inde quæsti sint communes, *pr. hoc tit. l. 5. l. verum. 63. eod.* Porro quod ex definitione satis intelligitur, societas est consortium voluntarium, ut à Papiniano vocatur, *l. cum duobus. 52. §. Idem Papinian. 8. eod.* nisi enim consensu & tractatu de ea re habito communio suscepta sit, non est societas. Itaque socii non sunt, si qui aut casu in communionem inciderint, puta si legatum, donatio, aut hæreditas duobus communiter obvenit, aut si res à duobus simul simpliciter empta sit, *l. ut sit. 31. cum 3. ll. seqq. eod.* Ex quibus locis cum Glossa & citatis in *add. ad Bart.* temperandum est, quod in *l. 2. comm. div.* Jurisconsultus ait, rem, quæ à duobus pariter empta est, cum societate communem esse; nempe si empta sit cum affectione & animo societatis: idemque præsupponendum in specie *l. 2. C. h. tit.* quanquam Bartolus ad *dd. ll.* quem sequitur Salicetus in *d. l. 2.* contrarium axioma proponit, videlicet eo ipso, quod res à duobus pariter emitur, societatem contrahi. Denique quod postrema verba definitionis indicant, non est satis ad contrahendam societatem, communionem consensu iniri inter aliquos, nisi in hunc finem communio instituitur, ut lucrum inde in commune fiat. Quæ communio hanc finem non habet, societas

dici non potest, ut maximè voluntate suscepta sit. Ut ecce, materiæ duorum voluntate dominorum confusæ sunt: massa quidem hæc communis est, *§. si duorum. 27. sup. de rerum divis.* at non jure societatis. Res eadem simul à duobus simpliciter empta est, sit illa quidem amorum voluntate communis, sed ut modo dixi, contra societatem, *d. l. ut sit. 31. h. t.* Convenit inter aliquos, ut lucrum non sit commune, sed unius tantum socii: placet, ita societatem contrahi non posse, quæ contra finem societatis constituitur, *d. l. si non fuerit. 29. §. 2. eod.* De damno nihil adjeci, quia lucrum tantum sperant spectantque socii, damnum præter votum eorum accidit. Sed nec damni communio ad substantiam societatis pertinet: quippe quæ etiam ita constitui potest, ut unus è sociis damni sit expers, ut postea intelligitur. Cum autem de communione eo, quo dixi, animo inter aliquos convenit, tum societas consensu contracta intelligitur, etsi nullius rei aut operæ collatio in præsentia fiat, *l. 2. de obl. & act.* Nec adversatur, quod scribit Modestinus *l. 4. h. t.* posse societatem coiri re & verbis &c. significat enim, societatem ita contrahi consensu, ut nihil intersit, verbis seu aperta conventionne, antacitè re seu facto aliquo consensu declaratur: add. quæ ex Cujacio notat D. Gothofr. *add. l. 4.* Species societatis sumuntur à diversitate materiæ: ac de eo hic primum agitur: deinde disputatur de pactionibus circa partes lucri & damni: postremo de vi & obligatione hujus contractus, deque modis, quibus dissociamur.

TEXTUS.

Divisio à materia.

*Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Græci specialiter κοινωμίαν appellant; aut unius alicujus negotiationis, veluti mancipiorum vendendorum emendorumque, aut olei, aut vini, aut frumenti emendi vendendique.*

NOTÆ.

*Societatem coire]* Societas est communio consensu suscepta. Estque duplex, vel vitæ, quam uno verbo nuptias five matrimonium appellamus; vel bonorum, quæ verbo generis in usu juris societas vocatur: de qua sola hic agitur.

*Aut totorum bonorum]* In qua bona omnia præsentia continuo communicantur, actiones invicem cedende,

quæ postea obveniunt, in commune redigenda, l. 1. §. 1. l. 2. l. 3. l. 73. & seq. h. s. Cum autem aliqui simpliciter societatem contrahunt eorum duntaxat, quæ ex quæstu veniunt, coita esse videtur, non etiam, quæ beneficio alieno aut dono fortunæ, l. 7. cum seqq. eod.

Unius negotiationis] Vel artificii, vel fundi in commune empti: in qua id solum, quod ex quæstu rei venit, cujus societas contracta est, lucrum commune est, l. 52. §. 5. eod.

COMMENTARIUS.

1. Species societatis subjectis distincta.
2. Quando universonum bonorum societas contracta intelligatur, ejusque effectus.
3. Moribus Belgii talem societatem inter conjuges constitui, & quidem ipso jure: unde & quid amplius in hac, quam in alia universali.
4. Quæ bona communicentur, si societas simpliciter coita sit.
5. Peculiaris quadam in societate omnium bonorum.

Societatis diversæ sunt species & effectibus & subjectis distinctæ, ut, l. 1. §. 1. l. 3. §. 1. l. 5. l. 7. cum aliquot seqq. l. si non fuerint. 29. & pass. hoc tit. Imperator autem hoc loco id tantum videtur ostendere voluisse, aliam esse societatem universalem, aliam particularem, ut vulgo distingui solet: quanquam minus accurata ea oppositio est. Pinguis à diversitate subjecti societas ita distribui potest, ut dicamus, aliam esse rerum & bonorum omnium, aliam universonum, quæ ex quæstu veniunt, aliam partis bonorum tantum, aliam denique unius rei, puta certæ alicujus negotiationis vel artificii, aut fundi in commune empti. In bonorum omnium societate bona omnia præsentia, id est, quæ coëuntium sunt tempore contractæ societatis, continuo communicantur, l. 1. §. 1. l. 2. hoc tit. actiones invicem sunt cedendæ, l. 3. eod. quæ postea obveniunt, judicio societatis communicanda, l. si societatem. 73. & l. seq. eod. & quidem etiam omnia, id est, tam ea, quæ beneficio alieno & dono fortunæ obveniunt, quam quæ ex opera sociorum quærantur, d. l. 3. §. 1. d. l. 73. eod. Hujusmodi autem societas tunc tantum contracta intelligitur, cum nominatim & specialiter omnium bonorum coita est, d. d. ll. Interdum tamen evenit, ut tacite quoque id actum videatur; veluti si fratres consortes post mortem patris, bonis indivisis, non paternis tantum, sed etiam cæteris, in quorum communionem inciderunt, lucris omnibus communicatis, vixerint, nec à se invicem rationes unquam exegerint. Hæc autem omnia conjunctim requiruntur: nam si tantum paternæ hæreditatis fructus communicaverint, aut unus proprio nomine quid gesserit, sibi habuerit, universalis societas minime contracta videbitur, nec quod aliunde quæsitum est, venit in communionem, l. cum duobus. 52. §. Papinianus 6. hoc tit. l. 4. C. comm. utriusque jud. Ant. Fab. C. suo, hoc tit. defin. 3. D. Tulden. comm. hic. 3 cap. 1. Moribus ferè totius Belgicæ (Friliam excipe, vid. D. Joan. à Sande rer. jud. lib. 2. tit. 5. defin. 3.) bonorum omnium communio & universalis societas inter conjuges ipso jure constituitur, nisi quid contra patris antenuptialibus cautum sit: in qua societate etiam hoc amplius est, quam in alia universali, quod etiam ea, quæ post contractum matrimonium alterutri con-

jugum quæsitæ sunt, continuo inter eos communia sunt, non expectata nova eorum communicatione: scilicet quia lex hanc communionem inducit: vid. D. Neofiad. in nos. ad observ. 9. cum alii socii, quamvis universonum bonorum, quæ post contractam societatem acquirunt, sibi acquirant; ut tamen judicio societatis ea cogantur communicare, & quæsitæ in commune redigere, l. si societatem. 73. & l. seq. hoc tit. Upde Paulus in l. 1. §. 1. eod. non ait, simpliciter inter socios omnium bonorum continuo communicari res omnes, sed res omnes quæ coëuntium sunt, id est, quæ tunc sunt, cum societatem coëunt. In societate universonum, quæ ex quæstu veniunt, res coëuntium seu bona præsentia non communicantur, sed futura tantum, seu lucra postea obventientia; neque tamen hæc omnia, sed ea solummodo, quæ ex quæstu quotidiano, id est, ex opera & negotiatione cujusque socii acquiruntur, puta lucrum, quod ex emptione, venditione, locatione, conductione, & similibus commerciis, aut ex causâ artificii descendit. Quæ vero alieno beneficio obveniunt, qualia sunt hæreditas, legatum, donationes, ea extra hanc causam habentur, l. 7. & aliquot seqq. hoc tit. Talis societas contrahi intelligitur, cum aliqui simpliciter societatem coëunt, hoc est, saltem dicunt, sibi placere, ut inter ipsos societas sit sine designatione rerum, quarum societatem contrahi velint, d. l. 7. Fallitur autem D. Bachovius, dum putat, etiam in societate simpliciter hoc modo contracta bona ipsa coëuntium statim communicari: hoc enim non obfcurè pugnat cum d. l. 7. Et l. 1. §. 1. eod. disertè loquitur de societate omnium bonorum. Veteres autem non aliam bonorum aut fortunarum omnium societatem agnoscunt, quam quæ nominatim ita contracta est: ut bene Baro hic. In societate omnium bonorum etiam illud peculiare est, ut si quid socius necesse habuit præstare ex obligatione honesta, atque adeo etiam aliena injuria coactus, id omne in societatis rationem veniat, tamen si extra causam societatis id præstetur, l. cum duobus. 52. §. ult. hoc tit. l. 39. §. 3. fam. ercisc. nec mirum, cum rursus omnia etiam quæ ex lucrative causa obveniunt, in commune sint redigenda. Quapropter si unus è sociis universonum bonorum quid erogaverit in honorem liberorum, honestè tamen & decenter, non profusè, in fraudem sociorum, id in societatem imputabitur; veluti si pater filium in studiis aluit, atque eo nomine quid honestè & bona fide erogavit, fac. l. qua pater. 50. fam. ercisc. Quid si filiam elocavit, & pro ea dotem dedit? Adhuc dixerim, societatis id commune onus esse, non solius patris, arg. l. 19. de ris. nupt. Rol. à Vall. conf. 91. Menoch. 2. de arb. jud. cap. 127. Fach. 8. consr. 4. Christin. vol. 3. decis. 51. num. 9. Goshoff. ad l. 81. hoc tit. Baobov. ad Trent. vol. 1. disput. 27. sb. 8. Prius illud etiam admittit D. Tulden. comm. hic. cap. 4. sed de dote dissentit; propterea quod dos imputatur legitimæ, & conferenda est, ea autem, quæ studiorum causa filio subministrantur, non item, d. l. 50. fam. erc. Sed quid hoc ad rem? Imo, cum filiam dotare pater teneatur, vel magis in dote id obtinere debet. Sicea, quæ pater liberis emancipatis concedit, ut se exhibeant, familiam, quam instituunt, sustentent, conferuntur, l. 17. in fin. C. de collat. quæ tamen imputabit societati: & potest pater impendiis studiorum causa factis hanc legem dicere,

re, ut post mortem conferantur. Hoc autem nihil ad socios. Planè feuda in hanc societatem non veniunt. *Bald. & Prapof. in c. imperialem de prob. feud. al. per Fred. & in cap. 1. de invest. de re al. fact. Praef. Everb. conf. 53.* In reliquis societatibus id solum, quod ex quaestu negotiationis venit, aut rei, cujus societas contracta est, lucrum commune est: ex alia causa quaesitum ad communionem non pertinet, *l. cum duobus. 52. §. cum duo. 5. eod.*

T E X T U S .

De partibus lucri & damni.

1. *Et quidem si nihil de partibus lucri & damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes & in lucro & in damno spectantur. Quod si expressa fuerint partes, ha servari debent. Nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sint, ut ad unum quidem duae partes & lucri & damni pertineant, ad alteram tertia.*

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

1. *Summa disputationis hic proposita.*
2. *In impari rerum collatione, si de partibus nihil dictum sit, impares quoque constitutas intelligi; & reprehensi, quisocus sentiunt.*
3. *Ubi partes expressa, qualiscumque collatio sit, conventionem servandam.*

**O**Mnis societas lucri in commune faciendi gratia coitur. Sed non semper lucrum fit, & saepe etiam damnum. Hinc de partibus lucri & damni quaerendum est, ut sciatur, quantum quisque & in lucro & in damno ferat. Summa hujus disputationis tribus hisce propositionibus continetur. 1. Si nihil nominatim convenerit, partes & in lucro & in damno aequales sunt. 2. Si partes expressae fuerint, has servari oportet. 3. Si una tantum in causa pars expressa sit, in altera, quae omissa est, eadem pars servari debet.

*Aequales [c. partes]* Si partes expressae non sint, id tacite actum intelligitur, ut aequales sint, *l. si non fuerint. 29. pr. h. t.* quod sic vulgo & rectè acceptum est, ut pro vero habendum sit, cum ea quoque, quae conferuntur, sunt aequalia: ceterum si inaequalis sit collatio, pro rata ejus, quod quisque contulit, partes fieri: aequalitatem enim hic intelligi debere non arithmeticam, sed geometricam, id est, analogam rebus collatis. Non placet hoc D. Connano, *lib. 7. comm. 13.* neque D. Tuldeno *comm. hic. cap. 5.* qui ita disputant, ut existiment, etiam in impari rerum collatione, si de partibus societatis nihil dictum sit, aequales partes pro numero sociorum tacite factas intelligi, non considerato eo quod quisque contulit; quasi ubi nihil speciatim dictum est, communem duntaxat negotiationis fortunam spectasse, atque in eo acquievissent videantur, ut quisque damni & lucri tantundem haberet; scilicet jubente id etiam lege societatis atque amicitiae, quae ab aequalitate primum nata sit, & pares faciat etiam quos impares suscipit. Sed ut concedamus, hoc tacite actum videri in societate omnium fortunarum, aut simpliciter & sine de-

signatione rerum contracta: tamen in societate unius alicujus negotiationis idem probandum non est. Nam, cum nihil aequius sit, quam ut quisque pro ratione sortis, quam in eam negotiationem contulit, lucrum sentiat, *l. 6. l. quid enim. 80. b. tit.* hoc ipsum tacite quoque actum intelligi convenit, si nihil aliud dictum est. Bene Aristot. 8. *Ethic. ad Nicomach. in fin. & 3. Polit. 6. c. χρημάτων κρισις πλείω λαμβάνουσιν οι συμβαλλόμενοι πένω.*

*Si expressa fuerint partes, ha servari debent]* Ac proinde etiam si inaequales servari placuerit in collatione aequali, pactio servanda erit: & contra si aequales servari placuerit in collatione inaequali. Itaque cum saepe non constet, an aequalis utriusque aut rerum aut operae collatio facta sit, ut omnis de hac re controversia inter socios tollatur, rectè fecerint, si ipsi expressè partes societatis constituent. Videtur tamen quod hic simpliciter dicitur, aliqua indigere cautione, de quo sub §. seq. Quod si societas ea conditione contracta sit, ut partes postea constituerentur, ad boni viri arbitrium res redigenda est, *l. 6. hoc sit.* Sed & si arbitrio tertii alicujus partium definitio permessa sit, arbitrium boni viri electum videtur, poteritque in manifesta iniquitate arbitrium personae electae per judicium bonae fidei corrigi, *l. societatem. 76. cum 4. l. seqq.*

*Ut ad unum duae partes, &c.]* Hæc conventio ut ad unum duæ partes tam damni, quam lucri pertineant, ad alterum tertia, propter analogiam inaequalitatis partium in damno & lucro facile recepta est. Imo vix inaequalitatem habere videtur; quoniam incertum est, lucrum an damnum ex communi negotiatione proventurum sit: neque enim semper favente Mercurio negotia procedunt.

T E X T U S .

De partibus inaequalibus.

2. *De illa sanè conventionem quaesitum est, si Titius & Sejus inter se pacti sint, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia; ad Sejum duae partes damni, lucri tertia, an rata debeat haberi conventio. Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactioem esse existimavit, & ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpitius (cujus sententia prevaluit) contra sensit; quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti. Nam & ita posse coiri societatem, non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, & tamen lucrum inter eos commune sit: quia saepe opera alicujus pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur: quod & ipsum Servius convenienter sibi fieri existimavit. Quod tamen ita intelligi oportet,*

ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod superest, intelligatur lucro esse.

## NOTÆ.

2. *Contra naturam societatis*] Utpote quæ æqualitatem tanquam jure quodam fraternitatis desideret, l. 63. pr. eod.

*Servius Sulpitius*] l. 30. in fin. hoc tit.

*Opera alicujus pro pecunia*] Idem intelligi debet de labore, de periculo navigationis & similibus, l. 29. §. i. eod.

## COMMENTARIUS.

1. *Sulpitium in casu hic proposito non tam improbasse videri sententiam Mucii quam temperasse.*
2. *Improbatur eadem Mucii sententia simpliciter.*
3. *Notabilia quadam circa casum, quo ab uno pecunia, ab altero opera confertur.*
4. *Si convenerit, ut unus lucri sit particeps, damni immunus: & de leonina societate.*

**L**ucri dua partes, damni tertia] Difficulus in societate coeunda admissum est, ut partes lucri & damni difformiter constituerentur; veluti si convenerit, ut unus lucri partes duas, damni unam tantum, alter duas damni, tertiam lucri ferat. Nam Quinto Mucio hæc conventio displicuit, ut naturæ societatis, quæ æqualitatem desiderat, contraria: sed à Servio Sulpitio admissa est; cujus sententiam prævaluisse testatur Justinianus.

1. *Quia sæpe quorundam ita pretiosa est opera*] Hæc ratio arguere videtur, Sulpitium non tam improbasse sententiam Mucii, quam temperasse: nimirum quod Mucius simpliciter dixit, iniquam esse hanc pactiorem, naturæque societatis contrariam, ut alter plus lucri, alter plus damni sentiat, id Servium existimas verum non esse in omni societate: iniquam quidem eam conventionem videri in simplici & æquali collatione rerum seu pecuniæ; quod etiam forte solum Mucius consideravit: at iniquam non esse, ubi unus pecuniam tantum, alter operam simul cum pecunia confert: imo justum esse hunc meliore conditione in societatem admitti. Igitur ne quidem ex sententia Servii pactum de inæqualibus lucri partibus valebit, ubi æqualis est operarum & fortis collatio; sed tuac demum ratum est, cum inæqualis est collatio, & is, quem plus lucri ferre placet, etiam plus societati confert, sive pecuniæ, sive operæ aut industriae: quod etiam evidenter probare videtur responsum Ulpian. in l. si non fuerint. 29. pr. hoc tit. Atque ita olim Azo contra Joannem disputavit; ejusque sententiam præter interpretes comm. ad hunc §. & in d. l. 29. sequuntur. Gomez. 2. var. resol. §. num. 5. Wesemb. parat. hic. num. 7.
2. *Christin. vol. 3. decis. 51.* Sed ut verum fatear; non possum huic sententiæ acquiescere. Nam primum rationis esse videtur, ut expressa conventio operetur ultra naturam ordinariam contractus, arg. l. contractus. 23. de reg. jur. modo ne nimia inducatur inæqualitas, & quæ sapiat communionem leoninam: Deinde quia aperte huic sententiæ refragatur, quod simpliciter scriptum est §. præc. si partes expresse fuerint, has servari debere; quod & de partibus æqualibus in collatione inæquali; & de

partibus inæqualibus etiam ubi æqualis est collatio, omnino accipiendum est: quoniam in collatione inæquali, etiamsi de partibus nihil convenerit, partes inæquales juxta ea, quæ dicta sunt, constitutæ intelliguntur. Atque hoc etiam probat textus §. seq. & l. Mucius. 30. in fin. eod. Etsi vero hac ratione inducitur aliqua inæqualitas: non video tamen, cur non possit expressa conventio id effici, cum non plane tollatur lucri communio, in qua consistit societatis substantia. Nec dubium est, quin societas æque ex parte donationis causa recte contrahatur, atque emptio-venditio, l. si quis. 38. de contr. empr. Quare existimandum potius est, Servium in reddenda ratione suæ sententiæ respexisse ad id, quod plerumque evenit, ut scilicet unius opera sit pretiosior, & plus societati proficit, quam alterius; de quo tamen in singulis personis inquirendum non sit, cum ad æquitatem pacti, quod contra Mucium probat, defendendam sufficiat, id evenire posse, & frequenter etiam evenire: neque aliud sensit Ulpianum, aut nimiam solum improbasse inæqualitatem d. l. 29. hoc tit. Ut ut vero sit, usus hujusmodi conventiones sustinet, ut post Angel. Porc. & alios testatur Wesemb. hic. & in par. d. loc. add. Menoch. 2. de arb. jud. cas. 125.

*Ut alter pecuniam*] Etiam uno pecuniam, altero operam conferente societatem contrahi posse obtinuit, l. 1. C. hoc tit. & quidem ita, uti hic dicitur, ut lucrum inter eos commune sit. Quippe cum sæpe opera alicujus tanti sit, quanti pecunia est. Tritum est illud Plauti, *Asin. Act. 1. 50. 3.*

*Par pari datum hostimentum est, opera pro pecunia.* cui simile illud in l. 52. §. 2. eod. *presum opera & artus est levamentum, id est, σκωμυς.* Varro apud Non. *amuffis est, aquamen, levamentum.* In codice Hetrusco præpostero literarum ordine scriptum est *velamentum.* Nimirum qui artem operamve præstat, non minus præstare creditur, quam is, qui pecuniam confert. Quod de opera dicitur, idem & de labore ac periculo navigationis, & similibus intelligi debet, d. l. si non fuerint. 29. §. 1. hoc tit. Possunt igitur duo societatem sic coire, ut unus pecuniam conferat, unde merces emantur & negotiatio exercentur; alter operam duntaxat, qui proficitur ad merces emendas, emat & vendat, ut sic deinde lucrum commune sit. Cæterum hæc collatio non uno modo fit: nam aut opera confertur cum solo pecuniæ usu, quo casu fors domino perit, & si salva est, domino salva est: aut opera confertur cum ipso dominio pecuniæ, quo casu qui operam impendit, particeps fit fortis. In prima specie comparatur cum opera non fors, sed periculum amittendæ fortis, & lucrum, quod ex ea probabiliter sperari poterat. In altera operæ pretium habetur quasi sorti adjectum; & pro eo, quod valet, in ipsa sorte partem habet, quæ operam præstat, ut eleganter Gros. 2. de jur. bell. ac pac. 11. num. 24. Covar. 3. var. resol. 2. Atque hinc sumenda decisio quæstionis agitatur apud interpretes in l. 1. C. hoc tit: utrum in hoc genere societatis pecunia collata communicetur, nec ne; & consequenter, utrum finita societate ea etiam inter socios dividenda sit, an is, qui contulit, eam præcipere debeat. Cui similis est altera, utrum in hujusmodi specie damnum pecuniæ amittæ commune sit, an ad eum solum hoc damnum pertineat, qui contulit pecuniam. De quo laborant *Gail. 2. obs. 24. m. 6. Pachin. 2. contr. 94.*

§ 95. *Christin. vol. 3. decif. 51. num. 4. & val. 1. decif. 207. n. 8. & seqq.*

*Lucri partem ferat, de damno non teneatur* ] Ut sociorum aliquis lucri sit particeps, immunis damni, præter naturam est societatis. Potest tamen ita conveniri sine injuria: nam secundum Cassium & Sabinum talis conventio iniqua non est, si tanti sit opera, quanti damnum est; id est, si tanti est illud, quod impenditur & perditur operæ, quanti est damnum acceptum, *d. l. si non fuerint. 29. §. 1. hoc tit.* D. Grotius loco præcitato scribit, mixtum esse hujuscemodi contractum ex societate & contractu avertendi periculi, quem assicuracionem vocant; atque in eo ita servari æqualitatem, si tanto plus lucri ferat, quam alioqui laturus fuerat, qui in se damnum recipit. Ait Justinianus *lucri partem, discrete partem*. Nam talis societas coiri non potest, ut unus lucrum tantum, alter damnum aut damni partem sine lucro sentiat, *d. l. 29. §. 2.* quippe ita naturalis societati est lucri communio, ut sine ea nequeat societas consistere. Veteribus talis societas, ex qua quis damnum tantum, non etiam lucrum expectat, leonina dicitur *d. l. 29. §. 2.* appellatione proverbiali ducta ex Apologo Æsopi de leone, asino & vulpe. vid. Desiderium nostrum in *Chiliad.*

*In alia re lucrum, in alia damnum* ] Lucrum non particulatim æstimatur, sed in summa summarum, hoc est, id demum pro lucro reputatur, quod deducto omni damno atque impensis superest. Quemadmodum ex contrario damnum non intelligitur, nisi deducto omni lucro, *l. 30. hoc tit.* Itaque si inter duos inita sit negotiatio mancipiorum & boum, atque in illa damnum acceptum 100. aureorum, in hac lucrum factum 300. facta lucri & damni compensatione, reperietur superesse lucrum ducentorum, qui secundum legem societatis dividi debent.

T E X T U S .

De partibus expressis in una causa.

3. *Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, (veluti in solo lucro, vel in solo damno) in altera vero omissa, in eo quoque, quod prætermisissum est, eandem partem servari.*

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

Quæ partes in causa lucri aut damni tantum definitæ sunt, eadem etiam in causa omiſſa tacite definitæ intelliguntur: verbi causa, si ea lege societas coita sit, ut ad unum duæ partes lucri, ad alterum una pertineret, tacite actum intelligitur, ut eandem partes & in damno agnoscant: & si convenerit, ut partes lucri æquales sint, tacite conventum intelligitur, ut damnum quoque pro æquis partibus commune sit. Idque locum etiam habet in societate conjugali, puta si pacto antenuptiali placuerit lucra ex quæstu obvientiæ æqualiter communicari: nam tunc damna quoque uterque conjugum ex æquo ferre debet. *Everhard. consil. 197. Christin. vol. 3. decif. 51. num. 2.* Ratio hujus juris afferri hæc solet, quod id, quod generaliter dispositum est in uno correlativorum, etiam dispositum censeatur in altero: sed parum, ut mihi videtur, subtiliter. Neque enim à natura reatorum, sed à paritate rationis totum hoc pendet: quod

etiam agnoscere videntur illi, qui non simpliciter, quod in uno correlatorum dispositum est, in altero quoque dispositum censeatur tradunt, sed addito hoc temperamento, quando utriusque par ratio est. *Bald. in l. fin. C. de ind. vid. coll. Fas. in l. 1. C. de in jus voc. Christin. d. loc.*

T E X T U S .

Quibus modis societas solvitur. De renunciatione.

4. *Manet autem societas eoque, donec in eodem consensu perseveraverint. At cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. Sed plane, si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obvieniens aliquod lucrum solus habeat; veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo hæres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faceret, cogitur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucrifaciat, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Ei vero, cui renuntiatum est, quicquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

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

1. *Quam rationem habeat, quod placet vel unius socii renunciatione societatem solvi, adeoque tunc etiam, cum in perpetuum coita est.*
2. *Quibus ex factis renuntiatio tacite facta intelligatur.*
3. *Malitiosa renuntiatio quatenus cui noceat.*

Societas & mandatum in eo conveniunt, quod proprio quodam jure, & suis quibusdam modis solvantur, quos Justinianus, quoniam ab iis modis, quibus jure communi obligatio tollitur, remoti sunt, explicare voluit. In societate id facit hoc loco, in mandato tit. seq. Societas proprio jure solvitur quatuor fere modis; renunciatione, morte, capitis minutione, egestate unius, *l. 4. §. 1. l. verum. 63. §. ult. hoc tit.* quæ singula ordine latius declarabuntur.

*Donec in eodem consensu* ] Tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium perseverat, *l. 5. C. eodem.* Et siquidem rebus adhuc integris voluntate omnium ab instituta conjunctione discedat, secundum communem legem de tollendis obligationibus, quæ consensu contrahuntur, invicem liberantur, *§. ultim. inf. quibus mod. coll. obl.* Sed illud proprium hujus contractus est, quod etiam postquam res integra esse desit, id est, postquam jam collatio & communicatio facta est, ab eo recedit & vel unius voluntate potest: quomodo in specie dicitur societas dissolvi renunciatione.

*Cum aliquis renuntiaverit societati* ] Hoc in contractu societatis jure singulari receptum est contra regulas communes de dissolvendis obligationibus, *l. 5. C. de obl. & act. l. 3. C. de resc. vend.* Idque duplici de causa: primum quia socii officium invicem præstant, & accipiunt: deinde quia non bene convenit cum natura & conditione

societatis, quæ rationem quandam & jus fraternitatis habere creditur, *l. verum. 63. pr. hoc tit.* aliquem invitum retinere in communione; quippe cujus materia discordias inter non consentientes excitare solet, *l. cum parer. 77. §. dulcissimus. 20. de legat. 2.* Adeo autem visum est ex natura esse societatis, unius dissensu totam dissolvi, ut, quamvis ab initio convenerit, ut societas perpetuo duraret, aut ne liceret ab ea resiliire invitis cæteris; tamen tale pactum, tanquam factum contra naturam societatis, cujus in æternum nulla coitio est, *l. nulla. 70. hoc tit.* contemnere liceat, *l. 14. eod.* Nam quod Paulus scribit *l. 1. eod.* societatem etiam in perpetuum coiri posse, nihil aliud significat, quam sine ulla temporis præfinitione, aut donec socii vivant: quæ conventio non hoc operatur, ut non liceat abire, sed ut solo lapsu temporis non finiatur societas. Porro autem renuntiatione difficiatur aut voluntate aperta, aut tacita. Aperta, cum cæteris nuntiatur, ut res suas sibi habeant atque agant, *d. l. 63. in fin. eod.* Tacita voluntate renuntiandi tribus his factis evidenter arguitur. 1. novatione actionis pro socio ab uno ex sociis facta, *l. actione. 65. pr. eod.* quod etiam significat Ulpianus, cum dicit, societatem etiam ab actione seu ab interitu actionis distrahi, *d. l. 63. §. ult. 2. actione pro socio ab uno adversus alios instituta distrahendæ societatis causa, d. l. actione. in pr. junct. §. pen. add. vix vix, Sallust. in l. 5. C. eod. 3.* cum separatim agere coeperint, & sibi quisque negotiari, *l. itaque. 64. eod.* veluti si Typographi aliquot, qui antea communibus sumptibus libros imprimendos curabant, postea singuli domi suæ sibi imprimere coeperint, & commune impendium facere desierint, tacite renuntiasse societati intelliguntur.

3 *Si quis callide renuntiaverit* ] Quævis renuntiatio quantumvis infidiosa, hæcenus valet, ut renuntians noceat, & liberet ab eo socios: at ex contrario non quælibet renuntiantem liberat à sociis, sed ea solum, quæ injuria caret. Injuriam autem renuntiatio habet, non tantum si callide & malitiose facta sit, cujus exemplum hic profertur: verum etiam, quæ facta sit absenti, quoad is scierit, *l. 17. §. 1. eod.* item si facta intempestive, id est, ante tempus conventum, (nisi ex nova causa, *l. 14. & 2. seqq. eod.*) aut eo tempore, quo res in communem negotiationem coemptas vendi non expedit, ita ut non privatim unius è sociis, sed societatis interfit eam non dirimi. Qui sic renuntiat, damni particeps, lucri expers manet, *d. l. 7. §. 1. l. actione. 65. §. 3. §. 6. eodem.*

*Veluti si totorum bonorum socius* ] Expresse mentionem tantum facit socii omnium bonorum, qui propter hæreditatem obvenerint renuntiat, ut & Jurisconsultus in *d. l. actione. §. 3.* quoniam ut commodum hæreditatis uni acquisitæ communicetur, extra causam societatis omnium bonorum aut specialem conventionem locum non habet, *l. 3. §. 1. l. 7. eod.*

*Quod non captaverit* ] Si renuntianti, lucrum aliquod post renuntiationem obvenerit, quod in renuntiatione non spectavit captavitque, id communicare non cogitur: quia nec dolum in eo admisit, *d. l. actione. §. 3.*

*Cui renuntiatum est* ] Cui dolose renuntiatum est, is nihil ejus lucri, quod post renuntiationem aliunde quæsit, renuntianti communicare tenetur: quoniam avara & fraudulenta renuntiatio renuntiantem quidem à

sociis non liberat; socios tamen liberat à renuntiante, *d. l. actione. §. 3.*

## TEXTUS.

## De morte.

5. *Solvitur adhuc societas etiam morte socii quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit. Sed & si consensu plurimum societas contracta sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint: nisi in coeunda societate aliter convenerit.*

## NOTA.

5. *Nisi, &c. aliter convenerit* ] Id est, ut uno mortuo nihilominus inter supersites societas continuaretur, *d. l. 65. §. 9.* Quamvis autem hæres in societatem non succedit, tenetur tamen actione pro socio ex obligatione antea nata, item ut bonam fidem præstet & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet, *d. l. 65. §. 9. l. 35. & seq. eod.*

## COMMENTARIUS.

1. *Cur visum, ut morte & vel unius è pluribus tota solvatur societas: & quo id pertineat. num. 3.*
2. *Ratam esse conventionem, ut mortuo uno, inter supersites societas perseveret.*

**E**TIAM morte unius socii societas solvitur, *l. 4. §. 1. l. nemo. 35. l. cum duobus. 52. §. idem. 9. l. adeo. 59. l. verum. 63. §. ult. l. actione. 65. §. morte. 9. hoc tit.* Et hoc genus distrahendæ obligationis societatis proprium est, recedens ab illo communi quo placet hæredem in eandem obligationem & idem jus, quod defuncti fuit, succedere, *§. ult. prac. tit. l. hæres in omne. 37. de acq. har. l. hæreditas. 62. de reg. jur.* sed admissum in societate ex natura hujus contractus; atque eadem ratione qua in mandato, quoque placet morte mandatarii solvi mandatum; nimirum quia in societate non tantum rei familiaris, ut fere in aliis contractibus, verum insuper etiam fidei & industriæ, quæ ad hæredes non transeunt, contemplatio versatur. Nam, ut in textu dicitur, qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit, cujus scilicet fidem, industriam, res & facultates sequatur. Usque adeo autem morte socii dirimi societatem placet, ut nec ab initio pacisci possumus, ut hæres in societatem succedat, *d. l. nemo. 35. d. l. adeo. 59. hoc tit.* quasi & tale pactum naturæ societatis repugnet, ut quis invitus socius efficiatur, cum non vult, *d. l. actione. §. societas. 11. eod.* Exceptæ tamen sunt societates vectigalium, in quibus hujusmodi conventiones ob publicam utilitatem admittæ: manetque hoc casu societas etiam post mortem, nisi forte is mortuus sit, cujus contemplatione potissimum societas coita, aut sine quo ea administrari non possit, *d. l. adeo. 59. l. verum. 63. §. in har. 8. eod.*

*Sed & si consensu plurimum* ] Etsi plures, quanti duo, societatem coierint, & unus tantum ex his mortuus sit, totam tamen societatem dissolvi placet, id est, non tantum dissolvi quoad personam hæredis defuncti, sed ita, ut nec qui supersunt, societati obligentur, *d. l. actione. 65. §. morte. 9. hoc tit.* Ratio est, quoniam cum plures societatem coeunt, alii aliorum contemplatione ad eam acce-

accedunt, ut proinde vel uno sublato amplius in societate manere nolle videantur.

2. *Nisi in cõmunda societate aliter conveneris*] Si in contrahenda societate inter plures nominatim convenerit, ut uno mortuo nihilominus inter eos, qui superstites futuri sint, societas maneat, rata est inter vivos & consentientes conventio, *d. l. actione. §. morte.* Neque, quod putat D. Hotomannus, hanc conventionem Ulpianus improbat *l. 35. l. cum duobus. §. 2. §. idem. §. 1. adeo. §. 9. eod.* Confundit Hotomannus duo dissimilia pacta; pactum, quo placet hæredem in societatem succedere, quod ab Ulpiano improbat; & pactum, quo inter plures societatem contrahentes cavetur, ut uno mortuo inter superstites societas continuetur. Quod valere post Paulum in *d. l. actione. §. morte.* tradit Justinianus hic. Illud obiter monendi sumus, cum morte socii solvi dicitur societas, id non eo pertinere, ut hæres socii non teneatur actione pro socio ex ea obligatione, quæ stante societate nata est, aut ut non proponatur in eum actio, ut bonam fidem præstet, & acti etiam culpam in eo, quod ex antegesto pendet; *d. l. nemo. 35. §. 1. seq. d. l. verum. 63. §. in hæredem. 8. d. l. actione. §. morte. hoc sit.* sed, ut intelligamus, hæredem neque socium esse, neque in ullam partem commodi aut incommodi, quod ex ea societate esse possit, in reliquum tempus vocari.

T E X T U S.

De fine negotii.

6. *Item si alicujus rei contracta societas sit, & finis negotio impositus est, finitur societas.*

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

**S**I societas certæ alicujus negotiationis causa inita sit, puta vini aut frumenti ad certam quantitatem emendi vendendique, sine negotio imposito, id est, empto distractoque vino aut frumento, societas extinguitur, *d. l. actione. 65. §. item si. 10. d. l. verum. 63. §. ult. eod.* Sed in eo nihil proprium videtur societatis; utpote cui ea lex ab initio dicta sit. Idem est, si ad certum tempus contracta sit societas: nam exacto tempore ea expirat, *fac. d. l. actione. §. item qui. 6.*

T E X T U S.

De publicatione.

7. *Publicatione quoque distrabi societatem, manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur: nam cum in ejus locum alius succedat, pro mortuo habetur.*

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

**Q**UOD Paulus, *dicta l. actione. §. publicatione. 12. hoc sit.* unde hic locus desumptus est, dicit, publicatione bonorum socii distrabi societatem, hoc Modestinus & Ulpianus dixerunt, societatem solvi capitis deminutione, *l. 4. §. 1. d. l. verum. 63. §. ult. eod.* Intellegunt enim capitis deminutionem maximam & mediam, cum socius severitate sententiæ aut in servitutem redigitur, aut in insulam deportatur, quo casu bona damnati publicari solent, *l. 1. de bon. damn. l. 8. §. 1. & 2. qui testam. fac.* Poterat hæc species dissociationis

etiam ad præcedens genus referri, ad eam videlicet, quæ morte socii contingit. Quibus enim libertas aut civitas adempta est, hi jure civili pro mortuis habentur: eoque pertinet, quod dicitur in *d. l. verum. §. ult.* homines interire aut morte, aut maxima & media capitis deminutione. Sed & alia ratione ad sequens genus referri potest.

*Alius succedat*] Intellige fiscum, qui bona damnatis ablata occupat & sibi vindicat, *l. ultim. de bon. eor. qui ante sent. vel mort. sibi consciv. &c.*

T E X T U S.

De cessione bonorum.

8. *Item si quis ex sociis mole debiti prægravatus bonis suis cesserit, & ideo propter publica & privata debita substantia ejus veneat, solvitur societas. Sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.*

N O T A.

8. *Bonis suis cesserit*] *dict. l. 65. §. 1.* Hoc Modestinus dixit, egestate dissociari, *l. 4. §. 1. eod.*

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

**P**OSTremo etiam egestate unius socii societas solvitur, *l. 4. §. 1. hoc sit.* egestate scilicet extrema, id est, bonorum omnium, aut tantum non omnium amissione. Nam cum societas contrahatur bonorum in commune quærendorum causa, non magis bonis sublatis societati locus esse potest, quam sublata persona socii. Amittuntur bona aut civitate salva, veluti cessione, id est, si socius ære alieno oppressus bonis suis creditoribus cesserit, eaque à creditoribus distracta fuerint: *l. 3. de cess. bonor. ac tum etiam societatem dirimi placet, hoc text. & d. l. actione. 65. §. 1. eod.* aut civitate una cum bonis amissa, ut in specie præcedente: nam publicatione bona amitti, ipsum verbum publicationis satis indicat: eaque consideratione illa quoque ad hanc rationem dissolvendæ societatis referri potest. Sed & decoctione bona amittuntur & pereunt. Cæterum decoctione sola societatem solvi negat Stracha *de decoctior. part. 2. n. 47.* nisi ea ad manifestam egestatem socium redegerit, *arg. d. l. 4. §. 1. Quod & D. Tuld. probat comm. hic. cap. 8.* Non puto autem, quod hic traditur de dissolutione societatis ob amissionem bonorum, locum habere eo casu, quo nihil pecuniæ in societatem collatum est, aut quo ille, qui operam tantum contulit, bona salva civitate amittit, nisi forte ob bona amissa speratam operam præstare nequeat.

*Si adhuc consentiant*] Nihil prohibet cum socio, qui bonis cessit, renovare societatem: quippe qui cum civis maneat, alia bona acquirere potest, vel operis suis vel alieno beneficio, *l. 6. de cess. bon.*

T E X T U S.

De dolo & culpa à socio præstandis.

9. *Socius socio mirum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is, qui deponi apud se passus est; an etiam culpa,*



*culpa, id est, desidia atque negligentia nomine, quasitum est. Prevaluit tamen, etiam culpa nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, sibi que hoc impunitum debet.*

## N O T A.

9. *Socius socio*] Ex Cajo l. 72. h. r. Actio pro socio ex utroque latere directa est: nam utriusque socii pars est conditio.

*Qualem suis rebus adhibere*] Id est, mediam, qualem plerique patresfam. suis rebus adhibent, l. 11. de por. & comm. rei vend. l. 35. §. 4. de contr. empt. l. 14. de pign. act. Levem itaque culpam, non etiam levissimam socius præstat. Quod & ipsum convenit regulæ de contractibus, qui utriusque gratia fiunt, d. l. 5. §. 2. commod.

*De se queri*] Eadem ratione utitur sup. §. ult. quibus mod. re cont. obl. ad excludendam culpam levem. Certiore est illa, quam modo attulimus, quod in hoc contractu omnium versatur utilitas.

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

1. *Nullam videri probabilem rationem dubitandi, utrum socius socio doli duntaxat, an etiam culpa seu negligentia nomine obligetur.*
2. *Ad quem diligentia gradum culpa in iudicio societatis exigenda.*
3. *Nodus Gordius, quem nescit l. 32. depof. solutus.*
4. *Fortior ratio, ob quam socius media præstatione diligentia obstringitur, quam qua hic in calce, affertur.*

**H**Æc etiam sunt apud Cajum l. socius. 72. hoc tit. cuius verba huc transtulerunt Compositores. Habet autem hic locus majorem difficultatem, quam vulgo interpretes opinantur. Illud constat, societatem esse ex numero eorum contractuum, qui utriusque contrahentis gratia fiunt, in quibus juxta regulam traditam in l. 5. §. 2. commod. (ubi nominatim quoque societatis mentio fit) & dolus & culpa præstat. Sed & illud certum est, appellatione culpæ, quoties ea absolute ponitur, aut dolo opponitur, levem perpetuo significari, latam culpam comprehendendi nomine doli, vid. sup. §. 2. quibus mod. re contr. obl. Quapropter nulla videtur esse probabilis dubitandi causa, utrum socius doli nomine duntaxat, sicut depositarius; an vero etiam ob culpam seu desidiam ac negligentiam teneatur: quod tamen quæsitum esse ait hic Justinianus, & ex veteribus Ulpianus in l. cum duobus. 52. §. 2. eod. Illa sane dubitandi ratio satis iusta non est, quod socius propter suam partem causam habet gerendi: siquidem hoc à culpa neminem excusare potest; sed tantum facit, ut culpa non æstimetur oppositu diligentie summi gradus, id est, ne præstetur culpa levissima, l. heredes. 25. §. non tantum. 16. fam. ercisc. Fortassis ideo de eo dubitatum putaveris, quia ut in calce hujus §. & d. l. socius. 72. dici-

tur, is qui parum diligentem socium sibi adscivit, de se queri, suæque id facilitati atque incuriæ imputare debet. Et sane hanc rationem Justinianus & Cajus alibi afferunt, tanquam ob quam placeat depositarium dolum tantum, non etiam culpam aut negligentiam præstare, §. pen. sup. quibus mod. re contr. obl. l. 1. §. in quoque. 5. de obl. & act. Verum iidem hoc loco, & d. l. socius. eo argumento utuntur, non ut probent, socium de dolo tantum teneri; sed ut probent, eum compellendum non esse ad præstandam exactissimam diligentiam, sive, quod idem valet, sufficere, si mediam diligentiam adhibuerit, & culpa, exigenda ad communem hominum modum, careat. Sed non est, quod in eo nos torqueamus, cum alia & certa ratio sit, quæ manifeste efficiat, ut in societate non modo dolum, sed etiam culpam præstetur; nimirum quia, ut jam diximus, commodum societatis ad omnes socios pertinet: quæ res etiam aperte socios separat à depositario, qui onus tantum sustinet, commodi nihil expectat. Cæterum in hoc posita non est tota hujus loci difficultas.

*Qualem suis rebus adhibere solet*] Didicimus, socium socio non modo eo nomine teneri, si quid dolo commiserit, verum etiam nomine culpæ ac desidiæ; atque in hoc distare socium ab eo, cui res custodienda data est, seu depositario, qui dolum præstet duntaxat. Porro nunc docemur, ad quem gradum diligentie culpa in iudicio societatis examinanda sit; quod & ipsum dubio carere videtur, si in societate quoque regulam de contractibus, quæ utriusque utilitatem tangunt, servari placet, & culpæ nomine ex usu juris auctorum levem tantum accipimus, non etiam levissimam. Ait Justinianus, culpam in societate non ad exactissimam diligentiam dirigendam esse, sed sufficere talem diligentiam communibus rebus socium adhibere, qualem suis rebus adhibere solet. Quæ sunt ipsissima verba Caji in d. l. socius. 72. hoc tit. Hic vero nobis pene indissolubilem nodum nescit responsum Celsi in l. quod Nerva. 32. depof. ubi Jurisconsultus refert & probat, quod Nerva dixit; latiore culpam dolum esse, scilicet vi & effectu, ut non minus, quam dolum in deposito præstetur. Hujus autem culpæ reum esse ait, qui minus diligens est in rebus alienis, quam in suis, sive ut loquitur Jurisconsultus, qui non ad suum modum curam in deposito præstat. At nihil amplius Justinianus à socio exigere videtur: inter quem tamen & depositarium, hanc ipse differentiam antea constituit, quod socius præter dolum etiam culpam & negligentiam præstet, depositarius non item. Et cuius igitur rei præstatio socium à depositario segregat? Non aliter videtur hic nodus expediri posse, quam si dicamus, Jurisconsultos aliquando eum, qui rem alienam aut communem negligentius habet, quam suam, ponere in lata culpa & proxima dolo, quam etiam præstet depositarius: aliquando vero id factum ascribere culpæ levi & negligentie, quam præstet socius, depositarius non præstet. Illud Celsus facit in d. l. quod Nerva. depof. hoc alii passim, ut Justinianus hic. Cajus in dist. l. socius. 72. item Paulus l. heredes. 25. §. non tantum. 16. fam. ercisc. l. in rebus. 17. de jur. dot. & Ulpianus l. 1. de tutel. & ration. distr. Sed animadvertendum est, Celsum expresse proponere ignavum aliquem & dissolute negligentem, id est, talem, qui nec ut ait ipse, ad eum modum diligens sit, quem hominum natura desi-

desiderat: Hunc ait, si ne ad suum quidem modum curam rei alienæ præstet, reum esse culpæ latoris, doloque proximum. Et merito; quoniam nullum hic aliud extremum dari potest. At extra hunc casum, in homine videlicet diligenti ad communem modum, seu bono alioqui & frugi patrefam. si quando is consuetam in suis rebus diligentiam in re aliena aut communi omiserit, levem culpam id reputabimus: atque omnino existimandum est, curam diligentis hominis considerari, quoties simpliciter ea diligentia in re aliena ab aliquo exigitur, quam præstare solet in rebus propriis, *argum. d. l. quod Nerva. depof.*

*De se queri sibi que hoc imputare]* Hæc ratio efficere

videtur, ut ne media quidem diligentia à socio exigenda sit, per l. 1. §. *is quoque. 5. de oblig. & action. & §. pen. sup. quib. mod. re contr. obligat.* Sed in societate ea ratio ideo id non evincit, quia ex adverso alia est & fortior, ob quam justum sit socium præstatione mediæ diligentia adstringi; nimirum quia in hoc contractu omnium versatur utilitas: tantum hoc efficit, ut à socio non sit exigenda diligentia summa atque exactissima, quam forte aliquis putet à socio præstandam esse, propterea quod ea societatis natura est, ut diligentiam quandam atque industriam sociorum desideret, quam ipsam etiam singuli in se suscipere & tacite promittere videantur.

T I T U L U S XXVII.

D E M A N D A T O .

*Dig. Lib. 17. Tit. 1. C. Lib. 4. Tit. 35.*

*Continuatio. Desinitio mandati, ejusque per partes explicatio: & alia scitu inprimis necessaria.*



Uperest contractuum, qui consensu obligationem pariunt, species quarta & postrema, mandatum videlicet. Mandatum (quod à manu, quæ fidei symbolum est, dictum putatur) est contractus, quo aliquid gratuito gerendum committitur & suscipitur.

*Ajo gerendum;* quoniam mandare non est quovis modo committere; sed committere aliquid gerendum: quo admonemur, commendare aliquem non esse mandare, eumque, qui simpliciter amicum commendat, non obligari, etiam si quid in eum propter commendationem istam collatum fuerit, *fac. l. si vero. 12. §. cum quidam. 12. hoc tit.* unde vulgo dicitur, verba aut scripta commendatitia non inducere obligationem mandati, l. *fideicommissa. 11. §. 2. de legat. 3.* An & quatenus quis obligetur ex literis creditiæ vel commendatitiis, in favorem alterius scriptis, si earum contemplatione quid creditum sit, *vid. Gomez. 2. var. resol. 13. num. 5. Cbristin. vol. 3. decis. 34. n. 6. Gloss. & DD. in l. si literas. C. hoc tit. l. Lucius. 24. de fidojuss. l. si vero. 12. §. cum quidam. 12. hoc tit.* Ajo committitur & suscipitur. Nam mandatum uno rogante, altero recipiente perficitur. Et si enim mandatum verbi proprietate tantum designet factum mandantis; tamen pro toto contractu passim accipitur, & factio utriusque; veluti eum dicimus mandatum contrahi, mandatum gratuitum esse oportere, obligationes, actiones mandati, &c. quod & in aliis appellationibus observatur, ut in stipulatione, acceptilatione, fidejussione. Cur dixerim *gratuito*, exponam *inf. sub §. ultim.* Suscepto mandato statim ex consensu nascitur obligatio, & qui suscepit, susceptum consummare, & vicissim, qui mandavit, eum indemnem præstare debet; eoque nomine mandanti competit actio mandati directa. Mandatario contraria, *pass. π. & C. hoc tit.* Cum autem mandati obligatio consensu consistat, consequens est, posse & per nuntium & per epistolam mandatum contrahi; nec referre, quibus verbis in-

terponatur, *rogo*, an *volo*, an *mando*, an quo alio, ex quo mandatum intelligatur, l. 1. *pr. §. 1. & 2. eodem.* Quin interdum etiam tacite mandatum contrahi intelligitur, veluti si patiar aliquem pro me fidejubere, aut ab alio mandari, ut mihi credatur, l. 6. §. 2. l. *qui patitur. 18. eod.* Præmittuntur hoc titulo varii fines & formæ mandandi: materia, effectus, contraria accidentia, & affinia, deinceps sequuntur.

T E X T U S .

Divisio à fine.

*Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia aliquis tibi mandet, sive sua & tua, sive aliena tantum, sive sua & aliena, sive tua & aliena. At si tua tantum gratia tibi mandatum sit, superuacuum est mandatum; & ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur.*

N O T A .

*Mandatum contrahitur]* Ex Cajo l. 2. b. t. Mandare est gratuito aliquid gerendum committere. *vide inf. in comm.*

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

**M**andatum varias recipit divisiones. Nam aliud est expressum, aliud tacitum, l. 6. §. 2. l. *qui patitur. 18. hoc tit.* Ab objecto dividitur in generale, quod universa alicujus negotia continet, & speciale, quod quædam, aut unum tantum. Illud vulgo subdividi solet in generale simplex, & cum libera. De quo non nihil diximus sub §. *nihil autem. 42. sup. de rer. divis.* Hoc etiam pro conditione negotiorum, prout illa aut judicialia, aut extrajudicialia sunt, distingui potest. Hic alia proponitur divisio, sumpta à fine, eaque quinque-

partita, quod scilicet mandatum contrahatur vel mandantis tantum gratia, vel mandantis & mandatarii, vel aliena tantum, vel mandantis & aliena, vel mandatarii & aliena. Quæ eadem extat apud Cajum l. 2. *hoc tit.* Unde etiam sequentes §§. descripti sunt. In quibus singulæ itæ formæ exemplis illustrantur. Poterat hic addi & sexta species, quando trium personarum gratia mandatum intervenit, mandantis, mandatarii, & aliena, cujus exempla in l. 8. §. 3. & 4. *eod.*

*At si sua tantum gratia*] Quod mandatum solius mandatarii gratia interponitur, forma tantum externa mandatum est, revera consilium potius, quam mandatum; & ideo vim obligandi non habet, vid. *inf. §. sua tantum. 6.*

## T E X T U S.

Si mandantis gratia mandetur.

1. *Mandantis tantum gratia intervenit mandatum, veluti si quis tibi mandet, ut negotia ejus gereres, vel ut fundum ei emereres, vel ut pro eo sponderes.*

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

1. *An & quando valeat mandatum incertæ rei.*

**E**xempla primæ speciei, seu ejus mandati, quod solius mandantis gratia intervenit, ex Cajo d. l. 2. §. 1. *hoc tit.* Apud Cajum pro eo, quod hic legitur, *sponderes*, est *fidejubereres*: quod à Triboniano repositum existimat Hotomannus, cum veteres *spondere* dixerint, pro *fidejubere*; quasi apud Cajum & alios ejusdem ætatis, ut Javolenum, Julianum, non sæpius *fidejubere*, quam *spondere*, invenias. Locus hic alioqui planus est. Enimvero occasione exempli mandati de fundo emendo, quaeritur an mandatum rei incertæ valeat, puta si quis generaliter mandaverit sibi emi servum aut equum; vel si quis mandaverit sibi emi fundum aut domum sine demonstratione possessoris loci, modi, aut magnitudinis. Et probandum, in prioris generis mandato non esse eam incertitudinem, quæ mandatum vitiet; in posteriore esse infinitam, quæ non patitur mandatum valere, *arg. l. cum post 69. §. 4. de jur. dot. l. ita stipulatus. 115. pr. de verb. obl. l. si domus. 71. pr. de legat. 1. add. quæ disputamus sub §. si generaliter. 22. sup. de legat.* Planè si per relationem aut analogiam de modo prædii constare potest, puto mandatum consistere; veluti si mandavi domum emendam habitationi meæ; vel agrum, unde frumentum annuum victui meo suppetat. Illud constat, non obesse mandato, quod pretium rei emendæ statutum non est: intelligitur enim, iudicio mandatarii id relictum esse secundum æstimationem communem, l. 3. §. 1. *hoc tit. D. Tulden. comm. bic. cap. 2.*

## T E X T U S.

Si mandantis & mandatarii.

2. *Tua gratia & mandantis; veluti si mandet tibi, ut pecuniam sub usuris crederes ei; qui in rem ipsius mutuaretur: aut si volente te agere cum eo ex fidejussoria causa mandet tibi, ut cum reo*

*agas periculo mandantis; vel ut ipsius periculo stipuleris ab eo, quem tibi deleget in id, quod tibi debuerat.*

## N O T A.

2. *Ex fidejussoria causa*] Nam jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, l. 5. C. de fidejuss. quod mutatum Nov. 4. Commodum hic creditoris mandatarii in eo, quod iudicium cum reo instituitur periculo mandantis, cum absque mandato foret, ut electione rei fidejussor liberetur, l. ult. C. de fidejuss. ubi demum id jus abrogatur. Exemplum hoc est in l. 22. §. 2. l. 45. §. ult. b. r.

*Quem tibi deleget*] Hoc mandatum in rem mandantis interponitur, quia bonum nomen facit creditor, qui delegatum admittit, propter novationem, l. 26. §. 2. *eod.* & in rem mandatarii, quia novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex mandato agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit, d. l. 22. §. 2. d. l. 45. §. pen.

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

**S**ecundæ speciei, seu mandati, quod in rem mandantis fit & simul mandatarii, tria exempla hic proferruntur. Primum est, si mandem alicui, ut sub usuris pecuniam credat ei, qui eam in rem & utilitatem meam mutuaturus sit. Hic manifestum est versari mandantis commodum, & propter lucrum usurarum etiam mandatarii: habet hoc exemplum & Cajo in l. 2. §. tua gratia. 4. *hoc tit.* Alterum exemplum est, si fidejussor, metuens ne ex causa fidejussoria conveniatur, mandet creditori, ut cum reo potius agat suo mandantis periculo. Commodum hic fidejussoris mandantis in eo, quod iudicio liberatur, cum alioqui agi cum eo ex causa fidejussionis potuisset, reo principali neglecto: siquidem jure veteri fidejussor ante reum principalem conveniri potuit, l. 5. C. de fidejuss. de quo alio loco dictum est. Commodum creditoris mandatarii in hoc, quod iudicium instituitur periculo mandantis, cum quo postea mandati agi potest in id, quod à reo servatum non erit: cum absque mandato foret, ut electione rei fidejussor liberetur secundum tenorem juris antiqui, l. ult. C. de fidejuss. ubi demum id jus ab Imperatore abrogatur: quod vix unus & alter animadvertit. Tertium exemplum est, si is, qui centum debebat, cupiens ea obligatione liberari, rogavit creditorem, ut ea centum suo mandantis periculo stipularetur à Titio, quem in hoc creditori deleget. Hoc etiam mandatum in rem utriusque interponi intelligitur: in rem debitoris mandantis, quia ea delegatione fit novatio, atque ex priore causa debitor liberatur: in rem creditoris mandatarii, quoniam novus debitor ita substituitur, ut nihilominus ex sequenti mandato cum priore agi possit in id, quod minus ab illo servari potuit. Duo posteriora exempla sunt etiam apud Paulum l. si mandavero. 22. §. 2. l. si mandavero. 45. §. pen. & ult. *hoc tit.*

## T E X T U S.

Si aliena.

3. *Aliena tantum causa intervenit mandatum; veluti si tibi aliquis mandet, ut Titii negotia*

*gotia gereres, vel ut Titio fundum emeris, vel ut pro Titio sponderes.*

N O T A.

3. *Aliena tantum causa*] Particula taxativa *tantum* & apud Cajum bis expressa est *d. l. 2. pr. & §. 2. eamque* & Th. agnoscit, ut mirum sit Hotomannum & Pac. censere delendam, vel ideo, quod eam Cajus non habet.

*Ut Titii negotia gereres &c.*] In his exemplis etfi ab initio nihil interest mandatoris, tamen ex post facto ut interfit, fieri potest; nempe cum ex gestu tuo mandator Titio obligari coepit nomine negotiorum gestorum, *l. 28. de neg. gest.* Non obstat igitur *l. 8. §. 6. hoc tit.*

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

1. *Adversus speciem hic propositam qua difficultates moveantur.*
2. *Earum difficultatum remotio.*

**A**fferuntur hic ex Cajo *l. 2. §. 2. hoc tit.* exempla tertix speciei, seu mandati aliena tantum gratia interpositi: quæ species difficultate non caret. Etenim explorati juris est, nemini actionem competere, nisi ei, cuius interfit, *l. qui fundum. 32. locat. §. alteri. 18. sup. de inut. stip.* quod & nominatim in causa mandati cautum, *l. 8. §. mandati. 6. hoc tit.* ubi Ulpian. sic scribit; *Mandati actio tunc competit, cum cepit interesse ejus, qui mandavit: casorum si nihil interest, cessat mandati actio: & eatenus competit, quatenus interest.* Atque ut Titii negotia gerantur, ut Titio fundus ematur, ut quis pro Titio fidejubeat, quæ sunt exempla hujus §. nihil interest mandantis: utique si Titius, qua Titius, & negotium, qua alienum, duntaxat consideretur: quo sensu alibi dicitur, nil interesse mea, Titio dari, *d. §. alteri. l. stipulatio ista. 38. §. alteri. 17. de verb. obl.* Et omnino fatendum est, eum, qui mandavit, actionem mandati non habere, nisi ipsius interfit. Sed respondeamus, illud mandatum dici aliena tantum gratia intervenire, quod ut fiat, statim & ab initio nihil interest mandatoris: neque enim ut mandati actio aliquando competat, exigitur, ut mandatoris interfit, quo tempore mandatum interponitur, sed sufficit quandocumque ex postfacto incipere interesse. Uteccè, possum tibi mandare, quod fieri mea initio nihil interest, ut Titii negotia geras; & competet mihi tecum actio mandati, ubi mea interesse coeperit, id est, cum ex gestu tuo Titio obligari coepero nomine negotiorum gestorum. *l. si quis. 28. de neg. gest.* Mandavi tibi ut Titio pecuniam crederes, cum mea pecuniariter non interesset Titio credi; si non crederis, concedo nullam mihi tecum esse actionem mandati. At si tu mandatum meum secutus (neque enim necesse est te explorare, utrum mea interfit, necne) pecuniam credideris, quoniam jam ego tibi teneri incipio actione mandati contraria, tu quoque vicissim mihi teneberis directa, si non ex bona fide omnia gessisti, *l. 6. §. si tibi. 4. hoc tit.* Quod vero apud Ulpian. *d. l. 6. §. plano. 5.* traditur, etfi mea non interfuit, quod tibi mandavi, tua tantum interfuit, mandati tamen actionem esse, si non esses facturus, nisi ego mandassem, de contraria mandati actione intelligendum est, quæ quibusdam casibus competit, etiam ubi nulla directa est, ut in specie *l. si hereditatem. 32. in pr. eod.* Hæc mihi ex-

peditiona videntur, quam illa aliorum quod ab initio etiam huic formæ mandati implicatum est commodum & interesse mandantis; dici autem, aliena tantum gratia id interponi, non quia in proposito non simul interveniat causa mandantis, sed quia causa aliena hic principalis; vel ut alii, quia persona aliena duntaxat mandato comprehensa est: quam interpretationem vix admittit *d. l. 6. §. 4.* & respuere videtur particula taxativa tantum, quæ bis etiam apud Cajum expressa est *d. l. 2. pr. & §. 7.* ut mirer, Hofomannum & Pacium censuisse delendam vel ideo, quod eam Cajus non habet.

T E X T U S .

Si mandantis & aliena.

4. *Sua & aliena, veluti si de communibus suis & Titii negotiis gerendis tibi mandet, vel ut sibi & Titio fundum emeris, vel ut pro eo & Titio sponderes.*

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

**E**xempla speciei quartæ item ex Cajo *d. l. 2. §. 3. hoc tit.* Locus hic interpretatione non eget.

T E X T U S .

Si mandatarii & aliena.

5. *Tua & aliena, veluti si tibi mandet, ut Titio sub usuris crederes; quia si sine usuris pecuniam crederes, aliena tantum gratia intercedit mandatum.*

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

**E**xemplum speciei quintæ, five mandati interpositi in rem mandatarii & alienam, quod & ipsum apud Cajum est *d. l. 2. §. 5. hoc tit.* Mandatarii hic interest propter quæstum usurarum: alieni, propter usum pecuniæ. Incidit autem hæc species in eandem dubitationem, quam habet tertia superius proposita §. *aliena. 3.* ubi dubitationem sustuli: & illinc igitur petere licebit, quod etiam hic respondeatur.

T E X T U S .

Si mandatarii.

6. *Tua tantum gratia intervenit mandatum, veluti si tibi mandet, ut pecunias tuas in emptiones potius pradiorum colloces, quam fœneres: vel ex diverso, ut pecunias tuas fœneres potius, quam in emptiones pradiorum colloces. Cujus generis mandatum magis consilium, quam mandatum est, & ob id non est obligatorium; quia nemo ex consilio mandati obligatur, etiamsi non expediat ei, cui mandabatur, cum liberum cuique sit, apud se explorare, an sibi expediat consilium. Itaque si otiosam pecuniam domi te habentem hortatus fuerit aliquis, ut rem aliquam emeris,*

emeret, vel eam crederet, quamvis non expediat eam tibi emisse, vel credidisse, non tamen tibi mandati tenetur. Et adeo hac ita sunt, ut quæsitum sit, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares. Sed obtinuit Sabini sententia, obligatorium esse in hoc casu mandatum: quia non aliter Titio credidisses, quam si tibi mandatum esset.

NOTA.

6. Si otiosam pecuniam ] Id est, sterilem, l. 7. de usur. seu vacuum, l. 28. de pos. l. 24. de præs. verb. quæ duntaxat nullum fructum afferit, l. 13. §. 1. de usur.

Ut pecuniam Titio fœnerares ] Cum demonstratur persona, mandatum est, cum indefinitè mandatur, consilium, ut & Placentino videtur.

COMMENTARIUS.

- 1. Mandatum quid differat à consilio.
- 2. Interdum mandatum solum mandatarii gratia interpositum consilii fines excedere.
- 3. Neminem ex consilio si fraus absit, tenori.
- 4. Applicatio l. 6. §. 5. hoc tit.
- 5. Si quis alicui suaserit, ut pecuniam certa persona credat, tale consilium instar mandati haberi.
- 6. Tollitur difficultas, qua ex verbis Justiniani oritur.

Quod mandatum solum mandatarii gratia fit, magis consilium, quam mandatum est. Differt enim mandatum à consilio. Mandatum pars quædam voluntatis est, ut quid fiat: consilium non est. Qui mandat, vult & urget, ut fiat, quod mandatum est. Qui dat consilium, consultoris arbitrio rem permittit, neque utrum fiat, necne, laborat. Chrysostr. de virgin. & ἡμὶ συμβουλῶν ἀφίσησιν τὴν ἀκούσαν χυλοῖν εἶναι τῆς ἡγεμονίας αἰρήσεως, κατὰ τὸν ποιητῆα τῶν συμβουλῶν. Proinde cum in specie proposita mandatoris nihil intersit, aut interesse possit, utrum alter mandatum ejus sequatur, nec ne, consuli potius, quam mandari videtur negotium, quod eum tantum, cui mandatur, tangit. Et licet hoc quoque nomen mandati habeat, vim tamen & effectum non habet, & revera species mandati non est, sed consilii, cujus nulla est obligatio, hoc text. l. 2. pr. & §. ult. eod. l. 6. §. plane. 5. l. Quintus. 48. §. ult. eod. Plane potest mandatum solum mandatarii causa interpositum tale esse, ut excedat terminos simplicis consilii; & tunc etiam obligatorium est. Exemplum habemus apud Julianum l. si hæreditatem. 32. pr. eod. Mandavit mihi aliquis, ut hæreditatem adirem, cavitque insuper damnam præstari, cum aliter aditurus non essem: si adierim, & damnum sensero, erit eo nomine mihi cum eo actio mandati. Plura ejusdem generis exempla fingi possunt.

Quia nemo ex consilio mandati obligatur ] Ex consilio dato neminem obligari placet, etiamsi id consilium non expediat ei, cui datum est; cum liberum sit unicuique, apud se explorare, an expediat, nec ne, sibi, consilium sequi, d. l. 2 § ult. Cæterum hoc ita, si à consilio absit dolus: nam si dolus & calliditas intervenerit, utique de dolo actio in eum competit, qui consilium fraudulentum, quo alteri nocitum est, dedit, l. consi-

lii. 47. de reg. jur. fac. l. 8. l. si legatarius. 23. l. cum qui. 31. de dol. l. 2. de proxeo. Ut enim ex consilio nemo obligetur ad hoc, ut præstet eventum; fidem tamen præstare debet, & si fraudem adhibuerit, minimè excusandus est. Bene Cicero lib. 16. ad Atticum epist. 8. Qui consilium dat, inquit, fidem præstare tenetur: sed fidem tantum. Nam ut idem alibi, Si fraus absit, ex consilio nemo tenetur, & qui consulit, præter fidem nihil præstat. Cui simile est illud Ulpiani, consilii non fraudulenti nulla est obligatio, l. 47. de reg. jur. Itaque summa ratione apud Dionem lib. 52. Agrippa monet Augustum, ne iis, à quibus consilium petiisset, crimini duceret, si fortè res fecerit, quam illi existimassent, caderet, histerè verbis: Τὸς δὲ ἀκούσαντες μὴ ἀπεμύσσειν ποτὶ, μὴ αἰτιάσθαι τῶν ὅσ' ἀπέποιον αὐτῶν οὐδὲ σκοπεῖν, ἀλλὰ ὡς ἐπιτηδεῖα μίμνησθαι.

Otiosam pecuniam ] Otiosa pecunia à prudentibus dicitur pecunia sterilis, l. 7. l. 13. §. 1. de usur. quæ in arca jacet, nullumque domino suo fructum afferit: cui opponitur occupata, id est, pecunia fœnebris, quæ usuras parit, ἕρπηα χρημάτων Demosth. advers. Aphob.

Hortatus fuerit, ut rem aliquam emeret, &c. ] Quid ergo, si empturus aut pecuniam fœneraturus non fuisses, nihil ego mandassem? Ne sic quidem puto esset tibi mecum in proposito actionem mandati; quamvis refragari videatur, quod Ulpian. l. 6. §. plane. 5. hoc tit. scribit, mandati actionem esse, si quid feceris mandatum meo, quod alias facturus non eras, etsi mea non interfuit. Nam si istud tam latè interpretamur, quam verba patiuntur, nemo fere erit, qui non obligetur ex consilio; cum semper is, cui consilium datum est, dicturus sit, se, quod fecit, facturum alias non fuisse. Itaque Ulpiani responso accommodanda sunt exempla, non simplicis consilii, sed mandati, quale est in l. si hæreditatem. 32. hoc tit. & simil.

Ut pecuniam Titio fœnerares ] Aliud est, verbis generalibus quid consulere aut suadere alicui, puta verbi causa, ut pecuniam fœneret simpliciter; aliud cum designatione certæ personæ, veluti ut pecuniam credat aut fœneret Titio. Prius meri consilii est, quoniam hic res tota arbitrio consultoris relinquitur, id est, illud etiam, cui pecuniam credat; & ob id, si minus idoneo crediderit, de se queri, sibi que hoc imputare debet; consilia autem, si fraus non intercessit, excusandus. Posterius vim habere mandati placet, eo quod hic auctor tuus fidem suam pro persona designata interponere videtur, tu qui credis, fidem illius sequi, aliter non crediturus. Itaque si cum Titius verbi gratia, pecuniam mutuam à me peteret, aut pro alio petente fidem suam offerret, nollem aut debitorem eum habere aut fidejussorem, quod suspectæ mihi essent facultates ejus, tu consulisti & hortatus es, ut facerem, idoneum cum esse affirmans; hoc consilium tuum instar mandati est, atque ex eo, si quid secus mihi evenerit, teneri te est æquissimum, propterea quod tuam hortantis & suadentis fidem secutus sum omnino, teque suavore & impulsore feci, quod alias nunquam fecissem: quamvis ut facerem tua non interfuit. Ait Justinianus, quæsitum esse, an mandati teneatur, qui mandavit tibi, ut pecuniam Titio fœnerares. At hoc veri mandati exemplum est, ejus scilicet, quod mandatarii & simul aliena gratia imponitur: idem enim valet, si mandem tibi, ut pecuniam sub

sub usuris Titio credas, five ut fœneres: quod mandatum certo jure obligatorium est: neque de eo unquam dubitatum videtur, non magis quam de eo, quod aliena tantum causa intercedit, veluti si tibi mandem, ut pecuniam Titio credas sine usuris, §. *prac. junct.* §. 3. *sup. eod. l. 2. §. 2. & pen. eod.* Quamobrem suspicor, Justinianum abusum verbo mandandi pro consulendi aut hortandi, quo paulo ante usus est, dubitatumque an mandati teneatur, non qui ultro & sponte sua alteri forte nihil tale cogitanti mandat, ut pecuniam certæ personæ credat, sed qui aditus & rogatus tale consilium dedit, hortatusque consultorem est, ut faceret, citra animum se obligandi, ut ratio juris videatur denegare actionem; quam tamen ex bono & æquo dandam secundum Sabini sententiam placuerit. Plane, qui simpliciter affirmavit, idoneum esse eum, cui pecunia mutua dabatur, non interveniente mandato aut consilio de credendo, mandati non tenetur, *l. 2. de proxenet. l. 7. §. ult. de del. & ibi Costal. Gom. 2. resol. 13. n. 5.*

T E X T U S .

De mandato contra bonos mores.

7. *Illud quoque mandatum non est obligatorium, quod contra bonos mores est: veluti si Titius de furto, aut de damno faciendo, aut de injuria facienda mandet tibi: licet enim pœnam istius facti nomine præstiteris, non tamen ullam habes adversus Titium actionem.*

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

1. *Mandati rei inhonestæ nullam esse actionem, quamvis nihil flagitiosi habeat.*
2. *Ex delicto tam mandantem, imo & consilium dantem obligari, quam mandatarium.*
3. *An qui mandavit hominem vulnerari, si occisus sit, tenetur pœna homicidii, remissivè.*

**M**ateria seu objectum mandati sunt res licitæ & honestæ: turpium rerum & illicitarum nullum mandatum, nullaque in univerſum ex ullo contractu obligatio est, *l. 6. §. 3. hoc tit. l. nec prætermittendum. 57. proſoc. l. generaliter. 26. cum seq. l. si flagitii. 123. de verb. obl.* Itaque si quis ædem sacram ipoliandam, hominem vulnerandum, occidendum, furtum faciendum, &c. suscepit, neque pœnam, in quam propter flagitium, neque impensas, in quas propter vulnus condemnatus est, in summam nihil mandati iudicio conſequi potest, propter turpitudinem mandati, & quia proprii delicti pœnam præstat, *l. si mandavero. 22. §. qui adem. 6. hoc tit.* Sed & si nihil flagitiosi mandetur, si tamen alias quod mandatur, inhonestum sit, nulla ex eo mandati actio est; veluti si adolescens luxuriosus mandet tibi, ut pro meretrice fidejubeas, & tu sciens mandatum suscepis, non habebis mandati actionem. Idemque obtinet, si mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas, quia simile est ac si perdituro credideris, & adversus bonam fidem, *l. 12. §. si adolescens. 11. eod. l. 8. pro empr.* Plane, si Titius tuo mandatu aliquem occidit, aut vulneravit, aut contumelia affecit, etsi hic nulla ex contractu inter vos obligatio oritur, usque tamen obli-

gamini ex delicto: neque te, qui mandasti, excusat, quod Titius facinus perpetravit; neque Titium, quod tu mandaveris. *Quin nec ipsis servis, qui mandatu dominorum deliquerunt, in atrocioribus signoscitur, l. 11. §. an ignoscitur. 7. quod vi aut clam. l. servus. 20. de obl. & act. l. ad ea. 157. de reg. jur.* atque hoc in tantum procedit, ut tu parem cum Titio pœnam sustineas, *arg. l. nihil interest. §. 1. ad leg. Corn. de ſcar. l. 11. §. 3. de injur. l. 5. C. de accus. l. pen. C. si reus vel accus. mort. add. Clar. lib. 5. §. fin. q. 89. & ibi citat. cum citat. apud Baprist. Bajard. in annos.* Sed & consilium quoque in delictis eadem pœna puniri, qua mandatum, communis sententia est; utique si datum sit ei, qui alioqui nihil commisisset, *Clar. d. §. fin. q. 89. Covar. in Clem. si furiosus. part. 2. §. 2. de homicid. Menoch. arb. jud. cas. 351.* Queritur, an is qui mandavit hominem vulnerari tantum, si mandatarius eum occiderit, pœna homicidii teneatur, vid. *Clar. d. q. 89. n. 4. Menoch. arb. jud. cas. 352. n. 2. Covar. in d. Clement. p. 2. §. 1. n. 3. Fachin. 1. cont. 36. Christ. vol. 3. dec. 49.* ubi refert, negantium sententiam in iudicio contradictorio probatam Senatui Mechliniensium, qui mandatum tale pœna extraordinaria puniverit. Illud convenit, in atrocioribus delictis etiam solum & simplex mandatum, hoc est, etsi non sequatur effectus, aut ad aliquem actum eventum sit, pœna arbitraria coercendum esse. *Covar. d. Clement. princ. part. 2. n. 9. vers. sexto. Menoch. arb. jud. cas. 352. n. 6.* Hæc obiter indicavi: neque enim hujus loci est, ea tractare latius.

T E X T U S .

De Executione mandati.

8. *Is, qui exequitur mandatum, non debet excedere fines mandati: ut ecce, si quis usque ad centum aureos mandaverit tibi, ut fundum emeris, vel ut pro Titio sponderes: neque pluris emere debes, neque in ampliorem pecuniam fidejungere, alioqui non habebis cum eo mandati actionem: adeo quidem, ut Sabino & Cassio placuerit, etiamsi usque ad centum aureos cum eo agere volueris, inutiliter te acturum. Sed diversa scholæ auctores rectè usque ad centum aureos te acturum existimant: qua sententia sanè benignior est. Quod si minoris emeris, habebis scilicet cum eo mandati actionem: quoniam qui mandat, ut sibi centum aureorum fundus emeretur, is utique mandasse intelligitur, ut minoris, si possit, emeretur.*

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

1. *Fines mandati qui excessit, actionem mandati non habere: quod exemplis illustratur.*
2. *An legati, aliique, qui mandatum à populo, &c. acceperunt, præcisè quod mandatum est, semper sequi teneantur.*
3. *Quis color Sabini & Cassii sententia hic relata præstatur.*

M m m m

4. Cor-

4. *Contrariam Nervæ & Proculi merito prælatam, cum confutatione argumentorum Sabini.*  
 5. *Licet res tanti valeat, quanti emptæ est, tamen mandatarium, quod ultra mandatum impendit, contrario judicio consequi non posse.*  
 6. *Occurritur argumentis auctorum contraria sententia.*

**L**ocus insignis de executione mandati. Mandatarius ad præscriptum agere, atque in exequendo mandato cavere debet, ne fines mandati egrediatur, aliudve faciat, quam quod ei mandatum est: alioqui tanquam non impleto mandato repetitionem impensarum contrario judicio non habebit, quamvis ipse directo teneatur, *l. potest. 41. hoc tit.* Uteccæ, mandavi tibi, ut domum Sejanam centum aureis emeris: si tu Titianam emeris, quamvis fortè majoris pretii, & tamen centum, vel etiam minoris, non videris implevisse mandatum, *l. 5. §. 2. eod.* Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, egressus es mandatum: & ideo si fundum petam, non obstat mihi exceptio, nisi & reliquum mihi, quod deest, mandatu meo præstes, & indemnem me per omnia conserves, *d. l. 5. §. 3.* Similiter si tibi mandavero, ut pro me in diem fidejuberis, tuque purè fidejusseris & solveris, interim non erit tibi mecum actio mandati, quia mandatum excessisti, *l. si mandavero. 22. eod.* Idque est quod generaliter Paulus definit, diligenter fines mandati custodiendos esse: eum enim, qui excessit, aliud quid fecisse videri, *d. l. 5. in pr.* Planè in finibus mandati constituisse videtur, qui fecit æquipollens, *ἢ ἰσὸν δύναντον*, veluti si rogatus fidejubere pro Titio apud Mævium, mandavit creditori Mævio, ut Titio crederet, *l. ult. §. ult. eod.* Hic introduci potest quæstio agitata in philosophia, an legatus aliusve, qui mandatum à populo, principe, aut duce exercitus accepit, præcisè id omne & solum, quod mandatum est, facere teneatur; an nonnunquam quædam etiam præter & contra mandatum, si videlicet ea aut videat, aut speret ei, qui mandavit, utiliora fore: quam quæstionem problematicè tractat Agellius 1. *not. Attic. 13.* Nobis in ista excurrere non licet. Equidem arbitror, regulam Pauli de custodiendis mandati finibus, vel maxime locum habere in negotiis publicis & bello, corrumpique atque dissolvi officium imperantis, si quis ad id quod facere jussus est, non obsequio debito, sed consilio non desiderato respondeat, ut ait *Agell. d. loc.* Cæterum æquum nihilominus videtur, ut ratio aliqua habeatur circumstantiarum, puta vel temporis, ne, dum nova & longinqua mandata expectantur, occasio rei ex utilitate mandantis gerendæ elabatur; vel certitudinis successus: quo utroque nomine excusari potest factum Phœbidæ Lacedæmonii, qui missus in Olynthios injussu reipublicæ Cadmeam occupavit consilio & ope Leontiadis Thebani: quod factum Agesilaum defensorem habuit, *Xenoph. lib. 5. hist. Græc.* fortè & ingenium ejus, qui imperavit, considerandum, facilisne sit & placidus, an Manlius aliquis, aut Posthumius: nam si tali præceptor ratio reddenda sit, nihil faciendum monerem aliter, quam præceptum est. Illud Cæsaris est; *Alia sunt legati partes, alia Imperatoris. Alter agere ad præscriptum, alter libere ad summam rerum consulere debet. Caf. comment. 3.* Sed de hoc fusius scriptores politici, *vid. Besold.*

*de legat. c. ult. & ibi citat. & vaj, vaj Gifan. in præfat. comm. de Imp. Just.*

*Adeo quidem ut Sabino & Cassio, &c.]* Posito & generaliter recepto hoc jure, cum, qui aliud facit, quam quod mandatum est, non videri implere mandatum, quæri cœpit, quando idem aut aliud factum esse videretur, ut hinc judicari possit de actione mandati. Constitit autem dubitatio ferè in hac specie, si quis, cum ei mandatum esset, ut ad certum usque pretium fundum emeret, vel ad certam summam pro Titio fidejuberet, fundum quidem emerit, cæterum pluris, vel pro Titio sponderit, sed in majorem summam. Et Sabino & Cassio placebat nullam hoc casu mandatario actionem mandati esse, etiamsi ad summam mandato comprehensam tantum agere velit, paratus id, quod excedit, remittere: nec dubium, quin ideo, quod hic aliud factum putaverint, quam quod mandatum erat: quanquam & alio argumento utebantur, quod iniquum esse dicebant, uni dari actionem, alteri denegari: id autem in casu proposito contingere, si mandatum egresso actionem damus adversus mandantem: mandanti enim cum illo actionem non esse, *l. 3. in fin. hoc tit.* Sed Nervæ & Proculo contra visum est, ut hujusmodi specie saltem ad summam mandato expressam mandatarius rectè agere, quasi hætenus non aliud, sed quod rogatus est, fecerit, mandatumque impleverit. Ut ecce, rogatus fundum emere centum aureis, cum emit centum & viginti: qui autem centum & viginti emit, eum verum quoque est centum emisit; cum utique majori summæ semper inquit & minor, *l. 1. §. si stipulanti. 4. de verb. obl.* Itaque censuerunt, in hypothesi proposita centum juxta mandatum impensa, atque hætenus actionem mandatario rectè dari: quod amplius est, quia est extra mandatum, pro inutiliter adjecto habendum: quæ sententia merito recepta est, *d. l. 3. §. ult. junct. l. 4. l. rogatus. 33. hoc tit.* Nec video, quid in contrarium valeat alterum Sabini & Cassii argumentum obcuriusculè à Paulo propositum *d. l. 3. in fin.* Nam si hæc eorum mens fuit, non esse mandanti actionem cum eo, qui mandatum excessit; & ideo nec esse debere cum illo, apertè falsum assumunt. Nam pro certo jure traditum est, ei, qui mandavit, competere judicium mandati adversus eum, qui mandatum egressus est, licet huic non competat adversus illum, *l. potest. 41. eod.* Sed opinor, hoc eos sensisse, cum tu pluris fundum emisisti, quam ego mandaveram, puta centum & viginti aureis, cum de centum tantum mandassem, si ego in hujusmodi specie non rectè mandati tecum ago, ut mihi fundum tradas, quantumvis parato mihi refundere pretium mandato comprehensum, id est, centum aureos; vicissim æquum non esse, ut tibi contrario judicio mecum experiri liceat, ut fundum statuto pretio recipiam, quamvis tu paratus sis reliquum remittere. Cæterum in hac argumentatione manifestè vitiosa est illatio. Etenim nihil iniqui habet, ut ego teneam fundum recipere eo pretio, quo emptum eum mihi volui, licet procurator meus eum pluris emerit; qui etiam reliquo remisso mihi gratificatur. At iniquum est, teneri procuratorem, fundum, quem emit centum & viginti, mihi tradere centum duntaxat restitutum, ad quam usque summam ut emeret, tantum mandaveram. In hac eadem specie de mandatario quæsitum est, non ab auctoribus juris, sed ab interpretibus, an si fundus tanti valeat,



leat, quanti emptus est, non possit mandatarius etiam id, quod amplius impendit, & nimirum etiam viginti illa, contrario iudicio repetere, noa quidem mandati, sed negotiorum gestorum, tanquam extra mandatum utiliter impensa in rem & contemplatione mandantis. Visum id olim Martino fuit & Joan. Fabr. ex recentioribus Baroni, Mynf. & Bronch. 1. miscell. 66. arg. l. 2. l. qua utiliter. 45. de neg. gest. Sed rectius id mihi negare videntur Joan. Bulg. & Accursius; quoniam actio negotiorum gestorum competere non potest ei, qui gessit invito domino, l. ult. C. de neg. gest. Id autem fit in specie proposita: nam qui fines mandati excedit, is, quatenus excedit, facit contra id, quod prescriptum est, & tantum non contra expressam prohibitionem mandantis: quippe eo ipso quod quis mandat rem sibi emi centum, prohibere intelligitur pluris sibi emi; quæ etiam voluntas modum & finem erogationi imponit, l. liberto. 31. §. libertos. 4. de neg. gest. Et vero si mandatorem ultra id, quod impendi voluit, obligari dicimus, manifesta ei fiet injuria, aperieturque fenestra improbis hominibus callidè excedendi fines mandati. Utiq; mea nihil refert, utrum quis actione mandati, an negotiorum gestorum experiri queat. An ergo credimus, Jurisconsultum, in d. l. 4. aut Justinianum, hoc loco actionem mandati usque ad statutum pretium duntaxat, idque ex humanitate secundum Proculi sententiam concedentes, in verbis ludere, atque in reliquum adhuc concedi voluisse actionem negotiorum gestorum? Aut Sabinum & Cassium, in totum denegantes actionem mandati, admisisse tamen actionem negotiorum gestorum? Argumentis auctorum contrariæ sententiæ facile occurrere potest. Prætexitur æquitas; sed nullo colore. Nam mandatarius aut suo nomine pluris emit; & certum est, eum, quatenus definitum pretium excessit, nullam omnino actionem habere: aut nomine mandatoris; & hic non potest quidem mandator ultra conveniri, ut restituat totum, quod impensum est: cæterum si ipse cum mandatario agat, ut res tradatur, defendetur mandatarius exceptione, nisi totum, quod erogavit, restituatur. Quid si facta sit traditio? Et si quidem mandatarius rem tradens pretium pro ea datum indicavit, mandator hoc ipso, quod rem recipit, ratam habere emptionem videtur; quod perinde est, ac si, ut tanti emeretur, ab initio mandasset, per l. 12. in fin. de solut. l. semper. 60. de reg. jur. cap. ratihabitionem. 2. eod. in 6. Si vero pretium non indicavit, tenetur mandator, ubi resciverit, emptionem probare aut improbare, ea probata totum pretium restituere, improbata rem ipsam. Ita ferme Angel. & Sylvest. hic. citato Saliceto, ad eundem modum distinguente in l. 3. hoc tit.

Quod si minoris emeris, &c.] Qui rem aliquam minoris emit, quam ex mandato pluris emere poterat, non aliud facit, sed illud ipsum, quod ei mandatum est: nec ideo mandati fines excessisse videri potest, in Δόλον τῶν πωλητῶν. Nam qui certa summa rem sibi emi mandat, etiam minoris, si possit, eam sibi emi mandasse intelligitur. Itaque dubium nunquam fuit, quin hic ad eam summam, quæ impensa est, mandatarius actionem habeat, l. 5. §. ult. hoc tit. Non idem intelligi debet, si quis mandaverit certo pretio rem suam vendi, eaque minoris vendita sit, d. l. 5. §. 3. l. cum mandati. 12. C. eod. Idem dicendum esset, si pluris vendidisset; quippe

multum refert, causa mandantis melior fiat, an deterior, l. 3. pr. d. l. 5. §. ult. eod.

T E X T U S .

De revocatione mandati.

9. Rectè quoque mandatum contractum, si, dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.

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

1. Quod mandatum revocatione mandantis solvatur, contra communes regulas receptum esse: & quare.

M Andatum itidem ut societas, non tantum solvitur communibus illis & ad omnem obligationem pertinentibus modis, de quibus tit. ult. hujus lib. sed etiam propriis quibusdam & remotis à communi lege dissolvendarum obligationum: quos modos ideo Justinianus etiam hic tradere voluit, sicut tit. præc. perstrinxit modos finiendæ societatis proprios. Recensentur autem hic modi quatuor, quibus proprio jure mandatum solvitur; duo, quibus ex persona mandantis, revocatio & mors mandatoris; totidemque, quibus ex persona mandatarii, mors hujus ipsius & renuntiatio.

Si, dum adhuc res integra, revocatum] Si re adhuc integra consensu mutuo à mandato recedatur, solvitur mandatum jure communi, §. ult. inf. quib. mod. soll. obl. at ut sola voluntate & revocatione mandantis finiatur mandatum, l. 12. §. pen. l. 15. hoc tit. videtur esse præter regulam, traditam in l. 5. C. de obl. & act. neminem ab obligatione semel constituta adversario non consentiente recedere posse. Cur igitur placet, mandatum hoc modo solvi? Nimirum quia is, qui mandavit, non obligatur ad hoc, ut quod semel mandavit, perfici patiatur. Cur enim quod sua causa susceptum est, prohibeatur repudiare? Aut opera atque officio oblato non uti? Ne habet, quod queratur mandatarius, cujus nihil interest, si re adhuc integra revocatio facta sit. Quid ergo si facta sit postquam res integra esse desit, id est, postquam jam mandatario per causam mandati quid abesse cœpit? Solvitur quidem nihilominus adhuc mandatum, ut, quod post à mandatario fit, intelligatur non fieri ex mandato: cæterum hic ex antegesto, aut gesto antequam sciret, mandatorem revocasse, actionem mandati habet, ut consequatur, quod ei propter mandatum abest, ne damno afficiatur, per l. 15. l. inter. 26. pr. hoc tit. Illud etiam notandum est, revocationem mandati non tantum expressè fieri, sed interdum etiam tacitè factam intelligi, ut in specie l. pen. de reb. cred. & §. seq. in fin.

T E X T U S .

De morte.

10. Item si adhuc integro mandato mors alterius interveniat, id est, vel ejus, qui mandaverit, vel illius, qui mandatum susceperit, solvitur mandatum. Sed utilitatis causa receptum est, si eo mortuo, qui tibi mandaverat, tu ignorans eum decessisse, executus fueris mandatum, posse

M m m m 2

te

*te agere mandati actione: alioqui iusta & probabilis ignorantia tibi damnum afferet. Et huic simile est, quod placuit, si debitores manumisso dispensatore Titii, per ignorantiam liberto solverint, liberari eos: cum alioqui stricta juris ratione non possent liberari: quia alii solvissent, quam cui solvere debuerint.*

## NOTÆ.

10. *Liberari eos*] Nam stricta quidem ratione, sed tamen ratione summa, ἄλλο τι φιλάργον, id est, propter utilitatem, seu ex æquo & bono, d. l. pen. de rob. cred. l. 11. in fin. de pos. l. 18. l. 51. de solus.

## COMMENTARIUS.

1. *Proprium quoque mandati esse, quod morte & tam mandantis, quam mandatarii extinguatur: & cur id visum.*
2. *An eo etiam casu mandatum finiatur morte mandantis, cum mandavit quid fieri post mortem suam.*
3. *Quid sibi velit, quod additur, si integro adhuc mandato mors intervenierit.*
4. *Interdum mandatario post mortem mandantis impleri mandatum ex bono & æquo actionem dari: & quibus casibus.*
5. *Casus alius, & exemplum superioribus simile.*

**E**tiam morte, & tam mandantis, quam mandatarii mandatum extinguatur, l. inter. 26. & l. seq. §. 3. l. mandatum. 57. & l. seq. hoc tit. l. 15. C. eod. l. ult. de solus. Et hoc quoque utrumque contra communem regulam juris, quæ placet hæredem in universum jus defuncti succedere. Sed nimirum natura mandati tacite continetur, ut ne mandatum personam egrediatur aut mandantis aut mandatarii: non mandantis; quippe quem sibi soli officiosam hanc operam ab amico præstari, & cui soli, ut amico, in eo gratificari mandatarium voluisse putandum est: non mandatarii; quia industriz & fidei certæ personæ in hoc electæ res commissa fuit: quæ ratio expressa est in cap. ult. x. de off. de leg. significatur in d. l. mandatum. 57. hoc tit. explicatur in l. 9. de curat. sur. Cic. pro Rosc. Comæd. Nemo enim mandat, nisi amico & fideli. Itaque cum præstatio officii in mandato, & ratione ejus, cui præstatur, & ejus qui præstat, tota personalis sit, mirum videri non debet, mandati obligationem cum persona eorum expirare, l. 8. §. 3. de lib. legat. Videamus prius de mandatore. Igitur si mandator integro adhuc mandato decesserit, dicimus, mandatum solvi, ut jam nec is, qui mandatum suscepit, id mortuo mandatore implere teneatur, nec hæredes mandatoris obligentur, ut patiantur eum mandatum exequi, d. l. inter. 26. & arg. l. seq. §. 3. hoc tit. Ex quo intelligimus, neque illum, si mortuo mandatore mandatum executus fuerit; ullam adversus hæredes mandatoris actionem habere, neque ex diverso, si executus non sit, hæredes mandatoris agere posse, ut exequatur, aut id, quod eorum interest, præstet. De illo quæritur, an mandatum morte mandatoris usque adeo solvatur, ut idem probandum sit, etiamsi nominatim mandaverit quid fieri post mortem suam. Et in eo hæc distinctio communiter probata est, ut hujuscemodi mandatum post mor-

tem mandatoris non finiatur, sed omnino implendum sit, si tale sit, quod non nisi post mortem ejus impleri queat; veluti si cui funeris sui curam mandaverit, aut ut post mortem suam sibi monumentum fieret, aut hæredibus suis fundus emeretur, l. 14. §. 2. de relig. l. 12. §. ult. & l. seq. hoc tit. Sin autem quod mandavit, eo vivo impleri potuit, mortuo eo mandatum extinguitur; veluti si jusserit debitorem suum post mortem suam solvere Titio, l. ult. de solus. cujusmodi etiam causa hæredibus, ad quos tum res pertinet, non obstante mandato, integra servata intelligitur. Similiter ex converso mandatum solvi placet, si mandatarius re adhuc integra decesserit: & ob id hæredes ejus non tenentur, quod ille suscepit exequi; & licet sponte executi fuerint, actionem tamen mandati non habent, l. si quis. 27. §. 3. l. mandatum. 57. hoc tit. Cur vero in utraque specie additur, si re adhuc integra mors intervenierit? Non sane quod postquam res integra esse desit, seu interesse cepit, morte alterutrius interveniente mandatum non solvatur, & adhuc libere perfici possit, quod cœptum est: sed quia obligatio mandati & actio ante mortem nata post mortem perseverat, l. inter. 26. fac. d. l. mandatum. 57. & l. seq. eod. Ut ecce, actio mandati statim competit, cum cepit interesse, l. 8. §. mandati. 6. eod. Et igitur si mandatarius decesserit, quo tempore jam interesse cœperat mandatoris, puta cum jam ille eandem rem per alium explicare non poterat, si decesserit mandator, cum res non amplius integra esset mandatario, quod forte jam sumptus ad negotium exequendum necessarios fecisset, actio mandati semel alterutri quæ sita neutrius morte intercidit, dd. l.

4. *Tu ignorans eum decessisse executus fueris*] Et si mandatum morte mandatoris extinguatur, & ideo secundum stricti juris rationem, quamvis mandatarius ignorans mandatorem decessisse mandatum impleverit, agere mandati non potest: tamen utilitatis causa, seq. ex bono & æquo, placet impleto per ignorantiam mandato actionem ei dari, l. inter. 26. l. si prædonsense. 58. hoc tit. quippe in hoc judicio de bona fide agitur, cui non congruit de apicibus juris disputare ut eleganter ait Ulpianus, l. si fidejussor. 29. §. quadam. 4. eod. Atque hoc ipsum etiam admittendum videtur in ignorantia juris, puta si mandatarius, quamvis non ignarus mortis mandatoris, errore juris persuasus id sibi incumbere, mandatum impleverit, arg. ejus, quod de hæredibus mandatarii simili errore mandatum exequentibus Papinianus respondit l. mandatum. 57. eod. nam & alias; cum de damno vitando agitur, error juris nocere non solet, l. 7. & 8. de jur. & fact. ign. Illud hic quæri potest, an si forte ad consummationem mandati adhuc aliquid desit, id recte absolvatur vel à mandatario post mortem mandatoris ei cognitam, vel ab hæredibus mandatarii post mortem illius. In quo hæc distinctio probanda videtur, ut siquidem ea, quæ agenda supersunt, cum prioribus connexa non sint, tum non liceat, mandatario aut hæredibus ejus reliqua implere: sin vero connexam cum negotio cœpto rationem habeant, tum illis liceat, imo incumbat, arg. l. 5. §. furtor. 5. l. tutorum. 37. §. 1. de adm. tut. l. 13. de tut. & rat. distr. l. 3. §. pen. de contr. act. tut. l. 11. C. arbiir. tut.

*Alioqui iusta & probabilis ignorantia*] Justa & probabilis ignorantia nemini fraudi esse debet; atque in proposito

posito ne juris quidem, per *l. mandatum. 57. hoc tit.* ubi ignoscitur hæredibus mandatarii, iisque actio conceditur, qui errore lapsi, non animo furandi, sed exequendi, quod defunctus suæ curæ fecerat, mandatum impleverunt.

5 *Huic simile est*] Quod dixit de mandato consummato post mortem mandatariis per ignorantiam mandatarii, illud illustrat exemplo simili, nempe creditorum per ignorantiam solventium manumisso dispensatori creditoris mandantis; quos ex æquo & bono liberari placet; quamvis stricta ratione juris non liberentur, cum alii volverint, quam cui oportebat, *l. 11. in fin. depof. l. penul. de reb. cred. l. si quis. 18. l. dispensatori. 51. de solut.* Quod ut intelligamus, tria hæc scire oportet. 1. dispensatorem dici servum pecuniis domini exigendis & administrandis præpositum, *d. l. pen. de reb. cred. d. l. 18. de solut.* 2. qui servum dispensatorem facit, cum intelligi suis debitoribus mandare, ut ei solvant, *fac. l. qui hominem. 34. §. 3. de solut.* 3. qui servum dispensatorem manumittit, tacite mandatum revocare. Est vero liberatio hæc communis omnium debitorum, qui ignorantes mandatum revocatum esse, procuratori quondam creditoris solverunt, *l. 12. §. 2. d. l. 18. d. l. qui hominem. 34. §. 3. de sol.*

T E X T U S .

De renuntiatione.

II. *Mandatum non suscipere cuilibet liberum est: susceptum autem consummandum est, aut quam primum renuntiandum, ut per semetipsum, aut per alium eandem rem mandator exequatur. Nam nisi ita renuntietur, ut integra causa mandatori reservetur, eandem rem explicandi, nihilominus mandati actio locum habet; nisi iusta causa intercefferit aut non renuntiandi, aut intempestive renuntiandi.*

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

1. *Cur mandatum solvi placeat tempestiva renuntiatione: & quid si intempestive renuntiatio facta.*
2. *Mandatarius præter dolum etiam culpam præstare, & qualem.*
3. *Iusta causa interveniente excusari mandatarium, licet non renuntiaverit, aut non tempestive.*

**P**roponitur hic & explicatur secundus modus, quo ex persona mandatarii mandatum finitur, nempe renuntiatio. Ut ergo revocatione mandantis, ita ex contrario & renuntiatione mandatarii mandatum solvi placet. Quippe quod officii causam habet, non magis reluctanti extorqueri, quam invito obrudi convenit: nec oportet quenquam difficilem esse in eo, in quo dispendium ejus nullum vertitur, *l. in creditore. 38. de evict.* Quamobrem nec ab initio mandatarius aliter obligari intelligitur, quam sub hac disjunctione, ut aut impleat mandatum, aut in tempore renuntiet, *l. si mandavero. 22. §. ult. l. si quis. 27. §. 2. hoc tit. & pr. hujus text.* ut frustra objiciatur *l. 5. C. de obl. & act.*

*Susceptum consummandum, aut quam primum renuntiandum] dist. l. 22. §. ult. d. leg. 27. §. 2. Quo proba-*

tur, quod modo diximus, mandatarium sub disjunctione obligari, ut aut officium susceptum exequatur, aut cum primum poterit, renuntiet. Renuntiatio aut tempestive fit, id est, ita ut integra facultas mandatari conservetur eandem rem æque commode explicandi: aut intempestive, id est, eo tempore, quo jam mandator neque per se neque per alium idem negotium expedire potest. Renuntiatione tempestiva mandatum omnimodo solvitur, ut tamen actio competat ex antegesto. Intempestiva vero mandatarium non liberat, sed nisi iusta causa intercefferit, tenetur nihilominus actione mandati; non quidem ut mandatum præcise impleat, sed ut præstet, quod mandatoris interest impletum esse, *dd. U. & hoc text.* sicut in cæteris quoque obligationibus faciendum evenit, *l. si quis. 13. §. 1. de re judic. §. ult. sup. de verb. obl.* Circa obligationem mandatarii incidere solet quæstio de dolo, culpa & diligentia, quid horum in mandato exequendo & rerum receptorum administratione mandatarius præstare debeat. Dixeris, præter præstationem doli & culpæ latæ nihil à mandatario exigendum secundum definitionem *l. 5. §. 2. commod.* esse enim similem depositario, seu ei, qui rem custodiendam accepit: utrumque beneficii debitorem esse, & contemplatione alterius rem suscipere. Cæterum hæc definitionem in mandato sequi non licet propter eos textus, quibus expressè traditum est, mandatarium non tantum de dolo, sed etiam ob culpam teneri, *l. 8. §. ult. hoc tit. l. procuratorem. 11. C. eod. l. contractus. 23. de reg. jur. Modestini. in collat. leg. Mosaic. & Rom. tit. de depof. certum autem est, verbo culpæ absolute posito significari culpam levem. Plus dicimus, etiam culpam levissimam in iudicio mandati venire. Sic enim diserte scriptum est in *l. à procuratore. 13. C. hoc tit.* procuratorem dolum & omnem culpam præstare, solum casum improvisum non præstare. Ac ne quis putet, hoc pertinere duntaxat ad procuratores forentes, non ad omnem mandatarium, utique ad quemvis mandatarium & procuratorem pertinet, quod traditur in *l. in re. 21. C. eod.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse. Cui similis est locus apud Ciceronem in *orat. pro Rosc. Amerino*, ubi de iudicio mandati disserens, ait, 'in minimis rebus teneri mandatarium, si quid non modo malitiosius, verum etiam negligentius fecerit. Cur ergo in mandato recedimus à regula, quam in deposito servari placet? Nimirum ideo, quoniam, cum in negotio gerendo opus sit diligentia atque industria, & is, qui mandat diligentiam rei gerendæ convenientem exigere; & qui suscipit mandatum, hoc ipso industriam & diligentiam ad rem exequendam necessariam in se futuram recipere videtur. Quod deposito non convenit: nam ad aliquem custodiendum non diligentia aut industria, sed fide opus est duntaxat. Ex quo intelligimus, mandatarium comparandum esse non cum quovis depositario, sed cum eo, qui se deposito obtulit, quem omnem culpam præstare placet, non alia de causa, quam quod offerendo se de diligentia sua promittere videatur, *l. 1 §. saps. 35. depof.* Sunt qui de his præstationibus statuendum arbitrantur pro varia conditione mandati, qua modo mandantis, modo mandatarii, modo utriusque utilitatem spectat: quoniam vident, eam distinctionem in commodato probatam*

batam esse, l. 5. §. 2. in fin. junct. §. interdum. 10. & l. in rebus. 18. in fin. pr. commod. Nempe ergo, si his credimus, ubi mandatum solius mandantis gratia intervenit, dolus duntaxat, & culpa lata præstabitur; ubi utriusque gratia, etiam culpa levis; ubi solius mandantarii, etiam levissima. Sed profecto talis distinctio in mandatum non cadit: neque quicquam mandato cum commodato hic commune est. Etenim mandatum solius mandantarii contemplatione interpositum etiam mandantem obligat, si dolus ejus intervenerit; §. sua tantum. 6. h. t. mandatarium tamen non obligat ullo modo; quippe cuius nulla obligatio esse potest, nisi quatenus negotium, quod gerendum suscepit, ad alium pertinet, d. l. in re. 21. C. h. t. ut proinde cum de obligatione mandantarii circa prædicas præstationes queritur, mandatarium tantum considerari debeat, ut rem alienam gerens; quomodo etiam consideratur in d. l. in re. & passim in hoc arg. Plane in iis, quæ actum commissum consequuntur; interdum culpa aut fraude carere sufficit, l. 8. §. ult. l. 10. l. 29. §. 4. hoc tit.

[*Justa causa intercesserit, &c.*] Hoc admisso renuntiatione tempestiva mandatum solvi, consequens fuit, ut etiam propter intervenientem justam causam aut non renuntiandi, aut tempestive renuntiandi excusationes 3 mandatarium allegans audiri debuerit. Justa non renuntiandi aut omittendi mandati causa est, veluti si actiones mandatarario competituræ, inanes illi futuræ sint, eo quod mandator solvendo esse desierit, ne forte mandatarario pereat, quod impendit. Item inimicitia capitalis, quibus intervenientibus nec mandatorem credibile est amplius opera mandantarii uti velle, nec ab hoc exigi debet, ut eandem illi operam porro præstet. Non tempestive renuntiandi, adversa valetudo, aut similes casus, quibus impeditus tempestive renuntiare non potuerit, l. sano. 23. l. 24. & l. seq. eod.

### TEXTUS.

De die & conditione.

12. *Mandatum & in diem differri, & sub conditione fieri potest.*

### COMMENTARIUS.

**M**andatum & in diem differri, & sub conditione contrahi potest, ut hic, & l. 1. §. pen. eod. & cum mandati obligatio mere à consensu pendeat, potest per nuntium quoque, vel per epistolam, mandatum fieri ac suscipi, d. l. 1. pr. & §. 1. sed hæc & alia id genus, sub rubr.

### TEXTUS.

De mercede.

13. *In summa sciendum est, mandatum, nisi gratuitum sit, in aliam formam negotii cadere. Nam mercede constituta, incipit locatio & conductio esse. Et (ut generaliter dicamus) quibus casibus sine mercede suscepto officio, mandati sive depositi contrahitur negotium; iis casibus interveniente mercede locatio & conductio intelligitur*

*contrahi. Et ideo si fulloni polienda curandave quis dederit vestimenta, aut sarcinatori sarcienda, nulla mercede constituta, neque promissa, mandati competit actio.*

### COMMENTARIUS.

1. *Honorarii sive salarii constitutione mandatum non vitari: nec tamen de ipso salario actionem mandanti esse.*
2. *Passum de quota litis jure improbatum esse.*
3. *Operas liberales precio nummario non æstimari.*
4. *In dubio præsumendum non esse, fullonem, &c. operam gratis suscipere.*

**M**andatum originem ex officio atque amicitia trahit: ac proinde nisi gratuitum sit, nullum est. Quippe officio atque amicitia contraria est merces, l. 1. §. ult. l. ita ut. 36. §. 1. h. t. alioqui videretur mandatarium *κατά τὴν τῶν φιλάσπυτων*, beneficium cauponarii. Enim vero gratiam referre amicitia bene convenit, & gratuitamque operam remunerare. Qua de causa mandatum esse non definit si remunerandi causa honor intervenierit, l. 6. pr. eod. ubi Jurisconsultus figurate honorem appellat pecuniam remunerandi sive honorandi causa datam promissamve. Passim honorarium & salarium nominatur, l. 1. in fin. pr. si mos. fals. mod. l. 1. §. in honorarium. 10. de exarard. cogn. l. 7. l. qui mutuum. 56. §. pen. hoc tit. l. 1. l. 17. C. eod. & à mercede hoc differt, quod merces fere analogia sit operæ, seu ita constituitur, ut æstimationi operæ proportionem respondeat: honorarium autem est voluntaria operæ gratis præstitæ remuneratio. Et si vero honorarii sive salarii constitutio mandatum non vitiat, nec impedit, quominus mandati actio sit de iis omnibus, quæ mandati iudicio peti potuissent, si salarium non intervenisset: d. l. 6. in pr. de ipso tamen salario mandati actio non est, sed extra ordinem peti solet, l. 7. l. qui mutuum. 56. §. pen. eod. l. 1. C. eod. Utique autem ut peti possit salarium, promissum & conventum esse oportet, saltem nudo pacto: si nullum constitutum sit, nulla quoque eo nomine persecutio est: in tantum ut nec, si promissum sit, sed incertæ quantitatis, nulla adhuc sit aut extraordinaria salarii petitio, aut actio mandati, ut certum constituitur, l. qui mutuum. 56. §. pen. hoc tit. l. 17. C. eod. sed hoc forte ad eos solos pertinet, qui familiaritatis causa operam præstant, non ad Advocatos, &c. per l. 1. §. 10. & l. 4. de exar. cogn. Certe hodie moribus nostris possunt Advocati & Procuratores forenses (*mits überleben de declaratie van hare behoefte, conform de instructie van de hoven ende lage vierseharen*) petere salarium quantumvis nullum pacti aut stipulati sint, dum tamen instructionem suam, quam curia dedit, non excedant. Add. *Quid. Pap. quest. 67. Papon. lib. 6. tit. 12. arrest. 5. & lib. 15. tit. de cur. arrest. 12. Garz. de expens. & mel. cap. 20. num. 15.* Illud obiter notandum, pactum de quota litis, ut vulgo loqui amant, id est, cum Advocatus aut Procurator ex eventu litis certam quantitatem salarii nomine paciscitur, puta dimidiam aut tertiam partem victoriæ, improbatum esse, tanquam quod turpe atque adversus bonos mores sit, l. 7. hoc tit. l. si contra. 20. C. eodem. l. sumptus. 53. de pact. l. 1. §. si cui. 12. de extra. cogn. Don. post alios, in d. l. si contra.

Mer-

*Mercede confistuta incipit locatio esse*] Modotale factum sit, quod locari soleat: qualia fere sunt, quæ mercede, eaque proportionata factio æstimantur, ut operæ mechanicæ. Nam operas liberales pretio nummario æstimari indignum est; ideoque nec cum iis, qui ingenio, patrocinio, fide, consilio operam impendunt, crediderunt veteres locationem & conductionem esse; & quicquid hic vel datum vel constitutum est, non merces, sed honorarium dicitur; de quo extra ordinem cognoscit prætor. Sed neque talis factio locatio est, unde nihil commodi pecuniarii ad alterum redit; veluti si pecuniam tibi dem, ut servum manumittas, non locatio & conductionis est, sed contractus innominatus, l. 5. §. 2. de præscr. verb.

*Fulloni aut sarcinatori nulla mercede constituta, &c.*] Id est, cum fullo aut sarcinator eam operam gratis &

amicitiæ causa expresse susceperunt: alioqui non mandati actio, sed præscriptis verbis competit, l. si tibi. 22. de præscript. verb. §. 1. sup. de locat. Bachov. ubi Cajus scribit, cum gratis ejusmodi operam fullo aut sarcinator suscipit, mandati obligationem esse: cum mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geri: si neque gratis, neque protinus data aut constituta mercede, sed eo animo, ut merces postea constitueretur & daretur, esse contractum innominatum, ex quo in factum actio, id est, præscriptis verbis, datur. Talis autem animus utrinque præsumendus est, cum fulloni, sarcinatori, & similibus, qui manuum opera victum quæritant, & spe lucri eam suscipiunt, aliquid faciendum datur, nisi nominatim convenerit, ut gratis præstaretur, fac. §. 1. sup. de locat.

TITULUS XXVIII.

DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX CONTRACTU NASCUNTUR.

TEXTUS.

Continuatio.

*Post genera contractuum enumerata, dispiciamus etiam de iis obligationibus, quæ quidem non proprie nasci ex contractu intelliguntur: sed tamen quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur.*

COMMENTARIUS.

1. Ratio ordinis.
2. Particulam quasi notam esse similitudinis, & simul impropriæ.
3. Falsos esse, qui putant, obligationem hic nasci ex tacita conventionione.
4. Non esse confundendum tacitum cum ficto, expressum cum vero.
5. Factum, unde hic obligatio nascitur, non male vulgo quasi contractum appellari: & quid sit.

**F**ixpositis obligationibus, quæ ex contractu nascuntur, progreditur ordine Imperator ad eas, quæ nascuntur quasi ex contractu. Quippe quibus in quadripartita illa distributione, proposita §. ult. sup. de oblig. secundum locum tribuit. Ait, quasi ex contractu. Particula quasi & similitudinis nota est, & impropriæ: quamobrem recte dicemus, quasi ex contractu obligationem nasci, cum citra conventionem nascitur ex facto non turpi. Impropriæ noto, cum dico, citra conventionem: nam ex contractu nulla est obligatio sine conventionione, l. 1. §. 3. de pact. Similitudinem, cum dico, ex facto non turpi, id est, quod non cadit in speciem maleficii. Neque aliam rationem aut Cajus l. 5. de obl. & act. aut Justinianus hoc tit. reddunt, cur quasi ex contractu obligatio nasci dicatur. Sunt, qui etiam ex conventionione hic obligationem nasci

tradant, non quidem expressa, sed tacita: quod non probo. Nam quid refert, tacite seu re & facto aliquo consensus declaretur, an verbis & conventionione expressa? Utique enim tacita conventio non minus vera conventio est, l. 2. l. 4. §. ult. de pact. atque ad actionem ex contractu producendam non minus efficax, quam verbis nuncupata. Quippe in omnibus contractibus, quod tacite inter contrahentes agitur, pro expresso habetur, l. 3. de reb. cred. l. semper. 34. de reg. jur. Ita societas tacite contrahi potest, l. 4. pro socio, item mandatum, l. 6. §. 2. l. qui patitur. 18. mand. locatio conductionis, l. 13. §. ult. locat. Denique conventio sæpe titulo contractus inclusa est, ut conventio restituendi in mutuo, commodato, deposito, pignore. Sed nec posse hic vel tacitam conventionem intervenire, intelligi ex eo patet, quod omnis conventio plurium est, l. 1. §. 1. de pact. hic autem ex facto unius fere obligatio oritur. Adde; quod quasi ex contractu inviti quoque & ignorantibus obligamur; §. 1. inf. hoc tit. l. 2. de neg. gest. adeo ut ea obligatione etiam furiosi & pupilli teneantur, l. 3. §. & si. 5. d. tit. l. furiosus. 46. de obl. & act. Postremo nusquam proditum est, ullum consensum hic vel tacite intervenire, sed obligationem ex re nasci, d. l. 46. in eam nos incidere, l. heredes. 25. §. non tantum. 16. fam. erc. utilitatis causa introductam esse, l. 5. de obl. & act. §. 1. hoc tit. Plane, si quis tacitum appellet, non quod simpliciter expressum non est, sed quod nec verum est, sed fictum, & contra naturam gesti auctoritate juris præsumptum; l. 3. in fin. cum l. seq. quib. ex cau. in poss. l. 13. in fin. commod. hoc sensu per melicet, obligatio quasi ex contractu veniens dicatur nasci ex tacita conventionione. Sed cavendum omnino est ab iis, qui nullum verum contractum agnoscunt sine expressa conventionione; nullam veram conventionem, quæ non eadem & expressa sit; confundentes expressum cum vero, tacitum cum falso & ficto. Factum, unde hic obligatio nascitur, cum interpretibus, contempta quorundam superstitione, quasi contractum appellamus. Nam

etfi veteres non ita hic loquuntur, ut dicant, obligationem nasci ex quasi contractu, sed quasi ex contractu nasci: alia tamen multa, quæ ad aliarum rerum similitudinem inducenda sunt, ea nota sic distinguunt; ex quibus hæc, quasi possessio, quasi maritus, l. 32. §. pen. de don. ins. vir. & ux. quasi Serviana actio, peculium quasi castrense. Nonnunquam appellatione contractus etiam quasi contractum comprehenditur, §. 1. inf. de act. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. 23. de reg. jur. & interdum absolute contractus vocatur, l. 16. de neg. gest. l. ult. in quib. ca. pign. largo scilicet modo & per abusivum, l. 3. in fin. cum l. seq. quib. ex ca. in poss. Sic autem non male quasi contractum definiemus, factum omne non turpe, quo aut is, qui fecit, alteri, aut alter ei, aut uterque alteri, sine conventionione obligatur. Hujus generis facta quinque hic recensentur, negotiorum gestio, administratio tutelæ, communionis rerum citra societatem susceptio, aditio hæreditatis, indebiti solutio.

## T E X T U S.

## De negotiorum gestione.

I. Igitur cum quis negotia absentis gesserit, ul-  
tro citroque inter eos nascuntur actiones, quæ ap-  
pellantur negotiorum gestorum. Sed domino qui-  
dem rei gesta adversus eum, qui gessit, directa  
competit actio: negotiorum autem gestori contra-  
ria. Quas ex nullo contractu proprie nasci mani-  
festum est: quippe ita nascuntur ista actiones, si  
sine mandato quisque alienis negotiis gerendis se  
obtulit, ex qua causa ii, quorum negotia gesta  
fuerint, etiam ignorantes obligantur. Idque uti-  
litatis causa receptum est, ne absentium, qui sub-  
ita festinatione coacti, nulli demandata negotio-  
rum suorum administratione, peregre profecti es-  
sent, desererentur negotia: quæ sane nemo cura-  
turus esset, si de eo, quod quis impendisset, nul-  
lam habiturus esset actionem. Sicut autem is, qui  
utiliter gessit negotia, dominum habet obligatum  
negotiorum gestorum, ita & contra iste quoque  
tenetur, ut administrationis reddat rationem. Quo  
casu ad exactissimam quisque diligentiam competi-  
tur reddere rationem: nec sufficit, talem dili-  
gentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere so-  
let: si modo alius diligentior eo commodius admi-  
nistraturus esset negotia.

## N O T A.

1. Absentis] Qui præsens patitur negotia geri, mandare intelligitur, l. 6. §. 2. l. 18. mand.

Contraria] Ita dicta, quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem, l. 5. de pos. l. 6. in fin. de his qui vor. in fam.

Ad exactissimam diligentiam] Fac. l. 21. C. mandas. l. 25. §. 16. fam. etc. l. 24. C. de usur. Tenetur ergo negotiorum gestor, non tantum si quid lata aut levi culpa peccavit, sed etiam, si quid vel culpa levissima: nulla-  
que causa est, cur levius obligetur, quam depositarius, qui ultro se deposito obtulit, l. 1. §. 35. de pos.

Nec sufficit talem, &c.] His verbis perspicue significatur, etiam culpam levissimam à gestore præstari, arg. §. 2. sup. quib. mod. de cons. obl. ubi eadem præstatio & iisdem verbis imponitur commodatario. Interdum tamen dolus solummodo præstatur, ut in casu, l. 3. §. 9. de neg. gest.

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

1. Negotiorum gestione esse factum natura media inter negotia, quæ utrinque, & quæ ab uno tantum latere sunt obligatoria.
2. Actio ex gesto directa cui datur, item cui contraria: & quid utraque contineat.
3. Dolus tantum, an etiam culpa, & cujus nomine gestor teneatur; accuratius, quam vulgo.

Prima species quasi contractus, negotiorum gestio. Ex Cajol. 5. de obl. & act. Ait, cum quis negotia absentis gesserit. Videlicet sine mandato, aut ignorantia: nam si ex mandato gesserit, palam est, ex contractu nasci inter eos obligationem mandati. Si vero sine mandato gesserit, nascitur quidem & hic ultro citroque obligatio. Cæterum hæc actiones non nascuntur ex contractu, qui nullus interpositus est: quia non geritur negotium invicem: sed quia nec maleficium est, aliena negotia sine mandato administrare, nec dominus negotiorum quicquam deliquisse intelligi potest, quasi ex contractu hic obligatio oriri videtur, d. l. 5. de obl. & act. l. 2. de neg. gest.

Domino directa competit actio] Monuimus in explicatione §. 2. sup. quib. mod. re conser. obl. esse quosdam contractus, qui ex uno tantum latere obligant, quosdam, qui ex utroque, nonnullos etiam esse naturæ intermediæ, ex quibus nec semper unus tantum, nec semper uterque obligetur. Hujus generis, præter contractus reales, quos illic enumeramus, commodatum, depositum, pignus, etiam mandatum est, & quasi contractus mandato similes, negotiorum voluntaria administratio, & tutela. Nam ut hi contractus & quasi contractus principaliter comparati non sunt ad obligandum eum, cujus res aut negotium est, ita nec ab initio ex his causis obligatur; sed ut obligetur, fit ex accidenti & per consequentiam, si quid alter de suo necessario aut utiliter impendit, alter autem statim tenetur, & directo, ex ipso contractu aut negotio. Hinc est, quod actio, quæ ex his causis domino proposita est, directa dicitur, & interdum principalis, l. in commodato. 17. §. 1. commod. quæ adversus dominum, contraria; quoniam contrariæ parti per consequentiam accommodatur ad minuendam ejus condemnationem. Et in proposito igitur actio, qua negotiorum gestor tenetur domino, est & dicitur actio negotiorum gestorum directa; qua dominus per consequentiam tenetur gestori, cui per causam gesti quid abest, contraria.

Adversus eum, qui gessit] Ut gesti rationem reddat, & interdum non gesti, videlicet ejus, quod gerendum suscepit: nam novum inchoare non habet necesse,

l. nam

*l. nam & Servium. 21. §. 2. de neg. gest.* Gestio obligatio duo continet. Restitutionem ejus, quod per occasionem negotii adgerentem pervenit, *l. 2. eod.* exempla fume ex *l. 8. §. 1. si quis. 23. eod.* & damni ejus: quod perperam gessit, præstationem: cæterum hic lucrum cum damno casu dato penfatur, *l. 11. eod.* In non gesto non tantum damni culpa aut negligentia dati ratio habetur, sed etiam lucri omiffi: ad quod declarandum accommodatiffimum exemplum est, quo & veteres utuntur, in debitore, qui creditoris sui negotia gessit, *l. 6. §. ult. l. 7. l. divorfio. 35. eodem.*

*Negotiorum gestor contraria*] Si modo utiliter negotium gessit: nam qui gessit inutiliter, actionem non habet, *l. 2. eodem.* Competit autem hæc actio, ut & cæteræ ejusdem naturæ, de indemnitate, *l. 5. depof. l. 6. in fin. de his qui nor. inf.* & in proposito duarum rerum nomine comparata est; nempe ut præstetur & quod abest ei, qui utiliter gessit, puta si de suo quid erogaverit, aut quid consecutus non fit, quod alias consequi potuiffet; & quod ei abfuturum est, veluti si se in rem absentis alicui obligavit, *d. l. 2. l. si quis. 28. de neg. gest. l. ob negotium. 18. C. eod.*

*Subita festinatione coacti*] Sed & sæpe homines eo animo peregre proficiscuntur, quasi statim redituri, nec ob id curam negotiorum suorum mandant: deinde novis causis intervenientibus diutius abesse coguntur, *l. 5. in pr. vers. ideo. de obl. & act.*

*Dominum habet obligationem negotiorum gestorum*] Cujacius, Hotomannus, Wesembecius legunt, *habet obligatum dominum negotiorum.* Et ita quoque Theophilus legiffe videtur.

3 *Ad exactiffimam diligentiam*] Secundum regulam traditam *l. 5. §. 2. commod.* non plus à negotiorum gestore exigendum videtur, quam à depositario; nimirum ut dolum præstet duntaxat, non etiam culpam, nisi dolo proximam: quoniam non magis gerentis in causa negotiorum gestorum, quam depositarii in deposito, commodum agitur: & tamen certi atque explorati juris est, non doli tantum nomine, sed etiam culpæ gestorem obstringi, *l. 11. de neg. gest. l. tutori. 20. C. eod. l. contraffu. 23. de reg. jur.* Sed nimirum, ut superius quoque sub *§. 2. sup. quib. mod. re contr. obl. & §. propen. prac. sit.* monui, regula de dolo duntaxat præstando in negotio, in quo suscipientis nulla versatur utilitas, vim suam perdit, cum quis se negotio & officio offert; quod qui facit, de diligentia sua quodammodo polliceri & recipere videtur. At hoc facit, qui ad aliena negotia sua voluntate gerenda accedit. Qua eadem ratione hoc amplius placuit, negotiorum gestorem non tantum eo nomine teneri, si quid consulto, lata aut levi culpa, peccavit, sed etiam si quid vel culpa leviffima. Exigitur enim ab eo diligentia, eaque summa & exactiffima, ut non excusetur talem diligentiam alienis negotiis adhibens, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior utilius negotia administraturus esset. Quibus verbis palam est significari, etiam culpam leviffimam à gestore præstandam esse, cum eadem plane præstatio & iisdem verbis imponatur commodatario, quem sane etiam ob leviffimam culpam teneri conitat, *d. §. 2. sup. quibus mod. re contr. obl. l. 1. §. & ille. 4. de obl. & act.* Hoc idem non obscure indicat *l. heredes. 25. §. non tantum. 16. fam. orc.* ubi Jurisconsultus scribit, cohæredem & collegata-

rium in re communi dolum quidem & culpam præstare, diligentiam autem non majorem, quam rebus suis: neque enim hos esse similes negotiorum gestori, ut summa ab iis diligentia exigenda debeat: quoniam negotiorum gestor causam gerendi non habet, illi habent propter partem suam. Sed & quod scriptum est in *l. 21. C. mand.* aliena negotia exacto officio geri, nec quicquam in eorum administratione neglectum ac declinatum culpa vacuum esse, tam ad negotiorum gestorem, quam mandatarium pertinet, & vel magis ad illum, qui se ingerit, quam ad hunc, qui rogatus gerit. Postremo nulla causa est, cur levius obligetur, qui se miscet rebus ignorantis, quam depositarius offerens se deposito. At hinc illa officii oblatio periculo depositi sic illigat, ut omnia præstet præter improvisos casus, sicut diserte scriptum est in *l. 1. §. sapo. 35. depof.* Dices, ita fore, ut nemo facile ad absentium negotia gerenda accedat; quod tamen ut fiat, ipsorum absentium interesse: nam si nemo fit, qui ea capeffiat, futurum esse, ut pereant. Resp. etiam interesse absentium, ne quis temere se negotiis eorum immisceat, & diligentior forte antevertat. Neque enim semper negotia aliena urgente necessitate suscipiuntur: cumque id fit, doli tantum nomine gestorem teneri placet, *l. 3. §. interdum. 9. de neg. gest.* sed sæpe homines præpropere se alienis ingerunt, non affectione ducti ad negotia alioqui peritura accedentes, sed acti aut spe emolumenti, aut præpostera curiositate. Quo pertinet *l. culpa. 36. de reg. jur.* ut vel maxime absentium utilitas in eo vertatur, ut quicumque se negotiis alienis nulla urgente necessitate immiscet, intelligant, nihil in eorum administratione omiffum neglectumve impune fore. Interpretes communiter post *Gloss. hic.* statuunt, eodem casu negotiorum gestorem propter culpam leviffimam teneri, cum alius diligentior ad gerendum se obtulit: nimirum verba illa hujus textus, *si modo alius diligentior, &c.* pro limitatione accipientes: quod non convenit sententiæ hujus loci, qui descriptionem quandam continet exactiffimæ diligentie, cui culpa leviffima opponitur, *argum. §. 2. sup. quib. mod. re contr. obl. l. 1. §. & ille. 4. de obl. & act. add. Paul. 1. sent. 4. l. 24. C. de usur.*

T E X T U S.  
De Tutela.

2. *Tutores quoque, qui tutela judicio tenentur, non proprie ex contractu obligati esse intelliguntur: nullum enim negotium inter tutorem & pupillum contrahitur. Sed quia sane non ex maleficio tenentur, quasi ex contractu teneri videntur. Hoc autem casu mutue sunt actiones. Non tantum enim pupillus cum tutore habet tutelam actionem: sed & contra tutor cum pupillo habet contrariam tutelam, si vel impenderit aliquid in rem pupilli, vel pro eo fuerit obligatus, aut rem suam creditoribus ejus obligaverit.*

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

1. *Tutorem in rebus pupilli non tantum dolum, sed etiam culpam præstare.*

N n n n

2. *Cur*



2. *Cur levem duntaxat culpam, non etiam levissimam tutor præstet.*

**S**ecunda species quasi contractus, administratio tutelæ. Necessarii quoque rerum alienarum administratores, veluti tutores, quasi ex contractu obligari videntur: neque enim hi aut tutelam suscipientes, aut susceptam administrantes, cum pupillis ullum negotium contrahunt; multoque minus ea res speciem maleficii aut quasi maleficii habet, l. 5. §. 1. de obl. & act.

*Actiones mutua*] Pupillo prodita est actio tutelæ directa, qua, finita tutela, l. 4. de tut. & rat. distr. tutorem convenire potest, ut rationem reddat administrationis suæ, & tam non gesti, quam gesti, atque ut reliqua inferat, l. 1. d. tit. l. 7. l. 9. C. arbit. tut. l. 2. C. 1. sit. vel cur. non gess. Et quamvis in administratione tutelæ nulla verteretur utilitas tutoris, placet tamen, tutorem in rebus pupilli non tantum dolum & culpam latam, sed etiam levem præstare, l. contractus. 23. de reg. jur. d. l. 7. C. arb. tut. quod ratio muneris publici ad defensionem miseræ ætatis constituti suavit. Quicquid ergo vel dolo tutoris aut lata ejus culpa, vel etiam levi amissum, vel non acquisitum erit, cum conservari aut acquiri potuisset, hoc in tutelæ iudicium veniet, d. l. 1. l. cum tutor. 18. de tut. & rat. distr. d. l. 7. & l. 4. C. arb. tut. l. sit. tutoris. 23. C. de adm. tut. l. 3. C. de peric. tut.

2. Enimvero quoniam necessitas gerendi excusatione digna est, si tutor pro captu suo bona fide facit, quod potest, non majorem diligentiam ab eo requiremus, quam quantam suis rebus adhibere solet, hoc est, ut levem culpam præstet duntaxat, non etiam levissimam, d. l. 1. de tut. & rat. distr. d. l. 7. C. arb. tut. l. à tutoribus. 33. pr. de adm. tut. Frustra vero ex l. 4. C. de peric. tut. quæ ait, à tutore fortuitos casus non præstari, quidam eliciunt, tutorem teneri ex cæteris causis omnibus, atque adeo ex culpa quoque levissima, add. Pet. Fab. ad l. 23. de reg. jur. Vice mutua tutor cum pupillo, cujus tutelam gessit, habet contrariam tutelæ actionem, qua, si vel impenderit quid in rem pupilli, sive aut se aut res suas pro pupillo obligaverit, & impensas recipiat, & ab obligationibus liberetur, l. 1. in pr. l. ult. de contr. tut. act. l. ult. C. eod. Hæc eadem mutatis personis ad curatores quoque & adultos transferenda sunt, l. 8. §. 1. de reb. eor. qui sub tut. l. 3. l. 4. l. 7. C. arbit. tut. cum similib.

### TEXTUS.

#### De rei communione.

3. *Item si inter aliquos communis res sit sine societate; veluti quod pariter eis legata donatave esset, & alter eorum alteri ideo teneatur communi dividendo iudicio, quod solus fructus ex ea re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit: non intelligitur ex contractu proprie obligatus esse, quippe nihil inter se contraxerunt: sed quia ex maleficio non tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.*

#### De hereditatis communione.

4. *Idem juris est de eo, qui cohæredi familia exciscunda iudicio ex his causis obligatus est.*

### NOTÆ.

3. *Sine societate*] Datur quidem iudicium communi dividendo etiam cum ex societate res communis est, l. 1. & 2. comm. div. sed eo casu est ex contractu.

*Et alter eorum alteri*] Principalis finis iudicii communi dividendo est, ut res dividantur & à communione recedatur, §. 4. & 5. inf. de off. jud. d. l. 1. comm. div. l. 1. fam. excisc. tum ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet lucri, damni, impensarum nomine, l. 3. d. t. lucri, ut in l. 3. C. eod. §. 4. inf. de off. jud. damni ut l. 16. §. pen. l. 25. §. 16. fam. exc. impensarum, ut l. 18. §. 3. d. t. l. 4. §. 3. comm. div. & hoc text.

*Quod socius ejus solus*] Observa socium dici etiam eum, qui rem cum alio communem habet extra causam societatis, puta collegatarium ejusdem rei, &c. sed ista societas voluntaria non est, sed necessaria.

4. *Qui cohæredi familia excisc.*] Quippe semota hæreditatis divisione, cætera sunt utrique iudicio cum altero communia, l. 6. §. 11. comm. div.

### COMMENTARIUS.

1. *Communio inter aliquos constituta quarum rerum obligationem pariat.*
2. *Culpa in iudicio communi dividendo ad quam diligentiam dirigatur.*

**T**ertia species, quæ quasi ex contractu obligationem producit, est communio rerum inter aliquos citra societatem suscepta. Rerum communio sic inter aliquos constituta, sive hæreditatis inter cohæredes, sive rerum singularum inter eos, quibus eadem res legata aut donata est, quive simul eandem rem emerunt sine affectione societatis, duarum rerum obligationem parit: nam & consortem ad rerum divisionem obligat, & in communione manenti præstationibus quibusdam, ad eam communionem pertinentibus, implicat, l. item Labeo. 22. §. 4. fam. exc. l. 4. §. 3. comm. divid. Prima & præcipua hic obligatio est, quod consors, si sponte communionem omittere nolit, compellatur ad divisionem iudicio divisorio: in quo hoc maxime agi constat, ut sua cuique parte adjudicata, à communione quam nec suscipere, nec retinere quisquam cogitur, l. 26. §. 4. de cond. ind. l. ultim. C. comm. div. discedatur, l. 1. fam. exc. l. 1. comm. divid. §. quadam. 20. inf. de act. Divisio rerum qualis sit, quæ in ea adjudicatio, quæve mutua condemnatio explicatur §. 4. & seqq. inf. de offic. jud. Præstationes personales inducuntur vel lucri, vel damni, vel impensarum nomine, l. 3. comm. div. Lucri, ut si quid ad unum è consortibus ex re communi pervenit, id cæteris communicet, l. 3. C. eod. d. §. 4. inf. de off. jud. & hoc text. Damni, ut si quid damni in re communi datum aut factum est culpa aut negligentia unius, id cæteris proportionem cuiusque larciat, l. 16. §. pen. l. hæredes. 25. §. non tantum. 16. & §. item culpa. 18. l. inter cohæredes. 44. §. quod ex fact. 5. fam. excisc. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigatur; quoniam qui rem cum alio communem habet, propter suam partem causam

fam habet gerendi; & ideo non major diligentia ab eo exigitur, quam qualem suis rebus adhibere consuevit, *d. l. hæredes. §. non tantum.* Impensarum, ut si quæ ab uno in res communes factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit facere, ei à cæteris pro rata refundantur, *hoc text. l. 18. §. 3. d. l. hæredes. §. idem juris. & seqq. fam. etc. l. 4. §. 3. comm. div.* Quorum omnium consequendorum causa comparatæ sunt actiones inter hæredes familiæ esciscundæ, inter eos, quibus res una vel plures communes sunt, extra causam hæreditatis, communi dividundo, *sist. r. & C. fam. etc. & comm. div.* Sive autem propter præstationes illas, sive propter divisionem rerum hæc judicia reddantur, semper quasi ex contractu proficiuntur.

TEXTUS.

De aditione hæreditatis.

5. Hæres quoque legatorum nomine non proprie ex contractu obligatus intelligitur, (neque enim cum hærede, neque cum defuncto ullum negotium legatarius gessisse proprie dici potest) & tamen quia ex maleficio non est obligatus, quasi ex contractu debere intelligitur.

NOTA.

5. Hæres quoque] Ex *Cajo l. 5. §. 2. de obl. & act.*

COMMENTARIUS.

1. Hæredem proprie quasi ex contractu obligari legatariis & fideicommissariis, non item creditoribus hæreditariis.

**Q**uarta species quasi contractus, aditio hæreditatis. Certum est, hæredem adeuntem hæreditatem nullum cum legatariis, quos fortassis ne novit quidem, negotium contrahere: sed & plus quam manifestum est, nullum in ea re maleficio esse. Restat ergo, ut ex hac causa quasi ex contractu obligetur. Nimirum cum quis hæreditatem sibi delatam amplectitur, simul iudicium defuncti agnoscere, seque oneribus, quæ ex voluntate defuncti lubeunda sunt, subicere creditur, atque ita quodammodo cum legatariis contrahere, taciteque iis sese obligare videtur, *l. 5. §. 2. de obl. & act. l. 3. §. ult. & l. seq. quib. ex ca. in poss.*

**Legatorum nomine]** Hæres tunc proprie quasi ex contractu obligatus, cum non alia obligationis causa est, quam agnitio voluntatis defuncti. Itaque ex hac causa tantum tenetur creditoribus testamentariis, seu legatariis & fideicommissariis, *d. l. 5. §. 2. de obl. & act. & hoc text.* Atque his solis actio personalis, quæ in usu juris actio ex testamento dicitur, & quasi ex contractu nascitur, competit, *vid. sup. §. 2. de legat. & ibi not.* Creditoribus autem hæreditariis, id est, creditoribus defuncti, non tenetur quasi ex contractu & facto suo, sed ex ipso contractu & facto defuncti, qui obligationem & actionem, qua illis teneri cœperat, in hæredem suum transmittit. Hæ sunt obligationes & actiones hæreditariæ, eadem nimirum illæ, quæ competeabant adversus defunctum, & ex eadem causa. Inauditum enim est, creditores hæreditarios actione ex testamento experiri. Ex legatis vero non est obligatio hæreditaria, sed obli-

gatio hæredis; quamvis hæreditariæ loco esse dicatur, *l. hæreditarium. 40. de obl. & act.* Eadem obligationis ratio est & in legatariis & fideicommissariis, à quibus quid relictum est; eademque adversus eos actiones ejus rei obtinendæ causa constitutæ, *l. un. §. pro secundo. 4. C. de cad. toll. l. 1. C. comm. de legat.*

TEXTUS.

De solutione indebiti.

6. Item is, cui quis per errorem non debitum solvit, quasi ex contractu debere videtur. Adeque enim non intelligitur proprie ex contractu obligatus esse, ut, si certiore rationem sequamur, magis (ut supra diximus) ex distractu, quam ex contractu possit dici obligatus esse. Nam qui solvendi animo pecuniam dat, in hoc dare videtur, ut distrahat potius negotium, quam contrahat. Sed tamen perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur, & ideo conditione tenetur.

NOTA.

6. Cui quis per errorem] Facti quidem etiam si subit naturalis aliqua obligatio, quæ tamen destituta sit juris civilis auxilio, *l. 9. C. ad leg. Fale. l. 7. C. de cond. ind.* Cæterum etiam juris, si is, qui solvit, ne natura quidem qualis qualis debitor est, arg. *l. 7. de cond. ca. dat. l. 32. §. 1. l. 59. l. 66. de cond. ind. l. 8. de jur. & fact. ign. l. 1. pr. ut in poss. leg. cum simil.*

**Quasi ex contractu]** Quia hæc res speciem negotii invicem gesti habet, *l. 33. de cond. ind.* Cæterum extra id, quod agitur, tacite hic obligatio nascitur, *l. 13. in fin. commod.*

**Perinde obligatur]** *l. 5. §. 3. de obl. & act.* Ex bono scilicet & æquo, *l. 14. l. 66. de cond. ind.* cum stricta ratione actus agentium non operentur ultra eorum intentionem, *l. 19. de reb. cred.*

COMMENTARIUS.

1. Quando, qui sciens indebitum recipit, furti obstrimatur.
2. Quæ requirantur, ut indebitum solvendi competat.
3. An ejus, quod errore juris solvitur, aliquando repetitio sit.
4. Si sine hac obligatio ex vero contractu, an quasi.

**Q**uinta & postrema species, unde obligatio quasi ex contractu proficiuntur, est indebiti per errorem solutio. Habet hæc species magnam cum mutuo affinitatem; quæ causa est, quod *sup. §. 1. quib. mod. re cont. obl.* statim post contractum mutui etiam indebiti soluti mentionem fecit: sed cum illic dicat, obligationem, qua tenetur is, qui indebitum accepit, ex contractu non consistere, tacite significat quasi ex contractu eum obligari: quod hoc loco apertius ostendit ex *Cajo l. 5. §. ut quoque. 3. de obl. & act.* Res ita habet. Qui indebitum solvit, aut sciens ac prudens hoc facit: quo casu accipiens non obligatur, cessatque adeo repetitio, etiam si ea mente dedit, ut postea repeteret, *l. 1. l. si non scilicet. 26.*

§. 2. *¶* 3. *b. r. de cond. ind. l. 9. C. eod. l. cujus. 53. de reg. jur. junct. l. quod quis. 50. b. r.* Aut dubitans; qui si nominatim solutioni hanc legem dicat, ut reddatur, si postea apparuerit esse indebitum, ex vero contractu accipientem obligat ad restitutionem, *l. 2. eod.* Si vero simpliciter solvat; quasi ex contractu: siquidem dubitanti æquè ut erranti repetitio datur, *l. ult. C. eod.* Aut denique, quod plerumque fit per errorem, seu ignorans se non debere; de qua specie passim agit in *π. C. de cond. ind.* estque eadem illa, in qua accipientem quasi ex contractu obligari hoc loco & *d. l. 5. §. 3. de obl. & act.* traditum est: quam rectè, videbimus postea. In accipiente nulla erroris aut scientiæ distinctio est. Denique qui sciens indebitum recipit, etiam furti obstringitur, *l. quoniam. 18. de cond. furt. l. falsus. 43. in pr. de furt.* quod ita verum est, si creditorem se simulans alterum ad solvendum induxit: nam si pecuniam ultro sibi oblatam à debitore accepit, furtum non committit, *arg. d. l. falsus. Costal. post Barr. ad d. l. quoniam.*

2. *Cui quis per errorem indebitum solvit*] Ut in specie proposita solventi quærat obligatio & soluti conditio, duo requiruntur; ut indebitum sit, quod solvitur; ut solvatur per errorem. Primum exigimus, ut sit indebitum: nam debiti soluti nulla repetitio est. Et quidem nemo dubitat, quin cesset repetitio, si id quod solutum est, & civili & naturali jure debitum fuit. Sed quid si alterutro tantum? Si tantum jure civili, id est, ex obligatione, cui deest vinculum æquitatis, ut summo quidem adhuc jure eo nomine actio competat, sed quæ per exceptionem perpetuam excludatur, placet locum esse repetitioni, *l. si non forte. 26. §. 3. l. qui exceptionem. 40. l. ex his omnibus. 54. hoc tit. de cond. ind.* Nimirum tale debitum tantum verbo ita dicitur, re autem debitum non est; quoniam jure naturali non debetur, adeoque nec jure civili verè deberi intelligitur, *l. 3. §. 1. de cons. pec. l. nihil. 112. de reg. jur.* Naturale autem debitum in hac causa pro vero debito habetur, eoque etsi exigi non potest, solutum tamen, quamvis ab eo, qui etiam civiliter se obligatum putabat, non repetitur: sententia innumeris locis tradita, *l. 10. de obl. & act. l. 16. §. naturales. de fidejuss. l. 3. §. ult. quod quisque jur. l. 13. l. 19. hoc tit.* Et vero cum etiam id, quod natura debetur, in compensationem veniat, *l. 6. de compens.* summa ratione denegatur quoque ejus soluti repetitio. Sed & si debitori detur exceptio perpetua, cæterum ex causa non tollente naturalem obligationem, adhuc dicimus, solutum per errorem non repeti. Hujus generis est exceptio rei judicata: siquidem sententia iudicis obligationem consensu constitutam perimere non potest: & ideo quod verus debitor absolutus solvit, repetere eum non posse, Julianus & Paulus responderunt, *l. 60. hoc tit.* Huc item plerique referunt exceptionem Senatusc. Macedoniani: nam & filiusfam. si mutuum pecuniam Senatusc. acceperit, & paterfam. factus perperam solverit, non repetit; quoniam naturalis obligatio manet, *l. 10. de sen. Mac.* Affertur & alia ratio denegandæ in hac causa conditionis, *l. 40. hoc tit. l. 9. in fin. de sen. Mac.* sed ea non est generalis, ut apparet ex *d. l. 60.* Atque ego in hac specie omnino distinguendum puto inter errorem juris & facti, *juxta nos. inf. num. 3. in fin.* Enimvero naturale debitum more veterum hic accipimus, quod ex ea obligatione naturali debetur, quæ

civilis & efficacia obligationis effectus omnes habet; dempta una actione. Quod si naturalis obligatio jure civili improbata sit, aut destituta juris civilis auxilio; qualis est mulieris intercedentis, *l. 16. §. 1. ad sen. Vell. prodigi promittentis, l. 6. de verb. oblig. pupilli, sine tutoris auctoritate contracta, licet hæc admittat accessiones; ea non attenditur, & perinde repetitio datur, ac si quod ex ea causa solutum est, nullo jure debitum esset, *l. 9. C. ad sen. Vell. l. 41. hoc tit. d. l. 6. de verb. oblig.* Eodem jure civili insuper habetur obligatio naturalis, quam inducit voluntas testatoris vel minus solemnis, vel legantis supra dodrantem bonorum. Cæterum hæc in errore juris effectum naturalis obligationis habet, *l. 9. C. ad leg. Falc. l. 7. C. hoc tit.* Error duplex est; facti unus, scilicet cum factum ignoratur, ex quo jus oritur; alter juris, cum factum scitur, sed quid jus hic tribuat, ignoratur, *l. 1. de jur. & fact. ign.* Unde quæsitum est, quomodo accipiendum, quod passim simpliciter & generaliter definitur, indebitum per errorem solutum repeti posse, de errore facti tantum, an etiam de errore juris. Veterum interpretum sententia est, si nulla subest naturalis obligatio, etiam ejus, quod per errorem juris solutum est, repetitionem esse: in quam sententiam & ipse concedo, cum *D. Zas. ad rubr. hoc tit. n. 5. Sichard. ad rubr. & l. 1. C. eod. Wesemb. par. eod. num. 9. Christin. vol. 3. decis. 8. num. 3. Bachov. de act. disp. 4. thes. 17. Jo. Arn. Corvin. in Enchiridio, tit. quib. mod. re contr. obl. Movet me primum hæc ratio, quod conditio indebiti ex bono & æquo datur, *l. hæc conditio. 66. hoc tit. de cond. ind.* cui omnino consequens est, eam non nisi exceptione æquitatis ex adverso excludi posse. At quam æquitatem præterebit poterit, quove colore de iniquitate conductionis excipere, cui quid solutum est, quantumvis per ignorantiam juris, quod natura non debetur, sive quod causa debendi jure non valet, ut omnino non debeat, sive quod effectum non habet, ut accidit in mere civili debito? Nam cum tale debitum nullos veri debiti effectus habeat, non compensetur, *l. quacumque. 14. de compens.* accessiones non admittat, *l. 3. §. 1. de pec. cons. l. 7. de fidejuss.* cum prætor eo nomine in re aperta denegat actionem, in dubio non det nisi cum exceptione, quo ipso ostendit se id pro debito non habere: per *l. 9. de jurej.* quis credat, si id vel per errorem juris solutum sit, retineri posse? Ut ecce, si quis dolo malo aliquem induxerit, aut metu ilato coegerit, ut promitteret, non possum adduci ut credam, solutum ex his causis retineri posse, atque improbatam suam cuiquam prodesse, hoc solo prætextu, quod solvens in jure erravit, ignorans se adjuvari potuisse exceptione doli mali aut quod metus causa. Et ne videamur sine auctoritate loqui, textus in eam rem evidens est in *l. quis se debere. 7. de cond. ca. dat.* ubi disertè Julianus post Nervam & Attilianum respondet, pecuniam solutam ab eo, qui se debere putabat, cum exceptione doli mali se tueri potuisset, repeti posse, ac proinde solutam errore juris. Similes loci sunt in *l. cum u. 32. §. 1. l. si fidejussor. 59. de cond. ind. l. 5. C. eod. l. qua fideicommissa. 79. de leg. 2. & apertissima in *l. 1. ut in poss. leg. in pr. fac. item l. mandatum. 57. mandas.* Porro etiam me movet, quod in toto *tit. π. de cond. ind.* quamvis prolixo, nusquam aut tantum errori facti repetitio tribuitur, aut errori juris denegatur, sed perpetuo***

tuo tribuitur errori simpliciter, five quod solum est omnino non debeat, five propter exceptionem perpetuam exigi non potest, *l. si non fortem. 26. §. 3. l. qui exceptionem. 40. l. ex his omnibus. 54. eod.* ut vel hinc intelligere liceat errorem quidem, qualiscumque sit, repetitioni non obstat, sed obstat solventis scientiam, & quidem solam: quod luculenter probat *d. l. si non fortem. §. 3. & l. 24. eod.* tum ratio, ob quam placet eum, qui sciens indebitum solvit, non repetere; nimirum quia donasse intelligitur, *l. cuius. 53. de reg. jur. l. 7. C. de cond. ob. ca. dat.* quod de eo, qui se obligatum & necessitate solvendi adstrictum putat, dici non potest. Postremo illud me movet, & vel maximè, quod traditur in *l. 8. de jur. & fact. ign.* nemini in damnis amittendæ rei suæ ignorantiam juris nocere: ex eo enim perspicuè evincere mihi videor, etiam id, quod per errorem juris indebitum solutum est, condici posse: nam si hoc negamus; illud fateamur necesse est, errorem juris etiam in amittenda re sua quique nocere, contra sententiam Papiniani in *d. l. 8.* Neque video quid ad hoc responderi sine cavillatione possit. Nam certè illa Neoteficorum dissentientium responsio captiosa est, quod condicens non laboret de re amittenda, sed de amissa: si enim per errorem juris solvens ita rem suam amittat, ut nullam habeat repetitionem, utique juris error in damno amittendæ rei suæ ei nocet. Neque vero de tempore conditionis institutendæ quaeritur, sed factæ solutionis: negatque Papinianus errantem in jure rem suam amittere, videlicet sic, ut eam nunquam possit repetere: & quod idem Papinianus in *l. 7. eod.* definit, ignorantiam juris suum petentibus non nocere, id ad omnes pertinet, qui de damno vitando laborant. Neque huic obstat *l. 29. §. 1. mand.* nam illic proponitur species, ubi duo de damno vitando laborant, debitor, qui exceptione perpetua se tueri poterat; & fidejussor, qui cum id non ignoraret, nihilominus tamen solvit: negaturque hoc casu fidejussori competere actionem mandati: de conditione autem nullum ibi verbum. Quod vero dicitur juris ignorantiam nocere, *l. 9. de jur. & fact. ign.* sic accipiendum est, non prodesse, lucro non afficere; cæterum nec damno. Cæterum meminisse oportet ejus, quod initio diximus, ita errorem juris non impedire quominus solutum condici possit, si nulla subsit naturalis obligatio. Quod si is qui solvit, natura qualis qualis debitor est, quæ res simul justam retentionis causam accipienti tribuat, hoc sane casu juris inter & facti errorem distinguendum erit, ut alteri denegetur repetitio, alteri concedatur. Ut ecce; cum essem filiusfam. mutuum pecuniam contra Senatusconsultum accepi, & paterfam. factus solvi: si per ignorantiam juris, non repetam; si per errorem facti; contra, *arg. l. qui exceptionem. 40. de cond. ind. l. 9. in fin. cum l. seq. junct. l. ult. de sen. Mac.* Solvi legatum vel fideicommissum secundum voluntatem testatoris, sed minus solemnem: solvi integra legata non retenta quarta ex lege Falcidia; si errore facti, repetitionem habeo; si errore juris, non item; *l. 2. C. si adv. sol. l. 7. C. de cond. ind. l. 9. C. ad leg. Falc.* Non equidem ideo, quod hic solus error juris mihi noceat, sed quod simul intercedens naturalis obligatio, quam inducit voluntas testatoris, per *l. 2. C. de fideicommiss. l. in testamento. 38. de fideic. lib. l. 5. §. si quis. 15. de don. int. vir. & ux.* justam facit retentionem. Atque

ad hujusmodi aut similes casus accommodandi sunt alii loci Codicis, in quibus fortè ad errorem juris denegatur repetitio, aut errori facti tantum tribuitur: ut in *l. 10. C. de jur. & fact. ign. l. 6. C. de cond. ind.* Nam profecto ob hoc solum, quod ego in jure erravi, tu justam retinendi ejus, quod tibi nullo jure debetur, causam habere non potes: & hic melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro, per *l. non debet. 41. §. 1. de reg. jur.*

*Magis ex distractu, quam ex contractu*] Obligatio indebiti per errorem soluti non est ex contractu: nam omnis ex contractu obligatio est ex mutuo consensu & conventionione. At neque qui in solutum dat, eo animo est, ut accipientem sibi obliget; neque qui accipit, ut alteri obligetur: sed datur & accipitur obligationis, quæ subesse putatur, tollendæ causâ. Verum, extra id quod agitur, tacitè hæc obligatio nascitur, *l. 13. in fin. commod.* nimirum ex consensu ficto & præsumpto, & ideo quasi ex contractu: nam & qui solvit, interpretatione juris existimatur eo animo esse, ut si indebitum sit, accipientem ad restituendum obliget; & qui accipit, ea conditione accipere, ut nihil alienum injuria retineat: quæ res speciem quandam contractus & negotii invicem gesti habet, *l. si in area. 33. de cond. ind.* verum autem contractum non efficit, *l. non omnis. 19. de reb. cred.* quod etiam ex eo intelligere licet, quod condictio indebiti non datur ultra, quam locupletior factus est, qui accipit, *l. si non fortem. 26. §. libertus. 12. de cond. ind.* si vero ex contractu & conventionione descenderet, daretur in solidum. Illud paulo pinguius dicitur, accipientem obligari ex distractu: nam si esset ex distractu obligatus, ex quasi contractu non esset; quippe distractus & contractus nulla similitudo est: neque ex eo, quod verè & expressè agitur, hic nascitur obligatio, sed extra id tacitè inducitur, ut jam ostensum est. Ac ne illud quidem verum est, ullum hic intervenire distractum, cum nulla præcedat obligatio, quæ distrahatur: neque putandum, hoc Imperatorem sensisse, cujus mens satis plana est, hæc scilicet, eum cui indebitum per errorem solutum est, non obligari ex contractu; quoniam qui solvendi animo pecuniam dat, non hoc agit, ut accipientem sibi obliget, sed ut obligationem, qua se teneri falso putat, distrahat & dissolvat; & qui accipit, non ea mente esse, ut se obliget alteri, sed ut alterum, quem sibi obligatum existimat ea obligatione liberet: quam neutrum revera fiat.

## T E X T U S.

Quibus ex causis debitum solutum non repetitur.

7. Ex quibusdam tamen causis repeti non potest, quod per errorem non debitum solutum sit: sic namque definierunt veteres. Ex quibus causis inficiando lis crescit, ex iis causis non debitum solutum repeti non posse: veluti ex lege Aquilia, item ex legato. Quod veteres quidem in iis legatis locum habere voluerunt, qua certa constituta, per damnationem cuique legata fuerant: nostra

autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis & fideicommissis indulsit; hujusmodi augmentum in omnibus legatis & fideicommissis extendi voluit: sed non omnibus legatariis hoc prae-buit, sed tantummodo in iis legatis & fideicommissis, quae sacrosanctis Ecclesiis, & ceteris venerabilibus locis, quae vel religionis vel pietatis intuitu honorantur, relicta sunt; quae si indebita solvantur, non repetuntur.

## N O T A.

7. Repeti non potest] Quasi solum transactionis causa ad evitandum periculum dupli.

Ex quibus causis inficiando] Hoc est, ex quibus actio adversus contentem in simplum datur, adversus negantem in duplum, l. 23. §. pen. ad leg. Aq. §. 26. inf. de act. Paul. 1. sent. 19.

Item ex legato] Et tertio ex causa depositi miserabilis, l. 1. §. 1. & seq. de pos. d. §. 26. inf. de act. Sed nec quod transactionis causa l. 65. §. 1. de cond. ind. aut dotis nomine datum est opinione debiti, repetitur, l. 32. §. 2. eod.

Non repetuntur] Nam sublata falsa opinione, relinquitur pietatis causa, ex qua solum repeti non potest. Julian. l. 32. §. 2. de cond. ind.

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

1. Causa, ex quibus lis per inficiationem crescit.
2. Cur ex his causis veroribus placuerit, indebitum per errorem solum repeti non posse.
3. Nonnulla alia causa, ex quibus indebitum errore solum non repetitur: & quid hic moribus nostris.

**S**unt quaedam causae, ex quibus indebitum per errorem solum repeti non potest: cujusmodi sunt illae, in quibus lis seu actio per inficiationem crescit, hoc est, ex quibus actio adversus contentem in simplum datur, adversus negantem in duplum, l. inde Neratius. 23. §. pen. ad leg. Aquil. §. sed furti. 26. inf. de act. Paul. 1. sent. 19. Crescit hoc modo lis per inficiationem tribus in causis, uno loco comprehensis à Justiniano d. §. sed furti. Primo in actione legis Aquiliae de damno dato, d. l. inde Neratius. §. pen. l. item veniunt. 20. §. 4. de her. petis. l. 5. §. 2. de serv. corr. Paul. d. loc. Deinde in actione depositi miserabilis, id est, quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii causa factum est, l. 1. §. 1. cum seqq. de pos. Postremo in actione legatorum, religionis aut pietatis intuitu relictorum, d. §. sed furti. Ex his causis si quis per errorem solvit, quod non

debebat, ejus secundum definitionem veterum nullam repetitionem habet, l. 4. C. de cond. ind. & hoc text. Cuius rei ratio perobscura est: nam manifesta aequitas reclamare videtur. Non habeo quod respondeam, nisi quod verisimile est, certis in causis receptum fuisse, ut interrogati in jure, si negarent, & mendacii convincerentur, in duplum irent: unde postea inductum ut qui ex his causis conventus solvisset, quantumvis indebitum, non repeteret; quasi simplum ideo solverit, ne inficiando periculum dupli subiret, & ita quasi transigendo hoc periculum à se amovere voluerit. Oportet vero causam aliquam subesse, verbi gratia, damnatum esse datum, licet fortè non ab eo, qui convenitur, sed ab alio; legatum aliquod in pios usus relictum esse, licet fortè minus solemniter. Nam si nullum damnatum datum sit, aut nihil relictum, puto, locum esse repetitioni: quod etiam interpretes notant. Excipiuntur & aliae causae, ex quibus indebitum per errorem solum non repetitur, ut causa dotis, & transactionis. Quod dotis nomine solum est, puta à matre aut sorore, licet falsa opinione debiti, tamen pietatis ratio efficit, ut non repetatur, uti traditum in l. cum is. 32. de cond. ind. Similiter quod transactionis causa datur, licet res nulla media fuerit, non repetitur, ne lites resciscantur, l. in summa. 65. §. 1. eod. l. 2. C. de transact. Excipiunt & causam judicati; sed malè, quoniam regula est de indebitum soluto: at quod ex causa judicati solvitur, id vel maximè debitum est: quippe quod etiam ab invito exigi potest: ut mirum non sit, pecuniae ex ea causa solutae repetitionem non esse, vid. Cujac. par. C. de cond. ind.

Per damnationem] In legatis per damnationem relictis olim lis inficiatione crescebat. Paul. 1. sent. 19. quod in his legatis receptum fuisse videtur propter severitatem iudicii testatoris, haeredem suum dare damnantis, haud secus ac iudex reum convictum condemnat; quasi majori odio dignus sit, qui inficiatur, quod testator tam enixè voluit, & severè imperavit, quam qui legatum simpliciter datum negat.

Nostra autem constitutio] Constitutione Justiniani, quae extat in l. 2. C. comm. de legat. legatis omnibus & fideicommissis eadem natura attributa est. Illa autem constitutio, qua jus, de quo hic agitur, ad legata & fideicommissa religionis aut pietatis causa relicta coarctavit, non extat; & credibile est, Græcè scriptura intercidisse.

Religionis vel pietatis] Religionis intuitu quid relinquitur ecclesiis, cœnobiis: pietatis intuitu xenodochiis, nosocomiis, orphanotrophiis, &c. Nostris moribus jus hoc §. constitutum exolevit, nullaque lis crescit inficiando. Groenew. de leg. abrog. hic.

## TITULUS XXIX.

## PER QUAS PERSONAS OBLIGATIO ACQUIRITUR.

C. lib. 4. tit. 27.

Ratio ordinis.

**H**uc usque expositæ sunt duæ illæ obligationum causæ, contractus & quasi contractus. Quoniam autem ex his causis non tantum per nosmetipsos & facto nostro obligationem acquirere possumus, sed etiam per eos, qui in potestate nostra sunt, vel revera, vel iusta opinione nostra, de eo nunc conclusionis loco aliquid subicitur, ad eundem modum, quo *sup. lib. 2.* disputationem de aeq. rer. dominio concludit titulus *per quas pers. cuiq. acquir.* Unde etiam pleraque, quæ ad explicationem hujus loci pertinent, petere licebit: nam quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, domini & obligationis eadem ratio est.

## TEXTUS.

De his qui sunt in potestate.

*Expositis generibus obligationum, quæ ex contractu, vel quasi ex contractu nascuntur, admodum sumus, acquiri nobis non solum per nosmetipsos, sed per eas quoque personas, quæ in nostra potestate sunt, veluti per servos & filios nostros: ut tamen quod per servos nostros nobis acquiritur, totum nostrum fiat: quod autem per liberos, quos in potestate habemus, ex obligatione fuerit acquisitum, hoc dividatur secundum imaginem rerum, proprietatis & usufructus, quam nostra decrevit constitutio: ut quod ab actione commodum perveniat, hujus usufructum quidem habeat pater, proprietatem autem filio servetur, scilicet patre actionem movente secundum novella nostra constitutionis divisionem.*

## NOTA.

*Quod autem per liberos* ] Quod ad personas, per quas acquiritur, causam acquirendi, & rerum qualitatem pertinet, domini & obligationis eadem ratio est.

*Patre actionem movente* ] Utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Filii tamen consensus quoque adhibendus, nisi adhuc in prima ætate sit constitutus, *l. ult. §. 3. C. d. tit.*

*Novella nostra constituit* ] *d. l. ult.* Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito. In summa sic habe. Ex castrensi & quasi castrensi peculio filius sibi ple-

no jure actiones acquirit, ex profectio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

## COMMENTARIUS.

**V**eluti per servos ] Quemadmodum res cæteræ per servos nostros nobis acquiruntur, sic etiam obligationes, earumque jus integrum ac solidum ad dominum pertinet, *l. 1. & passim. de stip. serv. & sup. eod. tit.* ubi de hoc explicatum est.

*Quam nostra decrevit constitutio* ] Theophilus *dixit, ut, discrevit.* Intelligit autem *l. cum oportet. 6. C. de bon. qua lib.* ubi ea omnia, quæ peculii adventitii nomine continentur, ita partitur, ut eorum usumfructum assignet patri, filio proprietatem. Peculii profectii, castrensis & quasi castrensis quæ ratio sit, docetur *§. 1. sup. per quas pers. cuiq. acq.* Unde summatim illud intelligitur, ex castrensi & quasi castrensi peculio filium sibi pleno jure actiones acquirere, ex profectio pleno jure patri, ex adventitio sibi proprietatem, patri usumfructum.

*Secundum novella nostra* ] Licet ex causa peculii adventitii filiosam proprietatem quærat, patri tantum usumfructus, quod minus est: placet tamen, solum patrem actiones exercere & excipere, utpote qui non nudus sit fructuarius, sed simul etiam legitimus bonorum administrator. Adhibendus tamen est filii quoque consensus, nisi is in prima adhuc ætate sit constitutus, vel longè abfit, *l. ult. §. ubi autem. 3. C. de bon. qualib.* quæ est illa novella constitutio, cujus hic meminit Justinianus. Novellam vocat, eo quod lata est priore Codice jam edito, qui solus tunc cum Institutiones scriberentur, pro Codice erat. Nam constitutiones emissæ post priorem Codicem, novellæ vocatæ sunt usque ad posterioris Codicis, cui insertæ sunt, editionem; quemadmodum nunc constitutiones promulgatæ post secundum Codicem, Novellarum titulo circumferuntur.

## TEXTUS.

De bona fide possessis.

*1. Item per liberos homines & alienos servos, quos bona fide possidemus, acquiritur nobis, sed tantum ex duabus causis, id est, si quid ex operis suis, vel ex re nostra acquirant.*

De servo fructuario, vel usuario.

*2. Per eum quoque servum, in quo usumfructum, vel usum habemus, similiter ex duabus istis causis nobis acquiritur.*

COM-

## COMMENTARIUS.

**E** Tiam per eos, qui à nobis bona fide possidentur, si-  
ve liberi sint, siue servi alieni; item per servos, in  
quibus usumfructum habemus, obligatio nobis acquiri-  
tur: cæterum duabus duntaxat ex causis, ex operis eo-  
rum, & ex re nostra. Sed & hoc pluribus explicavimus  
sub §. de iis autem. 4. sup. per quas pers. cuiq. acq.

*Vel usum*] Has voces à vetustis quibusdam codicibus  
abesse notat Accursus. & probabiliter debebuntur. Nam sanè  
usuarius non idem jus habet, quod fructuarius, ut ex  
utraque prædicta causa acquirat. Constat enim ex operis  
servi, in quo nudum usum habemus, nobis non aliter  
acquiri, quam si operis eius utamur, in re nostra, l. per  
servum. 14. l. si ita. 16. §. 2. l. servum. 20. de usu & habit.  
vid. sup. §. 3. eod. tit.

## TEXTUS.

## De servo communi.

3. *Communem servum pro dominica parte do-  
minis acquirere certum est, excepto eo, quod  
nominatim uni stipulando, aut per traditionem  
accipiendo, illi soli acquirit; veluti cum ita sti-  
pularur, Titio domino meo dare spondes? Sed*

*si domini unius jussu servus fuerit stipulatus, li-  
cet antea dubitabatur: tamen post nostram deci-  
sionem res expedita est, ut illi tantum acquirat,  
qui hoc ei facere jussit, ut supra dictum est.*

## COMMENTARIUS.

**S** I servus communis sit plurium dominorum, quibus  
& quatenus acquirat, discas ex §. ult. sup. de stip.  
serv. & ibi notat.

*Post nostram decisionem*] Est l. ult. C. per quas pers.  
nob. acq. ubi veterum super re proposita controversiam  
decidens sic in summa cavet: Cum unus ex dominis ser-  
vum stipulari jubet; & is nominatim alteri domino sti-  
pularur, siquidem is, qui jussit servum stipulari, jus-  
sit specialiter, ut stipularetur sibi, seu suo jubentis no-  
mine, statuit Justinianus, ut stipulatio acquiratur ju-  
benti, ita ut hoc casu plus valeat jussio, quam nomina-  
tio: sin autem is, qui jussit servum stipulari, simplici-  
ter jussit, hoc casu vult obligationem acquiri nominato;  
ut hic nominatio plus valeat, quam generalis jussio; cu-  
jus distinctionis meminisse debuerat Tribonianus. Quod  
si simpliciter ab uno stipulari jussus, simpliciter quoque,  
id est, nullo dominorum nominato, stipulatus fuerit,  
hunc casum apud veteres jus certum habuisse indicat, ut  
tunc ei soli acquiratur, qui jussit.

## TITULUS XXX.

## QUIBUS MODIS TOLLATUR OBLIGATIO.

*Dig. lib. 4. tit. 2. 3. 4. C. lib. 8. tit. 42. 43. 44.*

*Continuatio. Quibus modis aut ipso jure, aut per exceptionem, tollatur obligatio.*

**E** xplicatum hæcenus, quibus modis obliga-  
tio contrahatur: commodum nunc subjun-  
gitur, quomodo rectè ab initio constituta  
distrahatur, ejusque nexu debitor liberet-  
ur, quanquam & differri hæc tractatio po-  
tuit, donec de obligationibus quoque quæ  
ex delicto, vel quasi ex delicto nascuntur, præceptum  
esset. Modi distrahendarum obligationum multi sunt,  
quorum alii ipso jure liberant, alii per exceptionem seu  
tutione prætoris. Ipso jure liberant solutio, acceptila-  
tio, novatio, dissensus utriusque partis interdum, obli-  
gationis confusio, l. sicut. 75. l. pen. de solut. l. 7. C. de  
pact. debiti obligatio & consignatio, l. 9. C. de solut. com-  
pensatio, §. in bona. 30. inf. de act. duarum causarum lu-  
crativarum in eandem rem & personam concursus, l. om-  
nes. 17. de obl. & act. rei debita ante moram à debitore  
factam contingens interitus, l. si ex legati. 23. de verb.  
obl. & si quæ sunt generis ejusdem. Per exceptionem li-  
beramur testamento, pacto, sententia, jurejurando  
tempore, &c. De liberatione per exceptionem dicitur  
inf. lib. 4. tit. de except. Hic tantum traduntur modi,  
quibus obligatio perimitur ipso jure, atque ex his duntaxat  
hi quatuor maximè celebres, solutio, acceptilatio,  
novatio, mutus consensus. Plerosque alios data  
occasione alibi interpretati sumus.

## TEXTUS.

## De solutione.

*Tollitur autem omnis obligatio solutione ejus,  
quod debetur: vel si quis consentiente creditore  
aliud pro alio solverit. Nec interest, quis solvat,  
utrum ipse, qui debet, an alius pro eo: libera-  
tur enim & alio solvente, siue sciente, siue igno-  
rante debitore, vel invito eo solutio fiat. Item si  
reus solverit, etiam is, qui pro eo interven-  
erunt, liberantur. Idem ex contrario contingit,  
si fidejussor solverit: non enim ipse solus liberatur,  
sed etiam reus.*

## NOTÆ.

*Quibus modis tollitur*] Ipso scilicet jure, de liberatione  
per exceptionem dicitur lib. 4. tit. de except.

*Aliud pro alio*] l. 17. C. de solut. Invito autem cre-  
ditori aliud pro alio solvi non potest, l. 2. §. 1. de reb.  
cred. Qui nummos in alia forma reddit, non videtur  
aliud pro alio solvere, arg. l. 1. de cont. empt. l. 65. §. 1.

de



de verb. obl. Sen. 6. de ben. 5. Pecuniam dicimur reddidisse, quamvis numeravimus pro argenteis aureos, &c.

Vel invito eo ] l. 23. l. 40. l. 53. de solut. quoniam & naturali & civili ratione licet conditionem alterius, quamvis ignorantis & inviti, facere meliorem, l. 39. de neg. gest.

COMMENTARIUS.

1. Solutionis verbum quam late pateat, & quid in specie denotet.
2. Aliud pro alio invito creditore solvi non posse: consentiente autem posse. n. 8.
3. Quibus casibus æstimatio aut aliud pro re debita recte præstetur.
4. Ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur.
5. Confirmatur hac sententia adversus opinionem Alciati, etiam partis solutionem invito creditore admittentis.
6. Respondetur ad argumenta, quibus movetur Alciatus.
7. Interdum nec parte à volente creditore accepta pro ea parte liberationem contingere, & quando.
9. Licere unicuique pro debitore solvere, etiam ignorante & invito, ut ipso jure liberetur; cum remotione contrariorum.
10. Quid si creditor solutionem ab alio oblatam recuset accipere. Et quid si alius pro emphyteusa velit canonem solvere, quo in poenam commissi evitet.
11. Fidejussore simpliciter solvente utrum reus ipso jure liberetur, an per exceptionem.

**T**ollitur omnis obligatio [solutione] Primus modus, quo ipso jure obligatio tollitur, ex quatuor hic propoñitis, est solutio. Solutionis verbum & generale est & speciale. Generaliter acceptum ad omnem liberationem quocunque modo factam pertinet, referturque tunc non tam ad rei, quæ in obligationem deducta est, præstationem, quam ad ipsius obligationis, quæ quavis liberatione tollitur, substantiam, l. solutionis. 54. de solut. junct. l. liberationis. 47. l. solutionis. 176. de verb. sign. Specialiter autem accepta vox solutionis unum tantum tollendæ obligationis modum denotat, naturalem scilicet, five realem, ut nunc loquuntur præstationem ejus, quod debetur. Itaque contra in hac significatione solutio ad rem debitam refertur, quæ cum præstatur, solvitur, id est, liberatur eo nexu, quo cum ipso debitore quodammodo tenebatur. Atque hoc modo accepta se jungitur solutio à satisfactione, & omnibus iis modis, quibus citra numerationem aliamve naturalem rei debita præstationem liberatio contingit, l. solutum. 49. l. satisfactio. 52. l. prout. 80. &c. de solut. l. 9. §. 3. de pign. act. l. 4. §. 3. de re judic. & in hac speciali significatione etiam accipitur hoc loco. Ait, Omnis obligatio, id est, cujuscunque ea sit generis, aut quomodocunque contracta: quod non item in alias omnes species liberationis cadit.

2. Ejus quod debetur ] Recte ejus, quod debetur: nam aliud pro eo, quod debetur, invito creditore solvi non potest, ut sequatur liberatio, l. 2. §. 1. de reb. cred. l. eum. 16. C. de solut. veluti si pro pecunia debita certa species obtrudatur creditori, vel pro specie debita offeratur

alia species aut speciei debita æstimatio: vel si factum pro facto solvatur, l. qui res. 98. §. mihi. 6. de solut. Nummi quidem in alia forma reddi possunt, nisi hoc damnosum sit creditori, l. creditorem. 99. eod. sed hoc casu non intelligitur aliud pro alio solvi, vid. sup. not. ad pr. quib. mod. re contr. obl. Sunt sane nonnulli casus, quibus placet debitorem posse æstimationem pro re debita præstare. Sed hi singulares sunt: quippe in quibus necessitas hoc exprimit; veluti si res debita post moram perit; l. 8. de cond. furr. aut extat quidem sed aliena est, & eam dominus non vendat, l. si domus. 71. §. 3. de legat. 1. similemque rationem habet species l. non amplius. 26. §. 2. eod. tit. Idem aliquando suadet & favor, ut in casu d. l. si domus. §. 3. in fin. At vero extra hujusmodi casus & causas aliud pro re debita dissentiente creditore non recte solvitur, nisi forte debitor eam facultatem aliunde acceperit. Veluti in causa noxali: ex qua cum solam damni æstimationem dominus debeat, per legem tamen noxæ deditio liberatur, l. 6. §. 1. de re judic. item in obligationibus faciendi; ubi si factum non est, quod fieri debuit, pecunia deberi incipit, sed tamen debitor ante litem contestatam faciendo liberatur; quoniam hanc potestatem ab initio ex conventionem accepit, l. stipulationes. 72. junct. l. si infulam. 84. de verb. oblig. Ad hæc sciendum est, ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur, utique si creditor desideret: natura enim obligationis postulat, ut eodem modo, quo quæque contracta est, dissolvatur, l. prout. 80. de solut. l. nihil. 35. de reg. jur. ac proinde non dissolvitur, nisi res inde debita ita præstetur, ut ab initio deberi cepit: cepit autem semel deberi tota, quæ obligationis conditio invito creditore mutari non potest. Sed quoniam hanc sententiam in dubium vocat & impugnat vir summi iudicii & auctoritatis And. Alciatus in l. quidam. 21. de reb. credit. contendens creditorem etiam partem debiti, quæ offeratur, cogendum accipere, alioqui moram eum facere, & periculo rei oblatæ illigari; age paulo diligentius eam & explicitius & adstruamus. Ajo igitur, contra quam existimat Alciatus, debitorem non posse partem rei debita solvere invito creditore. Quod hanc habet sententiam, debitorem non posse partem debiti ita offerre, ut creditore recusante accipere, possit eam partem offerre & obsignare hoc effectu, ut vel oblatione mora ejus, si qua intercessit, purgetur, vel obsignatione pro parte, quam obtulit, liberetur: & quod idem fere valet, ajo, si debitor ejus, quod totum ex aliqua causa debet, partem creditori offerat, licere creditori eam partem non accipere impune, nullumque esse hujus oblationis effectum. Confirmat hanc sententiam præter id, quod modo attuli, de natura obligationis & jure creditori inde quæ sit, quod respondetur l. 3. fam. etc. & quotidiana experientia docet, partium solutionem multa incommoda habere, & ideo damnosam esse creditori. Jam vero constat non posse cogi creditorem accipere, quod aliter offertur, quam obligatio contracta est, si ex ea re damnum aliquod prætuat, l. creditorem. 99. de solut. Consentit auctoritas Modestini l. tutor. 41. §. 1. de usur. ubi diserte Jurisconsultus respondet, debitore solam partem debiti obsignante, non retardari totius debiti usurarum præstationem, nisi expressè cautum sit, ut liceret & partem ejus, quod acceptum est, solvere, ut in specie l. lecta.

*de reb. cred.* Consentit & illud, quod Imp. rescibunt, l. 9. C. de solut. ob signatione totius debiti solenniter facta liberationem contingere. Postremo, ita jus esse commune, vel ex eo intelligitur, quod jure singulari favore libertatis receptum est, ut hæres cogatur per partes accipere pecuniam, quam servus pro libertate dare jussus est, l. 4. §. 6. de statulib. & quod in causis publicarum pensionum, quæ pro fundis patrimonialibus præstantur, propria quoque consideratione particularis solutio admittitur, dum tribus cotannis vicibus totæ exsolvantur, l. 6. penult. C. de collat. fund. patrim. lib. 11. Non adversatur huic sententiæ, quod ratio compensationis pro parte obligationem tollit, l. 5. C. de compens. l. 7. C. de solut. Nam compensatio auctoritate legum vim justæ solutionis habet, id est, ejus, quæ facta est volente creditore, atque ipso jure pro soluto est, quoad concurrentes quantitates, ex eo tempore, ex quo utrinque pecunia deberi cœpit, l. 4. C. de compens. l. 4. l. 11. C. seq. v. eod. Neque textus in l. ult. quib. mod. pign. vel. hyp. solv. ibi enim agitur de debitoribus ex diversis causis obligato, atque ex una earum solidum, quod debet, offerente. Nos vero quærimus de uno debito & ex una causa. In contrarium quoque movit Alciatum, quod scriptum est in fine §. 1. hoc tit. id quod debetur, pro parte recte solvi: sed bene vulgo hoc sic accipitur, si creditor ad partis solutionem admittat: ut & illud, quod traditur l. 2. §. 1. de verb. obl. quasdam obligationes partium præstationem recipere, nimirum natura sua, ut pars rei in obligationem deductæ præstari & a creditore accipi possit; ad differentiam earum, quæ natura divisionem non admittunt, ad quas hæc disputatio pertinere non potest. Non omnia argumenta Alciati indigent refutatione: ipse textus in l. quidem. 21. de reb. cred. quo præcipue movetur, nostram potius sententiam juvat: nam cum Jurisconsultus certum tantum casum proponat, quo creditor partem ejus, quod petit, accipere cogitur, nempe cum debitor de reliquo, quod an debeatur, non apparet, paratus sit judicio contendere, hoc ipso satis significat, regulam esse in contrarium. Eademque sententia est l. 8. §. 1. de verb. obl. Illud in confesso, nec parte a volente creditore accepta semper pro ea parte debitorem liberari; sed conditionem obligationis hic inspiciendam esse. Si obligatio non solum naturam rei dividua est, sed etiam conditione sua, veluti si res una aut conjunctim plures, quæ divisionem admittunt, promissæ sunt, liberatio pro parte contingit: sin minus, non nisi toto soluto, l. 9. §. 1. l. si is cui. 94. pr. de solut. l. 2. §. 1. de verb. obl. Conditione sua divisionem non recipiant, quamvis alioqui res natura sua dividuas contineant hæ tres; obligatio generis; alternativa; poenalis: in quibus omnibus placet debitorem partem rei solvendo pro ea parte non liberari, obstante nimirum conditione obligationis. In stipulatione poenæ hoc aperte efficit ipsa conditio, neque aliud sine manifesta injuria stipulatoris constitui potest, l. 5. §. ult. de verb. obl. add. l. in executione. 85. eod. Ex duabus autem prioribus liberum quidem est debitori unam aliquam rem ex promissis solvere, non autem duarum rerum partes, quod alias evenire posset, d. l. 2. §. 1. d. tit. d. l. 9. §. 1. de solut. In acceptilatione hoc non metuitur, & ideo etiam in hoc genere pro parte accepto lata liberatio contingit, l. qui hominem. 17. de acceptil. d. l. 2. §. 3. de verb. obl. An quod in diem debe-

tur, etiam ante diem recte solvatur, dixi sub §. 2. sup. de verb. obl.

[*Consentiente creditore*] Creditore consentiente etiam res alia pro alia recte solvitur, proficitque reo ad liberationem non minus, quam si eadem res soluta esset, l. manifesti. 17. C. de solut. nempe creditor contento rem aliam pro debita accepisse satisfactum est. Satisfactio autem certo jure pro solutione cedit, l. satisfactio. 52. de solut. Enimvero ita demum hic nascitur liberatio, si res soluta in solidum accipientis fiat, ut avocari non possit; alioqui & manet pristina obligatio, & manet pro solido, etiam si pars tantum evicta fuerit, l. si quis aliam. 46. eod. tit. quod idem juris est in solutione ipsius rei debite, quæ propria fuit debitoris, l. si rem meam. 20. l. cum quis. 38. §. 3. l. qui docem. 72. §. pen. eod.

[*Nec interest, quis solvat, &c.*] Non tantum debitor ipse recte solvit; sed etiam alius pro eo, ut ista solutione non minus liberetur, quam si ipse solvisset, l. manifesti. 17. C. de solut. Quinimo placet licere cuique pro debitore solvere etiam ignorante eo & invito, l. solutio. 23. l. si pro. 40. l. solvere. 53. eod. idque naturalis simul & civilis ratio suavit, per quam licet conditionem alterius, quamvis inviti aut ignorantis, facere meliorem, l. solvendo. 39. de neg. gest. d. l. solvere. de solut. Neque obstat, quod traditur in l. invito. 69. de reg. jur. invito beneficium non dari. Nam hoc vel ad beneficia, quæ à legibus conceduntur, referendum est, quibus uti nemo cogitur, l. pen. C. de pact. Vel eo sensu hoc dictum accipiemus, quo illud Lesbomici apud Plautum in *Trinumm. act.* 3. scen. 2.

#### Nullum beneficium

Esse duco, quod quoi facias, non placet.

Item illa Senecæ 2. de benef. 19. Non est beneficium accipere cogi: Non est beneficium debere, cui nolis. Et Theodorici regis apud Cassiod. lib. 5. epist. 39. Non est defensus, qua præstatur invito. Suspensum est quod patimur nolentes &c. & alibi: Non est beneficium, quod præstatur invito: nec cuiquam videtur usulo, quod adversa voluntate conceditur. Similiter nec pro beneficio reputandum erit, invitum & repugnantem liberari. Plane, si consideremus animum benefacere volentis, & commodum, quod revera ad alium inde pervenit, non male beneficium etiam illud appellabimus, quod præstatur nolenti & invito. Sic Seneca 5. de benef. 20. Non est, inquit, dubium, quin beneficium sit, etiam invito prodesse. Idem lib. 6. c. 23. & 24. docet, beneficiorum maxima esse, quæ à parentibus accipimus, dum aut nescimus, aut nolimus.

[*Liberatur enim & alio solvente*] Et liberatur non ope exceptionis, sed ipso jure, perinde ac si ipse solvisset, ut ex hoc loco & præcitat. ll. intelligitur: efficitque hoc ipsum etiam manifesta ratio juris: nam cum creditor accipit, quod est in obligatione, necesse est, eam extinguere, ipsoque jure liberari debitorem. Nec adversatur l. 6. in fin. de dol. mal. exc. alius enim casus ibi proponitur, atque ab eo, de quo hic quæritur, longe diversus, scilicet cum quis alii solvit, quam cui debebat. Igitur ad effectum liberationis, quæ debitori contingit à veteri obligatione, nihil interest, ipse solvat, an alius pro eo: nihil item, utrum alius solvat pro debitor sciente & volente, an pro ignorante, adeoque pro invito & vetante. Ad jus vero repetendi quod attinet, hoc interest, quod

ejus,

ejus, quod pro invito solvi, recuperandi causa nullam actionem habeam; quod solvi pro volente, repetere possim actione mandati; quod pro ignorante, actione negotiorum gestorum, l. 6. §. 2. l. ex mandato. 20. §. 1. l. si pro. 40. mand. l. ult. C. de neg. gest.

10 Ignorante debitore vel invito] Sed quid si creditor hoc casu solutionem ab extraneo oblatam recuset accipere, nonne audiendus erit? Minime quia nihil ejus interest, quis solvat. Et quod jure cuique facere licet, id etiam licet creditore invito. Non cogitur quidem præcise creditor accipere; nam nec ipso quidem debitore offerente cogetur: sed quod debitor hic facere potest, idem potest & extraneus, pecuniam scilicet oblatam obsignare & deponere, quæ obsignatio pro solutione cedit, l. 9. C. de solut. Plane, si creditoris interfit solutionem ab alio oblatam non recipere, puto recusantem audiendum esse: & ideo, quod quidem existimaverunt etiam emphyteutæ ad evitandam pœnam commissi prodesse solutionem ab alio etiam proprio nomine, quamvis nullo jure obstricto, factam, si forte solvens jus pignoris in re emphyteutica sibi constitutum conservare velit, (quippe quod resoluta jure emphyteutæ & ipsum evanesceret, l. lex vestigali. 31. de pignor.) argum. l. 12. §. 2. vers. non solam. de usufr. & d. l. 31. de pignor. simpliciter probandum non est; sed tunc demum, ubi dominus ultro eam solutionem admittit: nam si recuset accipere, non dubito; quin id jure faciat; quoniam per solutionem non ex voluntate emphyteutæ factam non recognoscitur dominus, ut oportet; ab ipso emphyteuta, neque potest quisquam conditionem alterius deteriore facere, l. solvendo. 39. de neg. gest. Ita sentio cum D. Tuld. comm. hic. c. 1. Plane, si res emphyteutica ad tertium pervenerit, qui canonem solvit tanquam emphyteuta, magis est, ut solutio vero emphyteutæ proficiat, adi Fas. in l. 2. C. de jure emph. col. 20. quæst. 25. Tiraqu. de retract. gentil. §. 36. gloss. 2. num. 19. add. D. Bachov. lib. 5. de pign. c. 13. num. 3. & in Transl. vol. 2. disp. 29. thes. 3.

Qui pro eo intervenerunt] Ut puta fidejussores & mandatores. Sed & reliquæ accessiones liberaantur, ut pignora & hypothecæ, l. in omnibus. 43. de solut. Ratio perspicua est, quia sublata re principali etiam ea, quæ accessionis locum obtinent, intercideri necesse est.

Sed etiam reus] Et igitur eodem quoque modo reus liberatur solvente fidejussore, quo fidejussor solvente reo, hoc est, ipso itidem jure. De quo genere liberationis hic agitur. Interpretes vulgo id quidem admittunt, cum fidejussor expressè se solvere dicit nomine rei: cæterum si solvat simpliciter, quasi suo tum nomine solvere intelligatur, contendunt, reum ipso jure obligatum manere & defendi duntaxat per exceptionem doli mali, ne bis idem creditor consequatur, arg. l. Papiinianus. 28. mandat. Ego vero cum Giphano & Bachovio fidejussoris & mandatoris diversam in proposito causam arbitror. Nempe fidejussor ipsam obligationem rei principalis in se suscipit, dum quod alius debet, fide sua esse jubet; ac proinde si solvat fidejussor, ea solutio non potest non intelligi facta ejusdem obligationis nomine, quam idcirco tolli necesse est, & reum quoque principalem ipso jure liberari, secundum hunc textum. Aus. Fab. C. suo defin. 17. de fidejuss. Mandati vero alia ratio est: hoc enim nihil commune habet cum contractu creditoris, qui verbi causa meo mandatu pecuniam credi-

didit Titio. Itaque nisi ego expressè nomine Titii solvero, ratio suadet, ut Titius non liberetur ipso jure: quoniam meo nomine ex causa mandati solvisse intelligor: & ideo creditor adhuc actiones suas adversus debitorem mihi præstare & potest & debet, d. l. 28. mand. l. Stichum. 95. §. prope. de solut. quod secus est, si solutio facta sit à fidejussore, & in solvendo de cedendis actionibus nihil cautum, l. fidejussoribus. 17. l. cum is. 36. l. ut fidejussor. 39. de fidejussor. l. Modestinus. 76. de solut. cum similibus. vid. sup. §. si plures. 4. de fidejuss.

TEXTUS.

De acceptilatione.

1. Item per acceptilationem tollitur obligatio. Est autem acceptilatio imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione Titio debetur, id si velit Titius remittere, poterit sic fieri, ut patiatur hac verba debitorem dicere: Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? & Titius respondeat, Habeo. Sed & Grace potest acceptilatio fieri; dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet: Ἐχει λαβὼν ὀνομασθεῖς τίτου; Ἐχω λαβὼν. Quo genere (ut diximus) tantum ea solvuntur obligationes, quæ ex verbis consistunt, non etiam cætera. Consentaneum enim visum est, verbis factam obligationem aliis posse verbis dissolvi. Sed & id, quod alia ex causa debetur, potest in stipulationem deduci, & per acceptilationem dissolvi. Sicut etiam quod debetur pro parte recte solvitur; ita in parte debiti acceptilatio fieri potest.

NOTÆ.

1. Per acceptilationem] Quæ est verborum conceptio, quibus creditor; cui verbis quid promissum est, rogatus à debitore, an id, quod ita debetur, acceptum ferat, respondet se acceptum ferre. Definitio Modest. l. 1. de accept. obscurior est.

Consentaneum visum est] l. 80. de solut. l. 35. de reg. jur. Plane si quod ex alia obligatione debetur, acceptilatum fuerit, proderit id debitori ad exceptionem, leg. 19. de accept. Nam inutilis acceptilatio saltem vim pacti habet, d. l. 8. pr.

COMMENTARIUS.

1. Explicatur Modestiana acceptilationis definitio.
2. Traditur alia plenior & planior.
3. Acceptilationem non videri recte dici speciem stipulationis.
4. Solutionis & acceptilationis communia & propria. & n. 7.
5. In forma acceptilationis qua consideranda.
6. Materia seu objectum.

Etiam acceptilationem ipso jure tollitur obligatio. Acceptilatio definitore Modestino, est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio, l. 1. de accept. Sed hæc Jurisconsulti definitio dura plerisque & absurda videtur; ne-

que sane immerito. Nam primum in acceptilatione uterque alterum mutuo non interrogat, sed debitor duntaxat interrogat creditorem: deinde nec uterque per acceptilationem liberatur, sed solus debitor, qui & solus obligatus est. Sunt, qui hanc definitionem Modestini, propter illa verba, *per mutuum interrogationem*, accipiendam existimant non de quavis acceptilatione, sed de ea tantum, quam præcedit novatio & stipulatio Aquiliana; quoniam hæc species sola mutua interrogatione constat, in stipulatione Aquiliana debitor interrogatur, in subsequente acceptilatione vices commutentur, & interrogatur creditor: nec obtineat quod distinctæ sunt species, stipulatio Aquiliana, & acceptilatio, quæ illam perimit: ut enim verbo stipulationis Aquilianæ & acceptilatio, quæ eam sequitur, significatur; *l. 5. l. 15. de transact. h. 3. C. eod.* ita acceptilationis verbo plerumque & eam, quæ præcessit, stipulationem adsignificari. Cujac. *5. obs. 36. Hotom. 3. obs. 18.* Cæterum probabilis meo quidem iudicio dicemus, Jurisconsultum abusive mutuam interrogationem appellasse, quæ in se quidem una est, sed mutuam habet & subsequentem responsionem, tanquam partem præcedentis interrogationis; ut definitio generaliter concepta, & in exorsu tractationis de acceptilatione proposita, ad utramque speciem referatur, & tam simplicem, quam eam, quæ sit præposita stipulatione Aquiliana, complectatur. Quod autem Modestinus ait, per acceptilationem contingere utriusque ab eodem nexu absolutionem, id non passive in persona utriusque accipi debet, sed passive in persona debitoris, active in persona creditoris; ut hæc sit sententia, acceptilatio est liberatio, qua debitor absolvitur, & creditor absolvit, ab eodem nexu quo debitor necitur, & creditor necitur. Plena & magis perspicua definitio hæc est, Acceptilatio est verborum conceptio, quibus creditor, cui verbis quid promissum est, rogatus à debitore an id, quod ita debetur, acceptum ferat, respondet, sese acceptum ferre liberandi ejus causa. Est verborum conceptio, quoniam verbis transigitur; id est, interrogatione & responsione certis verbis conceptis, quæ liberationi conveniant, *l. 1. C. de accept. qualia veteribus promiscue usurpata sunt hæc, acceptum ferre, acceptum facere, acceptum habere, l. 6. l. 7. l. 13. §. 1. & deinceps, §§. & ll. seqq. eod.* Hinc autem intelligimus, acceptilationem non fieri nudo consensu: fieri autem ac liberare sine solutione. In quo differt ab apocha, quæ debitorem non liberat, nisi pecunia verè soluta sit, *l. si accepto. 19. §. 1. eod.* Reliqua definitionis materiam & finem indicant, removenque hinc stipulationem, quæ quidem & ipsa verborum conceptio est, sed ad obligandum, non ad liberandum, comparata. Scio, non nullos acceptilationem speciem facere stipulationis, quibus stipulatio duplex est, una obligatoria, altera liberatoria. (D. Tuldenus dissolutoria vocat) argum. *l. si unus. 27. §. 2. de pact.* Sed neque veterum usui, neque fini stipulationis, neque notationi verbi convenit, distinctum nomine stipulationis appellare: & verba hæc Jurisconsulti *in d. l. 27. §. 2. Sicut tollitur stipulatio per stipulationem*, non sunt accipienda de acceptilatione, sed de stipulatione novandi causa interposita. Addit enim, *Si hoc actum est.* Quæ verba auctores nostri usurpare solent, cum de novatione, non cum de acceptilatione tractant, *l. 2. l. 6. & pass. de novat.* ita & *D. Cujac. in d. l. 27. §. 2. de pact.*

*Imaginaria solutio*] Solutio naturaliter obligationem resolvit; acceptilatio civiliter, *l. pen. de solut.* nam in solutione debitor aliquid de ipsa & actu præstat, in acceptilatione nihil: sed tamen quasi præstitit, liberatur, & acceptilatio solutioni comparatur, *l. 7. §. 1. de lib. leg.* adeoque imaginem solutionis gerit: nam qui accepto fert, ita debitorem liberat, quasi sibi solutum esset: unde acceptilatio exemplo solutionis liberare dicitur, *l. 5. de accept.* & veluti solvisse videri, cui accepto latum est, *l. 16. eod.* Pertinet autem hæc comparatio ad effectum liberationis, non ad potestatem liberandi. Etenim in solutum accipiendo tam extraneus quisvis, qui modo potestate creditoris in eo utatur, quam ipse creditor, debitorem liberat, *l. 12. l. 14. §. 1. de solut.* & contra debitor liberatur, non modo si ipse solvat, sed etiam si quis alius pro eo, quamvis ignorante & invito, ut dictum *pr. hujus tit.* At vero acceptilatione nemo debitorem liberare potest, præterquam ipse creditor, nemo liberari, nisi ipse debitor per se: adeo ut nec pupillus per tutorem, nec dominus per procuratorem, licet interposito speciali mandato, liberentur aut liberent, *l. 13. §. tutor. 10. l. pen. de acceptil.* quoniam scilicet actus legitimi solennitas per alium peragi non potest, *l. nemo. 123. junct. l. actus. 77. de reg. jur.* Atenim quo recta nequit, eo obliqua via pervenitur adhibito remedio novationis. Videlicet ut tutor pupilli, aut procurator, speciale mandatum habens, domini obligationem novatione in se transferant, translatamque deinde suo nomine acceptam ferant aut rogent, *d. l. 13. §. tutor.* & cave aliud colligas ex *l. 3. eod. Cujac. 15. obs. 16.*

*Græce potest fieri*] Forma acceptilationis est illa, quam supra exposui, verborum conceptio, ad liberandum comparata. Itaque & verba intervenire necesse est, & talia, quæ liberationi conveniant. Et olim quidem hic actus, utpote civilis & legitimus, civilibus duntaxat & legitimis verbis, ac proinde non nisi Latinis, explicari potuit: sed postquam utilitatis causa receptum fuit, ut acceptilatio etiam cum peregrinis & juris civilis incapibus recte interponeretur, illud quoque admittendum fuit, ut interponi posset etiam peregrina lingua. Quod significat Ulpianus *l. 8. §. ult. de accept.* Ubi ait, *hoc jure nos uti, ut juris gentium sit acceptilatio*, id est, ut etiam ii, qui cives non sunt, accepto rogent & ferant: Unde mox, *& ideo puto*, inquit, *& Græce posse acceptum fieri* ducens hoc consequens ab illo antecedente. Atque hoc in acceptilatione haud dubie exemplo stipulationis inductum, quæ & ipsa antea Latinis tantum verbis concipiebatur: sed usu ejus peregrinis communicato, obtinuit, ut etiam lingua peregrina, id est, quavis alia, quam Latina, fieri posset, dummodo sensus congrueret, & uterque vel per se vel per verum interpretem linguam intelligeret, *l. 1. §. ult. de verb. obl. §. 1. sup. eod.* In forma acceptilationis illud observandum, ne concipiatur in diem aut sub conditione, alioqui nullius momenti erit. Quippe quæ exemplo solutionis liberare solet, *l. 4. & l. 5. de accept.* & actus est legitimus, cujus generis actus per temporis vel conditionis adjectionem vitiantur, *l. actus. 77. de reg. jur.* Plane quod in diem aut sub conditione debetur, pure acceptum ferri potest, quamvis eadem illa huic acceptilationi tacite insint, ac proinde non prius valeat, quam si conditio extiterit aut dies venerit. Sed novum non est, ut

ut ea non expressa non nocent, quæ aperte comprehensa vitium afferunt, l. 12. de accept. d. l. actus. 77. de reg. jur. l. expressis. 195. eod. Eleganter hæc explicat D. Brittonius lib. 2. de solut. tit. de acceptil.

6. *Qua verbis consistunt, non etiam cætera*] Materia five res, quæ in acceptilationem deduci potest, est debitum verbi ante contractum. Primum ut valeat acceptilatio, debitum esse oportet, quod acceptum rogatur & fertur: si aliud, quam quod debetur & revera est in obligatione, acceptum rogatum aut latum fuerit, acceptilatio inutilis est, nec inde liberatio nascitur, l. 6. in fin. l. 13. §. 2. & §. eum qui. 5. eod. & hoc est, quod definitur in l. 14. eod. nisi consentiat acceptilatio cum obligatione, & nisi verum sit, quod in acceptilatione demonstratur, imperfectam esse liberationem; videlicet propter defectum materiæ, cui acceptilatio seu liberatio applicetur: de quo vid. D. Joann. Wamf. cens. 1. conf. 73. n. 13. Præter debitum autem si quid amplius adjiciatur, non vitiatur quidem acceptilatio, sed adjectum nullius est momenti, l. 15. eod. Secundo id debitum solum acceptilatione perimi potest, quod verbis contractum est, non alia obligatio: siquidem naturæ convenit, eodem genere unumquodque dissolvi, quo colligatum est: & ideo cum acceptilatio verbis conficiatur, consentaneum, solas verborum obligationes acceptilatione posse tolli, l. 8. §. 3. eod. l. nihil. 35. de reg. jur. l. prout. 80. de solut. Planc, si, quod ex alia obligatione debetur, acceptilatum fuerit, etsi hoc debitori ipso jure ad liberationem non proficit, pacti tamen conventi vel doli mali exceptione se tueri poterit, l. si acceptilatio. 19. de accept. nam inutilem acceptilationem saltem vim pacti habere placuit, nisi quid aliud impediatur, l. 8. pr. eod.

*Quod ex alia causa debetur, potest in stipulas deduci*] Etsi debita, quæ non ex verborum obligatione veniunt, acceptilatione directo tolli nequeant, obliquè tamen possunt, remedio novationis & stipulationis Aquilianæ, per quam in verborum obligationem prius convertantur, ut obligatio jam verbis constans mox verbis itidem dissolvatur: de quo mox plura.

*Pro parte recte solvitur*] Intellige, consentiente creditore; qua de re abunde dictum in exegei pr. hujus tit.

7. *Pro parte debiti acceptilatio fieri*] Dum debitum sit, totum an pars accepto feratur, ad acceptilationem nihil interest, l. 9. l. 10. l. 13. §. 2. de accept. & pro parte accepto lata contingit liberatio, quamvis alias obligatio conditione sua divisionem non admittat, l. qui hominem. 17. eod. quod in solutione contra est, l. 2. §. 1. de verb. obl. l. 9. §. 1. de solut. discriminis rationem superius indicavi. Illud monere plane supervacuum est, si res in stipulationem deducta natura sua divisionem non recipiat, veluti servitus prædii, acceptilationem in partem nullius esse momenti, d. l. 13. §. 1. de acceptil.

T E X T U S.

De Aquiliana stipulatione & acceptilatione.

2. Est autem prodita stipulatio, qua vulgo Aquiliana appellatur, per quam contingit, ut omnium rerum obligatio in stipulatum deducatur, & ea per acceptilationem tollatur. Stipulatio enim

Aquiliana renovat omnes obligationes, & à Gallo Aquilio ita composita est; Quicquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet oportebitve, præsens in diemve, aut sub conditione: quarumcunque rerum mihi tecum actio est, quæque adversus te petitio, vel adversus te persecutio est eritve; quodve tu meum habes, tenes, possides, dolove malo fecisti, quo minus possideas: quanti quæque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, sponndit Numerius Nigidius. Quod Numerius Nigidius Aulo Agerio sponndit, id haberetne à se acceptum Numerius Nigidius Aulum Agerium rogavit. Aulus Agerius Numerio Nigidio acceptum fecit.

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

C Aquilius Gallus, homo Jurisconsultissimus, cujus in formulis concipiendis singularis quædam prudentia extitit, ut constat ex ea de dolo malo, quam Cicero 3. offic. everriculum omnium malitiarum appellat, & ea de posthumo nepote, vivo adhuc filio, hærede instituendo, l. Gallus. 29. de lib. & posth. stipulationis formulam prodidit, in quam quæ non verbis contractæ essent obligationes translate, acceptilatione deinde perimerentur: quæ stipulatio ab Auctore suo Aquiliana dicta est.

*Renovat omnes obligationes*] Et sic via est ac ratio, per quam usus acceptilationis, per se alioqui angustus, & intra verborum obligationes consistens, dilatetur. Stipulationis Aquilianæ frequens olim usus fuit in transactionibus, l. 2. l. 4. l. 5. l. 15. de transact. l. 3. l. 4. C. eod. Apud nos autem supervacua est: quoniam moribus hodiernis, ut alibi diximus, stipulationum solennitas exolevit, pactaque nuda eandem vim habent, quam stipulatio.

*Ita composita est*] Exhibetur hic ex Florentino l. 18. §. 1. hoc tit. formula stipulationis novantis, uti ea ab Aquilio concepta est: sic autem est concepta, ut nobis præbeat certissimum anxietatis veterum in cautionibus componendis diligentiam argumentum, in qua ne quid omisium videretur, multa ex abundantia sunt adjecta. Verba obiter excutiemus.

*Quicquid te mihi ex quacunque causa*] Causa negotium significat & obligationem, latiusque patet contractu: nam & ad eas obligationum species pertinet, quæ ex maleficio vel quasi ex maleficio proficiuntur, l. 9. de reb. cred.

*Dare facere*] Sine conjunctione hæc proferri solent, ut pleraque alia, veluti *uti frui, ire agere, dare legare, &c.* innuunt autem, omnem obligationem vel in dando vel in faciendo consistere.

*Oportet oportebitve, præsens, in diemve, aut sub conditione*] Verbo oportet præsens tantum debitum demonstratur, l. si stipulatus. 76. §. 1. de verb. oblig. verbo oportebitve etiam quod in diem aut sub conditione debetur; utrumque enim comprehendit, l. 8. de verb. sign. Hoc autem verbum oportet non ad facultatem judicis,

qui potest vel pluris vel minoris condemnare, sed ad veritatem refertur, l. 37. de verb. sign.

Tecum actio, petitio, persecutio] Actio in personam est, petitio in rem, persecutio ad extraordinarias magistratum cognitiones pertinet, l. pecunia. 178. §. 2. de verb. sign. Sensus ergo est, quicquid actione in personam consequi, vel vindicare, vel magistratu cognoscente extra ordinem persequi potes.

Quodve tu meum habes] Hæc abundant: ex superioribus enim satis intelligi poterant, cum suum cuiusque sit, cujus vendicandi jus habet, l. Quintus. 27. §. 2. de aur. arg. leg.

Habes, tenes, possides?] Tenere ad factum refertur, possidere etiam ad jus. Habere dicimur & jure domini & jure possessionis & mera detentione, l. habere. 188. de verb. sign. l. stipulatio. 38. §. hac quoque. 7. & 2. seqq. de verb. obl. quamquam hæc distinctio non est perpetua.

Dolove malo fecisti, &c.] Dolus enim pro possessione est, semperque possidere intelligitur, qui dolo fecit quominus possideat, l. parem. 150. l. ad ea. 157. §. 1. de reg. jur. Cætera per se satis plana sunt.

## T E X T U S.

## De novatione.

3. Præterea novatione tollitur obligatio; veluti si id, quod tibi Sejus debebat, à Titio stipulatus sis. Nam interventu nova persona nova nascitur obligatio, & prima tollitur, translata in posteriorem: adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis jure tollatur: veluti si id, quod tu Titio debes, à pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuerit. Quo casu res amittitur. Nam & prior debitor liberatur, & posterior obligatio nulla est. Non idem juris est, si à servo quis fuerit stipulatus: nam tunc prior perinde obligatus manet, ac si postea nullus stipulatus fuisset. Sed si eadem persona sit, à qua postea stipuleris, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si conditio aut dies aut fidejussor adjiciatur aut detrahatur. Quod autem diximus, si conditio adjiciatur, novationem fieri, sic intelligi oportet, ut ita dicamus factam novationem, si conditio exiiterit: alioqui si defecerit, durat prior obligatio. Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, tunc fieri novationem, cum novandi animo in secundam obligationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat, quando novandi animo videretur hoc fieri, & quasdam de hoc præsumptiones aliis in aliis casibus introducebant, ideo nostra processit constitutio, que apertissime definit, tunc solum novationem prioris obligationis fieri, quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit,

quod propter novationem prioris obligationis convenerunt: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, ut maneat ex utraque causa obligatio, secundum nostra constitutionis definitionem, quam licet ex ipsius lectione apertum cognoscere.

## N O T A.

3. Novatione tollitur obligatio] Sed ita, ut in locum sublata nova substituatur, l. 1. de novat. Fit autem hæc conversio verbis seu stipulatione, d. l. 1. §. 1. l. 2. l. 5. & pass. eod.

Inutilis sit] Non ratione formæ, sed effectus, ut exemplum subjectum declarat. Eadem ratione si expressor non sit solvendo, prior tamen obligatio tollitur: etiam in casu delegationis: quia bonum nomen facit creditor admittens delegatum, l. 26. §. 2. mand.

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

1. In novatione que necessaria, & an aliter, quam per stipulationem procedens obligatio novatur.
2. Vere novationis effectus.
3. Quot modis novatio fiat: ubi & de delegatione.
4. De novatione, qua fit per litis contestationem: & quantum hac differat à vera & voluntaria.
5. Quis effectus, si quis quod alius debet, à pupillo stipuletur sine tutoris auctoritate: & cur diversum si à servo.
6. Si ab eodem debitore quis stipuletur, quando novatio fieri intelligatur.
7. Quid novi juris à Justiniano constitutum circa novationem: ubi multa notabilia.

**N**ovatione quoque ipso jure obligatio tollitur; sed ita, ut in locum sublata alia nova substituatur: cit enim novatio, prioris debiti in aliam obligationem conversio, l. 1. de novat. Fit hæc conversio verbis seu stipulatione, d. l. 1. §. 1. l. 2. l. 5. 6. 7. l. 11. & pass. eod. l. 1. l. 3. l. 7. l. ult. C. eod. l. 6. C. si cert. pos. Ac proinde in novatione hæc sunt necessaria; obligatio vetus, obligatio nova, & stipulatio, per quam illa in hanc transferatur. Vetus obligatio, qualiscunque est, aut quomodocunque contracta, verbis novari potest, l. 1. l. 2. de novat. nec metuendum hic est ne obstet regula juris de dissolvendis obligationibus, l. nihil. 35. de reg. jur. Nam in novatione solutio quædam est, & quasi naturalis præstatio, l. 8. §. 3. ff. ad SC. Vell. qualis est, cum pro eo, quod debetur, præstatur aliud volenti creditori, l. 17. C. de solut. Nova quæ constituitur obligatio utrum civiliter teneat, an naturaliter, ad novationem nihil interest, d. l. 1. in fin. de novat. de quo pluscula in explicatione textus. Stipulationem cum exigimus, hoc significamus, sola stipulatione præcedentes obligationes novari, non etiam nudis pactis, ac ne contractu quidem alio, veluti mandato, ut ex memoratis textibus apparet, & bene post alios defendit Gæd. de contr. stip. c. 5. concl. 8. n. 90. & seqq. adversus Bartolum in d. l. 1. in contrarium adducentem l. si mandatu. 45. §. ult. mand. Tantum in contractibus, quæ solo consensu perficiuntur, hoc accidit, ut & nudus consensus contractum dissolvat, & alium ejusdem generis constituat, l. 7. §. adeo. de pact. l. pacta.

l. *passa*. 72. de *contr. emt.* Hodie sane etiam simplicibus pactis novationes fieri solent, adeoque frequentius, quam per stipulationem, utpote cuius solennitas pene exolevit, uti post DD. in l. *singularia*. 15. de *reb. cred.* tradunt *Wesamb. hic. Guelin. lib. 3. de jur. noviss. c. 12.* Præter hæc & animus novandi exigitur: nec enim aliter fit novatio, quam si hoc agatur, ut prior obligatio novetur, l. 2. in *fin.* l. 6. l. 8. §. 2. & *ult.* l. 28. de *novat.* l. 3. C. *cod.* de quo item fusius postea. Effectus novationis est, ut nova obligatione constituta prior perimatur, d. l. 1. *cod.* quæ res facit, ut etiam incommoda omnia, quæ prioris obligationis fuerunt, simul evanescant, qualia sunt hæc: mora facta periculum interitus rei debitz; pœna veteri obligatione promissa; usurz ex eadem causa debitz, privilegium, quod prioris actionis fuit; pignora denique & fidejussores, l. 8. l. *si creditor.* l. 1. *novationis.* 18. l. *emptor.* 27. l. *aliam.* 29. de *novat.* l. in *omnibus.* 43. de *solut.* Planè, si pignora prioris obligationis in novatione repetita fuerint, placet creditori manere ordinem & prærogativam temporis, ut in his præferatur posteriori creditori, id est, cui eadem pignora postea, licet ante novationem, obligata sunt, l. 3. *qui pot. in pign.* & ibi *Bart. Adyns. 1. obs. 59. Gail. 2. obs. 30. n. 10.* Potest autem novatio dupliciter fieri; vel manente eodem debitore; vel persona debitoris mutata: priore casu novi aliquid adjici debet, ut novatio facta intelligatur, *hoc taxat. vers. Sed si eandem persona.* posteriore novatio fit, quoties liberato priore debitore alius, qui expromissor appellari solet, ut notatum sub *tit. de fidejuss.* locum ejus subit; veluti si Titius novationis causa promittat Sempronio, quod ei Sejus debet; sive id sua sponte Titius faciat, & vel ignorante vel nolente debitore; l. 8. in *fin.* de *novat.* sive debitoris mandato, quæ species novationis delegatio dicitur per metonymiam causæ, siquidem delegare hic est vice sua alium reum dare creditori, l. 11. *cod.* quæ delegatio inter delegantem quidem & delegatum nudo consensu fit, l. *delegare.* 17. *cod.* sed non perficitur, id est novatio debiti non fit, nisi stipulanti creditori is, qui delegatus est, promiserit, l. 1. C. *cod.* *Gail. 2. obs. 30. n. 8. Christin. vol. 4. decis. 180. num. 4. & 5. D. Tuiden. comm. hic. c. 8.*

4 Porro sciendum est, agi hoc loco de novatione, cui hoc nomen per excellentiam & absolute tribuitur. Est vero præter hanc, quæ stipulatione fit, & alia, quam inducit litis contestatio, d. l. 11. §. 1. l. *aliam.* 29. *cod.* l. 3. C. de *usur. rei jud.* nam & judicio contrahitur, & velut nova inducitur obligatio judicati, l. 3. §. *idem scribis.* 11. de *pecul.* Atque hæc quoque fit vel manente eodem reo, puta si ille ipse litem contestetur & suo nomine suscipiat, vel persona rei mutata, si alius pro reo judicium accipiat, sive mandatu illius, quæ species est delegationis, d. l. 11. §. 1. de *novat.* sive reo ignorante aut etiam nolente, l. *solutio.* 23. de *solut.* Cæterum hæc species novationis superiori longè dissimilis est, & secundum quid tantum dicitur novatio fieri per litis contestationem, quatenus scilicet actio in judicium deducta novas quasdam assumit qualitates; veluti quod quæ tempore aut morte peritura fuisset, judicio inclusa salva manet, & ad hæredes transmittitur, l. *omnis.* 26. de *obl. & act.* §. 1. *inf. de perp. & temp. act.* & quia reo condemnato nova accedit actio judicati, priore multo utilior, l. *post rem.* 56. de *re jud.* l. 3. C. de *usur. rei jud.* At enim vero per litis contesta-

tionem vel sententiam vetus actio non consumitur: per *taxat. in l. fidejussoras.* 41. §. 1. de *fidejuss.* l. *qui servum.* 20. de *interr. in jur.* l. 2. C. de *judic. arg.* l. *qui jurasse.* 26. §. *ult.* l. 27. l. 28. §. 1. de *jure jur. junct.* l. *cum qui.* 30. in *pr. eod. junct.* l. 2. *cod.* l. 8. C. de *reb. cred.* & d. l. *post rem.* de *re jud.* Et hinc est, quod commoda quoque prioris actionis creditori salva manent, l. 8. §. 3. de *fidejuss.* l. 13. §. 4. de *pign. l. aliam.* 29. de *novat. fac. l. non solos.* 86. & *seq. de reg. jur. Christin. vol. 4. decis. 180. n. 2.* Interpretes vulgo has novationis species sic distinguunt, ut eam, quæ per stipulationem fit, voluntariam appellent, quæ judicio accepto, necessariam; cujus distinctionis fundamentum est in d. l. *aliam.* 29. de *novat.*

*Inservens nova persona* ] Non quæ alienæ obligationi accedat adpromittendo; sed quæ alienam obligationem in se transferat expromittendo. Per adstipulationem & adpromissionem fidejussor intervenit; novatio per exstipulationem & expromissionem; unde per hanc prior obligatio extinguitur.

*Licet posterior stipulatio inutilis* ] Non ratione formæ, sed effectus, ut exemplum subiectum declarat. Similiter et si expromissor non sit vendendo: præcedens tamen obligatio tollitur, etiam in casu delegationis: quoniam, ut ait Paulus, bonum nomen promissoris fecisse videtur creditor, qui admisit debitorem delegatum, l. *in ter.* 26. §. 2. *mandat.*

*A pupillo sine tutoris auctoritate* ] Pupillum sine tutoris auctoritate contrahentem non obligari jure civili, nisi in quantum factus est locupletior, constat, l. 5. l. 9. de *act. emt.* Attamen si ejus ætatis sit, ut intelligat quod agitur, naturaliter saltem obligatur, ut demonstravimus *sup. ad §. pupillus.* 9. de *inst. stip.* & ideo, quod huic consequens est, si pupillus sine tutoris auctoritate, quod alius debet, stipulanti creditori novandi animo promiserit, prior obligatio jure novationis tollitur translata in posteriorem naturalem: quippe sufficit ad novationem, quod posterior obligatio vel naturaliter teneat, l. 1. in *pr.* & §. 1. de *novat.* Neque est contrarium, quod Paulus scribit in l. *novare.* 20. §. 1. *cod.* pupillum sine tutoris auctoritate non posse novare: neque enim hoc nos dicimus, posse pupillum, quod sibi ex aliqua causa debetur, in aliam obligationem absque tutoris auctoritate transferre, atque ita fortè conditionem suam facere deteriorem; quod negat Paul. d. *locò*: sed hæc, pupillo sine tutoris auctoritate expromittente novari obligationem alienam eo effectu, ut prior debitor liberetur; quamvis sequens pupilli obligatio creditori inutilis sit, quia ad agendum inefficax: nimirum sibi imputare creditor debet, quod alienam obligationem in pupillum transfulerit, quem sciebat aut scire debebat, non aliter ex contractu civiliter obligari, quam interposita tutoris auctoritate, per l. *qui cum alia.* 19. de *reg. jur.*

*Est posterior obligatio nulla est* ] Non simpliciter nulla: nam utique naturaliter tenet, l. 1. in *fin.* de *novat.* sed nulla dicitur, tum quia ad agendum inutilis, tum quia ne naturalis quidem obligationis effecta habet, quæ quidem pupillo nocere possint; qualia sunt, jus compensandi, soluti retinendi: quo etiam intuitu, quod pupillus sine auctoritate tutoris promisit, ne natura quidem deberi interdum dicitur: l. *quod pupillus.* 41. de *cond. ind.* quamvis revera naturaliter debeatur, & incommoda ejus obligationis ad alios pertineant: qua de re



re uberius sub §. *pupillus. de inus. stip.* Quod si nulla hic succederet obligatio, nulla etiam intelligeretur novatio fieri, sed prior obligatio maneret in suo statu, *d. l. 1. per tot.*

*Non idem juris est, si à servo* ] Non quia servus ex contractu suo, si consensum spectemus, non obligetur naturaliter, *l. 13. de cond. ind. l. 14. de obl. & act.* sed quia jure civili non est idoneus expromissor, & omnino novationis, extra causam peculiarem, incapax, *l. 30. §. 1. de pact. l. ult. hoc tit.* Sunt enim quædam causæ, quas jus civile ita in servo improbat, ut si cum eo intervenierint, ne intervenisse quidem videantur; ac proinde nec dominum obligent de peculio, & pecunia ex his causis soluta repeti possit: cujusmodi sunt: si servus pro libero se gerens judicio conventus & condemnatus sit; si in arbitrum compromiserit; *l. 3. §. si servus. 8. de pecul. si cum conveniretur, jusjurandum adversario detulerit; l. 5. §. 2. d. tit. si pro alio fidejusserit rem peculiarem non gerens; l. 3. §. si filiusfam. 5. eod. tit. l. servus. 19. & seq. de fidejuss. & denique si expromiserit, aut alias obligationem non peculiarem novaverit, l. in persona. 30. §. 1. de pact. l. ult. de novat.* Quinetiam quibusdam visum est, nec peculiarem obligationem servum novare posse, extra quam si liberam habeat peculi administrationem, ac ne tunc quidem expromissorem accipiendo debitorem peculiarem liberare: quæ sententia probari videtur *l. ult. de novat. junct. l. servus. 16. eod. l. fugitivus. 19. de solut. & facit l. servus. 20. cum. l. seq. de jurejur.*

6. *Si eadem persona sit, à qua postea stipuleris, &c.* ] Sententia hujus loci hæc esse videatur, si idem debitor sit, à quo postea stipuleris, & præcedens obligatio verbis quoque contracta, non aliter novationem fieri, quam si posteriore stipulatione aliquid novi comprehendum fuerit, conditio, aut dies, aut fidejussor adjectus, deductusve. Nam neque si alia persona intervenierit, hoc desideratur, neque si debitum prius ex alia causa descendat; quantumvis cum eodem debitore stipulatio postea fiat, modo animus novandi adsit. Neque enim dubito, quin si decem à te stipulatus sim, quæ mihi verbi gratia ex causa mutui debebas, & tu promiseris, obligatio ex numeratione nata movetur & transferatur in obligationem verborum; utique si de jure veteri quæzatur, *arg. l. 6. & l. 7. de novat.*

*Si conditio aut dies* ] Stipulatio etiam novationis causa non tantum purè, verum etiam sub conditione aut in diem concipi potest. Potest & quod sub conditione aut in diem debetur, purè novandi causa promitti; quo effectu, docebunt textus in *l. 5. l. 8. §. 1. l. quoties. 14. per tot. l. novatio. 24. l. si rem. 31. de novat. l. Julian. 60. §. 1. de cond. ind.* Late & eleganter D. Brissonius *lib. 2. de solut. tit. de nov.*

*Dubium erat, quando novandi animo* ] In quâi quidem novatione etiam jure veteri animus novandi requirebatur, id est, nulla intelligebatur novatio fieri, nisi id actum esset, ut præcedens obligatio novaretur, *l. 2. in fin. l. 8. pr. §. 2. & ult. l. fundum. 28 de novat. l. 3. C. 7 eod.* Cæterum dubium erat, quando id actum videretur, & novandi animo in secundam obligationem itum: quo in dubio veteres decurrebant ad conjecturas & præsumptiones: si nihil erat, ex quo animus novandi colligi posset, expressam requirebant conventionem, *l. si usumfructum. 58. de verb. oblig. vid. D. Ant. Fab. 3.*

*conj. 3.* Justinian. vero, ut materiam litium præcederet, in universum definiit, non aliter novationem prioris obligationis fieri, quam si hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit, se novandi animo & prioris obligationis tollendæ causâ posteriorem interponere: alioqui & manere pristinam obligationem, & secundam ei accedere, *l. ult. C. de novat.* quæ est illa constitutio, cujus hic meminit. Nihilominus tamen plerique adhuc admittendum censent, ut ex conjecturis urgentibus & manifestis novatio inducatur, utique si non ipso jure, saltem per exceptionem: eaque sententia, licet verba constitutionis refragari videantur, multis in locis recepta est, ut rationi consentanea. Quid enim, si posterior obligatio quadam repugnantia elidat priorem? & potius est, ut dicamus, Justinianum eas duntaxat conjecturas tollere voluisse, quas in universum veteres constituerant: quod genus læpè fallit, *vid. Gail. 2. obs. 30. num. 1. & seqq. Christin. vol. 4. decif. 180. num. 9. & seqq. Tulden. comm. hic. cap. 7.* ubi etiam testatur, legem illam Justiniani in Gallia usû abrogatam esse. Bartolus quoque in *l. delegare. 11. de novat.* existimat, eam non pertinere ad delegationem; quem sequuntur *Zaf. in l. 15. num. 11. de reb. cred. Gail. d. loc. num. 9. Wesemb. parat. de novat. num. 8. Curia Holland. dec. 38.* Et sane illa legis verba, *vel aliam personam adhibueris, vel mutaveris,* commodè de persona fidejussoris explicari possunt, *add. Bachov. ad Treust. vol. 2. disp. 29. thf. 6.*

*Ut maneat ex utraque causa obligatio* ] Sicut jure veteri ubi novandi animus non intervenerat, duæ obligationes censebantur, *l. 2. in fin. de novat.* Cujus rei hic effectus est, quod creditor ex utraque obligatione agere possit; & quod in una deest, per aliam suppleatur: item quod etsi posteriori obligationi adjecti sint novi fidejussores, non ob id tamen liberentur, qui pro priore intervenierant. *Gail. d. loc. n. 5. & 6.* Plane si ex una obligatione solutum erit, altera quoque continuo tollitur, quia sunt obligationes unius rei, *l. 8. §. ult. de novat.*

## TEXTUS.

### De contrario consensu.

4. *Hoc amplius ea obligationes, qua consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius & Sejus inter se consenserint, ut fundum Tusculanum emptum Sejus haberet centum aureis; deinde re nondum sequuta (id est, neque pretio soluto, neque fundo tradito) placuerit inter eos, ut discederetur ab ea emptione & venditione, invicem liberantur. Idem est in conductione & locatione, & in omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut jam dictum est.*

## NOTÆ.

4. *Re nondum secuta* ] Id est, si nihil dum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent: Neque enim ut retro tradatur, quod jam datum est, nudopacto obligatio constitui potest, *d. l. 58. in fin. de pact.* Vide infr. comment.

COM.

COMMENTARIUS.

1. Omnem naturalem obligationem ipso jure tolli nudo consensu.
2. Eodem modo re integra tolli & civiles nudi consensus, & honorariam pignoris.

Quædam obligationes ipso jure dissolvuntur solo & nudo partium consensu. Quo in genere est omnis obligatio naturalis, tum civiles ex, quæ solo consensu constant. De naturali obligatione traditum est, eam jure pacto ipso jure tolli, *l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. de solut.* quod nihil aliud est, quam tolli nudo consensu. Justum enim pactum, sicuti justam conventionem dicimus, quod æquum est, atque honestum, nec improbatum legibus, nudum tamen, *l. tale pactum. 40. §. 1. l. epistola. 52. §. 2. de pact.* Et hoc consentaneum est regulæ juris traditæ *l. nihil tam naturalis. 35. de reg. jur.* Quamvis enim naturalis obligatio etiam ex aliis causis, quam consensu nascatur, solo tamen æquitatis vinculo sustinetur, quod contrariæ conventionis æquitate dissolvitur, *d. l. Stichum. §. 4. de solut.* Non adversatur *l. si unus. 27. §. 2. de pact.* quoniam ibi non queritur de nuda naturali obligatione per pactum tollenda, sed de pacto priore, quo exceptio quaesita erat, per posterius elidendo, quo redeat prima conditio & status obligationis, actionique vis pristina restituatur, *vid. inf. sub rit. de 2 replicat. in pr.* De civilibus nudi consensus obligationibus constans definitio est, eas omnes, ut nudo consensu contrahuntur, ita & contrario eodem nudo consensu dissolvi, *l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend.* dummodo rebus integris à contractu abeat, *l. 7. §. adeo. 6. l. ab emptio. 58. de pact. l. 1. l. 2. C. quand. lic. ab empr. disc.* in quo & ipso regulam naturæ de tollendis obligationibus veteres secuti sunt, *l. prout. 80. de solut. d. l. 35. de reg. jur.* Nam et si hujus etiam generis contractus obligationem civilem, id est, efficacem ad agendum producant, quæ videatur pacto ipso jure, tolli non posse: tamen quia obligatio ista nudo & mero consensu constat, totaque est ex jure gentium, utpote à jure civili præter approbationem nihil habens, quod extrinsecum quid est &

accidentarium; ideo sublato hoc consensu per pactum sine voluntatem contrariam, tota obligationis substantia evanescit, ut nihil amplius superfit, in quo actio fundetur: eadem videlicet ratione, qua nulla subesse obligatio intelligitur, si res tradita in contractu reali animo recedendi reddita fuerit. Et secundum hæc rectè defenditur etiam, obligationem pignoris, quæ jure prætorio constituitur nuda conventionem, *l. 1. de pignr. act.* contraria eaque nuda conventionem ipso jure dissolvi licet obstare videatur *l. si tibi. 17. §. 2. de pact.* sed ea loquitur de pacto, quo remittitur debitum principale, non de eo, quod directo tendit ad dissolutionem pignoris, *vid. Neguz. tract. de pign. part. 6. memb. 3. n. 3. Bachov. lib. 5. de pign. cap. 6. & in comm. ad tit. de pact. c. de pact. resolut.* De furto & injuriis lex 12. tabularum pacisci permittit: quæ causa est, quod actiones quoque furti & injuriarum per pactum ipso jure tolluntur, *d. l. si tibi. §. 1. de pact. junct. l. 6. l. 7. §. si paciscar. 14. in fin. eod.*  
 [Contraria voluntate] Id est, contraria conventionem, seu utriusque partis consensu, *l. 1. C. quand. lic. ab empr. disc.* unius enim voluntas ad dissolvendam obligationem non valet, *l. 5. C. de obligat. & act. l. 3. C. de resc. vend.* utique jure communi: nam quod mandatum & societas etiam unius voluntate dissolvantur, ut proprio quodam jure in his contractibus receptum est, ut suis locis demonstravimus.  
 [Re non dum sequuta] *L. 7. §. adeo. 6. de pact. l. 3. l. 5. §. 1. de resc. vend.* quod alibi dicitur, re adhuc integra, *l. ab emptio. 58. de pact. l. 1. & l. 2. C. quand. lic. ab empr. disc.* id est, si nihil dum præstitum sit eorum, quæ ex contractu præstari debent; veluti in exemplo proposito, si neque res à venditore tradita, neque pretium ab emptore solutum sit. Nam si quid horum intervenerit, consensu amplius negotium resolvi nequit, nisi simul restituantur, quæ prius tradita erant: neque enim ut retro tradantur nudo pacto, obligatio constitui potest, *d. l. ab emptio. in fin. de pact.* Arrharum vero aut fidejussorum interventus non efficit, quominus res integra maneat, nudoque adhuc consensu possit ab obligatione recedi, *l. 3. de resc. vend. l. 11. §. ut qui. 6. de act. empr. l. 2. C. quand. lic. ab empr. disc.*

FINIS LIBRI TERTII.



ARNOLDI VINNII, J. C.  
IN LIBRUM QUARTUM  
INSTITUTIONUM  
IMPERIALIUM  
COMMENTARIUS

Academicus & Forensis.

CUM NOTIS AD TEXTUM.

TITULUS I.  
DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ EX DELICTO  
NASCUNTUR.

*Dig. Lib. 47. Tit. 2. C. Lib. 6. Tit. 2.*

*Continuatio. Delictum quid, & quotuplex.*

**D**X quatuor causis obligationum, propositis §. ult. sup. de oblig. duæ superiore libro tertio expositæ sunt; contractus & quasi contractus: duæ reliquæ, maleficium videlicet & quasi maleficium, partem quarti & ultimi occupaverunt. Maleficium species est delicti. Delictum est omne factum illicitum, quod lege humana poenam meretur. Estque vel publicum, quod ad læsionem reipub. directo tendit, & publicè in exemplum vindicatur, de quo genere est tit. ultimus hujus lib. vel privatum, quo offenduntur singuli, quibus inde obligatio & actio pecuniaria. Publica delicta proprie crimina; privata, maleficia appellantur: quanquam verbum criminis ad delicta privata quoque pertinet, quatenus scilicet & illa considerantur, ut societatem civilem & statum publicum turbantia; quod contingit sanè per consequentiam; & ideo extra ordinem etiam criminaliter de his agi potest, §. ult. de priv. del. l. ult. de furt. l. ult. de injur. Sed judicia criminalia huc non pertinent: quippe in quibus non persequimur forensi aut civili actione, quod nobis, quibus nocitum est, ex ea causa debetur: sed extra ordinem ad vindictam agimus, poenamque, pro modo admitti arbitrio cognoscentis statuendam, sive corporalem sive pecuniariam, quæ fisco applicetur.

TEXTUS.

Continuatio & divisio obligationum ex delicto.

*Quum sit expositum superiore libro de obliga-*

*tionibus ex contractu, & quasi ex contractu, sequitur, ut de obligationibus ex maleficio, & quasi ex maleficio dispiciamus. Sed illa quidem, ut suo loco tradidimus, in quatuor genera dividuntur: hæc vero unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto, rapina, damno, injuria.*

NOTÆ.

*Quæ ex delicto*] Scilicet privato, unde læso obligatio & actio pecuniaria, sive civilis. Nam judicia publica aut persecutiones criminales huc non pertinent.

*Furto, rapina, damno, injuria*] Quadrigena delictorum privatorum, ex Cajol. 4. de obl. & act. Reliqua de quibus lib. 47. D. ad hæc quatuor referri possunt.

COMMENTARIUS.

1. *Quo sensu maleficia omnia dicantur ex re nasci.*
2. *Summa hujus tituli.*

**H**Æ unius generis sunt: nam omnes ex re nascuntur] Ita quoque Cajus l. 4. de obl. & act. Obligationum, quæ ex contractu descendunt, quatuor sunt species, causis efficientibus distinctæ: nam aut re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut solo consensu, §. ult. sup. de oblig. Quæ vero ex maleficio oriuntur, si causam efficientem spectamus, omnes unius generis sunt: nam hæc omnes re tantum consistunt, id est, ipso maleficio, d. l. 4. Ut ecce, qui verbis aut scriptura professus est furtum se fecisse; aut in furtum nuda voluntate con-

consentit, non tenetur furti; sed ut teneatur necesse est contractatio interveniat, *l. si quis. 52. §. neque. 19. de furt.* Similiter si quis verbis aut literis confessus est, se injuriam alicui fecisse, non tenetur injuriarum; sed ut teneatur, oportet intervenisse contumeliam, *l. si unus. 27. §. 2. de pact.* ubi Jurisconsultus ait, actionem injuriarum non ex pacto nasci, sed ex contumelia. Ut ergo injuria etiam verbis & scriptura fieri dicatur, *l. 1. §. 1. l. 5. §. si quis. 9. & seq. de injur. l. un. C. de famos. libell.* tamen illa hic non attenduntur, ut cautæ obligationis, sed ipsum maleficium duntaxat & contumelia, quæ iis inhæret: unde actio omnis, quæ ex maleficio descendit, ex facto esse dicitur, *l. actionum. 25. §. 1. de oblig. & act.* Illud quoque dissimile est, quod ad constituendam ex contractu obligationem requiritur mutuus consensus: ex delicto autem obligamur nolentes & inviti.

*Furtio, rapina, damno, injuria*] Eadem genera maleficiorum; nec plura enumerat Cajus *d. l. 4.* nimirum 2 reliqua ad hæc quatuor referri possunt. Porro horum singula singulatim & suis quæque titulis explicantur. De furto ex professo hoc titulo, quamvis generaliter conceptus sit, agitur, doceturque quid illud sit, & quotuplex; quæ ejus poena, quæ causa efficiens, materia, & forma; quando, quibus in rebus & à quibus committatur; quis sit effectus; quæ inde actiones, quibus, contra quos, & cujus rei gratia dentur.

TEXTUS.

Definitio furti.

I. *Furtum est contractatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel etiam usus ejus, possessionisve: quod lege naturali prohibendum est admittere.*

COMMENTARIUS.

1. *Furtum non fieri sine contractatione: & quid indotum qui contractare dicatur.*
2. *Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contractet.*
3. *Non item qui non lucrandi animo.*
4. *Quid si urgente fame esculenta ablata, &c.*
5. *Furtum fieri non intelligi, nisi sit qui possideat.*
6. *Furta per se & natura turpia esse.*

**A**UCTOR hujus definitionis est Paulus *l. 1. §. ult. hoc tit. de furt.* Idem *lib. 2. sent. tit. 31.* furem sic dicit; *Fur est, inquit, qui dolo malo rem alienam contractat.*

I *Contractatio*] Furtum sine contractatione fieri non potest. Contractare, est rem manu tractare & loco movere, *l. 3. §. si rem. 18. de acq. poss. l. thesaurus. 15. ad exhib.* Ex quo primum intelligimus, furtum non nisi in rebus corporalibus iisque mobilibus admitti §. 2. *sup. de usuc. in fin.* Deinde furtum non fieri verbis aut scriptura, solove consilio aut cogitatione furti faciendi, *l. 1. §. 1. l. si quis. 52. §. neque. 19. h. t.* Et consequenter furem nondum esse, qui tantum conclave intravit furandi causa, *l. vulgaris. 21. §. qui furti. 7. eod.* nec illum statim esse, qui inficiatur depositum; sed ita si intervertendi causa amoverit, occultaverit, *d. l. 1. §. 2.*

*l. inficiando. 67. eod. d. l. 3. §. si rem. 18. de acq. poss.* Plane, etiam sine ablatione, sola contractatione furtum committi potest, *d. l. vulgaris. §. item si. 8. h. t.* Neque is solum furtum facere & rem contractare intelligitur, qui eam surripit & domino aufert, sed & qui rem aut pecuniam, quam à domino accipit alteri dandam solvendam, vel partem ejus rei pecuniarve, in suos usus convertit, *l. si quis. 52. §. Julianus. 16. eod. l. 7. C. eod.* aut qui re prius ex voluntate Domini accepta utitur, quam usum nullum habeat, aut aliter utitur, quam ex lege contractus debuit, de quo plenius *inf. sub §. furtum. 6.* Per interpretationem etiam ille contractare intelligitur, quo presente indebitum ei, quem delegavit, solvit, *l. falsus. 43. §. 2. eod.*

*Fraudulosa*] Fraudulosa contractatio est, cum quis 2 rem alienam contractat sciens dolo malo. Suam rem, quatenus sua est, nemo fraudulenter contractare potest, *vid. inf. §. aliquando. 10.* Sed & si cum esset aliena, suam quis esse existimaverit, fur non est, licet in jure, non in facto, erret, *l. sed & si. 25. §. scire. 6. de har. per. §. 2. sup. de usuc.* ex voluntate enim & proposito maleficia æstimantur, *l. qui injuria. 53. h. t.* Denique furtum sine animo & affectu furandi, id est, rem intervertendi domino, non committitur, §. *placuit. 7. inf. eod.* cui non est contrarium, quod Pomponius scribit, eum qui saccum cum pecunia surripuit, furti etiam sacci nomine teneri, quamvis sacci surripiendi animum non habeat, *l. qui saccum. 77. eod.* Nam etsi in hujusmodi specie principale propositum non est, saccum furari: tamen per consequentiam, quo scilicet commodius pecunia auferri queat, etiam saccus animo surripiendi ablati intelligi debet. Illud quoque hic tenendum est, fraudis mentionem etiam ideo fieri, ut discernatur furtum à rapina, actus clandestinus à violento, *κλοπή γάρ ἐστὶ ληστεύουσα & ἀνοχθὶς μάταιη ψίς. Proc. in Partem. Plas.* Nam etsi generali significato & vis fraudem & dolum habet; *l. 2. §. doli vi bon. rapp.* specialiter tamen fraudis appellacione ea injuria significatur, quæ occultè fit & clandestine, cum vis sit aperta: quo pertinet illud Ciceronis, *fraudem vulpecula, vim leonis esse.*

*Lucri faciendi gratia*] Hæc verba causam finalem continent, & præcipue furtum à cæteris maleficiis separant, *l. 8. §. 2. arb. furt. Cas.* Etenim in distinctione delictorum non tam factum consideratur, quam faciendi causa, id est, propositum & intentio delinquentis. Itaque si quis rem alienam contractet, non hoc animo, ut lucrum inde faciat, quamvis sciens, dolo malo, id factum in aliud genus delicti cadit; si contumelie causa, injuria est; si nocendi tantum gratia, damnum, quod vindicatur lege Aquilia, *l. verum. 39. l. qui injuria. 53. h. t. l. 5. §. ult. l. 41. ad leg. Aquil.* A lucri studio, ac proinde 4 de etiam à crimine furti, & ille alienus esse videtur, qui urgente fame esculenta aufert, ut inedia succurrat, *cap. 3. x. de furt. c. 26. de consecrat. dist. 5.* quemadmodum nec illud pro furto habetur, si viator equum, quo vehitur, reficiat & pascat in gramine aut viridi sylva secundum viam, dummodo id faciat sine aliqua vastatione, *lib. 2. feud. tit. de pac. ten. & ejus viol. §. ult.* cui simile est, quod viatori permittit Moses *Deut. c. 23. vers. pen. & ult.* & Plato *8. de legib. add. Covar. in cap. peccatum de reg. jur. in 6. p. 2. §. 1. n. 3. & Grot. 2. de jur. bell. & pac. cap. 2. num. 6. vqj.* Illud sciendum est, 5

ut maxime res contrectetur fraudulentè & lucri faciendè causa, furtum tamen subtili ratione juris non aliter fieri intelligi, quam si sit, qui possideat. Hinc enim est, quod negatur furtum fieri rei hæreditariæ ante aditam hæreditatem, vel post aditam, antequam hæres possideat; nisi res pignori data, aut commodata, aut ususfructus alienus, l. 1. §. Scævola. 15 si quis qui test lib. l. 14. §. si res. 14. l. hæreditaria. 68. cum 2. ll. seqq. hoc tit. l. 2. & l. ultim. expil. hæred. Efficit hoc inquam subtilis juris ratio, quasi non sit, cui fiat. Neque tamen impunè fert, qui hujusmodi rem furripuit; nam præterquam quod ad exhibendum cum eo agi potest, & hæres rem vindicare, tenetur crimine expilatæ hæreditatis, d. l. 2. expil. hæred. Illud ad minuendum furtum non facit, quod quis fortè aliquid in via jacens lucrandi animo fustulit, ignorans cujus sit, l. falsus. 43. §. 4. hoc titul. D. Tuldem comment. hic. cap. 8.

*Vel ipsius rei, vel usus possessionisve*] Hoc est, ea gratia, ut quis lucrum faciat vel totius rei, quam contrectat, vel usus ejus aut possessionis duntaxat: nam ipsa contrectatio tantum corporis est: exempla furti usus rei sunt in §. furtum. 6. possessionis, §. aliquando. 10. inf. l. furtivam. 74. h. t.

6 *Lego naturali prohibitum*] Furtum non ut nuptiæ cum filia aut sorore adoptiva more aut instituto civitatis, sed per se & natura turpe ac flagitiosum est, sicut homicidium, adulterium, aliaque id genus scæda, l. probrum. 42. de verb. sign. ad quod demonstrandum nihil opus est vel auctoritate vel ratiocinatione. Natura ipsa hoc omnium mentibus ingeneravit, nefas esse alteri detrahere sui commodi causâ. Cicero lib. 3. offic. Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus. Quod vero apud quasdam gentes furta licita atque impunita fuerunt, veluti apud Ægyptios & Lacedæmonios, de quibus testatur Gell. lib. 11. cap. 18. id rationem communem non mutat; neque enim aut alterius populi institutis de jure naturæ sive gentium judicandum est: de quo latius disserui sub. tit. 2. lib. 1. Sed nec illi ipsi, quos diximus, Ægyptii aut Lacedæmonii furta simpliciter permiserunt aut probarunt, tanquam rem omnibus & per se licitam. Verum Ægyptiorum legislator, cum existimaret fieri non posse, ut omnes à furto abstinerent, viam quæsiuit, qua domini res sublata statim & sine magno damno recuperarent. Nam qui furtis operam dare vellent, iussit nomen suum profiteri apud furum principem, atque ad eum res surreptas è vestigio referre, quæ deinde dominis ita restituerentur, ut prius taxatione facta, quartam partem pretii earum pro redemptione persolverent, quasi poenam negligentix. Diod. Sicul. lib. 1. biblioth. cap. 18. Lycurgus autem, qui Lacedæmonii leges tulit, non promiscue omnium rerum furta permisit, sed tantum edulium; neque omnibus furari, sed junioribus duntaxat; quos furtim sibi alimenta comparare voluit, ut acuerent industriam, discerentque à pueris, noctu vigilare, interdum fallere, insidias struere, exploratores habere: quoniam deprehensos verberibus cædi jubebat: ita adultos bello utiliores fore existimans, teste Xenophonte lib. de repub. Lacedam.

## T E X T U S.

## Etymologia.

2. *Furtum autem vel à furvo, id est, nigro, dictum est, quod clam & obscure fiat, & plerumque nocte: vel à fraude; vel à ferendo, id est, auferendo: vel à Græco sermone, qui Φῶγες appellant fures. Imo & Græci δὸν & Φέπειν Φῶγες dixerint.*

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

**T** Raditur hic quadruplex furti Etymologia ex l. 1. pr. hoc tit. nimirum quod furtum dictum sit vel à furvo, vel à fraude, vel à ferendo, vel ab antiquo Græco verbo Φῶγ. Prima notatio Labeonem quoque auctorem habet, qui ut Paulus refert in d. l. 1. furtum à furvo, id est, nigro, ideo dictum ait, quod clam & obscure fiat, & plerumque nocte: quod etiam Nonius lib. 1. confirmat auctoritate Varronis, quem scribit furem ex eo dictum tradidisse lib. 14. de rer. div. quod furtum atrum appellaverint, & fures per obscuras noctes atque atras facilius furentur. Servius quoque in lib. 9. Æneid. ad illud Virgillii, *Hic furto servidus instat.* notat, fures ideo dictos, quod furvo, id est, nigro tempore furta committunt. Secundæ auctor est Sabinus, d. l. 1. quæ mihi videtur minus concinna. Tertia, quod à ferendo, id est, auferendo fures dicantur, cum re optimè convenit. Postrema, quod fur à verbo Græco Φῶγ per affinitatem literarum dictus sit, placet Gellio lib. 1. cap. 18. ubi tantum non carpit Varronem, quasi memoria lapsus, quod furem dictum scripsit à furvo.

## T E X T U S.

## Divisio.

3. *Furtorum autem duo sunt genera; manifestum, & nec manifestum. Nam conceptum & oblatum species potius actionis sunt furto coherentes, quam genera furtorum, sicut inferius apparebit. Manifestus fur est, quem Græci ἐπιδραστήριον appellant: nec solum is, qui in ipso furto deprehenditur, sed etiam is, qui eo loco deprehenditur, quo furtum fit: veluti qui in domo furtum fecit & nondum egressus januam deprehensus fuerit: & qui in oliveto olivarum, aut in vineo, uvæ furtum fecit, quamdiu in eo oliveto aut vineo deprehensus fuerit. Imo ulterius furtum manifestum est extendendum, quamdiu eam rem fur tenens visus vel deprehensus fuerit, sive in publico, sive in privato, vel à domino, vel ab alio, antequam eo pervenerit, quo deferre vel deponere destinasset. Sed si pertulit, quo destinavit, tamen deprehendatur cum re furtiva, non est manifestus fur. Nec manifestum furtum quid sit,*

fit, exiis, qua diximus, intelligitur: nam quod manifestum non est, id scilicet nec manifestum est.

NOTÆ.

3. *Quam genera furtorum*] Quamvis Paulus hæc inter genera furtorum referat, lib. 2. *sens.* 31.

COMMENTARIUS.

1. *Genera furtorum, tum qua olim, tum qua secundum praxin hodiernam.*
2. *Furis manifesti descriptio.*
3. *Quid furtum nec manifestum.*

**F**urorum tantum duo sunt genera, manifestum & nec manifestum, l. 2. *eod.* nam, ut hic indicatur, & latius explicatur, §. *seq.* conceptum & oblatum non sunt genera furti, sed species actionis furto coherentes: neque inter duo illa genera reperitur medium; quamvis fieri possit, ut ejusdem rei utrumque furtum committatur, diverso scilicet tempore & actione, l. *vulgariis.* 21. *pr. vers. nam est. eod.* Plane furtum varie subdividi potest; veluti quod aliud sit diurnum, aliud nocturnum; aliud domesticum, aliud non domesticum. Discernuntur & à cæteris furibus abigei, balnearii, sacularii, directarii; atque atrocius extra ordinem puniuntur, *rit. de abig. & de fur. baln.* l. 7. *de extraord. crim.* Peculatores, sacrilegi, plagiarii, puniuntur legibus publicorum judiciorum, §. 9. & 10. *inf. de publ. jud.* Ex praxi Gallix & harum regionum furtum dividitur in simplex & qualificatum. Simplex est, cui nullum aliud crimen aut circumstantia aggravans adhæret. Qualificatum contra *vid. Damhoud. prax. crim. c.* 110. *de furt. Baron. comment. hic. part. alt.*

2. *Manifestus fur est*] Descriptio furis & furti manifesti; ex qua discimus, furem manifestum censerī primum eum, qui in ipso facto seu actu furandi deprehenditur eum etiam, qui deprehenditur in loco, ubi fit furtum: postremo & eum, qui quantumvis locum egressus, deprehenditur cum re furtiva, antequam eam pertulit, quo perferre destinaverat. Desumpta hæc descriptio est ex l. 3. & 2. *seqq. de furt.*

*Ἐπ' αὐτῷ φάρῳ ἀπὸ τῆς φαρᾶς*] Hoc est, *αὐτῷ φαρᾶ*, in ipso furto, *ἢ αὐτῇ τῇ φαρᾶ*, scil. *ἀλόγῳ* deprehensum in admisso Papinianus appellat, l. 8. *de præser. verb.* Paulus de eo, qui cum furto deprehenditur, hoc explicat, d. l. 3. *in pr.* sed plenius Hefychius, *ἢ αὐτῷ φάρῳ*, inquit, *ἢ φανερῶς κερταληφθεῖς*, ἢ *ἢ αὐτῷ τῷ κλίμακῳ ἀρθεῖς ἢ κερταχῶν αὐτῷ*. Usurpatur & de deprehensis in alio quolibet facto aut crimine, ut Novell. Leonis *ἢ ἢ αὐτῷ φάρῳ ἀλόγῳ φάρῳ*.

*Visus vel deprehensus*] Non solum prehensio, sed etiam visio furem manifestum facit, utique cum ad eum comprehendendum accursum est, isque adjecto furto effugit, l. 7. §. 1. & 2. *eod.* Servius in illud Virgilii *Elog.* 3. *Non ego te vidi*: manifesti, inquit, eum furti arguit, dicendo, *vidi*.

*Vel à domino, vel ab alio*] Nihil refert, à quo fur deprehendatur, utrum ab eo, cujus res est, an à vicino, aliove quolibet transeunte, l. 3. §. 1. l. 7. §. *ult. eod.* Itaque quod de procuratore furtum mihi facientem deprehendente proponitur, l. *si quis.* 24. §. 2. *de usur.* id exempli tantum causa prolatum intelligendum est. Neque hac ratione fit, ut alteri per alterum obligatio acquiratur

contra regulam juris, §. 4. & §. *alteri.* 18. *sup. de inut. stip.* nam deprehensio, cujuscuque ea sit, delictum tantum qualificat.

*Nec manifestum furtum quid sit, &c.*] Nec manifestum furtum quid sit, ex manifesti, tanquam contrarium ex contrarii sui definitione, intelligitur, l. 8. *hoc tit.* Sed & aperte illud definitur *verb. proxime præced.* ubi Justinianus ait, eum, qui rem pertulit, quo destinavit, tametsi cum re furtiva deprehendatur, non esse furem manifestum. Quomodo & Jurisconsultus l. 5. §. 1. *eod.* idque sic à Paulo explicatur, l. 4. *eod.* si eo pertulit, quo destinavit eo die manere cum eo furto. Quare etsi postero die iterum rem auferat, & dum alio perfert, deprehendatur, non erit fur manifestus. Belle in hac sententiam Massurius apud Gellium lib. 11. *cap.* 18. *Manifestum*, inquit, *furtum est, quod deprehenditur, cum sit. Faciendi finis est, cum perlatum est, quo ferri cæperat.*

TEXTUS.

De furto concepto, oblato, prohibito, non exhibito.

4. *Conceptum furtum dicitur, cum apud aliquem testibus presentibus furtiva res quasita, & inventa sit: nam in eum propria actio constituta est, quamvis fur non sit; qua appellatur concepti. Oblatum furtum dicitur, cum res furtiva ab aliquo tibi oblata sit, eaque apud te concepta sit; utique si ea mente tibi data fuerit, ut apud te potius, quam apud eum, qui dedit, conciperetur. Nam tibi, apud quem concepta sit, propria adversus eum, qui obtulit, quamvis fur non sit, constituta est actio, qua appellatur oblato. Est etiam prohibiti furti actio adversus eum, qui furtum querere testibus presentibus volentem prohibuerit. Præterea pœna constituitur edicto prætoris per actionem furti non exhibiti adversus eum, qui furtivam rem apud se quasitam & inventam non exhibuit. Sed hæc actiones, scilicet concepti, & oblato, & furti prohibiti, nec von furti non exhibiti, in desuetudinem abierunt. Quum enim requisitio rei furtivæ hodie secundum veterem observationem non fiat, merito ex consequentia etiam præfata actiones ab usu communi recesserunt: quum manifestum sit, quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperint, & celaverint, furti nec manifesti obnoxii sunt.*

COMMENTARIUS.

1. *Vetus inquirendi furti ratio cum lance & licio.*

**C**onceptum furtum, item oblatum, non tam esse genera furti, quam species actionum furto coherentes, didicimus §. *prac.* quamvis Paulus 2. *sens.* 31. & Cajus 2. *Inst.* 11. etiam hæc inter genera furtorum numerent.

merent. Idemque habendum de duobus reliquis, quorum hic fit mentio, prohibito scilicet, & non exhibito.

*Furtiva res quaesita & inventa*] Is, apud quem testibus adhibitis res quaesita & inventa erat, quamvis fur non esset, tenebatur actione furti concepti. Paulus *d. loc. Concepti*, inquit, *actio is tenetur, apud quem furtum quaesitum & inventum est*. Item, *Concepti is agere potest, qui rem concepti & invenit*.

*Propria actio constituta*] In triplum, ut testatur Gellius *lib. 11. cap. 18.* ubi scribit, ea furta, quae per lancem & licium concepta essent, perinde ac si manifesta forent, duodecim tabulis vindicata: post vero tripli poenam ordinario jure constitutam.

*Oblatum furtum*] Oblati furti is tenebatur, sive fur, sive alius quis, qui rem furtivam alii obtulerat, ne apud se deprehenderetur, atque ita poenae turpitudinem effugeret. Hicci, apud quem res concepta erat, propria adversus eum, qui obtulerat, actio dabatur, quae dicebatur oblati; cujus vis in triplum item erat, ut testatur Gellius & Paulus iisdem locis.

*Prohibiti furti actio*] Prohibiti furti actione tenebatur, qui furtum apud se testibus praesentibus investigari prohibebat. Furti non exhibiti, qui rem furtivam apud se quaesitam & inventam non exhibebat. Utraque igitur haec actio pendebat ex furto concepto.

*In desuetudinem abiit*] Quatuor superiores actionum species tempore Justiniani dudum obsoleverant, & ideo nullam earum mentionem in Pandectis fieri voluit.

*Requisitio rei furtiva secundum veterem observationem*] Ratio inquirendi furti cum lance & licio vetustissima est, utpote ex lege duodecim tabularum, teste Gellio *d. loc. & lib. 16. cap. 10.* Ex Festo autem discimus, lance & licio apud antiquos dici, quod qui furtum ibat quaerere in domo aliena, licio cinctus intrabat, lancemque ante oculos tenebat propter matrumfam. aut virginum praesentiam. Quod sumptum videtur ab institutis Atheniensium. Nam & Plato *lib. 12. de legibus*, sic scribit; *φωγὸν δ' ἀν' ἰδίᾳ πρὸς παρ' ὀπῶν, γυμνὸς δ' ἄρτυλον ἔχων ἄζυτον, &c. ἔτω φωγόν*. Id est, si quis furtum apud quempiam velit quaerere, is id faciat nudus aut licium habens, & discinctus. Nudi zedes suspectas ingrediebantur, amicti tantum simplici cinetulo, quod hic veteres licium vocant, ne quid forte vestibus conditum inferrent, dominoque aedium falsum crimen objectare possent. Hanc autem furti investigandi rationem jam suo tempore sublatam fuisse, refert Gellius *d. cap. 10.* ut verisimile sit, in locum ejus successisse, quod hic scribit Justinianus, ut testibus adhibitibus furtum in domo aliena quaereretur: quod tamen & ipsum, ut durum atque inhumanum, quoniam hoc modo secreta cujusque hominum nimis curiositati panduntur, postea exoleverit.

*Furti nec manifesti obnoxii sunt*] Quid si rei criminis plene convinci non possint, adsint autem non levia suspectae & celatae rei furtivae indicia? Admittetur hodieque ejus rei inquisitio in aedibus alienis, sed auctoritate publica, missis executoribus justitiae, non eo, cui furtum factum dicitur. *D. Talden. comm. hic. cap. 13. post DD. commentum.*

## TEXTUS.

## Pœna.

5. *Pœna manifesti furti quadrupli est, tam ex servi, quam ex liberi persona: nec manifesti, dupli.*

## NOTA.

5. *Tam ex servi, quam ex liberi*] Hoc dicit respiciens ad poenam furti manifesti ex lege 12. tab. qua servi è saxo praecipitabantur; liberi verberibus caesi addicebantur ei, cui furtum factum esset, *Gell. 11. cap. 18.* Praetores autem id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta distinctione inter liberos & servos, convenit *cap. 3. Exod. c. 5. Deut.*

## COMMENTARIUS.

1. *Furta varia multata, etiam apud Romanos, à decemviris, à praetoribus. C. n. 5.*
2. *Procedente tempore etiam criminaliter furti agi coeptum: & tandem civiliter agi desitum.*
3. *Qua furti poena ex constitutionibus Frederici & Caroli Imp. & quomodo nunc fere fures placantur.*
4. *Ostenditur, non pugnare cum justitia attributrice, quod fures interdum etiam morte afficiantur.*

Pœna furti nec una apud omnes, nec eadem semper apud Romanos fuit. Nam alii poena pecuniaria tantum, alii flagellatione, alii fustigatione, alii effossione oculorum, aut alicujus membri amputatione, alii gravius etiam, adeoque morte furta multarunt, *vid. Alex. ab Alex. 6. genial. diar. 10. Bodin. 6. de repub. 6.* Decemviri fures manifestos verberibus affectos in servitutem tradi jusserunt ei, cui furtum factum esset: servos furti manifesti presos caedi, & è saxo praecipitari; furtis autem non manifestis tantum pecuniariam poenam dupli imposuerunt: quorum in altero severitatem Draconis, qui furta omnia capite plecebat, in altero Solornis lenitatem, qui ea dupli tantum poena vindicabat, secuti videntur. *Gell. lib. 11. cap. 18.* Cæterum praetoribus poena illa furti manifesti adhuc nimis acerba visa fuit: itaque eam in pecuniariam quadrupli mutaverunt: dupli in fures non manifestos intactam reliquerunt. Procedente vero tempore etiam criminaliter furti agi coeptum est, & vindictæ publicæ causa extraordinaria animadversione fures coerceri, poenam statuentem iudice pro qualitate circumstantiarum: eaque persecutio criminis jam tempore mediæ jurisprudentiæ frequentiore in usu erat, quam actio furti civilis, *l. ult. hoc tit.* Moderamen autem attulit Justinianus novissima sanctione, qua cavet, ne pro furto vel mors, vel ullius membri abscissio infligatur; sed ut aliter fures castigentur, puta poena pecuniaria, vel exilio, vel simili, quam constitutione sua non excepit. *Nov. 134. cap. ult. a. ut. sed novo. C. de serv. fugis.* Posterioribus vero sæculis civilis furti actio, poenæque pecuniariæ, quæ ei, cui res ablata erat, applicabantur, in totum abolitæ sunt. Cæterum severius furta vindicari placuit, propter crescentem hominum audaciam furorumque frequentiam, ad quæ coercenda poenæ antiquæ jam non amplius sufficere videbantur. Extat Frederici Imperatoris constitutio *lib. 2. Fund. tit. de pacif. ten. & ejus viol.* qua jubet eum, qui



qui quinque solidos aut rem ejusdem valoris furatus fuerit, laqueo suspendi, cum vero, qui minus furtum commiserit, scopis & forcipe excoriari & tundi, sive, ut Hotomannus legit, tonderi, §. ult. *dist. tit. eamque poenam idem Imperator confirmare videtur eod. lib. Fond. tit. de pac. ten. inter subdit. §. injuria seu furtum.* Quod autem plerique Fredericum loqui putant non de simplici furto, sed seditioso, id est, eo, cum quo concurrat & crimen violatæ pacis, argum. rubricæ. vid. *Luz. Gomez. ad §. ex maleficio. 18. num. 3. 4. & 5. inf. de act. Clar. §. furtum. n. 7. Schneid. in §. ult. hoc tit. num. 6.* id vix confutatione dignum videtur. Quid enim postremo habet furtum cum violatione pacis? Sed & violatio pacis publicæ per se crimen capitale est, neque in eo locum habet distinctio, quam Fredericus facit. Recentior est constitutio Caroli Quinti, qua cavetur, ut fures, præsertim non manifesti, neque magnæ rei, & semel duntaxat furti convicti, lenius, iterum & tertio convicti gravius & capite puniantur; habita tamen ratione sexus, ætatis, &c. *art. 157. & seqq. const. imp. caus. crim.* Atque hanc Caroli Imperatoris constitutionem mores hodierni fere sequuntur. Prima enim vice nunc virgis fures cædi solent: iterum patrato facinore acrius castigantur, atque insuper tergis eorum stigma inuritur, ut hoc sit eis cauterium emendatoris vitæ: denique tertio convicti, in patibulum attolluntur, ut vitam, quæ flagris, aut alia etiam graviore coercitione emendari non potuit, restituant. Qui tamen ordo animadversionis nonnunquam mutatur, circumstantiis judicem aliter moventibus. *Gomez. ad d. §. ex maleficio, num. 4. Cbassan. ad consuet. Burg. rubr. 1. §. 5. vers. simplex. num. 2. Clar. d. §. furtum. num. 12. Covar. 2. resol. 9. num. 7. & 10. num. 2. Dambond. prax. crim. cap. 110. num. 28. & seq. Gudelin. 5. de jur. nov. 19.* Privatis tantum relicta est ejus, quod surreptum est, judicio civili persequendi facultas. Sunt, qui hæc poenas, præsertim capitalem illam laquei, ut duras nimis, & proportionem poenæ ad delictum longe excedentes, in totum damnant, negantque, justitiæ attributricis rationem pati, ut puniatur morte, qui in rebus duntaxat externis alteri nocuit, maxime cum etiam lex divina Hebræis per Moysen data non majore poena, quam pecuniaria, fures plecti jubet *Exod. cap. 22.* Verum respondent alii, nos legibus poenalibus Mosaicis, utpote politicis, non teneri, utique quoad gradus poenarum observandos, quibus delicta coercerantur: satis esse si leges nostræ congruant ad hanc regulam, ut maleficia puniantur; gradus poenarum permittendos esse legum conditoribus: quibus proinde fas sit, severius delicta punire, atque ea quoque, per quæ fortunæ tantum bonis nocetur, capite plectere, si viderint publice id expedire, neque mitiore ratione cives à flagitio deterreri posse. Illam vero proportionem, quæ debeat esse culpam inter & poenam, non spectare absolute & nude materiam delicti, sed habere respectum ad hunc finem, ut in quieto sit vita communis, & imperturbata maneat civium inter se societas. Quare si talis sit poena, cujus metu cives à delinquendo non videantur revocari posse, eam proportionatam non esse, quamvis alias per se & ratione damni, quod illatum est, satis sit gravis. Neque enim proportionem hanc exigere, ut materia poenæ examulsum respondeat materię culpæ, hoc est, ut bonum, quo poena privat, neutiquam excedat

bonum illud, quo delinquens privavit proximum suum: sed æstimandum esse ex fine, publico scilicet bono, & transgressione legis atque inobedientia. Idque etiam Aristotelem docere 2. *polis. cap. ult.* ubi ait, legislatores in puniendis delictis sæpe respicere *αὐτῶν τὸ συμφέρον*, id est, ad id, quod publice expedit. Et intellexisse Claudium Saturninum in *l. aut facta. 16. in fin. de poen.* ubi scribit supplicia exacerbari oportere, quoties nimium multis grassantibus exemplo opus est: in quam sententiam etiam differit Cæcilius apud Gell. *lib. 20. cap. 1.* ubi ait, acerbiter ulciscendi maleficio plerumque bene atque caute vivendi esse disciplinam. Postremo neque furta quælibet hodie morte puniri, sed ea duntaxat, quæ vel enormia sunt, aut conjuncta cum vi publica, vel quæ sæpius perpetrata leviori animadversione corrigi non potuerunt. *Covar. 2. resol. 9. n. 7. Dan. Moll. 1. semestr. 37. num. 5. & seq. Wesemb. par. de fur. in fin. latè Lud. Molin. de just. & jur. tom. 3. tract. disp. 2. Perez. in C. de furt. n. 15. & seqq.*

*Tam ex servi, quam ex liberi persona*] Respicere videtur ad poenam furti manifesti ex lege 12. tabularum. Nam ea pro conditione personæ ejus, qui furtum fecisset, diversa erat; servi è saxo præcipitabantur; liberi verberibus cæsi addicebantur ei, cui furtum factum esset, ut ex Gellio supra retulimus. At prætores mutata legis poena, & pecuniaria quadrupli furto manifesto imposita, id furtum quadruplo lui voluerunt, nulla facta distinctione inter liberos & servos; ut scilicet nomine servi furis manifesti dominum poenali in quadruplum actione convenire liceret, non quidem pure & directe, ut homo liber convenitur ex maleficio proprio, sed judicio noxali, *inf. tit. de nox. act.* Quod si quis furti à servo commissi criminaliter agere velit, ipse servus conveniendus est.

## T E X T U S.

Quomodo furtum fit; De contrectatione.

*6. Furtum autem fit, non solum cum quis interceptiendi causa rem alienam amovet: sed generaliter cum quis alienam rem invito domino contrectat. Itaque sive creditor pignore, sive is, apud quem res deposita est, ea re utatur; sive is, qui rem utendam accepit, in alium usum eam transferat, quam cujus gratia ei data est, furtum committit: veluti si quis argentum utendum acceperit, quasi amicos ad cœnam invitaturus, & id peregre secum tulerit: aut si quis equum gestandi causa commodatum sibi, longius aliquo duxerit: quod veteres scripserunt de eo, qui in aciem equum perduxisset.*

## N O T E.

*6. In alium usum transferat*] Vel etiam alii utendum concedat. Species enim lucri est ex alieno largiri, & beneficii sibi debitorem acquirere, *d. l. 54. §. 1.*

*Qui in aciem*] Cujacio legendum videretur, *Qui in Ariciam acceptum equum longius perduxisset*, ex Valerio

rio & Symmacho. *dd. loc.* quanquam constans est hæc lectio, in *aciem*. Theoph. *εις πνεύματι*.

## COMMENTARIUS.

I. Quid moribus horum temporum circa hunc §. observetur.

**F**urtum fieri intelligitur non tantum si quis rem alienam clam domino amoveat, ipsius rei intervertentæ causa; verum etiam si quis id faciat, solius usus rei in lucrum suum transferendi gratia; adeoque non amovendo tantum, sed etiam aliter contrectando furtum committitur, nempe si quis ea re, quam voluntate domini apud se habet, non ex voluntate domini utatur. In summa, ut Sabinus ait apud Gellium *lib. 11. c. 18.* *Qui alienam rem attrectavit, cum id se invito domino facere judicare deberet, furti tenetur.*

*Si creditor pignore, &c.* Pignus non ad utilitatem, sed ad securitatem datur, §. *ult. sup. quib. mod. re contr. obl. depositum* custodiæ causa, non usus, *tor. tit. depos.* Itaque si creditor pignore, is apud quem res deposita est, ea re utatur, furtum committi intelligitur. Idem est, si commodatarius in alium usum, quam in quem accepit, rem commodatam transferat; & magis idem, si quis pecuniam, quam ad alium perferendam accepit, convertat in usus suos, *l. qui jumenta. 40. l. si pignore. 54. l. qui re. 76. hoc tit. l. 7. C. eod.* Sed & eum, qui quid utendum accepit, si id alii commodaverit, furti obligari traditum est; nec quem movere debere, quasi hic nihil lucri sui causa faciat: speciem enim lucri esse ex alieno largiri & beneficii sibi debitorem acquirere. Unde eum quoque furti teneri, qui ideo rem amovet, ut alii donet, *d. l. si pignore. §. 1.*

*Veluti si quis argentum, &c. aut equum gestandi causa* *l. 5. §. quoniam. 8. commod. d. l. 40. hoc tit. Gell. lib. 7. c. 15.* Memorabile est, quod refert Val. Max. *lib. 8. cap. 2.* & Symmach. *7. epist. 69.* furti quendam damnatum esse, quod equo, cujus usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus esset. Quod tamen mihi perquam durum videtur: neque puto criminaliter ex hujusmodi causis agi potuisse. Sane pœna corporalis, qua nunc fures afficiuntur, tantum locum habet in amotione rei è loco, in quo dominus eam posuerat, non etiam cum alias ignorante domino contrectata est, puta à creditore, aut depositario, pignore aut re deposita utentibus, aut à commodatario excedente præscriptum utendi modum. Excipit D. Tuldenus *comm. hic. cap. 2.* fraudem publici tabularii: & merito. Moribus horum temporum creditor aut depositarius re pignerata aut deposita utentes, aut commodatarius re commodata aliter, quam utendam accepit, furti actione, quæ soli fisco nunc competit, non tenentur, sed tantummodo actione civili in id, quod ejus, qui pignori dedit, deposuit, aut commodavit; interest, id factum non esse. *Zypa. not. jur. Belg. de furt. vers. pen. Autumn. confer. du droit. in l. qui jumenta. 40. hoc tit. Greenew. de ll. abrog. hic.*

## TEXTUS.

De affectu furandi.

7. Placuit tamen, eos, qui rebus commoda-

is aliter userentur, quam utendas acceperint; ita furtum committere, si se intelligant id invito domino facere; eumque, si intellexisset, non permissurum: at si permissurum credant, extra crimen videri: optima sane distinctione; quia furtum sine affectu furandi non committitur.

## NOTA.

7. *Sino affectu furandi* *l. 37. de usuc.* Furtum non committitur *χρεις κακῆς αἰτίας*, Pfell. cum facto etiam animo furis exigit, *l. 41. ad leg. Aq.* nec tam factum queritur, quam faciendi causa, *l. 39. eod.* Nam maleficia ex proposito delinquentis æstimantur, *l. 53. eod.*

## COMMENTARIUS.

1. Species quadam notabilis.

**C**um furtum sine animo & affectu furandi, *χρεις κακῆς αἰτίας*, non committatur, *l. furtum. 37. de usuc.* neque tam factum queratur, quam faciendi causa: *l. verum est. 39. hoc tit.* recte dictum est eum, qui putavit se voluntate domini rem attingere, non esse furem. Quid enim dolo facit, qui putat dominum consenturum fuisse, sive falso id, sive vere putet? Is ergo solus fur est, qui attrectavit, quod invito domino se facere scivit, *l. inter omnes. 46. §. recte. 7. eod.*

*Rebus commodatis aliter userentur* Idem est, si quis utatur re, quæ utenda quidem data non est, sed custodiæ aut pignoris causa tradita, existimans se id facere domino non invito, *l. qui re. 76. eod.* Sed quid dicendum, si quis rem aliquam usus sui causa ex ædibus alienis amoverit hoc obtenu, quod dicat se putasse dominum id permissurum fuisse? Equidem si vir sit integræ famæ, & justam causam hujus opinionionis habeat, puta quæ mutua amicitia, necessitudine, familiaritate nitatur, dixerim nec hunc furem habendum esse, cum *Joan. Fab. & Ang. hic.* per text. generalem in *d. l. inter. 46. §. recte. hoc tit.* alias suspicione furti & gravi præsumptione onerabitur, *arg. l. qui vas. 48. §. 3. eod.* Nam ut recte ait Bald. in *l. 6. C. de dol.* in his, quæ sunt de genere prohibitorum, semper dolus præsumitur. Quæ sententia etiam communi calculo comprobata est, in *l. 5. C. de injur.* Et ideo ne domini quidem attestatio, profitentis consensu suo rem amotam esse, furem liberabit, utpote quæ pretio aut precibus emendicata creditur, nisi accedant idoneæ in contrarium conjecturæ. Cæterum hoc tunc locum habet, cum furti criminaliter agitur: nam privatam sui juris persecutionem unusquisque remittere potest. Ita post *Bart. in d. l. inter. §. recte. hoc tit. & DD. in l. transigere. C. de transact.* concludit Gomez. *3. resol. 5. v. 2.*

## TEXTUS.

De voluntate Domini.

8. *Sed & si credat aliquis invito domino se rem commodatam sibi contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri. Unde illud questum est, quum Titius servum Mavii soli-*

solicitatoris, ut quasdam res domino surriperet, & ad eum perferret, & servus id ad dominum pertulerit: Mavus autem dum vult Titium in ipso delicto deprehendere, permiserit servo quasdam res ad eum perferre; utrum furti, an servi corrupti iudicio teneatur Titius, an neutro? Et cum nobis super hac dubitatione suggestum est, & antiquorum prudentium super hoc alterationes perspeximus, quibusdam neque furti, neque servi corrupti actionem præstantibus, quibusdam furti tantummodo: nos huiusmodi calliditati obviam euntes, per nostram constitutionem sancimus, non solum furti actionem, sed & servi corrupti contra eum dari. Licet enim is servus deterior à solicitatore minime factus est, & ideo non concurrant regula, quæ servi corrupti actionem introducunt: tamen consilium corruptoris ad perniciem probitatis servi introductum est, ut sit ei pœnalis actio imposita, tanquam si re ipsa fuisset servus corruptus: ne ex huiusmodi impunitate & in alium servum, qui facile posset corrumpi, tale facinus à quibusdam perpetraretur.

NOTA.

8. Si credat invito, &c. domino autem volente] Pomponius l. 46. §. pen. eod. ait furtum quidem fieri: sed negat hoc casu furti agi posse; quia dominus in usum contentiens re ipsa fraudatus non est, arg. l. 145. de reg. jur.

Neque servi corrupti] Quippe quæ ei tantum à prætorè proponitur, cuius servus persuasione alterius corruptus est, l. 1. de serv. corrupt. quod hic factum non est.

Per nostram decisionem] l. 20. de fart. ubi vel conatum tam improbum sollicitatoris vult puniri, proque furto & corruptione haberi.

Tanquam si re ipsa, &c. corruptus] Si autem servus re ipsa corruptus fuisset, in duplum, quanti ea res est, in corruptorem iudicium daretur, l. 1. de serv. corrupt.

COMMENTARIUS.

1. Eum, qui rem alienam, licet insuper habente domino, fraudulenter contrectat, revera furtum facere: furti tamen non obligari.
2. Cur dubitatum, utrum sollicitator servi in hypothesi proposita actione furti aut servi corrupti teneretur, necne.

Quod hic ait Justinianus furtum non fieri, etiamsi quis credat se rem invito domino attrectare, cum id faciat domino volente, id non de facto ipso, sed de pœna facti accipiendum est, videlicet in proposito non eo effectu furtum committi, ut is, qui contrectavit, pœnali actione furti teneatur. Neque enim negari po-

test, quin revera furtum faciat, & peccato conscientiam obstringat, qui rem alienam lucri sui causa fraudulenter contrectat, etiamsi illo ignorante dominus id insuper habeat. Quod & Pomponius fateretur l. inter. 46. §. pen. hoc. tit. Cæterum negat eum hoc casu furti obligari, id est, furti cum eo agi in foro civili posse: quoniam dominus, qui eum uti voluerit, etiamsi id fur ignoret, re ipsa fraudatus non sit, arg. l. memo. 145. de reg. jur. Sunt vero & alii casus, quibus licet furtum committatur, actio tamen furti certis de causis à magistratu denegatur, vid. l. 1. in fin. rer. amov. l. servi. 17. l. si libertus. 89. hoc. tit. §. hi qui. 12. inf. eod.

Unde illud quaesitum, &c.] Quoniam placet, furti non obligari eum, qui rem alienam contrectat, si id faciat domino volente, licet hoc ipse ignoret, quaesitum inde est, an furti teneatur, qui servum alienum sollicitavit, ut res aliquas domino surriperet, & ad se perferret, si dominus per servum ejus rei certior factus permiserit servo res quasdam ad sollicitatorem perferre, quo eum in delicto deprehendat. Quibusdam visum est furti actionem non magis hoc casu competere, quam superiore: quia cui volenti furtum factum est, furti agere non potest. Aliis vero contra; quoniam voluntas ista non seria fuit, sed simulata, ut fur deprehenderetur. Simul illud quoque quaesitum, an suavor iste seu sollicitator in proposita hypothesi teneatur actione servi corrupti, quæ in duplum quanti ea res est, à prætorè proponitur adversus eum, cujus persuasione servus corruptus aut deterior factus est, l. 1. de serv. corrupt. Veteribus placuit non teneri, quia prætor de eo tantum loquitur, à quo servus persuasus & corruptus est: in proposito autem suavis quidem sollicitatorem, pravumque consilium servo dedisse; at non persuasisse & fecisse deteriorem; proinde nec esse, quod hic æstimari & duplari possit. Cæterum Justinianus l. si quis. 20. C. hoc. tit. non attenda disputatione veterum censuit, vel conatum tam improbum sollicitatoris puniendum esse, proque furto & corruptione habendum: nam etsi is conatus revera effectum non habuit, habuisse tamen opinione perniciosi suavoris, atque esse rem pessimi exempli; ut hic, & d. l. 20. latius differit. Quantum igitur hoc casu iudicio servi corrupti postulabitur? Quantum scilicet deberetur, si revera servus corruptus fuisset.

TEXTUS.

Quarum rerum furtum fit. De liberis hominibus.

9. Interdum etiam liberorum hominum furtum fit; veluti si quis liberorum nostrorum, qui in potestate nostra sunt, subreptus fuerit.

COMMENTARIUS.

SI filiusfam. subreptus sit, palam est, patrem habere furti actionem, inquit Ulp. l. 14. §. si filiusfam. hoc. tit. Cujus rei ratio ex jure antiquo Quiritium sumenda est, quo filius instar servi in patris manu, potestate, ac ditione erat: unde etiam liberi, qui in potestate sunt, vindicari potuerunt, hac adjecta clausula, Ex lego Quiritium. l. 1. §. 2. de rei vind. Ob furtum igitur filiusfam. tripliciter agi poterit. Iudicio criminali extra ordinem,

Qqqq l. ult.

*l. ult. hoc tit.* iudicio publico legis Fabiæ de plagiariis, *l. ult. C. ad leg. Fab. de plag.* & civiliter in duplum aut quadruplum. Quoniam autem in libero homine nulla æstimatio corporis fieri potest, *l. 1. §. sed cum. 5. de his qui effud.* multiplicabitur hic secundum interpp. id quod patris intererit. Mater filii surrepti actionem non habet, quia nec in potestate eum habet, *l. mater. 38. hoc tit.* Sed nec patri datur conditio, utpote quæ non nisi vero domino competit, *l. 38. §. 1.*

## TEXTUS.

## De re propria.

10. *Aliquando etiam sue rei furtum quis committit; veluti si debitor rem, quam creditori pignoris causa dedit, subtraxerit.*

## NOTÆ.

10. *Quam creditori pignoris causa* ] *l. 12. §. 2. d. l. 19. §. pen. l. 79. de furt.* Minus autem proprie hic dicitur debitor rei suæ furtum facere, cum eatenus tantum faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertit. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. *Paul. 2. sent. 31. Aristot. 5. Est. ult.*

## COMMENTARIUS.

**Q**ui rem pignori dat, eamque surripit, furti actione creditori tenetur, *l. itaque. 12. §. 2. l. in actione. 19. §. pen. l. si debitor. 79. l. creditor. 87. hoc tit.* Furtum autem rei pignoratæ dominus non tantum tunc facere videtur, cum possidenti five tenenti creditori aufert; verum & si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta si rem pignoratam vendidit: nam & hic furtum eum facere, sæpissime responsum est, *d. l. in actione. 19. §. ult. l. si is qui. 66. in pr. eod. l. 6. C. pro empt.* Cæterum minus proprie hic dicitur debitor rei suæ furtum facere, cum eatenus tantum faciat, quatenus id, quod in ea re creditoris est, intervertere conatur. Rei enim nostræ furtum facere non possumus. *Paul. 2. sent. 21. Aristot. 5. est. ult.* Neque hæc species ad rigorem nostri temporis pertinet.

## TEXTUS.

Qui tenentur furti. De eo cuius ope, consilio, furtum factum est.

11. *Interdum quoque furti tenetur, qui ipse furtum non fecit: qualis est is, cuius ope & consilio furtum factum est. In quo numero est, qui tibi nummos excussit, ut alius eos raperet; aut tibi obstiterit, ut alius rem tuam acciperet; aut oves tuas, vel boves fugaverit, ut alius eas acciperet. Et hoc veteres scripserunt de eo, qui panno rubro fugavit armentum. Sed si quid eorum per lasciviam, & non data opera, ut furtum admitteretur, factum est, in factum actio dari debet. At ubi ope Mevii Titius furtum fecerit, ambo furti tenentur. Ope & consilio ejus*

*quoque furtum admitti videtur, qui scalas forte fenestris supponit, aut ipsas fenestras vel ostium effringit, ut alius furtum faceret; quive ferramenta ad effringendum, aut scalas, ut fenestris supponerentur, commodaverit, sciens, cuius rei gratia commodaverit. Certe qui nullam opem ad furtum faciendum adhibuit, sed tantum consilium dedit, atque hortatus est ad furtum faciendum, non tenetur furti.*

## NOTÆ.

11. *Ut alius eos raperet*] Dummodo & rapuerit: nam si nummi perierint, & ad neminem pervenerint, damni injuriz actio datur, *d. l. 27. §. 21. ad leg. Aq.*  
*In factum actio dari debet*] *d. l. 50. §. ult. prætoris scil. aut si pecora præcipitata sunt, in factum civilis, five utilis actio damni injuriz quasi ex lege Aquilia, d. l. 27. §. 21. ad leg. Aq. l. 51. de furt.*

*Vel ipsas Fenestras, &c.*] *l. 50. §. pen. l. 54. §. pen. eod.*

## COMMENTARIUS.

1. *Verba ope & consilio, separatimne accipienda, an conjunctim.*
2. *Explicatur homonymia verbi consilium, & effectus secundum singula significata indicantur. & n. 3.*

**N**onnumquam & ille furti tenetur, qui ipse furtum non fecit, id est, rem ipse non contrectavit; veluti is, cuius ope, consilio, furtum factum est; in quem prodita est hæc formula, *ope, consilio tuo, furtum factum esse ajo, l. si servus. 27. §. si quis. 21. ad leg. Aquil.* Illud satis expeditum non est, verba hæc, *ope, consilio,* separatim accipienda sint, an conjunctim. Nam Paulus respondet separatim accipienda; idque convenienter sententiz Labeonis, quod aliud sit factum ejus, qui ope, aliud ejus, qui consilio furtum facit, *l. sape. 53. §. ult. de verb. sign.* Idem quoque Ulpianus non obscure indicat *l. si quis. 52. in pr. & §. neque verba. 19. hoc tit.* ibi, *opem ferre, vel consilium dare.* Et clarius in *l. 6. de cond. furt.* qui etiam alibi hæc sic distinguit, *Consilium, inquit, dare videtur, qui persuadet & impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum. Opem fert, qui ministerium atque adjutorium ad surripiendas res præbet, l. in furti. 50. §. pen. hoc tit.* Secundum quæ actione furti tenebitur non solum cuius ope & consilio simul furtum factum est; sed etiam is, qui vel consilium tantum dedit, vel tantum opem tulit, *d. l. 6. de cond. furt.* Verum ex adverso conjunctim potius utrumque factum accipiendum esse, neque alterum absque altero furti contempnam obstringere, multis locis significari videtur, uti in *l. qui servo. 36. in fin. pr. l. in furti. 50. §. 1. hoc tit. l. si servus. 27. §. si quis. 21. ad leg. Aquil.* atque ab ipso adeo Paulo in *d. l. sape. 53. §. ult. de verb. sign.* cum ait, post veterum auctoritatem eo perventum esse, ut nemo ope videatur fecisse, nisi & consilium malignum habuerit, nec consilium habuisse nocere, nisi & factum secutum fuerit. Denique hoc ipso loco in calce §. nostri, ait Imperator, furti non teneri eum, qui tantum consilium dedit atque hortatus est ad furtum faciendum. Sic sentio, utrumque factum seorsum ad obligationem furti sufficere, vel inquam consilium dare, vel opem ferre: neque

neque enim ex eo, quod hæc verba, *ope, consilio*, sæpe conjunctim proponuntur, aut in hypothesi utrumque factum concurrat, protinus sequitur, furti non aliter agi posse, quam si utrumque concurrat: neque ea aut Pauli in *d. l. sape*, aut Justiniani hoc §. sententia est, ut planum fiet explicata homonymia, quæ est in verbo *consilium*. Triplex vero hujus verbi in re proposita usus est. Nam aliquando generaliter verbo consilii significatur malitiosum propositum seu animus dolosus: quo sensu nemo dici potest ope furtum facere sine consilio, *l. in furti. 50. §. 2. l. si pignore. 54. §. pen. hoc tit.* verbi gratia, qui furi scalas commodavit, ignorans cujus rei gratia commodato peteretur, furti non tenetur: atque hoc est, quod sibi vult Jurisconsultus *d. l. sape. in fin. de verb. sign.* Nonnunquam consilium usurpatur pro simplici suasionem seu monitione, veluti si quis de pauperitate conquerentem hortetur, ut furto sibi pecuniam quærat: cujusmodi simplex consilium furti neminem obligat, quantumvis furtum secutum sit: quod significat Justinianus in fine hujus text. Tertio consilium strictius accipitur, ut sit idem quod persuasio, impulsio, simulque instructio ad furtum faciendum; quale est, exempli causa, si quis furi rationem penetrandi in ædes, locumve, ubi pecunia reposita est, commonestret; in quo significato consilium opponitur operæ, quæ actum proximè ad furtum directum, auxiliiumque, quod in ipso furto præstatur, designat, *d. l. in furti. §. pen.* Hæc consilii species, etsi nullum porro ministerium seu opera accedat, consulentem obligat; utique si alter consilium datum secutus furtum commiserit: nam si ille relicto consilio à furto abstinuerit, verius est, nec eum, qui tale consilium dedit, furti obstringi, *arg. l. qui ser. vo. 36. pr. l. si quis. 52. §. neque. 19. h. t. d. l. sape. §. 1. in fin. de verb. sign.* quo loco, quod notandum est, Jurisconsultus primum voce consilii intelligit malignum propositum & scientiam opem ferentis, mox persuasivam atque instructionem ad furtum faciendum; uti & in *pr. ejusd. §. 1.*

*Qui tibi nummos excussit, &c.] l. si quis. 52. §. si quis. 13. hoc tit.* Sabinus hoc casum etiam in factum dari posse actionem ait, *l. si servus. 27. §. si quis. 21. ad leg. Aquil.* Idem Sabinus apud Gellium *lib. 11. c. 18.* refert, furem esse hominis judicatum, qui cum fugitivus præter oculos domini fortè iret, obtentu togæ, tanquam se amiciens, ne videretur à domino, obstitisset.

*Qui panno rubro] l. in furti. 50. §. ult. hoc t.* Tauros & boves rubicundi coloris ad spectum excitari & furorem eis acui, scribit Seneca *lib. 3. de ira.* Ovid. *12. Metam.* eoque alludit Cicero *lib. 2. de divin.* cum quærit, an taurus is, cujus cor in sacrificio non erat inventum, conspecta Cæsaris purpura sic expaverit, & terrore exanimatus sit, ut repente cor amiserit.

*Per lasciviam] Si quis non furti faciendi causa, sed per petulantiam quid eorum, quæ dicta sunt fecerit, non actione furti, sed in factum tenetur, d. l. in furti. §. ult.* Quod si res ita perierit, ne ad aliquem perveniret, utilis actio damni injuriæ quasi ex lege Aquilia datur: neque hic distinguitur, furti faciendi animo, an per lasciviam quid factum fuerit, *l. si servus. 27. §. si quis. 21. ad leg. Aquil. l. nam & 51. hoc tit.*

*Qui scalas fenestris supposuit] Qui vel ostium effregit, vel ferramenta sciens commodaverit ad effran-*

gendum ostium vel armarium, vel scalam supposuerit, vel sciens commodaverit ad ascendendum, licet nullum ejus consilium principaliter ad furtum faciendum intervenerit, tamen furti actione tenetur, *l. si pignore. 54. §. pen. hoc tit.*

*Tantum consilium dedit atque hortatus est] Quod ante diximus, ob simplex consilium aut hortationem ad furtum faciendum furti actionem non dari, etiam si furtum secutum fuerit, id verum esse, perspicuè ostendit hic noster textus: quem proinde malè nonnulli sic limitant, nisi furtum fuerit secutum: nam si furtum secutum non sit, nec is, qui furem consilio instruxit, aut instrumenta ad furtum faciendum sciens commodavit, furti tenetur: quippe ubi nulla contractatio intervenit, furtum intelligi non potest. Hodie in universum mitius, quam fures, puniuntur, quorum ope, consilio, furtum factum est. Neque enim in caput aut corpus eorum sævitur, nisi in ipso actu furandi auxilium furibus præstiterint, ut hic docent interpretes.*

TEXTUS.

De his qui sunt in potestate. Et de ope ac consilio extranei.

*12. Hi, qui in parentum, vel dominorum potestate sunt, si rem eis surripiunt, furtum quidem faciunt, & res in furtivam causam cadit, nec ob id ab ullo usucapi potest, antequam in domini potestatem revertatur: sed furti actio non nascitur; quia nec ex alia ulla causa potest inter eos actio nasci. Si vero ope & consilio alterius furtum factum fuerit, quia utique furtum committitur, convenienter ille furti tenetur: quia verum est, ope & consilio ejus furtum factum esse.*

NOTÆ.

*12. Sed furti actio non nascitur] Quia pater & dominus privatæ animadversionis jus habent, l. 17. de furs. vel quia non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus, l. 16. eod. nisi filius habeat castrensè peculium, l. 4. de judic. l. 52. §. 5. de furt.*

COMMENTARIUS.

1. Cur servi & filii furtum nobis facientes furti non tenentur.
2. Quid si filium castrensè peculium habens patri furtum fecerit, aut pater illi.
3. Furtorum domesticorum coercitio vetus & hodierna.

**S**ervi & filii nostri furtum quidem nobis faciunt, ipsi autem furti non tenentur. Cujus rei duplex assertur ratio: tum quod dominus & pater in servum & filium privatæ animadversionis jus habent, *l. servi. 17. h. t.* qua eadem ratione placet, nec libertum patrono, nec mercenarium patrifam. furtum facientes actione furti conveniri posse, *l. si libertus. 89. eod.* tum quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi, agere possumus, *l. nec cum. 16. eod.* Et domino quidem nulla unquam cum servo actio esse potest: at potest aliquando patris esse cum filio, quem in potestate

testate habet, nempe si filius castrense habeat peculium, atque ex ea causa conveniatur, l. 4. de judic. Quid ergo si filius castrense peculium habens furtum patri fecerit? Defendi potest, utili actione eum teneri, cum habeat, unde satisfaciatur, l. si quis. 52. §. sed si. 5. hoc t. Ex converso quoque si pater rem castrensis peculii filii subtraxerit, furti patrem teneri, responsum est, d. l. 52. §. an autem. 6. quod tamen, ut rectè plerique monent, accipiendum erit de utili in factum actione: neque enim ulla actio famosa, qualis est furti, filio adversus patrem datur, l. 5. de obseq. par. prast.

*Nec ab ullo usucapi potest*] Et si ex causa furti, à servo aut filio facti, domino aut patri actio non conceditur; tamen quia furtum revera factum est, res vitio furti afficitur; ac proinde usucapi non potest, antequam vitium purgetur: quod fit, cum in potestatem domini reversa est, §. 2. & seq. sup. de usucap.

*Si vero ope & consilio*] l. qui servo. 36. §. 1. h. t. Et hoc quoque consequens est ei, quod dixit verè, in proposito furtum fieri. Pari ratione si quis uxori res mariti subtrahenti opem consiliumve accommodaverit, furti tenetur, etsi illa non tenetur, sed rerum amotarum, 3 d. l. si quis. 52. pr. junct. l. 1. & 2. de act. rer. amot. Furta domestica, pura famulorum aut mercenariorum, qui apud nos degunt, licet graviorem poenam, quam alia mereri videantur propter perfidiam & difficultatem ab iis cavendi; tamen leges, præsertim si viliores sunt, publicè ea vindicari vetant, l. perspicendum. 11. §. 1. de poen. nimirum quoniam antiquitus coërcitio eorum permissa erat ipsi patrifam. Sed quoniam privata illa emendatio hodie ab usu recessit, non minus severè hæc, quam cætera furta, publicè nunc vindicanda censet cum D. Tuldeno comm. hic. c. 3. in fin. add. Groenew. de ll. abrogat. hic.

### TEXTUS.

#### Quibus datur actio furti.

13. Furti autem actio ei competit, cujus interest rem salvam esse, licet dominus non sit. Itaque nec domino aliter competit, quam si ejus interest rem non perire.

#### COMMENTARIUS.

1. Temperatio regula à Justiniano hic tradita.
2. Remotio eorum, qua huic loco obstat videntur.

**D**ocet hic Justinianus, cui competat actio furti, & primum generaliter definit, actionem hanc competere omnibus, quorum interest, furtum factum non esse: mox quasi hoc ampliand, subjicit, idem etiam obtinere, quamvis dominus non sit, cui res surrepta est, denique nec ipsi domino aliter furti actionem competere, quam si ejus interest rem salvam esse: quæ omnia indigent explicatione. Ad definitionem quod attinet, illa sic temperanda est, si interfit ex honesta causa, l. 10. cum seq. h. t. Neque enim furi aut malæ fidei possessori, quamvis eorum interfit rem non surripri, actio furti datur; cum nemo ex improbitate sua actionem consequi debeat, l. itaque. 12. §. 1. l. eum qui. 14. §. 3. & 4. l. qui re. 76. §. 1. eod. Ab Ulpiano tamen unus casus profertur, quo fur furti agere potest, l. qui vas. 48. §. si ego. 4. eod. Illud in universum hic tenendum, suf-

ficere ad actionem furti, quod tunc interfuit; cum furtum fieret, licet eo tempore, quo agitur, non amplius interfuit, ut docet Jurisconsultus l. inter omnes. 46. in pr. eod. Quod vero addit Justinianus, licet dominus non sit, ei multa obstare videntur. Primum quod emptori, cui res nondum tradita est, actio furti denegatur solum ob hoc, quod dominus non est, §. 3. sup. de emp. d. l. 14. in pr. junct. l. si vendidero. 80. h. t. cum tamen, conflet, emptoris etiam hic interesse; quippe ad quem perfecta emptione, licet res nondum tradita sit, omne damnum pertineat, d. §. 3. de emp. Deinde etsi creditoris interest habere idoneum debitorem, scribit tamen Cajus, creditorem ob rem debitoris surreptam furti agere non posse, quamvis aliunde creditum servare nequeat, l. interdatum. 49. h. t. Denique traditum est, nec eum, cui ex stipulatu vel testamento res aliqua debetur, ea surrepta actionem furti habere, quamvis ejus interfuit, l. si cujus. 85. in fin. eod. Cæterum ad hæc respondemus, quod dicitur, actionem furti dari iis, quorum interest, etsi domini non sunt, id non pertinere ad omnes, quorum quolibet modo interest, rem salvam esse, aut non surripri; sed ad eos duntaxat, quorum culpa res surrepta est, cum eam ex voluntate domini suo periculo tenerent, veluti ex causa commodati, locati, pignorisve accepti, d. l. 14. §. an pater. 10. & multis seqq. hoc tit. Atque hoc perspicuè etiam docet Paulus d. l. si cujus. 85. in pr. eod. Postremo quod Justinianus ait, nec domino actionem furti competere, nisi interfit rem non perire, in eo respicit ad casus jam dictos, & qui tractantur §§. proxime seqq. quibus scilicet dominus actionem ex contractu ad rem ejusve æstimationem consequendam adversus alios habet. Nam extra hujusmodi casus solum dominium vicem obtinet ejus, quod interest, ut ostendit l. si vendidero. 80. pr. hoc tit. ubi venditori, re ante traditionem surrepta, actionem furti competere Papinianus scribit, quoniam ejus interfuit duplici de causa, vel ideo, quod adhuc dominus est, vel quia ad præstandas actiones tenetur.

### TEXTUS.

#### De pignore surrepto Creditori.

14. Unde constat creditorem de pignore surrepto furti actione agere posse, etiamsi idoneum debitorem habeat: quia expedit ei pignori potius incumbere, quam in personam agere: adeo quidem, ut quamvis ipse debitor eam rem surripuerit, nihilominus creditori competat actio furti.

#### NOTÆ.

14. Pignori potius incumbere] l. 25. de reg. jur. Unde etiam creditori actio furti competit, etiamsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, d. l. 12. §. ult. adeoque licet ipse debitor rem surripuerit, §. 10. sup. eod.

#### COMMENTARIUS.

1. Quibus de causis creditori in proposito furti actio datur: & quid interfuit, adversus dominum, an extraneum experiatur.

**I**n numero eorum, quorum interest rem non surripri, & qui ex ea causa furti actionem habent, quamvis

vis non sint domini, in primis creditor est; non quidem si surrepta sit res quævis debitoris, sed si ea, quæ pignori data erat: nec refert, debitor ipse eam surripuerit, an extraneus, *l. itaque. 12. §. ult. l. eum qui. 14. §. 5. & 6. & §. qualis. 16. l. in actione. 19. §. pen. & ult. l. interdum. 49. hoc tit.* Duplici vero respectu ac ratione hic interest creditoris, actioque furti ei datur; tum quia ad rem, si culpa ejus surrepta est, restituendam tenetur actione pigneratitia, *d. l. eum qui. §. idem scribit. 6.* tum quia etiam si culpa ejus non intervenerit, tamen alia de causa adhuc ejus interest; quoniam expedit, ei pignori potius incumbere, quam in personam agere, juxta *l. plus cautionis. 25. de reg. jur.* Itaque creditori omnimodo furti actio competit, nimirum etsi culpa ejus absit, aut debitor solvendo sit, *d. l. itaque. §. ult. eoque amplius licet ipse debitor rem surripuerit: de quo dictum sup. §. aliquando. 10.* Quamvis autem in proposito creditori æquè adversus dominum atque extraneum actio furti detur; tamen hoc interest, quod creditori contra extraneum agenti duplatur æstimatio ipsius pignoris: agenti vero contra dominum summa pecuniæ debite cum usuris, *l. creditor. 87. eod.* Item quod priore casu quicquid percepit creditor, debito imputare, & quod excedit, restituere teneatur: posteriore, quod ipse debitor furti actione præstitit, creditoris lucro cedat, *l. si pignore. 22. de pign. act. l. 12. §. 1. de distr. pign. l. creditor. 15. pr. hoc tit.*

TEXTUS.

De re fulloni, vel sarcinatori, vel bon. fid. emptori surrepta.

15. *Item si fullo polienda curandave, aut sarcinatori sarcienda vestimenta mercede certa constituta acceperit, eaque furto amiserit, ipse furti habet actionem, non dominus; quia domini nihil interest eam rem non perire, cum judicio locati a fullone aut sarcinatore rem suam persequi possit. Sed & bona fidei emptori surrepta re, quam emerit, quamvis dominus non sit, omnino competit furti actio, quemadmodum & creditori. Fulloni vero & sarcinatori non aliter furti actionem competere placuit, quam si solvendo fuerint, hoc est, si domino rei æstimationem solvere possint. Nam si solvendo non sint, tunc quia ab eis suum consequi non possit, ipsi domino furti competit actio: quia hoc casu ipsius interest, rem salvam esse. Idem est & si in parte solvendo fuerit fullo aut sarcinator.*

COMMENTARIUS.

1. Discrimen circa actionem furti inter fullonem & cæteros conductores, item creditorem.
2. Cur bona fidei emptoris duntaxat hic fiat mentio.

**E**tiam is, qui conduxit, furti actionem habet, sed ita si culpa ejus res surrepta sit, *l. eum qui. 14. §. quod si. 12. hoc tit.* nam tunc etiam conductoris interest rem

non surripiri, propterea quod judicio locati tenetur in rei æstimationem: neque, ut creditor, restituere cogitur, quod actione furti consecutus est, *l. 6. locat.* At si sine culpa conductoris res surripiatur, solus dominus actionem furti habet, utpote cujus tunc solius interest, actione locati eo casu deficiente, *d. l. eum qui. §. idem scribit. 6.* Fullo autem semper agit, quoniam custodiam præstare debet, *§. seq. l. itaque. 12. pr. eod.* id est, fullo furti actionem habet, etiam si sine culpa ejus res furto amissa sit, modo ne casu, quem præcavere non poterat: nimirum fullo, non ut regulariter alii conductores, levem tantum culpam præstat, sed ut illi, qui operam offerunt, etiam levissimam, seu, ut nostri loquuntur, & culpam & diligentiam. De fartore idem habendum: repetere quæ notavimus sup. ad *§. pen. de locat.*

*Bona fidei emptori surrepta, quam emerit] Atque emptam ab eo, quem dominum esse putabat, acceperit: nam antequam restituta est, furti actio emptori non competit, d. l. 14. pr. h. tit.* Consulto autem bonæ fidei emptoris tantum hic fit mentio; quoniam ei, qui titulo lucrativo possidet, placet furti actionem non dari: cum non ejus, qui lucrum facturus, sed qui damnum passurus est, interesse videatur, *l. ejus rei. 71. §. 1. eodem.* Hinc igitur temperanda *d. l. itaque. §. 1. h. s.*

*Omnino competit] In aliis est, omnimodo, nempe si ve solvendo sit bonæ fidei emptor, si ve non sit: Cujac. nam emptoris semper interest, propter pretium, quod ei abest. In fullone autem & fartore id secus esse, mox docetur. Quanta igitur hic æstimatio facienda? Responsum est, si dominus cum bonæ fidei emptore concurrat, emptori duplo, quanti ejus interest, æstimari, domino autem duplo, quanti res est, *l. furtivam. 74. hoc tit.* Putarem autem, non concurrente domino, emptori ipsius pretium rei duplari.*

*Non aliter, quam si solvendo] Fulloni & sarcinatori cæterisque conductoribus actio furti non aliter competit, quam si solvendo sint. Nam ut Ulpianus ait, qui non habet, quod perdat, ejus periculo nihil est, d. l. itaque. 12. eod.* Solvendo autem esse nemo intelligitur, nisi qui solidum solvere potest, *l. solvendo. 114. de verb. sign.*

TEXTUS.

De re commodata.

16. *Qua de fullone & sarcinatore diximus, eadem & ad eum, cui commodata res est, transferenda, veteres existimabant. Nam ut ille fullomercedem accipiendo, custodiam præstat, ita is quoque, qui commodatum utendi causa accepit, similiter necesse habet custodiam præstare. Sed nostra providentia etiam hoc in nostris decisionibus emendavit, ut in domini voluntate sit, si ve commodati actionem adversus eum, qui rem commodatam accepit, movere desiderat, si ve furti adversus eum, qui rem surripuit; & alterutra earum electa, dominum non posse ex penitentia ad alteram venire actionem: sed siquidem furem*



elegerit, illum qui rem utendam accepit, penitus liberari: sin autem commodator veniat adversus eum, qui rem utendam accepit, ipsi quidem nullo modo competere posse adversus furem furti actionem: eum autem, qui pro re commodata convenitur, posse adversus furem furti habere actionem. Ita tamen; si dominus, sciens rem esse surreptam, adversus eum, cui res commodata fuerit, pervenit. Sin autem nescius & dubitans rem esse surreptam, apud eum commodati actionem instituerit: postea autem re comperta voluerit remittere quidem commodati actionem, ad furti autem actionem pervenire, tunc licentia ei concedatur & adversus furem venire, obstaculo nullo ei opponendo: quoniam incertus constitutus movit adversus eum, qui rem utendam accepit, commodati actionem: nisi domino ab eo satisfactum fuerit: tunc etenim omnino furem a domino quidem furti actione liberari; suppositum autem esse ei, qui pro re sibi commodata domino satisfecit: quum manifestissimum sit, etiamsi ab initio dominus actionem commodati instituerit, ignarus rem esse surreptam, postea autem hoc ei cognito, adversus furem transferit, omnino liberari eum, qui rem commodatam acceperit, quemcumque causa exitum dominus adversus furem habuerit: eadem definitione obtinente, sive in parte, sive in solidum solvendo sit is, qui rem commodatam acceperit.

## NOTA.

16. In nostris decisionibus] Scriptæ sunt à Justiniano post priorem Codicis editionem 50. leges, quas decisiones appellavit, propterea quod maximas qualque veterum controversias dirimunt. Harum una est, quam hic significat, l. ult. C. de furt. cujus hæc est summa. Dat in proposito Justinianus domino optionem, ut is pro libitu suo vel iudicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere possit. Cæterum electione semel facta, non liceat variare, nisi ex causa ignorantie, idque ante factam solutionem. Electo fure, ut commodatarium liberetur, commodatario electo, huic ut fur obnoxius fiat.

Rem esse surreptam, &c.] Cujac. rem non esse surreptam apud eum, commodati actionem, &c. & ita legitur in d. l. ult.

Quemcumque exitum dominus habuerit] Id est, sive contra furem agens vicerit, sive victus sit, aut fur non fuerit solvendo. Th.

## COMMENTARIUS.

**H**oc admissio, furti actionem competere omnibus, quorum periculo res alienæ sunt, etiam commodatario surrepta re commodata eadem actio danda fuit:

quippe ad quem periculum illud vel magis pertinet, quam ad creditorem pigneratitium aut simplicem conductorem; cum hic culpam duntaxat levem, ille etiam levissimam præstet, l. 5. §. 2. commod. §. 2. sup. quib. mod. re contr. obligat. unde commodatarium in eadem causa cum fullone hic ponitur. Atque hoc etiam constantè à veteribus traditum est; d. l. 5. in fin. & 2. l. seqq. commod. l. eum qui. 14. §. si res. 14. cum §§. seqq. hoc tit. l. si uxori. 28. rer. amot. quod tamen ab iis sic acceptum fuit, si commodatarium solvendo esset, arg. l. itaque. 12. pr. hoc tit. Justiniano autem visum est, non debere commodatarium, qui gratuitum usum habet, idem jus hic concedi quod illis tribuitur, qui pro usu rei mercedem præstant, aut pro mercede operam. Cumque inter veteres non satis conveniret; an si furti tempore commodatarium solvendo esset, postea vero fortunis exueretur, actio furti ad dominum migraret, nec ne; tum etiam utri danda foret actio, dominone, an commodatarium, si hic ex parte tantum solvendo esse comperiretur: hanc simul contentionem sustulit. Itaque optionem actionis dedit domino, ut is pro libitu suo vel iudicio commodati commodatarium convenire, vel contra furem furti agere possit. Cæterum electione semel facta, non liceret variare, nisi ex causa ignorantie, idque ante factam solutionem: electo fure, ut commodatarium liberaretur; commodatarium electo, huic ut fur obnoxius fieret, l. ult. C. h. r.

## TEXTUS.

## De re deposita.

17. Sed is, apud quem res deposita est, custodiam non præstat; sed tantum in eo obnoxius est, si quid ipse dolo malo fecerit: qua de causa, si res ei surrepta fuerit, quia restituenda ejus rei nomine depositi non tenetur, nec ob id ejus interest rem salvam esse, furti agere non potest: sed furti actio domino competit.

## NOTA.

17. Furti agere non potest] Nisi convenerit, ut culpam quoque præstet, §. pen. sit. seq. aut se deposito obtulerit, arg. l. 1. §. 35. depof.

## COMMENTARIUS.

1. Probatur D. Cujacii interpunctio l. 2. §. 23. & 24. vi bon. rapt.

**R**e deposita surrepta placet, domino, non depositario, actionem furti dari, l. eum qui. 14. §. 3. hoc tit. Et merito placet: neque enim interest depositarii, rem non furripi, qui præter fidem nihil præstat, §. pen. sup. quib. mod. re contr. oblig. Quod si dolo ejus furtum factum sit, jam quidem ejus interest, quia tenetur actione depositi: sed nihilo magis actionem furti habet: quoniam nemo ex dolo & improbitate sua actionem confequitur, l. itaque. 12. §. 1. d. l. eum qui. §. 3. hoc tit. Quid vero si convenerit, ut culpam quoque præstet, aut quid si deposito se obtulit, pretiumve depositionis, quasi honorarium, acceperit? Ratio juris postulare videtur, ut hic ipsi depositario actionem furti demus, eo quod his casibus rem suo periculo tenet, d. l. eum qui. §. quibus.

l. 16. eod. §. furti. 13. sup. eod. cumque id etiam satis manifestè vincat §. pen. tit. seq. omnino verum esse existimo, quod Cujac. ibi notat, locum Ulp. in d. l. 2. §. & generaliter. 23. & §. seq. 24. vibon. rapt. mendosum esse; nimirum perperam principium d. §. 24. separari à sine §. præcedentis, cum quo jungendum erat, & sic legendum; Nam & furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositio- nis, non quasi mercedem, accepi: hinc demum novum §. inchoandum; Utilius dicendum est, &c.

TEXTUS.

An impubes furti teneatur.

18. In summa, sciendum est, quæsitum esse an impubes rem alienam amovendo furtum faciat. Et placuit, quia furtum ex affectu furandi consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, & ob id intelligat se delinquere.

COMMENTARIUS.

1. Ex impuberibus solos pubertati proximos, delicti & pœna capaces esse.
2. Qua concurrere debeant, ut impuberes pœnam ex delicto sustineant.
3. Capite plebendos non esse, nec legibus de adulteriis teneri.

Quod hic traditur, quæsitum esse, an impubes rem alienam amovendo furti obligetur, id de aliis quoque delictis & criminibus omnibus quæsitum est. Et quoniam maleficia ex voluntate & proposito delinquendi æstimantur, l. qui injuria. 53. hoc tit. cap. illud volatum. 15. q. 1. non possunt videri delinquere, ac proinde nec pœnis legum delicta vindicantium obnoxii esse debent infantes, l. impuberem. 23. hoc tit. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. infans. 12. ad leg. Corn. de sicar. Clem. un. de homicid. Sed nec infantis proximi: quippe quos non minus, quam infantes, innocentia consilii tueri debet, arg. §. pupillus. 9. sup. de inus. stip. Gomez. 3. resol. 1. n. 57. quod certius apparebit ex sequentibus. Sed in ætatem pubertati proximam uti dolus & culpa cadere potest, ita & impuberes, qui hujus ætatis sunt & doli capaces, delinquere possunt, & ad pœnam ex delictis obligantur, hoc sext. l. pupillum. 111. de reg. jur. l. impuberem. 23. hoc tit. l. 2. §. 19. vi bonorum rapt. l. 5. §. penult. ad leg. Aquil. l. excipiuntur. 14. de senat. Silan. l. 3. §. 1. de sepulcr. viol. cap. 1. n. de delict. puer. Duo vero hæc concurrere debent, ut impuberes infantiam egressi ex delicto pœnam sustineant; ut non procul absint à pubertate; ut doli sint capaces: nam hoc ex illo non præsumitur, ut rectè docet Boër. in add. ad Decium in l. fere. 108. de reg. jur. Atque huc accommodari potest locus Apuleji apol. 2. ubi in hujusmodi pueros his verbis declamat; Sed enim malitia præcoci puerum quis non avertetur atque oderit? cum videas velut monstrum quoddam prius robustum scelere, quam tempore, ante nocentem, quam potentem, viridi pueritia, cana malitia? vel potius hoc magis noxium, quod cum venia perniciosus est: & nondum pœna, jam injuria sufficit. Sed & delictum tale esse debet, quod in facto, non in omissione aut nu-

da negligentia consistat, l. 2. C. si adv. del. Gomez. d. resol. n. 59. item quod jus commune seu naturale violet, non merum civile aut positivum, cap. 2. x. de del. puer. Postremo ut hæc concurrant, tamen puerum pœna capitali, quamvis grave crimen admiserit, plebendum non esse, sed mitiore, quæ intra supplicium mortis consistat, censent interpretes. Gomez. d. loc. num. 63. quippe mobilem adhuc & incerti tenoris animum non nisi in emendationem puniri debere, ac proinde etiam sine amputatione membri. Clar. §. ult. quæst. 60. quamquam alii judicis arbitrio hoc committunt: quod in adultis minoribus 25. annis facilius admiserim, per l. auxilium. 37. §. 1. de minor. Gomez. d. loc. num. 62. & seq. Illud generaliter tenendum, impuberem, quantumvis pubertati proximum, non teneri legibus, quæ adultæria aut stupra, aliæ carnis delicta puniunt, l. si minor. 36. ad leg. Jul. de adult. Gomez. d. resol. num. 59. ubi refellit eos, qui excipiunt impuberem præcoci in Venerem vigore. Quod enim Canones circa matrimonium favorabiliter constituerunt cap. fin. de despons. impuber. id transferendum non esse ad exacerbandas pœnas juris civilis, add. D. Fulden. in C. si adv. del. & comm. hic. cap. 6.

TEXTUS.

Quid veniat in hanc actionem: Et de affinibus actionibus.

19. Furti actio, sive dupli, sive quadrupli, tantum ad pœna persecutionem pertinet. Nam ipsius rei persecutionem habet dominus, quam aut vindicando aut condicendo potest auferre. Sed rei vindicatio quidem adversus possessorem est, sive fur ipse possidet, sive alius quilibet. Conditio autem adversus furem ipsum, heredemve ejus, licet non possideat, competit.

NOTÆ.

19. Tantum ad pœna persecutionem] §. 18. inf. de act. l. 7. §. 1. de cond. furt. Potest & criminaliter furti agi ad pœnam corporalem furi infligendam, l. ult. de furt.

Extrinsicus] Id est, aliunde. Furti actio pœnam persequitur legitimam, conditio rem ipsam: quæ res facit, ut altera alteram non consumat, l. 7. §. 1. de cond. furt.

Furem heredemve ejus] Quia conditio furtiva rei habet persecutionem l. 7. §. 2. de cond. furt. At furti actio in heredem non datur, quia pœnalis est ex maleficio; cujusmodi actiones in heredem non dantur, nisi cum defuncto contestata fuerit, §. 1. inf. de perp. & temp. act.

COMMENTARIUS.

1. An furti actio civilis concurrat cum criminali.
2. Vindicatio & conditio rei furtiva cur soli domino competant.
3. Adversus quos hæ actiones dentur.
4. Cur conditio in heredem detur, cum actio furti non detur.
5. An hæres condicione furtiva teneatur in solidum.

Actio.

**A**ctio furti five manifesti five nec manifesti mere pœnalis est, id est, solius pœnæ perfectionem continet, ita ut extra duplum aut quadruplum adhuc res ipsa restituenda sit, §. *ex maleficiis*. 18. *inf. de action.* Estque ad eam rem recuperandam duplex actio domino prodita, vindicatio & conditio; quarum altera quidem alterius electione consumitur, sed neutra earum consumitur per actionem furti, receptaque re nihilominus salva est furti actio, l. *si pignora*. 54. §. *cum furti*. 3. *hoc titul.* l. 7. §. 1. *de condit. furti*. Illud queritur, an is, qui furti civiliter egit, & pœnam consecutus est, possit adhuc extra ordinem criminaliter agere ad pœnam corporalem furi infligendam. Et verius est, non posse, sed altero iudicio alterum consumi, l. *interdum*. 56. §. 1. *hoc titul.* Neque obstat l. *unic. C. quand. civil. action. crimin. prajud.* Nam regula d. l. *unic.* pertinet ad actiones civiles rei persecutorias, cum quibus ex eodem facto criminales concurrunt: item ad publica iudicia, quæ omnibus patent, & concurrunt cum ex eodem facto pœnalibus civilibus, *vid. Cujac.* 20. *observ.* 26. *Besold. ad tit. de furti. quest.* 7. *diff. Gomez.* 3. *resolut.* 5. n. 4. *add. Christin.* vol. 4. *decis.* 201. Illud certum est, pœnam corporalem non impedire, quominus fur hæresve ejus ad rem restituendam efficaciter conveniri possint, *Besold. d. quest.* 7.

**Habet dominus**] Furti actio datur omnibus, quorum interest furtum factum non esse, §. *furti*. 13. *sup.* At rei furtivæ persecutio soli domino competit, sive de vindicatione queratur, sive de conditione furtiva: nam & hæc, ut illa, jure domini duntaxat datur, d. §. *ex maleficiis*. 18. *inf. de action.* l. 1. l. 10. §. *ultim. de condit. furti*. Quod solus dominus rem surreptam vindicare potest, mirum non est; cum nemo actionem an rem habeat, nisi qui dominus sit, l. *in rem*. 23. *de rei vind. l. act.* 25. *de obl. & act.* §. 1. *inf. de act.* Quod autem domino adversus furem datur etiam conditio rei, id contra rationem juris receptum est odio furum. Nam regulariter suam rem nemo condicere potest, l. *ult. in fin. ususfr. quem. cav.* §. *itaque*. 14. *inf. de action.* Sed cur non datur ei, cujus interest, etsi dominus non sit? Quoniam ejus solius est rem repetere, cujus ea prius fuit. Non fuit autem, nisi domini.

**Rei vindicatio adversus possessorem**] Quemcumque, sive fur sit, qui possideat, sive alius: nam in rem actio semper adversus eum est, qui rem possidet, l. *actionum*. 25. *de obligat. & action.* §. 1. *inf. de action.*

**Adversus furem**] Conditione furtiva nunquam alius tenetur, quam fur ipse hæresve ejus, *hoc text.* l. 5. *de cond. furti*. Furem autem verum accipimus, id est, eum, qui ipse furtum fecit & rem contrectavit, d. l. 5. nam is, cujus ope confiliove furtum factum est, tenetur quidem etiam furti, sed quia rem non contrectavit, non tenetur conditione, l. 6. *de condit. furti*. Plane si res aliter adversus furem salva esse non potest, placet, etiam eum, qui opem tulit, conditione teneri, nimirum in subsidium, l. *sepe*. 53. §. *ultim. de verbor. signif. & ibi Alciat.*

**Hæredemve ejus, licet non possideat**] Rei vindicatio adversus omnes competit, qui rem possident, sed adversus eos solos. Itaque nec adversus furem hæredemve ejus aliter competit, quam si possideant. Conditio autem furtiva etiam in eum datur, qui non possidet, sed adversus furem tantum hæredemve ejus, *hoc text.* l. 1. *de cond. furti*. l. 1. *de priv. delict.* Quod conditio etiam 4 in hæredem furis datur, in eo quoque differt ab actione furti, quam constat in hæredem non transire, nisi lis cum defuncto contestata sit, §. 1. *inf. de perp. & tempor. action.* Cur vero tam variè? neque enim minus conditio rei furtivæ ex causa maleficii descendit, quam actio furti, l. 2. l. 3. l. 5. & l. 9. *de cond. furti*. l. *si ambo*. 10. §. 2. *de compens.* l. 3. §. *pen. de pecul. l. mulier*. 21. §. *pen. de act. rer. am. l. cessat*. 36. *de oblig. & action.* Nimirum quia una rei persecutoria est, altera pœnalis: id est, quia conditio furtiva tantum comparata est ad persequendum id, quod ex patrimonio nobis abest; furti actio ad puniendum ipsum maleficium, l. 7. §. 2. *de cond. furti. junct. d.* §. 1. *inf. de perp. & tempor. action.* Sic enim legis Aquiliæ actio negatur in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, transitura utique, si ultra damnum datum lis nunquam æstimaretur, §. *his autem*. 9. *inf. de leg. Aquil.* Estque hujus rei etiam evidens hoc argumentum, quod regula de actionibus, quæ in hæredem non dantur, concepta est de iis, quæ pœnales sunt ex maleficio, d. §. 1. *inf. de perp. & tempor. action.* l. *hac actio*. 13. *de serv. corr.* l. 1. *de priv. del. l. furti*. 38. l. *pœnalis*. 164. l. *pupillum*. 111. §. 1. *de reg. jur. & simil.* An igitur conditione ex causa furtiva tenebitur hæres furis in solidum; Sic sentio. Nam præterquam quod hoc difertè responsum est in l. 9. *de cond. furti*. moveor eo quod nunquam actio in hæredem absolute dari dicitur, cum non datur in solidum: cum autem eatenus tantum datur, quatenus ad eum pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur, d. §. 1. *inf. de perp. & tempor. act.* d. §. *his autem*. 9. *inf. de leg. Aquil.* l. 5. *de calumn.* l. 1. *in fin.* l. 3. *de vi. l. in hæredem*. 26. *de dol. l. 1. de priv. del.* l. 2. §. *ultim. vi. bon. rapt.* l. *Julianus*. 16. *de judic.* l. 13. *de serv. corr.* l. 9. §. 1. *quod fals. tut.* l. *inde Neratius*. 23. §. *hanc actionem*. 8. *ad leg. Aquil.* l. 3. §. *penult. si mens. fals. mod.* l. *in honorariis*. 35. *de oblig. & action. l. furti*. 38. l. *pupillum*. 111. §. 1. *de reg. jur.* & sexcentis aliis locis. Dicitur sane, aliquando actiones ex delicto venientes in hæredes non dari, nisi quatenus ad eos pervenit, nec adjicitur, pœnales, ut in l. *un. C. ex del. defunct.* Sed istæ definitiones, utpote ex eo, quod plurimum & ferè semper fit, conceptæ, sic accipiendæ sunt, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, sive ad pœnam: atque hæc communis est DD. sententia. *Dissent. Cujac.* 7. *observ.* 37. & 13. *obs.* 39. *Vultej. hic. Lyclam.* 1. *membr.* 18. & *lib. benedict. passim.* Quorum argumentis occurrimus sub §. 1. *inf. de perp. & tempor. act.* Adde. *Anton. Fab.* 4. *conject.* 1. *Donel. ad d. l. un. C. ex del. defunct.*

## TITULUS II.

## DE VI BONORUM RAPTORUM.

Dig. lib. 47. tit. 8. C. lib. 9. tit. 33.

Continuatio. Violentia varia genera, &amp; de qua hic agitur.



Secunda species delicti privati rapina dicitur; inter quam & furtum hoc interest, quod furtum est clandestina rei alienae ablatio, rapina violenta. Est vero hoc crimen tanto gravius furto, quanto vis magis est adversus bonos mores, magisque turbat quietem publicam, quam amotio. Qua de causa etiam legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, videlicet lege Julia de vi publica, & lege Julia de vi privata, l. 2. §. 1. hoc tit. Inscriptur hic titulus de vi bonorum raptorum. Subaudi actione. Quod in quibusdam libris etiam exprimitur. Sciendum autem est, neque vim omnem unius esse generis, neque uno coerceri modo. Interpretes vulgo quintuplicem eam faciunt, turbativam, inquietativam, compulsivam, expulsi-  
viam, & ablativam. Nos inquietativam, quam vocant, sub turbativa comprehendimus. Turbativa est, cum possessor in possessione manens impeditur re sua libere uti, sive id fiat manu & corpore, sive opere facto: illic adversus turbantem comparata sunt interdicta duo, uti possidetis in rebus soli, utrobi in rebus mobilibus: hic interdictum quod vi aut clam. Compulsiva vis est, cum quis minis justoque metu illato alium compellit ad aliquid gerendum, tradendum, aut alienandum; quae vis edicto quod motus causa coercetur. Expulsiva est, cum quis de possessione alicujus rei dejicitur. Adversus quam comparatum est interdictum unde vi. Et praeterea vindicatur haec vis etiam sacris constitutionibus, item legibus Julii de vi publica & privata, §. recuperanda. 6. inf. de interd. Ablativa vis (de qua hic agitur) est, quando per vim alicui res eripitur; quae & ipsa iisdem legibus, quibus expulsiva, coercetur, d. l. 2. §. 1. hoc tit. & praeterea ei, cui res erepta est, privata actio proposita vi bonorum raptorum; quae sola hujus est loci. Justinianus primum originem hujus actionis commemorat: deinde quid in eam veniat, adversus quos & quibus detur, ostendit.

## TEXTUS.

Origo hujus actionis, & quid in eam veniat.

*Qui vires alienas rapit, tenetur quidem etiam furti, (quis enim magis alienam rem invito domino contrectat, quam qui vi rapit? ideoque recte dictum est, eum improbum furem esse) sed tamen propriam actionem ejus delicti nomine Praetor introduxit, quae appellatur vi bonorum raptorum: & est intra annum quadrupli, post annum simpli. Quae actio utilis est, etiamsi quis unam rem, licet minimam, rapuerit. Quadruplum autem non totum poena est, sicut in actione*

*furti manifesti diximus; sed in quadruplo inest & rei persecutio: ut poena tripli sit, sive comprehendatur raptor in ipso delicto, sive non. Ridiculum enim esset, levioris conditionis esse eum, qui vi rapit, quam qui clam amovet.*

## NOTA.

*Qui vires alienas rapit] Fur sine vi subtrahit & clam aufert, l. 59. de furs. l. 9. C. eod. raptor vi & palam deripit. Rapi enim sine vi non potest, l. 3. §. 5. de incend. ruin. Plaut. Epid. act. 1. scen. 1. Th. Minus jam furtificus sum quam antehac. Ep. Quid ita? Th. Rapio propalam.*

*Tenetur etiam furti] Et quidem etiam in quadruplum, si in ipso delicto deprehensus sit, l. 52. §. ult. l. 80. §. 3. de furs. Alias in duplum, l. 1. l. 88. eod. quanquam vi bon. rapt. semper in quadruplum.*

*Ridiculum levioris conditionis, &c.] Gravioris enim delicti asperior poena esse debet. Sed & legibus publicorum judiciorum rapina vindicatur, legibus Julii de vi publica & privata, d. l. 2. §. 1.*

## COMMENTARIUS.

1. An furti actione electa servetur eadem distinctio in rapina & poena rapina, qua in furto.
2. Quando levius ducitur, quod palam, quam quod clam committitur.

**T**enetur etiam furti] An igitur furti actione electa eadem distinctio & in rapina & in poena rapinae servabitur, quae in furto in specie sic dicto, ut scilicet raptor manifestus, seu in ipso delicto deprehensus, quadrupli; nec manifestus dupli poenam sustineat? Id quidem & ratio suadet, & satis perspicue significari mihi videtur in l. si quis. 52. §. ult. l. si vendidero. 80. §. cum raptor. 3. de furs. & denique ex eo evincitur, quod hoc loco, & l. 2. §. caserum. 10. & §. penult. hoc tit. simpliciter traditum est, eum, qui vi rem alienam rapuit, etiam furti teneri. Quod autem in l. 1. hoc tit. & l. si quis egerit. 88. de furs. tantum mentio sit actionis furti nec manifesti, ex eo non protinus concludendum est, furti manifesti cum raptore nunquam agi posse. Nam vel ideo id factum dici potest, quoniam furti nec manifesti actio semper competit, etiam adversus raptorem manifestarium, (nemo enim prohibet experiri actione mittiore) vel quia in sola furti nec manifesti actione locum habet, quod illic docent Jurisconsulti, si quis in duplum egerit, ei adhuc superesse actionem vi bonorum raptorum in id, quod in hac amplius est. Sunt qui putant cum raptore, ut cum fure manifesto, semper in quadruplum agi posse; quasi raptor non possit non esse manifestarius. Quod refellit l. si quis. 52. §. ult. de furs. ubi Jurisconsultus & exemplum proponit raptoris non depre-

R r r

hensi,

hensi, videlicet si quis rapuerit ex ædibus, in quibus nemo erat; & eum de bonis quidem raptis in quadruplum posse conveniri scribit; sed furti non, nisi nec manifesti. Sed nec conspectio furem aut raptorem manifestum facit, verum apprehensio, aut ad apprehendendum concursio & acclamatio, l. 3. l. 7. §. 1. & 2. de furt.

*Improbium furem esse*] Id est, ἀνάσδη, ἀναίσιχτων, impudentem, audacem, atrocem. Chrysostomus in *Matth. hom. 53.* Ἐ δὴ κλέπτοντες ὁ δὲ ὑπὸ τῶν χειρῶν. Et sane is, qui rapit, fur est improbius atque impudentior, quam qui clam amovet, cum hic celet suum delictum, ille publicet, & crimen etiam publicum admittat, l. 2. §. ceterum. 10. §. si in re deposita. 24. hoc tit. quanquam aliud iudicium Aristoteli in *Rhetor. ad Alex. cap. 12.* ubi hæc legitur, δεινότερόν μοι δοκέειν οἱ κλέπτοντες ἢ λαίηζοντες ποιεῖν. οἱ μὲν γὰρ λαθραῖος, οἱ δὲ φανερός τῆς ἡσυχίας ἀειμαρύνται.

*Propriam actionem*] Etiam speciali edicto contra ea, quæ vi committuntur prætor consuluit, d. l. 2. §. 1. scilicet ut innotesceret, prætorum quoque curam agere respiciendæ improbitatis hoc genus hominum, tum ut raptores pluribus actionibus conveniri possint, arg. l. 3. §. 1. naut. caup. stab. junct. §. sic itaque. 14. infr. de action.

*Intra annum quadrupli*] d. l. 2. §. in hac actione. 13. Nimirum actio hæc honoraria est, & ideo, ut cæteræ ejusdem generis poenales, anno finitur, l. in honorariis. 35. de obl. & act. speciale enim est, quod actio furti manifesti, quæ & ipsa ex prætoris Jurisdictione proficiscitur, perpetuo competit, vide *inf. tit. de perp. & temp. act.*

*Unam rem, licet minimam*] d. l. 2. §. vel cuius. 11. Quippe non rei aut æstimationis pecuniariæ, sed atrocitatis facti ratio ducitur. Cur ergo ob rem modicam non placet dari actionem de dolo, l. 9. §. ult. cum 2. l. seqq. de dolo? Quoniam actio de dolo extraordinarium remedium est, comparatum ad rescindendum, quod jure civili ratum est: non putavit prætor, ob rem minimam contractum jure validum rescindi debere.

*In quadruplo inest & rei persecutio*] Actio vi bonorum raptorum in quadruplum à prætore proposita, non est mera poenalis, sed mixta: quippe in quadruplo etiam ipsius rei persecutio continetur, ut poena tantum sit tripli, §. vi autem. 19. infr. de act. In quo distat hæc actio ab actione furti, quæ tantum poenæ persequendæ causa comparata est, sive manifesti agatur in quadruplum, sive nec manifesti in duplum, §. ex maleficiis. 18. infr. de action. §. ult. tit. præc.

*Sive comprehendatur raptor, &c.*] His verbis Imp. perspicue duo genera raptorum facit, ut alii sint manifesti, alii non manifesti; uti & Ulp. in l. si quis. 52. §. ult. de furt. Cæterum in hac actione poena pro qualitate rapinæ non variatur, sicut in actione furti alia poena est manifesti, alia nec manifesti, sed in omnes ereptores poena est eadem.

*Ridiculum est*] Atqui raptor tantum triplo multatur, fur manifestus quadruplo. Præterea actio de bonis raptis annua est, furti perpetua. Resp. Sufficit ad defensionem hujus loci, quod raptores in delicto comprehensi eadem etiam actione teneantur, qua fures manifestarii: ex causa autem delicti non manifesti gravius semper puniantur raptores, quam fures.

*Qui vi rapit, quam qui clam amovet*] Eadem ra-

tione Jurisconsultus in l. 2. §. si in re. 24. hoc tit. furem cum raptore conferens factum furis extenuat, raptoris exaggerat; quoniam scilicet fur celat suum delictum, raptor publicat; quæ impudentia crimen auget. Quod autem aliquando levius ducitur, quod palam committitur, quam quod clam, id tunc locum habet, cum factum clandestinum, vel plus flagitii, vel plus periculi habet, vel conscientiam doli magis arguit, ut in specie l. ult. de rit. nupt. & l. non existimo. 54. de adm. tut. quod hic dici nequit.

## TEXTUS.

## Adversus quos datur.

1. Ita tamen competit hac actio, si dolo malo quis rapuerit. Nam qui aliquo errore ductus, rem suam esse existimans, & imprudens juris, eo animo rapuerit, quasi domino liceat etiam per vim rem suam auferre à possessoribus, absolvi debet. Cui scilicet conveniens est, nec furti teneri eum, qui eodem hoc animo rapuit. Sed ne dum talia excogitantur, inveniatur via, per quam raptores impunè suam exercent avaritiam, melius Divalibus constitutionibus pro hac parte prospectum est, ut nemini liceat vi rapere vel rem mobilem, vel se moventem, licet suam eandem rem existimet. Sed si quis contra statuta Principum fecerit, rei quidem sua dominio cadere: sin autem aliena res sit, post restitutionem ejus, etiam æstimationem ejusdem rei prestare. Quod non solum in mobilibus rebus, qua rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, qua circa res soli sunt: ut ex hac causa ab omni rapina homines abstineant.

## NOTÆ.

1. *Rei sua domino cadit*] Qui rebus suis manum injicit, dominium earum amittit. Qui rebus alienis duplum restituere cogitur. Creditor, qui rem debitoris sibi debitam occupat jus crediti amittit. l. 13. quod met. ca.

## COMMENTARIUS.

1. *Qua poena afficiantur, qui sine dolo malo rem rapiunt, aut invadunt.*
2. *Pœnam rapina, qua privatis applicatur, exolverisse: & an non etiam alia, de quibus hic agitur.*

Quemadmodum furti nemo tenetur nisi qui quid amovit dolo malo, & lucri faciendi causa, ita nemo tenetur vi bonorum raptorum, nisi qui dolo malo rapuit. Proinde si quis cum crederet se rei dominum esse, eam per vim possessori eriperit, existimans, licere domino quovis modo rem suam à possessoribus auferre, hoc iudicio de vi bonis raptis non tenetur, l. 2. §. hac actione. 18. hoc tit. sed nec furti tenetur, hoc text. Cæterum aliis poenis obnoxius est, ut statim audiemus.

Im-

*Imprudencia juris*] Secundum hoc explicandum est, quod Jurisconsultus in d. l. 2. §. hac actione. simpliciter scribit, si quis suam rem rapuit, vi bonorum raptorum non teneri; nempe si id sibi licere crediderit errans in jure; nam à dolo quævis vel fatua causa excusat, gloss. Bart. *Jaf. & DD. in l. unic. si quis jus dic. non obtemp.*

*Sed ne dum talia excogitantur*] Bene ac prudenter constitutum est, ut sine vi & tumultu cives cum civibus contendant, nihil manu, nihil proprio agant impulsu; sed si quis putet se habere aliquas petitiones, ut actionibus, non vi experiatur, & per judicem, quod suum esse dicit, reposcat. Nam si cuivis privato permittatur id, quod suum esse, aut sibi deberi putat, vi & auctoritate propria occupare, in eoque sibi jus dicere, vincula quietis publicæ dirumpi necesse est, civisque ad rixam & arma quotidie procedere, l. non est. 176. de reg. jur. Itaque et si is, qui sine dolo rem rapuit, suam esse putans, non tenetur in quadruplum actione vi bonorum raptorum, aliter tamen eum multari placuit, & siquidem dominus fuit, dominio rei suæ cadere; si non fuit dominus, post restitutionem rei etiam æstimatione ejus vim passo præstare, hoc text. Creditor qui rem debitoris neglecto juris ordine temere occupat, jus crediti amittit, l. extat. 13. quod mot. caus. l. pen. ad l. Jul. de vi privat. atque hic insuper etiam vi bonorum raptorum, l. 3. C. hoc tit. & publico judicio legis Julix de vi privata tenetur, l. ult. ad leg. Jul. de vi priv.

2. *In invasionibus*] l. si quis. 7. C. unde vi. Solæ res mobiles amoveri, subtrahi, rapi possunt: qui autem rem immobilem seu prædium vi occupat, invasor & invadere dicitur. Pœna rapinæ legitima, quæ privatis adscribitur, exolevit, sicut & furti, cujus qualificati rapina est species. Nunc enim tantum criminaliter rapinæ agitur ad vindictam publicam, & enormior violentia etiam morte punitur. De pœna l. si quis in tantam. 7. C. unde vi. Et similibus rescriptorum, inter interpretes non convenit. Nam eam communi totius Christiani orbis usu antiquatam esse testatur Covar. 3. resol. 16. num. 7. post Specul. tit. de restit. spol. §. 1. & Guilielm. Benedict. in cap. Rainutius. 2. de testam. Gutier. pract. quest. lib. 1. quest. 77. Sarmientus quoque 2. select. interp. 13. n. 7. refert, se nunquam vidisse pœnam illius legis practicari, aut remedium illud intendi. Contrarium tradit Menoch. recup. poss. remed. 9. num. 8. qui censet, in praxi eam dispositionem omnino servandam esse: neque enim solo non usu leges abrogari. Sane in foro nostro et si nemo est, qui de contrario usu testetur, tamen plerique arbitrantur, rigorem talium constitutionum sectæ & praxi nostrorum temporum non convenire, quod etiam notat Christin. vol. 3. decis. 15. n. 10. & Groenew. de legib. abrog. hic.

## TEXTUS.

Quibus datur:

2. Sane in hac actione non utique expectatur rem in bonis actoris esse. Nam si ve in bonis sit, si ve non: si tamen ex bonis sit, locum hac actio habebit. Quare si ve locata, si ve commodata, si ve etiam pignorat si ve deposita sit res apud Titium

sic, ut intersit ejus eam rem per vim non auferri, (veluti si in deposita re culpam quoque promissit) si ve bona fide possideat, si ve usumfructum quis habeat in ea, vel quid aliud juris, ut intersit ejus non rari, dicendum est, ei competere hanc actionem, non ut dominium accipiat, sed illud solum, quod ex bonis ejus, qui rapinam passus est, id est, quod ex substantia ejus ablatum esse proponatur. Et generaliter dicendum est, ex quibus causis furti actio competit in re clam facta, ex iisdem causis omnes hanc habere actionem.

## NOTÆ.

2. *Sive deposita, &c. sicut intersit*] Locus Ulp. in d. l. 2. §. 23. & 24. eod. male interpunctus est, perperamque principium §. 24. separatur à fine §. præcedentis. Sic enim omnino legendum; Nam & furti actionem habeo si in re deposita culpam quoque repromissit, vel pretium depositionis non quasi mercedem accipi. Hinc demum novus §. inchoandus; Utilius dicendum est, &c. Cujac.

## COMMENTARIUS.

1. Ex bonis esse qua hic dicantur.
2. Explicatur locus obscurus Ulpiani.

**V**I bonorum raptorum is agit, qui in eum qui clam amovit, furti agere potest, id est, is, cujus interest; neque solum dominus rei, qui eam in bonis habuit, sed etiam bonæ fidei possessor, fructuarius, commodatarius, creditor, conductor, & interdum depositarius, si videlicet culpam quoque in re deposita repromissit; Horum omnium interest rem, quam tenent aut possident, non rari: quoniam vel commodum ex re capiunt, vel eam salvam & incolumem præstare debent, l. 2. §. in hac actione. 22. hoc tit. junct. §. furti. 13. & 2. seqq. tit. præc.

*Sive ex bonis*] Ex bonis esse hic ea dicuntur, quorum, cum aliena sint, vel emolumentum vel usus, vel periculum ad nos pertinet, ut ex text. & d. l. 2. §. 22. In bonis ea, quæ jure civili aut gentium ita nobis acquisita sunt, ut ea alienare possimus. Alibi hæc verba, in bonis latius accipiuntur, l. honorum. 49. de verb. sign. l. rem in bonis. 52. de acq. rer. dom. Nonnunquam promiscue utrumque dicitur, & idem valet, in bonis, & ex bonis, l. 1. de usufr. legat.

*Non ut dominium accipiat, &c.*] Obscura est hujus loci sententia. Apud Ulp. l. 2. §. in hac actione. 22. h. t. unde totus hic §. descriptus est, sic legitur, dicendum est, mihi competere hanc actionem; non ut dominium accipiamus, sed illud solum ex bonis meis, hoc est, ex substantia mea, res ablata esse proponatur. Quorum verborum hic sensus esse videtur, competere mihi, cujus ex bonis res est, actionem vi bonorum raptorum, non utique ut jure dominii agere possim, sed tantum ut proponam, ex substantia mea rem ablatam esse, verbo substantiæ largius accepto, quasi ex bonis meis etiam illud ablatum videatur, cujus æstimationem domino præstare debeo.

## TITULUS III.

## DE LEGE AQUILIA.

Dig. Lib. 9. Tit. 2. C. Lib. 3. Tit. 35.

Continuatio, &amp; summa tituli.

**D**ertia species delicti, ex quo civilis actio oritur, est damnum injuria datum. Damnum generaliter significat omnem detractionem & deminutionem rei alienæ, five illa lucri causa fiat, five nullius lucri gratia, & five salvis rebus, five peremptis aut corruptis; Nam damnum ab ademptione, & quasi deminutione patrimonii dictum est, l. 3. de damn. infest. Hoc autem loco damnum in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis, puta si quis servum alienum aut pecudem aliudve animal occiderit, aut vulneraverit, aut quid alienum offerit, ruperit, fregerit injuria, seu non jure, aut, quod idem valet, culpa, §. 2. & 3. infr. Atque hoc damnum est, quod vindicatur lege Aquilia; cujus legis tria capita fuerunt, quorum primum & postremum hoc titulo explicantur, secundum in desuetudinem abiit.

## TEXTUS.

Summa. Caput primum.

*Damni injuria actio constituitur per legem Aquiliam. Cujus primo capite cautum est, ut si quis alienum hominem, alienamve quadrupedem, qua pecudum numero sit, injuria occiderit, quanti ea res in eo anno plurimi fuerit, tantum domino dare damnetur.*

## NOTA.

*Damni injuria]* Damnum generaliter significat omnem deminutionem rei alienæ, &c. l. 3. de damn. inf. Hoc autem loco in specie accipitur pro eo, quod contingit cum interitu aut corruptione rei, & proinde sine lucro damnum dantis.

*Tantum domino dare]* d. l. 2. pr. In lege Aquilia videtur scriptum fuisse, *tantum as dare ero damnus esto*, arg. l. 11. §. 6. od. ero tenuiter, id est, *domino*, ut in Florent. & Gloss. Græc. Lat. in *dominus*. Cujac. 27. obs. 11.

## COMMENTARIUS.

1. Si liber homo occisus sit, & de damno sarciendo agatur, quid juris, & positissimum hodie.

**D**amni injuria] Legendum videtur, *damni injuria*, l. *impuberem*. 23. de furt. l. *si forvum*. 27. §. *si fur*. num. 10. & seq. l. *quemadmodum*. 29. §. *item La-beo*. 3. hoc sit. Cic. pro Q. Rosc. *litem contestata*, *judicio damni injuria confituito*. Præcise videlicet, pro, *damni injuria dati*. Haud scio tamen an posteriores Jurisconsulti Græci homines *damni injuria* dixerint in genitivo,

pro ex injuria, ut cum dicimus, *damnum incendii vel naufragii*, pro ex incendio vel naufragio.

*Alienum hominem alienamve quadrupedem, qua pecudum numero]* Primum legis caput animalia pretiosiora, hoc est, ad rationem rei familiaris magis utilia ac fructuosa complectitur, servis exæquans quadrupedes, quæ pecudum numero sunt; & tantum ad damnum gravius, id est, ex eade datum, pertinet, l. 2. h. t. Occiso homine libero non agitur ex lege Aquilia; quia liberi corporis nulla est æstimatio: sed legi Cornelie locus est, si dolo occisus: si culpa, pœna lenitur, l. 1. §. 3. de sicar. Cæterum si de damno sarciendo civiliter disceptetur, tenetur is, qui injuste occidit, solvere impensas funeris, & si quæ factæ sunt in medicos, iisque, quos occisus alere ex officio solebat, puta liberis, uxori, parentibus dare tantum, quantum illa spes alimentorum, ratione habita ætatis occisi, valebat. Gros. lib. 3. introd. c. 33. Sic Hercules legitur Iphiti à se occisi liberis multam pependisse, quo facilius expiaretur. Atque ita censuit Senatus Dolanus apud Joann. Grovell. decis. 25. & Card. Puteum lib. 3. decis. 280. Sed & Cujac. 14. obs. 4. exemplo Hadriani & Const. Porphyrogenette probat, novum non esse, ut pars bonorum addicatur occisi liberis, vel patri, vel uxori, maxime si paupertate premanetur; quamvis cædes citra dolum facta, injuste tamen. Michael Ephesius ad 5. Nicom. Arist. scribit, eum ipsum, qui cæsus est, quodammodo capere, quæ uxor aut liberi, aut cognati ex bonis homicidæ fuerunt. Idque in Gallia obtinere, usque ad modum lucri amissi restatur Costal. ad l. 3. si quadr. paup. sec. add. Gomez. 3. resol. 3. num. 37. Gros. 2. de jur. bell. 17. num. 12. & seq. Tuld. ad tit. 5. cap. 3. Christin. vol. 2. decis. 35. num. 10. Libero homine vulnerato aut mutilato quid juris sit, videbimus inf. §. cap. 3.

*Quæ pecudum numero sit]* Ita quoque Cajus in d. l. 2. §. 2. hoc sit. quamobrem recte mihi admonere videtur Hotomannus in principio d. l. 2. mendose legi; *Quadrupedem vel pecudem*; legendum enim esse, *quadrupedemve pecudem*.

*In eo anno plurimi]* Primo legis capite qui hominem aut pecudem injuria occidit, quanti ea res, eo anno plurimi fuit, damnetur, d. l. 2. in pr. de quo plura infr. §. *his autem*.

## TEXTUS.

De quadrupede, quæ pecudum numero est.

1. Quod autem non præcise de quadrupede, sed de ea tantum, qua pecudum numero est, cavetur, eo pertinet, ut neque de feris bestiis, neque de canibus cautum esse intelligamus; sed de



is tantum, quæ gregatim proprie pasci dicuntur, quales sunt equi, muli, asini, oves, boves, capra. De suis quoque idem placuit. Nam & sues quoque pecudum appellatione continentur: quia & hi gregatim pascuntur. Sic denique & Homerus in *Odyssæa* ait, (sicut *Ælius Marcianus* in suis institutionibus refert),

Δίηεις τόντα σύεσσι παρήμρων, οί δ̄ νίμρονται  
Πάρ Κόεσσι πύτση, ἐπὶ τῇ κρητῇ Ἀρεθούσση.

Hoc est:

Affidet is suis, quorum grex magnus in agris pascitur, ad *Coracium saxum*, fontemque *Arethusam*.

COMMENTARIUS.

1. Cur dubitatum de suis, an pecudum numero sint.

**P**ecudum numero esse ea animalia proprie intelliguntur, quæ gregatim pascuntur, id est, in grege pastoris imperio subiecto; ut equi, asini, muli, boves, oves, capræ. Itaque canes in pecudum numero non sunt, multoque minus feræ bestiæ, veluti urfi, leones, pantheræ. Enimvero cameli & elephanti, licet feræ naturæ sint, ad primum tamen caput pertinent, propterea quod jumentorum operam præstant, *dist. l. 2. §. 2.*

**De suis idem placuit**] An sues pecudum appellatione contineantur, dubitatum fuit. Dubitandi quæ causa fuerit, haud facile dixerim. *Hotomannus* hanc affert, quod sues non ut reliquæ bestiæ, gramine & viridibus pabulis commode alantur, sed (ut *Varro* & *Columella* tradunt) maxime faba, hordeo, glande, & cætero frumento indigent; & si rure sint, tamen caducis arborum baccis, & effossis lumbricis & radiculis potius, quam gramine, vescuntur. Aliis probabilius videtur, ideo de suis dubitatum, quoniam sues neque operam hominibus præstant, puta gestando, arando, ut equi, muli, asini, boves; neque lacte aut lana profunt, ut vaccæ, oves, capræ. Ut ut sit, placuit etiam sues pecudum numero haberi, quia & ipsi gregatim sub imperio pastoris pascuntur, *d. l. 2. §. 2. hoc tit. l. legatis. 67. §. pecoribus. 4. de leg. 3.* Ubi *Marcianus* Jurisconsultus auctoritate *Homeri* hanc sententiam confirmat. Locus est apud *Poëtam Odyssæ. 13.* ubi *Minerva* *Ulyssæm* in patriam ex longo errore reductum monet, ut non recta domum ad uxorem & procos introeat: sed prius ad *Eumæum* subulcum adeat, à quo de rebus omnibus interea edoceatur, dum ipsa *Telemachum* filium reducat. Quo eodem loco leguntur versus, quos post *Marcianum* hic citat *Justinianus*.

TEXTUS.

De injuria.

2. Injuria autem occidere intelligitur, qui nullo jure occidit. Itaque qui latronem insidiatorem occidit, non tenetur: utique si aliter periculum effugere non potest.

COMMENTARIUS.

1. Qui hac actione non teneantur.

**Q**ui nullo jure occidit] Injuriam hic accipere nos oportet, non quemadmodum circa injuriarum actionem, contumeliam quandam, sed quod non jure factum est, seu damnum culpa facientis datum, *l. 5. §. 1. hoc tit.* & nimirum quodcumque prævideri potuit, nec provisum est, *l. si putator. 31. l. 44. eod.* Ex quo intelligimus, eum, qui occidit, aut alias damnum dedit, hac lege teneri, etiam si animum nocendi non habuit, *d. l. 5. §. 1.* Deinde teneri hac lege omnes, quorum culpa vel levissima damnum datum esse arguatur, *l. in lege. 44. eod.* Postremo non teneri eos, qui vel culpæ capaces non sunt. **Qualis est furiosus, infans & impubes infantæ proximus, d. l. 5. §. 2. vel quorum factum à culpa abest; veluti si non fuit in potestate ejus, qui damnum dedit, non facere puta, si ab alio impulsus damnum dederit, l. 7. §. 3. l. si ex plagis. 52. §. 2. eod.** vel si jure suo id fecit, puta furem nocturnum aut diurnum telo se defendentem, vel aggressorem, aut taurum irruentem occiderit, *hoc text. l. 4. d. l. 5. eod.* aut si quis casu alium læsit, quem divinare non potuit. Aut si in eo, qui læsus est, culpa sit, cur sit læsus, *vid. infr. §. 4. & 5.* Plerique putant, nec culpam, quæ in omitendo seu negligendo consistit, ad legem Aquilianam pertinere, quoniam lex factum exigit. *Covar. de spons. pars. 2. c. 6. §. 8. n. 13. Donoh. 16. com. c. 7.* Alii putant, hoc nomine utilem saltem actionem competere, *l. 8. l. si servus. 27. §. si fornicarius. 9. & ibi Bus. hoc tit.* quod verum est, si negligentia circa factum aliquod antecedeus causam damni præbuit. Ita opiniones conciliat *D. Tuldenus hic c. 7.*

**Qui latronem insidiantem**] Adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere, *d. l. 4. hoc tit. l. 5. l. 45. §. 4. b. etiam tit.* & quod quis ob tutelam corporis sui fecit, jure fecisse existimatur *l. 3. de just. & jur.* Quamobrem si servum aggressorem aut latronem insidiantem mihi occidero, securus ero; sed & si alium quemcumque ferro se petentem quis occiderit, non videtur injuria occidisse, *d. l. 4. & l. 5. eod.*

**Si aliter periculum effugere**] Vim nobis illatam vi repellere licet: cæterum ita, si aliter periculum vitari non potest, *l. scientiam. 45. §. pen. eod.* Itaque si quis, cum posset intentantem periculum apprehendere, occidere maluit, injuria fecisse videtur, *d. l. 5.* Nec ultio permessa, sed defensio, quæ ita excusata est, si in defendendo servata sit moderatio inculpatae tutelæ, *l. 1. C. unde vi.* Cuncta exequi, quæ ad materiam defensionis pertinent, non est hujus loci.

TEXTUS.

De casu, dolo & culpa.

3. Ac ne is quidem hac lege tenetur, qui casu occidit, si modo culpa ejus nulla inventiatur. Nam alioqui non minus ex dolo, quam ex culpa quisque hac lege tenetur.

COMMENTARIUS.

**N**on minus ex dolo, quam ex culpa] Inversio est; dicere voluit, non minus ex culpa, quam ex dolo

occidentem teneri: nam de dolo minor est dubitatio. Similis verborum trajectio occurrit in *pr. supra de hered. instit.* apud Ulpianum *l. juris gentium. 7. §. pactorum. 8. de pact. l. 3. §. 2. de incend. ruin. naufr.* apud Callistratum *l. solidum. 85. de solut.*

## T E X T U S.

## De jaculatione.

4. *Itaque si quis, dum jaculis ludit, vel exercitatur, transeuntem servum tuum trajecerit, distinguitur. Nam si id à milite in eo campo, ubi solitum est exercitari, admissum est, nulla culpa ejus intelligitur; si alius tale quid admiserit, culpatus est. Idem juris est de milite, si in alio loco, quam qui ad exercitandum militibus destinatus est, id admiserit.*

## De putatione.

5. *Item si putator ex arbore ramo dejecto servum tuum transeuntem occiderit, si prope viam publicam aut vicinalem id factum est, neque proclamavit, ut casus evitari posset, culpa reus est; sed si proclamavit, nec ille curavit praecavere, extra culpam est putator. Aequè extra culpam esse intelligitur, si seorsum à via forte, vel in medio fundo cadebat, licet non proclamavit: quia in eo loco nulli extraneo jus fuerat versandi.*

## De Curatione relicta.

6. *Præterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem ejus, & ob id mortuus fuerit servus, culpa reus erit.*

## De imperitia Medici.

7. *Imperitia quoque culpa adnumeratur; veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quia male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit.*

## De imperitia &amp; infirmitate mulionis, aut equo vecti.

8. *Impetu quoque mularum, quas mulio propter imperitiam retinere non potuit, si servus tuus oppressus fuerit, culpa reus est mulio. Sed & si propter infirmitatem eas retinere non potuerit; quum alius firmior eas retinere potuisset, aequè culpa tenetur. Eadem placuerunt de eo quoque, qui cum equo veheretur, impetum ejus aut propter infirmitatem, aut propter imperitiam suam retinere non potuerit.*

## N O T A.

5. *Licet non proclamavit]* Quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset. Quod si etiam per locum privatum vulgo iter fiat, de culpa agi poterit, *d. l. 31.*

6. *Qui servum secuit]* Quamvis bene, *l. 18. eod.* Solabant olim medici venas incidere, & ægris sanguinem mittere. Cic. *Pisoniana.*

7. *Si medicus]* *l. 7. in fin. & d. l. 8. pr. eod.* quamquam eventus mortalitatis medico imputari non debet, *l. 6. §. 7. de off. praef. & extra culpam esse intelligitur, ὁμοῦ μείζον τὸ πᾶθος ἢ ἰατρικῆς βοηθείας.* Alex. Aphrod. in *1. Top. Arist.*

*Perperam ei medicamentum]* *Ἀρρώστος ἔχει ἀπεριεργίαν,* ut Hippocr. *de pharm. purg.* imperite, temere, inconsiderate.

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

1. *Quod de militibus in loco exercitii se exorcensibus hic dicitur, id etiam ad paganos certo loco se exorcere solitos pertinere.*
2. *Medicorum culpam raro nunc in judicium vocari.*

**A**fferuntur hic varia exempla hominis occisi, & damni dati citra dolum & animum nocendi, & fere culpa levissima. Nam ut antea dictum est, per legem Aquiliam non solum dolus, sed etiam culpa vindicatur, ita ut ne levissima quidem hic excusationem habeat, *l. in lege. 44. hoc tit. & recte:* nam cum potior semper sit causa ejus, qui damnum patitur, quam qui dat, æquum est, damnum quacunquè culpa datum sarciri ab eo, qui dedit.

*A milite in eo campo]* Dux circumstantiæ in proposito efficiunt, ut factum à culpa absit & Aquilia cesset; locus exercitationi destinatus, & persona se in eo loco exercitantis. Altero autem horum deficiente Aquilix locus est. Qua de causa si vel paganus in loco exercitationi militum constituto jaculans servum transeuntem occiderit, sive miles extra campum jaculatorium, uterque Aquilia tenebitur, *d. l. 9. §. ult. hoc tit.* Quid vero dicemus de conventiculis sagittariorum ex paganis, qui certo loco collineando ad scopum certare solent? Et quamvis hi milites non sint, tamen si quis eorum die & loco solito se exercens, intempestive per eum locum transeuntem transfixerit, extra culpam esse respondit *Wamf. cont. 2. conf. 51. fac. Gros. 3. jurispr. Bat. c. 33.* Plane si consulto ictum in transeuntem direxerit, aliud juris est, *d. l. 9. §. ult. & ibi gloss.*

*Si putator ex arbore dejecto ramo]* Arborem putare, factum plane licitum est: cæterum in dejectione rami amputati culpa esse potest. Quod ex loco, in quo putatur arbor, æstimandum est. Nam si is locus sit prope viam publicam aut vicinalem, aliameve per quam vulgo iter sit aut unicuique transire jus est, & frondator seu is, qui arbores amputat, ramum in eum locum, quantumvis privatum, sine proclamatione dejiciens servum prætereuntem occiderit, culpæ obnoxius est: si vero proclamavit nec alter curavit casum evitare, extra culpam est. Similiter extra culpam esse intelligitur, si in eum locum dejecerit, in quo nulli extraneo versandi jus erat, quamvis non proclamaverit; quoniam divinare non potuit, an per eum locum aliquis transiturus esset,

*l. si*

l. si putator. 31. hoc tit. Via publica est, quæ Græcis βασιλική, regia dicitur, Romanis prætoria & consularis, item militaris. Vicinalis, quæ in vicos ducit; quæ & ipsa fere publica est, l. 2. §. 22. ne quid in loc. publ. Sic Flacc. de cond. agr. Suet. Aug. 49. Th. hic.

Si medicus qui servum tuum secuit] Qui medicus servum alienum secuit, etsi bene secuit; (venæ sectionem seu incisionem intellige) tamen si susceptam ejus curationem dereliquit, & servus ob id mortuus sit, culpæ reus intelligitur, l. 8. hoc tit. Nimirum qui susceptam curationem deseruit, causam mortis præbuisse videtur.

Imperitia quoque culpa, &c.] Imperitia alicujus rei per se culpa non est, sed in eo, qui peritiam aut artificium aliquod pretulerit, culpæ adscribitur; si quid circa ea, quæ ad illud artificium pertinent, per imperitiam commissum sit, l. 9. §. pen. l. item quaritur. 13. §. si gemma. 5. locat. l. si servum. 27. §. si calicem. 29. hoc tit. eoque pertinet l. imperitia. 132. de reg. jur. Itaque si medicus servum tuum imperite, ἀγασθῆς ἢ ἀπειροπῆτος, secuerit, vel medicamento perperam usum mortem attulerit, hac lege tenebitur, l. 7. in fin. & l. seq. in pr. eod. Homicidii crimen est in hominis salute peccare, ait Casiod. 6. var. 19. Diligenter autem considerandum est, ne, quod vi morbi contingit, id medici imperitiæ aut culpæ adsignetur: nam eventus mortalitatis medico imputari non debet, sed tantum quod commisit per imperitiam, l. 6. §. sicuti. 7. de off. præf. & extra culpam esse intelligitur, ὅταν ἢ μὴ ζῶν τὸ πῦρ ἢ ἰατρικῆς βλάβειν. 2. Alex. Aphrod. in 1. top. Arist. Culpa medici raro in iudicium vocatur: quoniam, ut ille dicebat, errata medicorum terra occultat: beneficia autem sol illustrat. Et Plinius alicubi scribit, soli medico hominem occidere impune esse. Papon. 23. tit. 8. art. 1. refert, medicum, qui fortiosem solito potionem ægrotanti præbuerat, impune quidem pro ea vice arresto Parisiensi dimissum fuisse, sed cum interminatione severæ animadversionis, nisi in posterum ab hujusmodi remediis temperaret, add. Groenew. de U. abr. hic.

Impetu quoque mularum, &c.] Mulio cujus ob imperitiam vel infirmitatem impetu mularum servus alienus obtritatus est, hac actione tenetur. Idem juris est in persona ejus, qui impetum equi, quo vehebatur, propter imperitiam vel infirmitatem retinere non potuit. Neque iniquum est infirmitatem culpæ adnumerari. Quippe cum nemo temere affectare debeat, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram, l. 8. §. 1. eod.

TEXTUS.

Quanti damnum æstimetur, & de hæredibus.

9. His autem verbis legis, Quanti id eo in anno plurimi fuerit, illa sententia exprimitur, ut si quis hominem tuum, qui hodie claudus, aut mancus, aut luscus erit, occiderit, qui in eo anno integer, aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit: qua ratione creditum est pœnalem esse hujus legis actionem; quia non solum tanti quisque obligatur, quantum damni dederit, sed ali-

quando longè pluris. Ideoque constat, in heredem eam actionem non transire, qua transfutura fuisset, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur.

COMMENTARIUS.

Quanti id eo in anno plurimi] Hæc clausula æstimationem habet damni, quod per cædem datum est. Tenetur itaque qui servum occidit, non quanti is erat, cum occideretur, sed quanti eo anno plurimi fuit, l. ait lex. 21. l. inde Neratius. 23. §. Idem Julianus. 3. h. t. ubi Ulpianus scribit, hominis occisi æstimationem ad id tempus referri, quo eo anno plurimi fuerit, repetitis ex die vulneris trecentis sexaginta quinque diebus. Quippe annum retrorsus numerari, ex quo quis occisus est. Et ideo si pretioso pictori pollex fuerit præcisus, & intra annum quo præcideretur, fuerit occisus, posse dominum Aquilia agere, pretioque eo æstimandum, quanti fuit prius, quam artem cum pollice amisisset. Si mortifere vulneratus sit servus, deinde post, etiam longiori tempore interjecto, mortuus sit, secundum Julianum inde annum numerari placet, ex quo vulneratus est, licet Celsus contra senserit d. l. ait lex. 21. §. 1.

Pœnalem esse hujus legis actionem] Actio legis Aquiliæ pœnalis est. Nam etsi interdum lis ultra damnum datum non æstimetur, veluti si res intra annum depretriata non sit, tamen ad hoc, ut pœnalis habeatur, sufficit posse præsentem æstimationem exuperari, & pœnam generaliter in damnosos statutam esse.

In heredem non transire] Constat hanc actionem hæredi dari: sed in hæredem non datur, cum sit pœnalis; nisi fortè ex damno locupletior hæres factus sit, d. l. inde Neratius. 23. §. hanc actionem. 8. hoc tit. aut lis cum defuncto fuerit contestata, §. 1. inf. de perp. & temp. act.

Qua transfutura fuisset] Ait, actionem legis Aquiliæ in hæredem non transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis; transfuturam, si pœnalis non esset. Itaque hic locus apertè confirmat eorum sententiam, qui existimant, actiones non pœnales, etiam si ex delicto veniunt, in hæredem dari de quo latius alibi, §. ult. supr. de obl. qua ex del. & infr. §. 1. de perp. & temp. act. Hodie actio legis Aquiliæ pœnalis non est: nam solum ea nunc utimur, ut damnum injuria datum persequamur; non etiam quanti plurimi supra id res in eo anno aut in diebus 30. proximis fuit: & quando aliquid propter occasionem conjugis vel parentis, vel propinqui adjudicatur, id potius ejus qui agit indemnitas servandi, quam coercendi adversarii causa fieri existimatur. Gudol. de jur. nov. lib. 3. c. 13. Grot. 3. introd. 32. & 34. Groenew. de U. abrog. hic.

TEXTUS.

Quid æstimatur.

10. Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit, non solum preempti corporis æstimationem habendam esse secundum ea, quæ diximus, sed eo amplius, quicquid præterea preempto eo corpore damni nobis illatum fuerit, veluti si servum tuum hæredem ab aliquo institutum ante quis occide-

ciderit, quam is jussu tuo hereditatem adierit: nam hereditatis quoque amissa rationem esse habendam constat. Item si ex pari mularum unam, vel ex quadrigis equorum unum quis occiderit, vel ex comædis unus servus occisus fuerit, non solum occisi sit æstimatio, sed eo amplius id quoque computatur, quanti depretiati sunt, qui supersunt.

## NOTÆ.

10. Depretiati sunt] Utitur eo verbo Paul. l. 22. §. 1. Tertull. ad Nation. 1. cap. 10. Gloss. Lat. Gr. depretiati, ἐλατῶσις.

## COMMENTARIUS.

**N**on ex verbis legis, sed ex interpretatione] Lex de æstimatione perempti corporis tantum locuta videtur: cæterum illud quoque damnum in æstimationem venire placet, quod occasione perempti corporis in re alia patitur: quod variis exemplis illustratur, l. ais lex. 21. §. ult. cum ll. seqq. hoc tit. Ait autem Justinianus id per interpretationem placuisse, nimirum quia legislatorum id quoque voluisse prudentes existimaverunt: non enim tam ex scripto & sententia hæc controversia nata videtur, quam ex scripti ambiguitate: ut bene Hotoman. hic. & ideo de hoc quoque damno directam ex lege actionem competere verius est, vid. §. ult. inf.

Quicquid præterea damni] Quicquid præterea extra rem principalem nostra interest, d. l. ais lex. 21. §. ult. Nam omnia commoda, quæ intra annum, quo verbi causa servus interfectus est, pretiosiores hunc servum facerent, ad æstimationem ejus accedunt, d. l. inde Neratius. 23. §. in summa. 6. eod. Damnum autem intelligence pecuniarium: nam affectionis ratio non habetur. Ut ecce si filium tuum naturalem quis occiderit, quem tu magno emptum velles, non pluri æstimabitur, quam quanti omnibus valet. Quippe pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur, l. si servum. 33. hoc tit. l. pretia. 63. ad l. Falcid.

Si servum tuum heredem] Si servus hæres institutus, antequam jussu domini hereditatem adiret, occisus sit, etiam hereditatis amissæ damnum in æstimationem venit, d. l. inde Neratius. 23. h. t.

Item si ex pari mularum] l. proinde. 22. §. 1. eod. Ubi Paulus scribit, etiam causas corpori coherentes æstimari. Itaque si quis ex comædis, aut symphoniacis, aut gemellis, aut quadriga, aut ex pari mularum unum vel unam occiderit, non solum perempti corporis æstimationem faciendam esse, sed & ejus rationem haberi debere, quo cætera corpora depretiata sunt.

## TEXTUS.

De concursu hujus actionis & capitalis.

11. Liberum autem est ei, cujus servus occisus fuerit, & ex judicio privato legis Aquiliae damnum persequi, & capitalis criminis eum rem facere.

## COMMENTARIUS.

**S**i dolo servus occisus sit, non tantum privato judicio legis Aquiliae dominus agere potest: sed etiam publico legis Corneliae de sicariis, l. inde Neratius. 23. §. si dolo. 9. hoc tit. l. 3. C. eod. nam lex Cornelia non distinguit cujus conditionis homo occisus sit, l. 1. §. 2. ad l. Corn. de sicar. Addit Ulp. in d. l. inde Neratius. §. si dolo. si lege Aquilia dominus egerit, non ob id tamen præjudicium fieri legi Corneliae; scilicet, quo minus quod privato judicio judicatum erit, publico retractetur, l. unic. quand. act. civ. crim. Alio sensu Paulus in l. 4. de publ. jud. dicit, in actione legis Aquiliae, cæterisque privatis judiciis, in quibus de re familiari agitur, evenire interdum, ut præjudicium judicio publico fiat; nimirum non sic, ut agi amplius non possit, sed ad probationem delicti quod attinet, ut judicium privatum, ante finitum, urgeat aut juvet reum in executione criminis.

Capitalis criminis reum facere] Modo, ut diximus, dolo malo homo occisus sit. Nam in lege Cornelia dolo tantum pro facto accipitur, nec in hac lege lata culpa pro dolo habetur, l. 7. ad leg. Corn. de sicar. add. Schneid. §. injuria. 2. n. 11. supr. & ad hunc §. n. 1. De libero homine occiso, si de damno faciendum agatur, dixi sub pr. hujus tit.

## TEXTUS.

Caput secundum.

12. Caput secundum legis Aquiliae in usu non est.

## COMMENTARIUS.

**S**ecundum hujus legis capitulum jam tempore medice jurisprudentiæ in desuetudinem abierat, ut testis est Ulpianus in l. si servum. 27. §. 4. hoc tit. Quid autem hoc capite cautum fuerit, cum id nusquam proditum sit, haud temerè dixerim: neque de eo laborandum. Qui otio abundant, talia sibi negotia fumant. Cujacio videtur, pertinuisse ad interceptam nobis utilitatem quandam, re nostra illæsa.

## TEXTUS.

Caput tertium, quod damnum vindicatur.

13. Capite tertio de omni cætero damno cavetur. Itaque si quis servum, vel eam quadrupedem, qua pecudum numero est, vulneraverit; sive eam quadrupedem, qua pecudum numero non est, veluti canem, aut fexam bestiam, vulneraverit, aut occiderit; hoc capite actio constituitur. In cæteris quoque omnibus animalibus, item in omnibus rebus, qua anima carent, damnum per injuriam datum hac parte vindicatur. Si quid enim ustum, aut ruptum, aut fractum fuerit, actio ex hoc capite constituitur; quamquam poterat sola rupti appellatio in omnes istas causas sufficere. Ruptum enim intelligitur, quod quo-

quoquo modo corruptum est. Unde non solum fracta, aut usta, sed etiam scissa & collisa, & effusa, & quoquo modo perempta atque deteriora facta, hoc verbo continentur. Denique responsum est, si quis in alienum vinum aut oleum id misauerit, quo naturalis bonitas vini aut olei corrumpetur, ex hac parte legis Aquilia eum teneri.

NOTÆ.

13. Capite tertio] Verba capitis tertii referuntur ab Ulp. l. 27. §. 5. eod. ejusdemque l. §. 7. & deinceps fuisse explicantur.

COMMENTARIUS.

1. Caput tertium legis Aquilia declaratur variis exemplis.
2. Quid juris si liber homo vulneratus: & quid eo casu hodie.

**T**ertio capite ait eadem lex Aquilia; Caterarum rerum, præter hominem & pecudem occisos, si quis alteri damnum faxit, quid ufferit, fregerit, ruperit injuria, quanti ea res erit in diebus triginta proximis, tantum ab domino dare damnus esto. l. si seruum. 27. §. tertio. 5. hoc tit. Si quis igitur non occiderit hominem vel pecudem, sed ufferit, fregerit, ruperit, sine dubio ex his uerbis legis agendum erit. Proinde si facem seruo meo objeceris, & eum aduufferis, teneberis mihi. Idem est si loris, vel virgis, vel pugnis, vel telo cecideris, ut corpus ei scinderes vel tumorem faceres, d. l. 27. §. 17. Item si quis mulum meum plus iusto oneraverit, & aliquid membri ruperit, d. l. 27. §. 23. Sed & si arbutum meum vel villam meam incenderis, Aquilix actionem habebis, d. l. si seruum. §. item si. 7. Æquè si quis vinum effuderit, spurcaverit, vitiaverit, vestimentum sciderit, inquinaverit, milium aut frumentum meum in flumen effuderit, ex hoc capite tenetur, d. l. 27. §. cum eo. 15. & §. si quis. 18. cum §. seq. eod. Hac quoque actione ex hoc capite de omnibus animalibus læsis agendum est, quæ pecudes non sunt, puta de cane. Sed & de apro & leone, cæterisque feris & avibus idem erit dicendum, l. quemadmodum. 29. §. hac actione. 6. eod. In summa hoc capite fervorum & pecudum vulnera, reliquorum animalium vel vulnera vel cædes, omnium denique rerum inanimatarum corruptiones, in iudicium vocantur. Liber homo vulneratus directam ex hoc capite actionem non habet: quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur. Sed tamen utilem actionem ei dari placet, in qua non corporis, quod nullam æstimationem recipit, sed operarum cessantium & impendiorum æstimatio fiet, l. liber homo. 13. eod. quam æstimationem etiam pater utili legis actione persequi potest, ob vulnus inflatum filiosam. l. 7. eod. l. cum duobus. 52. §. socium. 16. pro soc. Cujac. 21. obs. 20. add. Grot. 3. introd. c. 34. Moribus harum regionum etiam dotorum & deformationis corporis, si quando id petitur, æstimatio fit, quamvis propriè hæc pecunia farciri non possunt, neque juri Romano id conveniat, l. ult. de his qui deiec. l. 3. si quadr. paup. Grot. d. loc.

Ruptum intelligitur, quod quoquo modo corruptum]

Verbum ruperis ferè omnes veteres sic intellexerunt, corruperis. Itaque rupti appellatione continentur & usta & fracta, & scissa & collisa, & effusa & quoquo modo vitiata, deteriora facta, aut perempta. Neque obstat quod lex distinctim hæc tria exprimit, ufferit, fregerit, ruperit. Nam, ut Celsus dicebat, non est novum, ut lex specialiter quibusdam enumeratis generale subjiciat verbum, quo specialia complectatur, d. l. si seruum. 27. §. inquis. 13. cum 3. §§. seqq.

TEXTUS.

De dolo & culpa.

14. Illud palam est, sicut ex primo capite demum quisque tenetur, si dolo aut culpa ejus homo aut quadrupes occisus occisive fuerit, ita ex hoc capite, de dolo aut culpa, & de cætero damno quemque teneri: ex hoc tamen capite, non quanti in eo anno, sed quanti in diebus triginta proximis res fuerit, obligatur is, qui damnum dederit.

COMMENTARIUS.

**S**i dolo aut culpa] In hac quoque actione; quæ ex hoc capitulo oritur, tam culpa quam dolo punitur. Itaque si quis in stipulam suam vel spinam comburendæ ejus causa ignem immiserit, & ulterius evagatus & progressus ignis alienam segetem vel vineam læserit, requiremus, num imperitia ejus aut negligentia id accidit. Nam si die ventoso id fecit, culpæ reus est. Nam & qui occasionem præstat, damnum fecisse videtur. In eodem crimine est & qui non observavit, ne ignis longius procederet. At si omnia, quæ oportet, observavit, & subito vis venti ignem longius produxit, caret culpa, l. qui occidit. 30. §. pen. hoc tit.

Quanti in diebus triginta] Hoc capitulo, quanti res fuerit triginta diebus proximis, tanti lis æstimatur, d. l. si seruum. §. tertio. 5. eod. qui excessus præsentis æstimationis hic pro pœna est: quæ levior in hoc capite, quam in primo, tanquam in delicto leviore.

TEXTUS.

Quanti damnum æstimetur.

15. Ac nec plurimi quidem verbum adjiciunt. Sed Sabino rectè placuit, perinde habendam æstimationem, ac si etiam hac parte plurimi verbum adjectum fuisset: nam plebem Romanam, quæ Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, contentam fuisse, quod prima parte eo verbo usa esset.

COMMENTARIUS.

**H**æc verba, quanti in diebus triginta proximus fuit, etsi non habent plurimi, sic tamen accepta sunt, l. quemadmodum. 29. §. ult. hoc tit. nimirum ut vox plurimi in primo capite posita, in tertio repetita intelligatur: & alioqui incerta esset damni ex hoc capite æstimatio.

*Aquilio tribuno rogante hanc legem tulit, &c.]* Re-  
ctius dixisset *Legem iussit*, & mox, *eo verbo usus esset*,  
ut hic notat Hotoman.

## T E X T U S.

De actione directa, utili & in factum.

16. *Ceterum placuit, ita demum directam ex  
hac lege actionem esse, si quis precipue corpore  
suo damnum dederit. Ideoque in eum, qui alio  
modo damnum dederit, utiles actiones dari so-  
lent; veluti si quis hominem alienum, aut pecus  
ita incluserit, ut fame necaretur: aut jumentum  
ita vehementer egerit, ut rumperetur: aut pecus  
in tantum exagitaverit, ut precipitaretur: aut  
si quis alieno servo persuaserit, ut in arborem ad-  
scenderet, vel in puteum descenderet, & is ad-  
scendendo vel descendendo aut mortuus, aut aliqua  
parte corporis latus fuerit; utilis actio in eum da-  
tur: sed si quis alienum servum aut de ponte,  
aut de ripa in flumen deiecerit, & is suffocatus  
fuerit, eo quod projecit, corpore suo damnum  
dedisse non difficulter intelligi potest: ideoque ipsa  
lege Aquilia tenetur. Sed si non corpore damnum  
fuerit datum, neque corpus latus fuerit, sed  
alio modo alicui damnum contigerit, quum non  
sufficiat neque directa, neque utilis legis Aquiliae  
actio, placuit, eum, qui obnoxius fuerit, in  
factum actione teneri: veluti si quis misericordia  
ductus alienum servum compeditum solverit, ut  
fugeret.*

## N O T A.

16. *Si quis precipue corpore suo* ] Directa legis actio  
ita demum conceditur, si quis corpore suo damnum de-  
derit, l. 51. eod. Directa actio hic intelligitur, quae ex  
verbis legis eoque, quod scriptum est, descendit.

*Qui alio modo, &c. utiles actiones* ] Quae eadem &  
in factum; ceterum civiles l. 7. §. 3. & 6. l. 9. eod. A-  
ctio, quae inducitur per interpretationem & extensio-  
nem aliquam, tanquam ex mente legislatoris, non di-  
recta, sed utilis dicitur: quanquam vi & effectu a dire-  
cta nihil differt, l. *propen. de neg. gest.* Sic patri nomine  
filii, bonae fidei possessori, item libero homini suo no-  
mine utilis actio legis Aquiliae datur. Directam habere  
non possunt, quoniam in lege domini tantum mentio fit,  
l. 7. l. 11. §. 8. l. 13. *hoc titul.*

*Alienum servum de ponte* ] Si quis de ponte aliquem  
precipitaverit, Celsus ait sive ipso ictu perierit aut con-  
tinuo submersus est, aut lassatus vi fluminis victus pe-  
rierit, lege Aquilia teneri: quemadmodum si quis puer-  
rum saxo illisisset, d. l. 7. §. *pen.*

*Ipsa lege Aquilia* ] Ex ipsis verbis legis Aquiliae, ut  
directa in eum actio competat, ut recte interpretatur  
Theoph.

*Neque corpus latus* ] Ubi corpus integrum manet,  
neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis  
actio competit: ac proinde subsidiaria in factum opus est,  
l. 33. *in fin. hoc tit. l. 7. §. 7. de dolo*, quae à praetore defe-  
ctum legis supplente datur, l. 11. *de praeser. verb.*

*Misericordia ductus* ] d. l. 7. §. 7. *de dolo*. Intempesti-  
va misericordia damnosa est. Similiter actione in factum  
tenetur, qui fumo factio apes fugaverit vel etiam neca-  
verit, l. 49. *eod.* Apes fumo abigi & necari notissimum  
est. Fabrot.

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

1. *Directa actio quot modis dicatur.*
2. *Actio utilis quid: & quae ratione, quando, à quibus  
introducatur.*
3. *Directam actionem esse, tam qua ex sententia legis  
descendit, quam qua ex verbis: utilem, qua,  
tanquam ex sententia per interpretationem exten-  
sivam, in factum, cui voc oratio nec sententia  
convenit.*
4. *Utilem, qua tanquam ex sententia legis, & ipsam  
interdum in factum appellari.*

U T hic locus plene intelligatur, sciendum est, non  
uno semper & ejusdem oppositionis intuitu nomen  
actionis aut directae aut utilis à veteribus usurpari. Nam  
primum directa actio dicitur principalis opposita vel praeparatoriae,  
puta actioni ad exhibendum, l. 3. §. *ibidem*.  
13. l. *si quis*. 17. *ad exhiben.* vel contrariae, ut actio dire-  
cta commodati, depositi, pignoratitia, &c. vide nostra  
ad §. 2. *sup. quibus modis re contr. oblig.* §. 1. *sup. de obli-  
gat. qua quasi ex contract.* Deinde actio ordinaria ex delicto,  
opposita noxali, directa quoque vocatur, §. *om-  
nis. 5. inf. de nox. action.* Postremo directa actio dicitur  
ad differentiam actionis utilis; quae consideratio hujus  
loci propria est. Utilis actio sic in universum describi po-  
test, quod sit actio, quae deficiente stricta juris ratione  
ex aequitate introducitur. Id vero fit bifariam: vel inter-  
pretatione jurisconsultorum; vel etiam jure expresso,  
tum praetorio, tum etiam civili aequitatem sectante. A-  
ctiones praetoriae in relatione ad jus civile strictum, omnes  
dicuntur utiles, tametsi aperte verbis edicti propositi  
sint, §. *namque. 4. inf. de action. l. tutor. 16. §. ult. de  
pign. act. l. electio. 26. §. 2. de nox. act. l. 1. de superfic. l.  
ult. C. quib. ex ca. maj.* Quanquam si jus praetorium ab-  
solute spectamus, quaedam actiones hoc jure proditae di-  
rectae, quaedam utiles appellari possunt: directae, quae  
ipsis edicti verbis proponuntur: utiles, quas verbis ces-  
santibus prudentum interpretatio induxit, l. *pen. §. ult.  
de his qui def. vel eff.* ut apparet ex l. *nec quasi. 70. de rei  
vind. l. 1. l. si Titio. 22. de pignor. l. in eum. 19. in pr. de  
insit. act. l. 5. §. pen. de pec. const. l. 1. C. de praear.* Sed  
& jus civile nonnunquam verbis expressis utiles tantum  
actiones tribuit, nimirum quoties ratio juris impedit,  
quomaius directae dentur; veluti si directae jam sint apud  
alium. Nam ratio juris non patitur, ut aut apud duos  
simul directa sit actio, aut ab eo, cui illa semel compe-  
tere coepit, avulsa in alium transferatur. Hinc est, quod  
ei, cui nomen venditum, legatum, donatumve est,  
non directa, sed utilis actio rescryptis Impp. datur, quia  
scilicet ex ratione juris directa penes venditorem, haere-  
dem, donatorem manet, l. *si cum. 16. de pact. l. 1. C. de  
obl. & act. l. ex legato. 18. C. de legat.* Pari de causa, quia  
ratio

ratio juris civilis non patitur, ut nostra conventione alteri actionem queramus, quibusdam casibus hic utilis actio constitutionibus introducta est, l. 3. C. de don. qua sub mod. His autem casibus, & si qui sunt similes, demptis, actio directa dicitur, quæ ex verbis legis, eoque, quod scriptum est, descendit. Scriptum autem etiam illud & verbis comprehensum intelligi oportet, quod voluisse legislatorem constat, etiam si id verbis aperte expressum non sit. Uteccæ, lege Aquilia, qui damnum dedit, expressè jubetur ejus damni æstimationem præstare. Illud non exprimitur, damnum tanti æstimandum, quanti interfuit damnum datum non esse. Cæterum quia damnum sarciri lex voluit, ex voluntate legis hoc sic acceptum est, quasi scriptum esset, ejus omnis, quod interest, æstimationem fieri debere: ac proinde etiam ejus nomine quod extrinsecus interest directa ex lege actio competit, ut notavimus ad §. illud. 10. supr. eod. At vero ubi longius proceditur, atque ex scripto & sententia controversia orta, actio inducitur per interpretationem, & extensionem aliquam, tanquam ex mente legislatoris: ea non directa, sed utilis est; quanquam vi & effectu juris à directa non differt, l. propen. de neg. gest. Quod si & verba & sententia legis deficient, hic prætor defectum legis, utilitate id exigente, supplere solet reddendo actiones in factum, l. quia actionum. 11. de præsc. verb. Quæ omnia 4 exemplis in textu illustrantur. Illud etiam hic obiter notandum, appellatione actionis in factum nonnun-

quam significari actionem illam utilem, quam ex sententia legis per interpretationem induci diximus: ut videre est in l. qua actione. 7. §. proinde. 3. l. item si. 9. in pr. l. item Mela. 11. §. sed si. 8. l. quemadmodum. 29. §. pen. hoc tit. Proprie autem eo nomine designari actionem ab illa utili distinctam; quæ scilicet id factum persequitur, cui nec oratio nec sententia legis convenit, d. l. 11. de præsc. verb. l. si servum. 33. §. 1. hoc tit. l. 7. §. idem Labeo. 7. de dol. & hoc tit. in fin. Illa in factum civilis, hæc in factum prætoria dicitur, & tota subsidiaria est.

*Si quis corpore suo] Add. l. ita vulneratus. 51. in pr. hoc tit.*

*Qui alio modo damnum dederit, utiles actiones] Quæ eadem & in factum, cæterum civiles, l. qua actione. 7. §. 3. & §. Celsus. 6. l. item si. 9. fere per tog. tit. eodem. Sic patri nomine filii, bonæ fidei possessori, item libero homini suo nomine utilis Aquiliæ actio datur. Directam enim habere non possunt, quoniam in lege domini tantum mentio fit, d. l. qua actione. in pr. l. item Mela. 11. §. sed si. 8. l. liber homo. 13. pr. eodem.*

*Neque corpus læsum] Lex Aquilia de corpore perempto aut corrupto loquitur. Itaque ubi corpus integrum manet, neque ex verbis legis directa, neque ex sententia utilis actio competere potest: & proinde subsidiaria in factum opus est, secundum ea, quæ jam dicta sunt, l. 11. de præsc. verb. l. si servum. 33. in fin. hoc tit. l. 7. §. idem Labeo. 7. de dolo.*

T I T U L U S I V.

D E I N J U R I I S.

Dig. Lib. 47. Tit. 10. C. Lib. 9. Tit. 35. & 36.

Continuatio: & argumentum tituli.



Quarta species delicti, unde obligatio & actio inter privatos nascitur, est injuria seu contumelia. Quæ quid sit, quomodo & quibus fiat, tum qua poena vindicetur, quæ circumstantiæ eam augeant aut minuant, & denique quomodo aboleatur, hic docebitur.

T E X T U S.

Verbum injuria quot modis accipitur.

Generaliter injuria dicitur omne, quod non jure fit: specialiter, alias contumelia, qua à contemendo dicta est, quam Græci ἕξεν appellant: alias culpa, quam Græci ἀδίκημα dicunt, sicut in lege Aquilia damnum injuria datum accipitur: alias iniquitas & injustitia, quam Græci ἀνομιαν ἢ ἀδικίαν vocant: cum enim prætor vel judex non jure contra quem pronuntiat, injuriam accepisse dicitur.

N O T A.

*Generaliter injuria] Ex Paulo apud Rufin. tit. 2. & Ulpiano l. 1. h. t. ubi J. C. ait, injuriam ex eo dictum, quod non jure fit. August. Confess. 3. cap. 8. Sive per contumeliam, sive per injuriam.*

*Cum judex non jure contra quem pronuntiat] Si judex iniquè sententiam dixerit, quamvis per imprudentiam aut errorem, l. 51. de evict. eum, qui sententia læsus est, injuriam passum dicimus, d. l. 1. h. t. Judex autem injuriam facit, non is, secundum quem judicatum est. Aristot. 1. magn. mor. 34.*

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

*Omne quod non jure fit] Quicquid non jure fit, generali verbo injuria dicitur, l. 1. hoc tit. ubi Ulpianus ait, injuriam ex eo dictum, quod non jure fiat. Itaque omne factum, quo nocetur detrahiturque quid alteri temere immeritove, id in genere injuria dicitur; eaque vox tam latè patet, quam injustitia. Est enim effectus injustitiæ, quæ in affectu & habitu animi consideratur. Cicero in paradox. Quocumque aspexisti, ut suria, sic tua tibi occurrunt injuria, quæ te respirare non sinunt. Injuria, id est, actiones injustæ, flagitia, peccata.*



cata. Injuriz, sic generaliter dicitur, Justinianus tres species hic commemorat, uti & Jurisconsultus in d. l. 1. contumeliam, damnum culpa datum, iniquitatem sententiz; quibus tamen genus propositum non exhauritur. Sed de eo unusquisque pro arbitratu existimet. Adeundus omnino Aristot. lib. 5. & hic.

*Specialitor alias contumelia*] Specialim injuria primum pro contumelia accipitur, ut in hoc tit. l. 5. §. 1. ad l. Aquil. l. si unus. 27. §. 2. de pact. ubi Paulus scribit, actionem injuriarum nasci ex contumelia. In hoc significato injuria sic ab auctore librorum ad Herennium definitur. *Injuria est, qua aut pulsatione corpus, aut convitio aures, aut surpitudine vitam alicujus violat.* Ego sic; Injuria est omne dictum factumve ad contemptum, infamiam aut dolorem alterius directum.

*A contumendo*] Contumelia à contemptu, Seneca quoque auctore, dicta est: quia nemo nisi quem contemnit, tali injuria notat.

*Alias culpa, sicut in lege Aquilia*] Lex Aquilia injuriz verbo vel maxime dolum malum intelligit: ceterum eodem verbo & culpam comprehendit, atque id quoque, quod per imperitiam aut imprudentiam factum est, injuria factum existimat. Quod Aristoteles non ἀδικησα, sed ἀμάρτημα appellaret: & ita fortè legendum; quia id nomen locum habet etiam ubi dolus absit. Atque hæc est secunda injuriz species.

*Non jure contra quem pronuntiat*] Tertio circa judicia injuriam pro iniquitate accipimus. Nam si judex iniquè sententiam dixerit, cum qui sententia læsus, injuriam passum esse dicimus. Quamquam autem litigatori injuria fieri dicitur non tantum, cum judex dolo malo aut largitione corruptus perperam pronuntiat, sed etiam cum per errorem aut imprudentiam, l. si per. 51. de vi et. Effectu tamen juris inter hæc facta multum interest; & alterum vere maleficcium est, alterum proprie non est, sed quasi maleficcium; ἀμάρτημα utique: de quo vide pr. tit. seq. Illud huic loco contrarium non est, quod apud Paulum in l. penult. de just. & jur. legimus, Prætorum quoque jus reddere, cum iniquè decernit. Nam, ut ipse illud explicat, dicitur hoc relatione facta non ad id, quod prætor fecit, sed ad illud, quod prætor facere convenit; sive nomine relato ad id quod videtur, non quod est; αὐτῶς τὸ φαινόμενον non αὐτῶς τὸ ἴσθαι.

## TEXTUS.

## Quibus modis injuria fit.

1. *Injuria autem committitur, non solum cum quis pugno pulsatus, aut sustibus casus, vel etiam verberatus erit; sed & si cui convitium factum fuerit; sive cujus bona quasi debitoris, qui nihil deberet, possessa fuerint ab eo, qui intelligebat, nihil eum sibi debere: vel si quis ad infamiam alicujus libellum aut carmen (aut historiam) scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quod quid eorum fieret: sive quis matremfamilias, aut prætexasum prætexasamve adflectatus fuerit: sive cujus pudicitia attentata esse di-*

*cetur: & denique aliis plurimis modis admitti injuriam manifestum est.*

## NOTÆ.

1. *Matremfam. aut prætexasum, &c.*] Budæus in l. ult. de senat. erat autem prætexas puerile vestimentum, l. 23. §. 2. de aur. & arg. leg. & ingenuitatis insigne, σύμβολον ἀφύκειας, Philostrat. in Herode.

## COMMENTARIUS.

1. *Re quot modis injuria fiat.*
2. *Convitium quid, & an citra id verbis injuria fieri queat.*
3. *An & quando veritas convitii excuset injuriantem.*
4. *An eum relevet præfatio honoris.*
5. *Injuriam verbis factam an verbis liceat repellere.*
6. *Famosi libelli quam varia pœna.*
7. *Si inventor auctorem indicaverit.*
8. *Pœna capitali l. un. C. de famos. libel. quando locus.*
9. *Adflectari cur injuriosum.*
10. *Sermo prætexasus.*
11. *Cur injuriosa attentatio pudicitia.*

**I**nterpretes vulgo injuriam in duo genera dividunt, in realem & verbalem: eam, quæ scripto fit, alii ad realem referunt, alii, & frequentius, ad verbalem: quod & Labeo fecisse videtur, l. 1. §. 1. hoc tit. & nos sequemur. Itaque dicimus, omnem injuriam aut re fieri, aut verbis, vel lingua scilicet nuncupatis, vel scripto expressis.

*Cum quis pugno pulsatus*] Proprie injuriæ realis est, quoties manus inferuntur, d. l. 1. §. 1. Sed & illa realis censetur, quæ citra illationem manuum aut læsionem corporis inferitur, re aut factò aliquo, quod ad contumeliam alterius pertinet: veluti si quis vexandi causa aliquem in jus vocari curaverit, l. injuriarum. 13. §. 3. eod. aut domum absentis debitoris signaverit sine auctoritate judicis, l. si injuria. 20. eod. cui simile, quod hic proponitur de bonis quasi debitoris possessis: item si quis ad invidiam nobis concitandam mœroris indicis publicè utatur, puta lugubri aut squalida veste, aut si demittat barbaram, submittatve capillos, l. item apud. 15. §. generaliter. 27. l. vestem. 39. eodem. Cujac. 6. obs. 5. & alia hujusmodi quæ vel gestu ad infamiam aut contumeliam alicujus compositio fiunt, ὕβρις ἢ ἡ μὲν ἢ ἐπὶ λέγω, ἀλλὰ καὶ ἢ καὶ πᾶν ἔργον αἰσχρόν. Eustath ad Odyss. α. adde Damhoud. prax. crim. c. 140. Thessaur. dec. 22. 9.

*Convitium factum*] l. item apud. 15. §. ait prator. 2. & seqq. hoc tit. l. 5. C. eod. hæc injuria verbalis est. Convitium auctore Ulpiano dicitur vel à concitatione, vel à conventu, hoc est, à collatione vocum. Nam cum in unum complures voces conferuntur, id convitium appellari ait, quasi convocium. Atque ex eo apparere, non omne maledictum convitium esse, sed id solum quod cum vociferatione dictum est, sive unus sive plures in cœtu dixerint: quod autem non in cœtu nec vociferatione dicitur, convitium non proprie dici, sed infamandi causa dictum, d. l. item apud. §. convitium. 4. & §. ex his. 11. cum seqq. Verum hanc etymologiam & definitionem Jurisconsulti reprehendit Laur. Vall. 6. elegant. 52. negans, usquam apud probatos auctores reperiri hanc differentiam custoditam inter convitium & maledictum. Inter que

quæ (si qua est) hanc fore ait, quod convitium est maledictum contumeliosum; nec utique vociferatione semper convitium fieri. Idque probat primam auctoritate Quintiliani & Ciceronis: cujus verba in oratione pro Cælio hæc sunt; *Maledictio nihil habes propositi præter contumaciam, qua si petulantius jactatur, convitium; sine facietus, urbanitas nominatur.* Atque ita quoque vox convitii usurpatur in *l. 5. C. h. t.* Quicquid sit, etiam verbis citra convitium injuriam fieri posse constat: veluti, si quis non debitorem quasi debitorem appellaverit, *d. l. item apud. 15. §. si quis. 33. eod.* aut si quis puellam blandis verbis sollicitet ad stuprum, *d. l. item apud. §. appellare. 20.* Tria ferè hic quaeri solent.

3. Primum est, an veritas convitii excuset injuriantem. Interpretes vulgo respondent, excusare, si id, quod objicitur, tale est, ut publicè interfit illud sciri; veluti si quis latro, homicida, adulter, sacrilegus appelletur: eoque pertinere responsum Jurisconsulti in *l. eum qui. 18. in pr. hoc tit.* ubi ait, eum, qui nocentem infamavit, non esse bonum & æquum condemnari. Peccata enim nocentium nota esse & oportere & expedire. Hoc autem vel maximè procedet, si infamaverit apud magistratum: quoniam tum omnino præsumitur fecisse, ut super objecto crimine, quod tamen utique probare debet, inquisitio institueretur. Alias si ex circumstantiis animus injuriandi adfuisse arguatur, veluti si in rixa id fecerit odio impulsus, petulantiam istam impunitam relinqui non debere, *l. 3. C. de off. reit. prov.* Sin autem quod objicitur innotescere nihil interest, puta si alter pœnam delicti sui sustinuerit, aut si vitium naturale objiciatur, claudus aliquis, luscus aut gibbosus vocetur, veritatem convitii non excusare, quominus animo injuriandi id factum præsumatur: contrarii tamen probationem hic admittendam, *arg. l. 5. C. eod. Ita ferme Gomez. 3. resol. 6. num. 2. Myns. 4. obs. 4. Gail. 2. observ. 99. Covarr. 1. resol. 11. n. 6. & 7. Clar. lib. 5. §. injuria. n. 15. Wesemb. parat. num. 8.* Atque hanc distinctionem passim in judicando servari tradit *Christin. vol. 4. dec. 202. n. 32. add. D. à Sande lib. 5. tit. 8. def. 7.*

Alterum est, an injuriantem relevet præfatio honoris aut protestatio non animo injuriandi: veluti si quis dicat, tu es mendax, absit dicto contumelia, aut salvo honore tuo. Communis sententia est, non relevare, quia protestatio contraria facta nihil operatur: atque ita etiam pronuntari solet, *vid. Gail. 2. obs. 101. num. 1. Guid. Pap. decis. 465. in fin. Covar. 1. resol. 11. num. 1. Clar. lib. 5. §. injuria. 13. Ant. Fab. C. suo. hoc tit. decis. 1. num. 3.* Tertium est, an verbis factam injuriam verbis retundere liceat. Vulgo placet licere. Quippe ignoscendum ei, qui se ulciscitur provocatus, *arg. l. qui cum. 14. §. si libertus. 6. de bon. liber.* Cæterum non quibuscumque verbis injuriam illatam repellere fas est, non iis quæ ad vindictam tendunt, sed tantum quæ pro defensione honoris proferuntur, ad removendum crimen objectum: puta, qui vocavit aliquem latronem aut furem, ei non licet ea crimina retorquere, ut dicat, tu ipse es latro aut fur; quoniam hoc tendit ad vindictam: at impunè dici poterit, tu mentiris, cum hoc tendat ad defensionem honoris & innocentia, *vid. Myns. cons. 5. obs. 17. Gail. 2. obs. 100. Tuldem. in C. hoc tit. n. 4.*

*Sive cujus bona quasi debitorum] Quia cujus bona ex*

dicto possidentur, ejus fama & existimatio cum bonis simul possidetur, *ut ait Cicero pro Quint.* Est autem hæc injuria realis: cui similis species est quæ ponitur in *l. si injuria. 20. h. t.* Ait, *ab eo qui intelligebat*, nam injuria, ut in hoc argumento accipitur, non fit sine proposito & affectu facientis, *l. 3. §. 1. hoc tit.*

*Ad infamiam alicujus libellum, aut carmen] Ad injuriam verbalem, cum plerisque, retulimus etiam eam, quæ scriptura fit: cujus species atrocissima, est famosus libellus, sive, ut veteres locuti sunt, malum carmen. Nunc vulgo Pasquillus vocatur ex eo, quod Romæ ad truncam Pasquini cujusdam statuum hujusmodi scripta affigi soleant. Pœna mali carminis ex lege duodecim tabularum capitalis fuit. Ut apparet ex loco Ciceronis 4. de republ. quem citat Augustinus 2. de civ. Dei. cap. 9. Nostra, inquit, *xii. tabula, cum perpaucas res capitale sanxissent, in his hanc quoque sancientiam putaverunt, si quis carmen condidisset, quod infamiam faceret, flagitiumve alteri. Praclare. Judicis enim ac magistratum disceptionibus legitimam propositam vitam, non Poetarum ingenium, habere debemus: nec probrum audire, nisi ea lege, ut respondere liceat, & iudicio defendere.* Sed pœna capitis postea sublata videtur: nam lege Cornelia auctor famosi carminis intestabilis esse jubetur, *l. 5. §. si quis. 9. hoc tit.* ubi Ulpianus scribit, *Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malefecerit, quod quid eorum fieret, etiam si alterius nomine ediderit, vel sine nomine, de ea re injuriarum agere licere, & si condemnatus sit, qui id fecit, intestabilem ex lege esse juberi.* Novissime id iterum capite sancitum posteriorum Principum constitutione, quæ extat in *l. unie. C. de famos. libell.* qua constitutione eadem pœna etiam is plecti jubetur, qui libellum inventum, quem abolere debebat, in notitiam aliorum protulit. Quid ergo, si auctorem indicavit? Idem adhuc dicendum censet Salicetus in *d. l. un.* quem sequitur *Schneid. hic. num. 5.* non quod auctorem edens puniatur, quasi ipse auctor sit; sed ob delictum proprium. Quippe utrumque flagitiosum esse, & componere famosum libellum & publicare. Verum hoc aliis displicet, & merito. Nam illum demum lex punit, quem auctorem esse præsumit. Indicanti vero auctorem etiam præmium alibi decernitur, *l. 5. §. ult. hoc tit.* ita ut hoc recte factum compenset invidiam non aboliti scripti: cum nec convinci auctor possit, si scriptum aboleatur: ut disputat *D. Tuld. hic. cap. 3.* Cæterum tum demum pœna capitis prædicta constitutione imponitur, si in libello capitale aliquod crimen objiciatur ad creandum alicui periculum. Tunc enim talioni locus est, ut eadem animadversione coercatur auctor, qua coerceri meretur crimen illud, quod in libello objicitur. Alias vero mitius & pœna extraordinaria hoc genus petulantia vindicatur, secundum *Gloss. Petr. Cyn. Salic. Angeb. in d. l. unie. Joan. de Plas. & Schneid. hic. Gomez. 3. ref. 6. n. 1. Christin. vol. 4. decis. 202. num. 36.* Quod autem *D. Wesemb. in add. ad Schneid.* notat, pro famoso libello eam solum scripturam haberi, in qua objicitur speciale, certum & capitale crimen, puta latrocinii, cædis, adulterii: sin autem nullum tale crimen objicitur, sed aut contumelia aliqua, qua existimatio læditur, ut si quis spurius in scripto nominetur; aut in genere criminis arguatur, veluti si appelletur flagitiosus, scele-*

ſcelestus, nebulo, &c. libellum famoſum non eſſe, ſed ſimplicem ſcriptam injuriam: id, ſi quidem vim rerum nominumque ſpectes, perperam dicitur. Non male autem, ſi conſideres, quod hodie auctor libelli non aliter capite punitur, quam ſi certum & capitale crimen obſciat. Jus Canonum hanc poenam mutavit in flagellationem rei atque excommunicationem, *cap. 1. & 3. cap. 5. quaſt. 1.* Atque hodie generali conſuetudine poena famoſi libelli capitalis eſſe deſiit. *Clar. §. ſin. quaſt. 68. num. 25. & Bajard. in add. ibid. num. 64. & ſeq. Zypa. not. jur. Belg. Groenew. de ll. abrog. C. de fam. libell. Perez. ibid. in ſin.*

- Qui matremſam. aut prætexitatum prætexitatumve affectatus.]* Affectatur, qui tacitus frequenter ſequitur.
- 9 *Aſſidua enim frequentia quaſi præbet nonnullam infamiam. Ulp. l. item apud. 15. §. aliud. 22. hoc ſit.* Quibus verbis meo iudicio Jurisconſultus ſignificat, affectationem propterea turpem eſſe, quia videtur quis quaſi ſcortum ſectari. Nam & hodie quoque ſolent homines improbi, dum fugillare volunt matronæ aut puellæ opinionem, in publico eis ambulare, quaſi ſcortum ad locum conſtitutum ſectantes. Materfamilias dicitur quælibet mulier honeſta, ſive nupta ſit, ſive vidua, *l. pronuntiatum. 46. §. 1. de verb. ſign.* Prætexitati dicebantur, qui prætexta adhuc & bulla utebantur. Quod fiebat uſque ad annum decimum ſeptimum. Quo tempore togam virilem ſumebant, depoſita prætexta puerili. Ut meminit Cicero in *proœmio Laliæ*. Hinc ætas prætextata *Gellio lib. 1. noſt. cap. 23. mores prætextati Juvenali ſatyr. 2. ſermo prætextatus, qui aliis eſt ſermo aperte obſcœnus Sueton. in Veſpaſ. Macrobi. 1. Saturnal.* Aliis qui nihil obſcœnitatis habet. Prætexitatum enim ſermonem quidam ab eo dictum putant, quod prætextatis neſas ſit obſcœno verbo uti. Alii dici putant, quod nubentibus depoſitis prætextis à multitudine puerorum obſcœna clamantur, auctore Feſto. Vide Byzæum ad *l. ult. de ſenat. Joan. Britan. in d. ſatyr. 2. verſ. Sic prætextatos referunt Artaxata mores.* Prætexitatæ etiam puellæ dicebantur ingenuæ & innuptæ, à prætextis, quas nubentes deponabant.
- 11 *Pudicitia attentata.]* Attentari pudicitia alicujus dicitur, cum id agitur, ut ex pudico impudicus fiat; & qui attentat, injuriam facit, atque hac actione tenetur *l. 9. §. ult. cum l. ſeq. hoc ſit.* Ut ecce ſi quis puellam aut matronam ſollicitet ad ſtuprum, injuriam ei facit. Hoc enim ipſo ſignificat, ſe jam opinionem aliquam de inconstantia morum ejus concepſiſſe. Prætor appellandi verbo uſus eſt, ut apparet ex *d. l. item apud. §. appellare. 20. & §. aliud. 22.* Appellare, ait ibi Jurisconſultus, eſt blanda oratione alterius pudicitiam attentare. Quod quidem non eſt convitium facere, ſed alia verbalis injuria.

### TEXTUS.

Qui & per quos injuriam patiuntur. De parente & liberis, viro & uxore, ſocero & nuru.

2. *Patiuntur autem quis injuriam non ſolum per ſemetipſum, ſed etiam per liberos ſuos, quos in poteſtate habet: item per uxorem ſuam; id enim*

*magis prevaluit. Itaque ſi filia alicujus, qua Titio nupta eſt, injuriam feceris, non ſolum filia nomine tecum injuriarum agi poteſt, ſed etiam patris quoque & mariti nomine. Contra autem ſi viro injuria facta ſit, uxor injuriarum agere non poteſt. Defendi enim uxores à viris, non viros ab uxoribus, æquum eſt. Sed & ſocer nurus nomine, cujus vir in ejus poteſtate eſt, injuriarum agere poteſt.*

### COMMENTARIUS.

**P**atitur quis injuriam non ſolum directo per ſe, ſed etiam oblique per alias perſonas. Per alios patiuntur, pater per liberos, quos in poteſtate habet; dominus per ſervos; maritus per uxorem; ſocer per nurum, cujus vir in poteſtate ejus eſt. Etenim ad nos quoque ſpectat injuria, quæ iis ſit, qui vel poteſtati, vel affectui noſtro ſubjecti ſunt, *l. 1. §. 3. hoc ſit.* Injuria funeri teſtatoris vel cadaveris poſt aditam hæreditatem facta, hæredi quodammodo facta cenſetur. Semper enim hæredi intereſt defuncti exiſtimationem purgare. Idemque eſt, ſi fama ejus, cui hæredes exiſtitimus, laceſſatur. Si vero id ante aditam hæreditatem fiat, magis hæreditati fieri videtur, & ſic hæredi per hæreditatem acquiritur, *d. l. 1. §. & ſi. 4. & §. quoties. 6.*

*Per liberos quos in poteſtate.]* Hic immediate ipſis liberis ſit injuria, & mediate per liberos patri; qui & ſuo & liberorum nomine injuriarum agit. Nam & ipſi quoque filio injuria fieri dicitur, perſecutio tamen injuriæ patri tantum datur, non filio; niſi pater aut præſens non ſit, aut ſit vilis abjectæque conditionis perſona, *l. ſed ſi. 17. §. ait prætor. 10. cum §. ſeqq. l. pater. 41. hoc ſit. l. 2. C. eod.* addo tertium, niſi pater præmortuus ſit. Itaque quod dicitur, in *l. 1. §. ult. eod.* filiafam. actionem competere, ſic accipiendum eſt, ut tamen ſolus pater eam ſuo jure exerceat. Quod ex eo etiam intelligitur, quod pater illatam filio injuriam remittere & condonare poteſt, *d. l. ſed ſi. 17. §. plane. 12.* Plane ex lege Cornelia pater injuriarum non agit, ſed ipſe filius; patri autem prætorica actio competit, *l. 5. §. illud. 6. & ſeq. eod.* Uſque adeo autem injuria, quæ liberis noſtris ſit, ad nos pertinere intelligitur, ut etiam ſi illi ultro quid injurioſum patiantur, adhuc tamen noſtro nomine eam injuriam perſequi nobis liceat, *d. l. 1. §. uſque. 5. l. ſi quis. 26. eod.*

*Per uxorem.]* Etiam per uxorem injuria intelligitur fieri marito. Et ideo non tantum uxor, ſi ſui juris eſt, injuriam ſibi factam exequi poteſt; ſed etiam maritus ſuo nomine agere, tanquam per latum uxoris ſiquoque ſimul injuria illata ſit, *l. 1. §. ult. l. non ſolum. 11. §. quanquam. 7. l. cum qui. 18. §. 2. eod.* quod in ſponſo quoque & ſponſa receptum eſt, *l. item apud. 15. §. ſponſum. 24. eod.*

*Filia alicujus, qua Titio nupta.]* Hic igitur ex una injuria tribus perſonis actio naſcitur, Titio marito, uxori Titii, & patri uxoris, neque ullius actio per alium conſumitur, *d. l. 1. §. ult.*

*Uxor injuriarum agere non poteſt.]* Si viro facta ſit injuria, uxor non agit, *l. 2. eod.* Cujus rei cauſa hæc eſſe videtur; quia uxores virorum, non contra viri uxorum digni-

dignitatem participant, l. 8. *desenat.* Quare qui uxoris dignitatem violat, simul mariti dignitatem, quæ in ea inest, violare intelligitur: non contra: ὅτι ὁ ἀνὴρ ἐστὶ κεφαλὴ τῆς γυναικὸς. Paul. ad Ephes. c. 5. vers. 23. Plane si injuria marito facta directo quoque tendat ad contumeliam uxoris, velut si quis maritum appellet lenonem uxoris suæ: hoc casu etiam uxori actionem competere statuunt interpretes.

*Sed & sacer, &c.*] Itaque nomine injuriæ factæ filixfam. nuptæ filiofam. quatuor personæ actionem habebunt; illa ipsa, pater ejus, & maritus & focer. Per hunc text. contra quem focero actionem denegat D. Tulden. c. 9.

T E X T U S.

De servo.

3. *Servis autem ipsis quidem nulla injuria fieri intelligitur, sed domino per eos fieri videtur: non tamen iisdem modis, quibus etiam per liberos & uxores; sed ita quum quid atrocius commissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini respicit; veluti si quis alienum servum atrociter verberaverit; & in hunc casum actio proponitur. At si quis servo convitium fecerit, vel pugno eum percusserit: nulla in eum actio domino competit.*

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

**D**uo hic docemur. 1. servis, qua servis, non intelligi injuriam fieri; adeo contemptos & pro nullis habitos apud Romanos fuisse. Proinde si servo convitium factum sit, aut pugnis impactus, ne domino quidem actionem injuriarum competere convenit, l. item apud. 15. §. itaque. 44. hoc tit. 2. si quid atrocius in servum admissum fuerit, & quod aperte ad contumeliam domini respiciat, dominum suo nomine injuriarum agere posse, quasi hic non servo, sed ipsi domino injuria illata sit, d. l. item apud. §. si quis. 35. Ex quibus efficitur, leviozem injuriam servo factam, veluti si leviter percussus sit, vel maledictum ei leviter, ad sugillationem domini factam non videri; alioqui utique domino actio daretur, d. l. item apud. 35. junct. §. 44. Deinde ne atrociozem quidem vindicari, nisi appareat eam servo factam in contumeliam domini. Et hoc quidem efficit summi juris ratio, quo servi pro nullis habentur. Cæterum prætor, ut passim, ita hic quoque æquitatem secutus, graviozem injuriam, licet servo factam, & citra contemplationem domini, inultam non relinquit. Et esset sane perabsurdum, inultum profus manere, si quid atrocius privato odio & libidine in servum sit designatum. Igitur hoc casu dominus injuriam servo factam persequetur nomine servi, d. l. item apud. §. prætor. 34. cum seq. & §. prætor. 43. cum seq.

T E X T U S.

De servo communi.

4. *Si communi servo injuria facta sit, æquum*

*est, non pro ea parte, quæ dominus quisque est, æstimationem injuria fieri, sed ex dominorum persona, quia ipsis fit injuria.*

N O T A.

4. *Ex dominorum persona*] Per enim absurdum esset duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari, veluti si unus sit senator, alter persona humilis, §. 9. *inf. eod.* Nec obstat l. 16. *eod.* vide plura in comment.

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

**O**B injuriam servo communi factam singulis dominis pro ratione dignitatis ipsorum actio datur. Cujus rei summa æquitas est: nam quod in disjunctis valet, etiam in conjunctis valere par est. Denique si ubi major est dignitas, ibi major & atrocior injuria infertur, §. *atrox. 9. inf. eod.* iniquum esset, duobus impari dignitate præditis parem injuriam interpretari. Quod si alterius injuria major est, (cum forte is senator sit, alter persona humilis) majorem quoque pœnam statui oportet. Neque obstat, quod ex Pedio Paulus refert in l. *sed non. 16. eod.* non esse æquum in casu proposito pro majori parte condemnationem fieri, quam pro qua quisque dominus est; quoniam ibi non quaeritur, utrum ex persona dominorum injuria æstimanda sit, an pro portione dominica; sed utrum id, quod in fine legis præcedentis dictum erat, omnes dominos actionem habere, sic accipiendum sit, ut omnes habeant in solidum, an pro parte dominica duntaxat; & respondetur, actionem quidem omnes habere, sed non pro majori parte, quam pro qua domini sunt. Ex quo minime efficitur, in æstimanda ea portione, personam & qualitatem dominorum non simul spectari: imo verba Pauli contrarium arguant, cum portiones officio judicis æstimari dicit.

T E X T U S.

De servo fructuario.

5. *Quod si ususfructus in servo Titii est, proprietatis Mavii, magis Mavio injuria fieri intelligitur.*

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

**S**I servo injuria facta sit, in quo unus proprietatem, alter usumfructum habet, magis est ut proprietario injuria facta intelligatur, quam ei, qui habet usumfructum, d. l. item apud. §. *antepon. eod.* Quod enim ususfructus alienus est, id non efficit, quo minus res tota adhuc nostra esse dicatur, l. *recte. 25. de verb. sign.* sed hoc obtinet in re dubia servoque atroci injuria affecto. Nam si aperte in contumeliam usufructuarii verberatus sit, usufructuario injuriarum actio datur, d. l. item apud. §. *pen. eod.*

T E X T U S.

De eo qui bona fide servit.

6. *Sed si libero homini, qui tibi bona fide servit, injuria facta sit, nulla tibi actio dabitur, sed*

*sed suo nomine is experiri poterit, nisi in contumeliam tuam pulsatus sit. Tunc enim competit & tibi injuriarum actio. Idem ergo est & in servo alieno bona fide tibi serviente, ut toties admittatur injuriarum actio, quoties in tuam contumeliam injuria ei facta est.*

## COMMENTARIUS.

**S**I iis, qui nobis bona fide serviunt, injuria facta sit, siquidem liberi sunt, nulla nobis actio competit; sed ipsi suo nomine experiri possunt: si servi alieni, dominus injuriarum agit. Sed & hic si in contumeliam nostram pulsati sunt, non domino, sed nobis actio datur, *d. l. item apud. §. antep. & pen. eod.* His consequens est, ut si famulo, mercenario, procuratori, vel subdito alicujus injuria facta sit, dominus ex hac injuria non aliter agere possit, quam si in ejus contumeliam illata sit, verbi causa, mandata ejus exponentibus vel exequentibus. *Gomez. 3. resol. 6. v. 6. Schneid. hic. num. 2. Tulden. cap. 9.*

## TEXTUS.

*Pœna injuriarum ex l. XII. Tab. & ex jure Prætorio.*

*7. Pœna autem injuriarum ex lege 12. tabularum propter membrum quidem ruptum talio erat: propter os vero fractum nummaria pœna erant constituta, quasi in magna veterum paupertate. Sed postea prætores permittebant ipsis, qui injuriam passi sunt, eam aestimare, ut judex vel tanti reum condemneret, quanti injuriam passus aestimaverit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed pœna quidem injuria, qua ex lege 12. tabularum introducta est, in desuetudinem abiit: quam autem prætores introduxerunt, (qua etiam honoraria appellatur) in judiciis frequentatur. Nam secundum gradum dignitatis, viteque honestatem, crescit aut minuitur aestimatio injuria. Qui gradus condemnationis & in servili persona non immerito servatur, ut aliud in servo actore, aliud in mediis actus homine, aliud in vilissimo vel compedito jus aestimationis constituatur.*

## NOTA.

*7. In desuetudinem abiit] Cujus desuetudinis causa fuit Neratius, homo insigniter improbus, qui viginti quinque assibus datis pro oblectamento habebat os liberi hominis depalmare. Gel. d. loc.*

## COMMENTARIUS.

- 1. Qua quarum injuriarum pœna ex lege 12. tab.*
- 2. Instituta prætorum quomodo injuria vindicentur.*

**I**njuriz & legibus coercerentur & edicto prætoris. Lex antiqua XII. tabularum de omni injuria nominatim cavet, de carmine seu libello famoso; de membro ru-

pto, de osse fracto, deque cæteris injuriis omnibus; quæ vel verbis fiunt, vel manu extra membri ossisve ruptionem, ut constat ex Gellio *lib. 20. no. 1.* & Paulo *lib. 5. sent. 4.* De pœna famosi libelli dictum superius §. 1. *hæc sit.* Ob membrum ruptum lex pœnam talionis constituit: ob os fractum pecuniariam; uti & ob reliquas injurias leviores, quas quinque & viginti assibus sanxit: nam atrociores, ut de osse fracto, impensiore damno vindicasse, pecuniario tamen, idem eodem loco Gellius testatur. Cui & Justin. consentit: sed neuter summam exprimit. Putat Hotomannus, hujusmodi injuriam in homine libero trecentis assibus; in servo centum & quinquaginta vindicatam: alii tot sestertios pœnæ fuisse autumant. Sed non est quod de eo solliciti sumus; quoniam pœnæ legis duodecim diu exoleverunt, aliaque pœna à prætoribus substituta est, de qua mox videbimus. Cæterum & lex Cornelia, quæ manu fiunt, injurias coercet, *vid. §. seq.*

**Talio erat]** Talio similem seu reciprocam perpeffionem significat. Imp. dixerit reciprocam pœnam, *l. 3. C. Theod. de exhib. reu.* Itaque per talionem parem vindictam lex permittit: quod etiam legi Mosaicæ consentaneum est. *Exod. 21. Levit. 22. Deut. 19. Joseph. antiq. 4. cap. 6.* Insectatur hanc pœnam, ut iniquam nimisque acerbam & cujus executio ne procedere quidem possit, Phavorinus Philosophus apud *Gell. d. lib. 20. cap. 1.* Cui occurrens Sextus Cæcilius ait, necesse non fuisse, ut reus talionem pateretur, nisi eam ipse elegisset; quippe qui ex lege facultatem paciscendi habuerit. Sed & talionem ipsam, si reus depacifici nollet, & acerbiter talionis metueret, ad æstimationem pecuniariam arbitrio judicis redigi necessario solitam: Nam si reus, qui depacifici noluerat, judici talionem imperanti non parebat, æstimata lite in pecuniam damnatum; atque ita si reo & pactio gravis & acerba talio visa fuerat, severitatem legis ad pecuniæ multam rediisse. Verba legis hæc sunt: *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto.* Testibus Gellio *d. loc.* & Festo in verbo *Talio.*

**Propter os fractum]** Singula ossa membrum non constituunt. Nam verbi gratia caput, quod unum membrum numeratur, complura & varia ossa habet. Itaque os frangi etiam sine membri ruptione potest.

**Nummaria pœna]** Uti & ob cæteras injurias minus atroces: sed pœna ossis fracti longe gravior erat, quam reliquarum, quæ tantum viginti quinque æris fuit, ut supra demonstravimus.

**In magna veterum paupertate]** His verbis Tribonianus innuere videtur, pœnas illas nummarias non fuisse valde graves: Cæterum magnas satis veteribus visas in magna rei nummariz penuria. Unde D. Tuldenus se aliquando respondisse refert, multas, quæ antiquis urbium Belgicæ constitutionibus adversus percutientes aut vulnerantes aliquem diriguntur, hodie non obtinere. Nam apud majores nostros ut aliarum rerum beatam & facilem copiam, ita nummorum longe quam hodie minorem fuisse. De maximo veterum Romanorum sub Servio Rege censu vid. *Halicarnass. lib. 1. Gell. lib. 11. c. 1. Plin. lib. 18. cap. 3.*

**Sed postea prætores]** Injuriarum pœna instituta prætorum prius ei, cui facta est, deinde arbitrio judicis æstimanda permittitur: ut scilicet is, qui injuria est affectus, ita dicat, *Injuriam mihi factam centum aureis æstimo.*

*ultimo.* Judex deinde moderetur & refrænet taxationem actoris. Hac pœna recepta legitima ab usu recessit. Q. Labeo apud Gellium *d. lib. 20. cap. 1.* refert, fuisse quendam Lucium Veratium, hominem insigniter improbum, qui pro delectamento habebat os hominis liberi manus suæ palma verberare: eum secutum servulum crumenam assium plenam portitantem, & quemcunque depalmaverat ei numerari statim secundum XII. tabb. 25. asses jubebat. Propterea, inquit, prætores hanc pœnam abolere & relinqui censuerunt, injuriisque æstimandis recuperatores sedaturos edixerunt.

*Secundum gradum dignitatis vitæque honestatem*] Æstimatio injuriæ pro ratione personæ, cui facta est, elationem submissionemve accipit. Idque in persona servi quoque locum habere tradit hic Justinianus. Nimirum injuriam etiam servo factam pro honestate aut vilitate muneris, cui à domino præpositus est, aut vitæ morumque, pluris aut minoris æstimari: majorem enim domino injuriam fieri intelligi in servo bonæ frugi, in dispensatore, quam in male noto, in mediastino, aut quali quali, *l. item apud. 15. §. itaque. 44. hoc tit.*

TEXTUS.

De lege Cornelia.

8. *Sed & lex Cornelia de injuriis loquitur, & injuriarum actionem introduxit, quæ competis ob eam rem, quod se pulsatum quis verberatumve, vel domum suam vi introitam esse dicat. Domum autem accipimus, sive in propria domo quis habitet, sive in conductâ, sive gratis, sive hospitio receptus sit.*

COMMENTARIUS.

1. *Ex lege Cornelia criminale quidem injuriarum judicium, sed non publicum constitutum fuisse.*

**T**Res sunt causæ, ex quibus etiam lex Cornelia actionem injuriarum dedit, quod quis pulsatus verberatusve, domusve ejus vi introita sit, *l. 5. hoc tit.* Nam et si actio prætoris ad omnes injurias pertinebat, tam quæ manu, *l. 7. §. 1. & 2. eod.* quam quæ verbis sunt, eam tamen non nisi civiliter instituere licebat: Ex lege autem Cornelia criminale judicium, constitutum est; quanquam postea receptum, ut ex ea lege civiliter quoque agi possit, *l. constitutionibus. 37. §. 1. eod.* Publicum fuisse judicium quidam putant, sed hoc refellit *l. licet. 42. §. 1. de procur.* & quod generaliter traditum est in *l. 7. C. hoc tit.* causam injuriarum non publici judicii, sed privati querelam continere; ideoque nec inter publica judicia vel in *l. 1. de publ. jud. vel in rit. ult. hujus libri* numeratur. Utique ex eo quod in *l. 12. in fin. de accus.* mentio fit legis Corneliæ injuriarum, non continuo evincitur, judicium illud publicum fuisse, executionemque injuriæ, tanquam delicti publici, patuisse omnibus; quod est proprium judiciorum publicorum. Legem hæc tulisse videtur L. Cornelius Sylla, quo tempore rempub. constituebatur bello civili & cædium impunitate ac proscriptioe jactatam.

*Pulsatus vel verberatus*] Oflilius scribit, verberare esse cum dolore cadere, pulsare, sine dolore, *d. l. 5.*

*§. 1. hoc tit.* Latine autem linguæ consuetudinem qui spectat, facile observabit, differentiam illam non perpetuo servari.

*Domum autem accipimus*] In lege Cornelia domus nomine etiam conductâ & precaria & hospitalis intelligitur, *d. l. 5. §. 2.* unde hæc descripta sunt. Denique ad domos omnes lex pertinet, in quibus quis non momenti causa inhabitat, licet ibi domicilium non habeat: tantum enim ad meritoria vel stabula non pertinet, *d. l. 5. §. si tamen. 5. eod.*

TEXTUS.

De æstimatione atrocis injuriæ.

9. *Atrox injuria æstimatur vel ex facto, veluti si quis ab alio vulneratus sit, vel fustibus casus; vel ex loco, veluti si cui in theatro, vel in foro, vel in conspectu prætoris injuria facta sit, vel ex persona, veluti si magistratus injuriam passus fuerit, vel si senatori ab humili persona injuria facta sit, aut parenti patronove fiat à liberis vel libertis. Aliter enim senatoris & parentis patronique, aliter extranei & humilis persona injuria æstimatur. Nonnunquam & locus vulneris atrocem injuriam facit, veluti si in oculo quis percussus fuerit. Parvi autem refert, utrum patrisfamilias, an filiosfamilias talis injuria facta sit: nam & hac atrox injuria æstimatur.*

COMMENTARIUS.

1. *Pœna injuria, magistratus, officiali aut apparitori facta, quatenus extendatur ex sententiâ interpp.*

**I**njuria quædam levis est, quædam atrox. Quæ sit injuria levis, ex descriptione atrocis simul intelligetur. Atrocem injuriam accipimus quasi contumeliosorem & majorem, *l. 7. §. atrocem. 7. hoc tit.* eaque vel specietalis est, reque ipsa & facto; vel ex circumstantiis, loco, tempore, persona tum facientis, tum patientis, talis habetur, quamvis per se atrox non sit, *d. l. 7. §. ult. cum l. seqq.* Atque ex his causis injuriæ æstimatio augeri potest, & pœna judicis arbitrio exasperari. Exemplis res illustratur in textu.

*Vel ex facto*] In æstimanda atroci injuria primum factum perpenditur, veluti si vulnus illatum sit, si quis fustibus cæsus, aut cui os percussus, *d. l. 7. in fin.* vel si vestimenta scissa, aut insigne alicui convitium factum, &c. *l. 9. fere per tot. eod.* Itaque pro atroce & illa habenda, quæ fit malo carmine. *Liban. orat. 2. ad Theod.*

*Vel ex loco*] Secundo æstimatur atrocitas injuriæ ex loco, in quo fit, veluti si in theatro alicui injuria fiat, quantumvis per se non atrox. Nam, in tanta celebritate vel qualiquali contumelia alicum afficere, facinus est indignissimum. Idem ergo dicendum est de foro & similibus locis, *h. text. & d. l. 9. §. 1. eod.* & denique si injuria facta sit lœdis aut in conspectu magistratus; quæ ad circumstantiam temporis referuntur in *d. l. 7. §. ult. eod.*

T t t t

Vel

*Vel ex persona*] Postremo & personæ reverentia atrocem injuriam facit; veluti si ei inferatur, qui est in sacerdotio, & dignitatis habitum atque ornamenta præfert; *l. 4. C. hoc sit.* vel si liberi aut liberti parentem patronumve injuria afficiant; vel de plebe aliquis Senatorem, virumve ob sapientiam & virtutem venerabilem; aut si magistratui injuria fiat, *hoc text. & d. l. 7. §. ult.* Tertullianus *de anima*: *Gravis injuria in præsidem est, cum officia pulsantur: plus caditur qui jubet, quando nec qui obsequitur, excusatur.* Hanc autem injuriam etiam capitali poena posse compelli, censent Decius in *e. ex literis. x. de constit. Menoch. de arbitr. cas. 239.* quanquam alii interesse putant, utrum magistratui, ut cuilibet, an qua magistratui, id est, ad turbendam administrationem officii, aut in ultionem condemnationis rite per eum irrogatæ, aut ad seditionis initium incitamentumque quis injuriam inferat: id enim in seditionem cadere aut in legem Juliam de vi publica, cujus poena est deportatio, *l. 3. l. qui dolo. 10. per tot. ad l. Jul. de vi publ. quibus assentior. Vide Talden. tit. C. de poen.* Offendens apparitorem sive principis, sive senatus, sive alterius domini aut judicis inferioris, gravissime puniendus est, quod ea res ad publicam utilitatem tuendamque magistratum jurisdictionem pertineat. Sed tamen ex causa aliter atque aliter statui solet, vid. *Ant. Fabr. C. suo, hoc tit. definit. 6.*

*Locus vulneris*] Interdum atrox injuria censetur ex loco ictus, veluti si quis in oculo percussus fuerit, *l. 8. eod.* Nam oculi, ut Plin. *lib. 11. c. 37.* ait, sunt pars corporis pretiosissima, qui lucis usu vitam distinguunt à morte, *ὀφθαλμῶν σήμειος ἀβίωτον βίον ἰεργάζετ.* *Basil. orat. 36.* Sed hæc species ad primam referri potest, quæ scilicet ipso facto atrox est.

*Utrum patrifam. an filiosam.*] Utrum injuria patri an filiosam facta sit, ad augendam aut minuendam injuriæ æstimationem nihil interest, *d. l. 9. §. 2. hoc tit.* Cujus rei hæc ratio esse videtur, quod patris aut filiosam nomen non est nomen dignitatis.

## T E X T U S.

## De judicio Civili &amp; Criminali.

10. *In summa, sciendum est, de omni injuria cum, qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter. Et siquidem civiliter agatur æstimatione facta, secundum quod dictum est, poena reo imponitur. Sin autem criminaliter, officio judicis extraordinaria poena reo irrogatur. Hoc videlicet observando, quod Zenoniana constitutio introduxit, ut viri illustres, quique super eos sunt, & per procuratores possint actionem injuriarum criminaliter vel persequi, vel suscipere, secundum ejus tenorem, qui ex ipsa manifestus apparet.*

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

1. *Actionem ad palinodiam, jure civili incognitam, civilem esse, non criminalem.*

2. *In actione criminali poenam extra ordinem constituit. Civilis elata hanc consumit, & contra.*
3. *Civiliter conventus qua ratione infamiam effugiat. Ubi quadam consuetudine recepta.*

Quemadmodum de furto, aliisque maleficiis, non tantum civiliter agi potest, sed etiam criminaliter; *l. ult. de furt. l. ult. de priv. del.* ita etiam de quavis injuria, *hoc text. & l. ult. eod.* In actione civili postulat actor, ut reus in tantam summam condemnetur, quanta ipse injuriam æstimat. Cæterum judex eam æstimationem moderari potest, si forte modum excedere actor videatur, nec ex vero rem metiri, sed, ut plerumque fit, ex nimio amore & opinione sui, nebulam hic etiam obiciente iracundia, *§. poena. 7. supr. eod.* Hæc autem poena uti pecuniaria est, ita ipsi applicatur atque adjudicatur actori. Et ideo hæc actio opposita criminali civilis dicitur, quamvis prætorica sit ratione causæ efficientis. Porro quoniam opinione vulgi convitiis, maledictis atque exprobrationibus honor & fama alterius lædi creditur, & per revocationem opprobrii restitui, ex hoc errore nata videtur actio ad palinodiam seu recantationem, quæ cum actione injuriarum, qua multa pecuniaria petitur, nunc ex more seu stylo conjungi & cumulari solet: Nam jure civili Romanorum ea actio incognita est, *Vir clarissimus Anton. Matt. ff. ad hunc tit. cap. 3. num. 7.* Criminalem hanc esse actionem contendit. *Marant. part. 4. dist. 1. n. 10.* Sed falso. Neque enim in hoc instituitur, ut vel corpori poena infligatur, vel quicquam applicetur fisco: sed tantum, ut honori & existimationi ejus, qui læsus est, consulatur, & alioqui cumulatio ista non admitteretur. *Myns. 2. obs. 98. Gail. 1. obs. 65. Wurms. 1. præf. tit. 47. obs. 8.* Criminali actione poscitur vindicta in exemplum publicum, atque extra ordinem ex causa & persona arbitrio judicis poena constituitur, reusque coercetur vel in corpus, vel irrogatione multæ, non parti, ut sit in judicio civili, sed fisco applicandæ, *hoc text. d. l. ult. eod.* Utram autem ex his persecutionibus actor elegerit, una alteram consumit: Quia utraq; ad eundem finem, id est, ad vindictam comparata est, *l. 6. l. 7. §. 1. eod. l. unie. C. quand. civ. act. crim. & ibi Bart. num. 2. Gail. d. obs. num. 1. Marant. d. dist. n. 5. Matth. d. loc. n. 8.* Sed & utroque judicio condemnatum sequitur infamia, *l. 7. in pr. b. t. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf. l. non damnatos. 18 C. eod.* Quam tamen evitare reus civiliter conventus poterit, si curet, ut per procuratorem defendatur, *l. 6. §. 2. d. tit. fac. ratio in l. 1. C. de sent. & interl.* Addunt vulgo interpretes, si ante sententiam definitivam aut utique ante litem contestatam æstimationem injuriæ solverit, aut actore nolente recipere, apud acta deposuerit, *arg. l. sive. 73. de procur. Gail. 2. obs. 102. num. 12. & obs. seq. per tot. Wurms. d. tit. 47. obs. 5. n. 7. Wesemb. parat. de his qui not. infam. n. 9. Christm. vol. 4. decis. 202. num. 26.* Quod nescio an juri nostro consentaneum sit. Nam textus in *d. l. si reus. de procur.* commode accipi potest de iis, qui tantum damnati infames fiunt, non etiam qui & pacti, ut in causa injuriarum, cum etiam plus sit solvere, quam pacisci, *arg. l. 4. §. ult. cum lege seq. junct. l. 7. de his qui not. inf.* Illud quoque non ex ratione juris, sed consuetudine receptum est, ut judex ex causa sententia sua honorem condemnato conservare possit.



possit. *Guid. 1. obs. 65. n. 6. Wofemb. conf. 22. num. 26. Marq. Freber. de existim. lib. 3. cap. 8. & seq. Christin. vol. 4. num. 20. decis. 202.* Equidem non ignoro, juris esse, ut gravior poena ultra legem imposita existimationem conservet, quasi sententia de existimatione transactum sit, *l. quid ergo. 13. §. pen. de his qui nos. infam. l. 4. C. eod.* Cæterum si sententia poenam ordinariam non excedat, valet legis auctoritas, *l. 1. §. quoniam. 4. ad SC. Turpill. & regula tradita in l. non poterit. 63. de furt. Zas. in l. acta. 45 §. de amplianda, de rejudic. D. vell. 18. comm. 8.*

*Viri illustres & per procuratores.]* Ad actionem civilem quod attinet, agere quis injuriarum & per se & per procuratorem potest, *l. non solum. 11. §. 2. hoc tit.* criminaliter non potest, nisi per se propter inscriptionem in crimen. Cæterum Zeno constitutione sua illustribus veluti consulibus & patriciis, & superillustribus personis, specialiter permisit, ut injuriarum judicium per procuratorem etiam criminaliter vel suscipere vel movere possint, *l. ult. C. hoc tit.* De consuetudine autem Belgii in causa injuriarum procuratores indifferenter admitti testatur *Christin. vol. 4. decis. 202. n. 7. Bus. in l. licet. 42. §. 1. de procur.*

T E X T U S.

Qui tenentur injuriarum.

11. *Non solum autem is injuriarum tenetur, qui fecit injuriam, id est, qui percussit; verum ille quoque tenetur, qui dolo fecit injuriam, vel qui procuravit ut cui mala pugno percenteretur.*

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

**A**ctio injuriarum non solum adversus eum datur, qui re ipsa injuriam fecit, verum adversus eum quoque, qui subornavit aliquem, ut faceret, *l. non solum. 11. pr. hoc tit.* puta, mandando, instigando, consilium dando, *d. l. 11. §. 3. add. quoniam ad §. illud. 7. super. de mand.*

T E X T U S.

Quomodo tollitur hæc actio.

12. *Hæc actio dissimulatione aboletur, & ideo si quis injuriam dereliquerit, hoc est, statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex presentia remissam injuriam non poterit recolare.*

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

1. *Remissa injuria adhuc peti posse impensæ, &c.*
2. *Cur dissimulatione injuria aboletur.*
3. *An idem obtineat & in reali injuria.*
4. *Plures species tacite remissionis inter eas non esse communionem cæna dominica.*
5. *Annus in actione injuriarum utilisne intelligendus, an continuus: & ex quo tempore currat.*
6. *Actionem injuriarum ex lege Cornelia perpetuam esse.*

**I**njuriarum actio tollitur remissione injuriæ. Eaque vel expressa, puta si quis cum adversario paciscatur de lite, aut tranfigat: quod in actionibus, quæ ex contractu proficiuntur, facere licet etiam absque infamiz

nota, *l. 7. hoc tit.* atque hoc modo ipso etiam jure hæc actio tollitur, *l. si tibi. 17. §. 1. l. si unum. 27. §. 2. de pact. l. sed si. 17. §. si ante. 6. hoc tit.* Quin & absente atque ignorante adversario injuriam remitti posse censent juris nostri interpretes. Cæterum remissa injuria, nihilominus peti possunt impensæ curationis & pretium intermissarum operarum, si fortè vulnus illatum membrum aut os fractum. Quippe quæ ob damnum, non ob contumeliam debentur, *l. item apud. 15. §. si quis. 46. eod. Clar. lib. 5. §. fin. q. 58. n. 38. Covar. 2. resol. 10. n. 7. Gom. 3. resol. 3. n. 37.* Vel tacita, veluti si quis sine ullo offensæ aut commoti alienative animi indicio injuriam excepit; ut hic docet Justinianus ex Ulpiano in *d. l. 11. §. 1. hoc tit.* Ubi Jurisconsultus ait, injuriarum actionem ex bono & æquo esse, & dissimulatione aboleri, si quis injuriam illatam statim ad animum non revocaverit. Quibus verbis significat, dissimulationem esse speciem quandam condonationis & remissionis injuriæ; iniquum autem esse repeti, quod semel remissum est. Et profecto cum actio injuriarum non persequatur damnum aliquod pecuniarium, sed tantum ad vindictam tendat, is qui dissimulat nec ad animum injuriam revocat, eam insuper habere videtur, & tacite condonare ac remittere: atque hinc est, quod clausula hæc libello inferi solet, quod actor injuriam sibi factam ad animum revocaverit. Hoc autem obtinere quidam volunt in injuria verbali duntaxat. In reali vero, puta si vulnus inflictum, si quis fustibus cæsus, conjecturam illam non sufficere. *Tulden. hic. cap. ult.* Dissimulationis quoque & tacite remissionis species quædam videtur, si quis cum eo, à quo injuria affectus est, familiariter postea fuerit conversatus. *Clar. §. injuria. n. 10. Damhoud. prax. crim. c. 136. n. 10.* Utique si sponte & motu proprio. Nam verbi causa, si ad commune convivium vocatus cum adversario venerit, non ideo censetur remissa injuriarum actio. Sicut nec communionem cæne dominicæ, uti definitur Curia Frisiz, teste *D. Joan. à Sande lib. 5. tit. 8. definit. 12. Ant. Matth. ff. ad h. tit. n. 15.* quem vide. *Najruj.* Item si injuriarum passus lite non instituta decesserit: nam ideo hæredi ejus non datur, cum cæteræ actiones pœnales etiam hæredibus competant, *l. injuriarum. 13. in pr. hoc tit. §. 1. infr. de perp. & temp. act.* Et denique si tempus instituendæ huic actioni præfinitum elabi passus sit, annum nimirum unum, *l. sed si. 17. §. si ante. 6. in fin. hoc tit. l. 5. C. eod.* Utrum autem hic annus continuus sit, an utilis, ambigitur. Continuum intelligi debere communis DD. schola existimat, *Clar. d. §. injuria. n. 9. Myus. 5. obs. 7.* quæ sententia etsi usu forensi recepta est, de jure tamen verior videtur eorum, qui utilem accipiunt, per text. in *l. item si. 14. §. in causa. 2. quod met. ca. & facit quod in cæteris prætoriiis annalibus, annus utilis intelligitur, ut constat ex edictis, quibus proponuntur. Dicitur autem tempus utile tum ratione decursus, ut in eo non computentur dies, quibus experiundi aut judicis adeundi potestas non est; *l. 1. in fin. de divers. & temp. praeser. l. 3. §. ult. de accus.* tum ratione initii, quod non incipit currere ignorantia aut experiri impedito, *d. l. 1. de div. & temp. praeser. l. 2. quæ ord. in bon. poss.* atque hoc saltem respectu utilem hic annum accipiendum, qui à die scientiæ demum currat: contra *Oldend. class. 7. act. 10. Schneid. ad §. sed & hoc tit.* & alios quosdam rectè do-*

cent Gail. 2. obs. 105. Myns. 5. obs. 7. n. 7. Fachin. 9. cont. 68. Christin. vol. 4. decis. 202. n. 8. 9. & 10. Plane, quod dicimus, actionem injuriarum anni spatium finiri, id tantum pertinet ad actionem prætoriam: nam eam, quæ ex lege Cornelia injuriarum competit, verius est, perpetuam esse, uti sunt & cæteræ, quæ ex legibus & jure civili descendunt, *infr. de perp. & temp. actio. in pr. Clar. d. §. injuria. n. 9. Marant. part. 4. distinct. 1. n. 59. Fa-*

*chin. 9. controu. 7. quod etiam rerum judicatarum auctoritate confirmatur. Myns. 1. observ. 84. & 5. observ. 7. Gail. 2. observ. 105. Wurmser. titul. 47. de injur. observ. 1. decis. Cur. Holl. 13. D. Joan. à Saude lib. 5. titul. 8. defn. 3. Non obstat huic sententiæ l. 5. C. hoc titul. Nam illa non de omni injuria loquitur, sed de verbali duntaxat: quo nomine constat ex lege Cornelia injuriarum agi non posse.*

## TITULUS V.

## DE OBLIGATIONIBUS, QUÆ QUASI EX DELICTO NASCUNTUR.

Dig. Lib. 9. Tit. 3. C. Lib. 47. Tit. 5.

Continuatio. Quid sit quasi maleficium & unde ita dictum.



Quarta & ultima obligationis causa est quasi maleficium: de quo exponendi hic solus locus superest. Quasi maleficium est omne factum, quo quis propriè quidem dici non potest deliquisse, sed tamen quod maleficium est proximum. Etenim ut quædam sint negotia, quæ licet revera contractus non sint, tamen ad fines contractuum proximè accedunt, & ideo quasi contractus nominantur; ita quædam etiam sunt facta, quæ quamvis propriè in speciem aliquam delicti non cadant, tamen similitudine quadam ad delicta propius accedunt, quam ad contractus; quæ ideo nostri quasi maleficia & quasi delicta appellaverunt: quorum quatuor species hoc tit. proponuntur & explicantur.

## TEXTUS.

Si judex litem suam fecerit.

*Si judex litem suam fecerit, non propriè ex maleficio obligatus videtur: sed quia neque ex maleficio, neque ex contractu obligatus est: & utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam: ideo videtur quasi ex maleficio teneri, & in quantum de ea re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.*

## COMMENTARIUS.

1. Cur judex per imperitiam male judicans non aequè ex delicto obligetur, ac medicus malo curans: & circa hoc mores hodierni.
2. Cui, adversus quem, qua de re, ex hac causa actio datur.
3. Dolus judicis quomodo puniatur.

Species quasi maleficii, & prima ex iis, quæ hoc titulo proponuntur, est, si judex malè per imprudentiam judicaverit: quo etiam hoc factum refert Cajus, l. 5. §. si judex. 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn. unde ad verbum hic locus descriptus est. Ajo, per imprudentiam; nam dolo malo interveniente verum id delictum est. Dices, & per imprudentiam sive imperi-

tiam aliquem lædere verum esse delictum; quippe cum sit culpa: ideo enim medicum malè per imperitiam secantem aut curantem ex vero delicto obligari & teneri lege Aquilia, §. imperitia. 7. supr. de leg. Aquil. Cur igitur non item dicimus judicem perperam per imprudentiam judicantem ex vero delicto obstringi, sed tantum quasi ex delicto? Nimirum quia medici periculosam imperitiam delicto subjicit temeraria professio scientiæ: Judex autem non professione jurisprudentiæ censetur, sed publica auctoritate constituitur, etiam invitus. Etenim imperitia per se culpa non est: sed in eo, qui peritiam alicujus rei proficitur, in ea re culpæ adscribitur, l. 9. §. penult. l. item quaritur. 13. §. si gemma. 5. locat. Denique casus hic separatus est à lege Aquilia, qua damnum corpori datum duntaxat coercetur, §. ult. supr. de leg. Aquil. Moribus hujus ævi neque errata medicorum in judicium vocari solent, ut alibi quoque notavimus; neque judex ex sententia sine dolo malo tantum per imperitiam prolata tenetur: sed iniquitati sententiæ occurrendum est remedio appellationis: testis D. Talden. hic. cap. 1. & Joseph. Ludovic. dec. 1. n. 50. Baro comment. part. ult. Bugnon. lib. 1. de leg. abr. Satyr. 2. & 124. add. Papon. lib. 16. tit. 2. arrest. 12. 13. 14.

*Litem suam fecerit]* Litem suam facere judex male judicando ideo dicitur, quia periculo litis se obstringit, causamque ejus, secundum quem pronuntiatum est, suscipere cogitur, & quasi suam defendere. In summa, quia ex judice fit reus. Cicero 2. de orat. Quid, si: *num pro altero dicas, litem suam facias? &c.*

*Licet per imprudentiam]* Judex male judicando litem suam facit, non tantum cum dolo malo iniquè decernit, sed etiam cum imprudenter; sed illo casu ex vero, hoc ex quasi delicto obligatur, d. l. 5. §. si judex. 4. de obl. & act. l. ult. de extr. cogn. l. filiusfam. 15. §. 1. de judic.

*Æquum religioni judicantis]* Judex, qui per imprudentiam male judicavit, tenetur quasi ex maleficio actione in factum, & in id, quod ob eam rem æquum judici videbitur, condemnatur salva existimatione, d. l. ult. de extr. cogn. Hæc actio iis constituta est, quæ a sententia læsi sunt; proinde actori si reus injustè absolutus

latus est; reo, si injuria est condemnatus: quod ex fine hujus actionis intelligitur, quippe quæ comparata est damni sarcinæ causa: aliis autem sarciri non potest, quam quibus datum est. Ei, qui remedio appellationis utitur, quod hodie in casu proposito necessarium est, non est æquum adversus judicem, à quo appellavit, hanc actionem dari. Dolus judicis ut verum & infame delictum severius vindicatur: nam qui τὴν χρεὴν μεταίτων δάεγῃς, largitione, odio, vel gratia depravatus iniquam sententiam dixisse arguitur, & famæ dispendium patitur, & veram litem æstimationem ei, quem læsit, præstare cogitur, l. filiusfam. 15. §. 1. de judic. l. ultim. C. de pœn. jud. qui mal. jud. Acceptio pecuniæ etiam reum legis julix repetundarum facit, l. 3. & 4. de leg. Jul. rep.

TEXTUS.

De dejectis, vel effusis, & positis aut suspensis.

I. Item is, cujus ex cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumve aliquid est, ita ut alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. Ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servus aut liberi. Cui similis est is, qui eaparte, qua vulgo iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere. Quo casu pœna decem aureorum constituta est. De eo vero, quod dejectum effusumve est, dupli, quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem vero liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si vero vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantum ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, ceteraque impendia, qua in curatione facta sunt: præterea operas, quibus caruit aut cariturus est, ob id quod inutilis est factus.

NOTÆ.

1. Ob alterius culpam] Habitatorem suam suorumque culpam præstare debet, l. pen. d. tit.

Pœna decem aureorum] Adversus eum qui posuit aut positum patitur, actio in factum in decem aureos datur, d. l. 5. §. 6. quæ actio popularis est, id est, cuivis è populo conceditur, d. l. 5. §. ultim.

Judex computare debet mercedes] Cicatricum autem & deformitatis nulla fit æstimatio, d. l. 1. pr. §. 6. l. 5. §. 5. l. ult. eod. tit.

COMMENTARIUS.

Secunda species quasi maleficii est, non præcavere ne quid à domesticis temere ex cœnaculo aut ædibus deiciatur aut effundatur, quod transeuntibus nocere possit, l. 5. §. 6. quæ actio popularis est, id est, cuivis è populo conceditur, d. l. 5. §. ultim.

dejectum effusumve alicui nocuit, constituta est à prætoribus actio adversus eum, qui in eo cœnaculo habitat, unde is casus prodiit, l. 1. & pass. de his qui dej. vel effud.

Vel proprio ipsius vel conducto] Utrum cœnaculum proprium, aut conductum, aut gratuito concessum sit, nihil interest. Nam hæc actio in eum datur, qui inhabitat, cum quid deiceretur vel effunderetur, non in dominum ædium. Habitare autem dicimus vel in suo vel in conducto vel gratuito. Hospes plane non tenetur; quia non ibi habitat, sed rantisper hospitatur: sed is tenetur, qui hospitium dederit. Multum autem interest inter habitantem & hospitem, inter domicilium habentem & peregrinantem. Si plures in eodem cœnaculo habitent, unde dejectum est, in quemvis hæc actio in solidum dabitur. Sed si cum uno actum fuerit, cæteri liberabuntur, d. l. 1. §. pen. & ultim. l. 2. 3. & 4. de his qui dej. vel eff. Si de navi dejectum sit, dabitur utilis actio in eum, qui navi præpositus est, l. pen. §. ult. eod.

Dejectum effusumve] In eum scilicet locum, quo vulgo iter fit, vel in quo consistitur. Quod merito prætor edixit. Quippe cum publicè intersit, sine metu & periculo per itinera commeari. Ad secreta igitur loca hoc edictum non pertinet: cæterum nihil interest, utrum publicus locus sit, an privatus, dummodo per eum vulgo iter fiat, d. l. 1. in pr. §. 1. & 2.

Ideo non proprie ex maleficio] Cujus ex ædibus quid dejectum est, quod alicui nocuit, is proprie dici non potest ex maleficio obligatus: quia plerumque ob factum & culpam alterius tenetur. Sed tamen quoniam non creditur prospexisse & cavisse quod prospicere & cavere debebat, ne quid à domesticis, quorum etiam culpam præstare debet, l. penult. §. 2. eodem titul. deiceretur, peccasse aliquid intelligitur, & ideo quasi ex maleficio tenetur.

Positum aut suspensum] Tertia species quasi maleficii est, eo loco per quem vulgo iter fit, aliquid positum aut suspensum habere, cujus casus prætereuntibus aut in eo loco consistentibus nocere possit, l. 5. §. 6. quæ actio popularis est, id est, cuivis è populo conceditur, d. l. 5. §. ultim. Nam privata esse non potest, quoniam competit, cum nondum cuiquam nocitum est.

De eo, quod dejectum, dupli] De dejecto aut effuso ita ut alicui noceret, constituta est ei, cui nocitum est, actio in duplum damni dati, l. 1. in pr. d. tit. Hæc igitur actio gravior est, quam civilis ex lege Aquilia, quæ non nisi adversus inficentem in duplum datur, §. sed furti. 26. in fin. de act. nimirum prætor securitatis viarum & locorum publicorum sic melius prospectum iri existimavit. Datur adversus habitantem, ut supra dictum est: cui rursus consulitur actione in factum adversus dejectorem, l. 5. §. cum autem. 4. de his qui dej.

Ob hominem liberum occisum 50. aureorum] Cujus ex cœnaculo dejectum quid hominem liberum occidit, in eum judicium 50. aureorum datur, l. 1. in pr. d. tit. Damni æstimatio hic non fit in duplum; quia in homine libero nulla corporis æstimatio fieri potest, d. l. 1. §. sed

*sum. §. 100.* eaque de causa actio ex hac parte edicti popularis quoque est, & pecunia litem occupanti attribuitur, *d. l. 5. §. hoc autem. §. 100. junct. l. 12. de verb. sign.*

*Si vivas nocitumque ei esse dicatur*] Hæc verba edicti; si vivas nocitumque ei esse dicatur, non pertinent ad damna, quæ in rem hominis liberi facta sunt, si forte vestimenta ejus, vel quid aliud scissum ruptumve est: sed ad ea, quæ in corpus ejus admittuntur, *d. l. 1. §. hac autem. 6.* puta si vulneratus sit, aut membro aliquo mutilatus: quo casu quantum æquum judici videbitur actio datur, *d. l. 1. in pr.* quæ læso perpetua est, aliis experiri volentibus annua, *d. l. 5. §. hac autem. 5.* In litis æstimatione computantur sumptus curationis & operarum amissio: nam cum hujus damni causam dejector attulerit, æquum est, ut id quoque in rationem inducatur, *l. ult. d. sit.* Pœna dupli, & 50. aureorum, ob hominem liberum occisum exolevit: vid. *Groenew. de legib. abrog. hic.* & ibi citatos: & adde, quæ notamus *sup. ad pr. n. 2.* & §. *his autem. 9. item ad §. capite tertio. n. 2. de leg. Aquil.*

## T E X T U S.

De filiofam. seorsim habitante à patre.

2. Si filiusfamilias seorsum à patre habitaverit, & quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumve fuerit, sive quid positum suspensumve habuerit, cujus casus periculosus est, Juliano placuit, in patrem nullam esse actionem, sed cum ipso filio agendum esse. Quod & in filiofamilias judice observandum est, qui litem suam fecerit.

## N O T A.

2. In patrem nullam esse actionem] Neque de peculio, neque noxalem, *l. 5. §. pen. in fin. de oblig. & act.* De peculio ideo non datur; quia hic non ex contractu, aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 58. de reg. jur.* Noxaliter autem cum patre nunquam agitur, §. *ult. inf. de nox. act.*

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

1. Cur in proposito in patrem de peculio actio non datur, & n. 2.

**S**I ex filiofam. seorsim à patre habitantis cœnaculo quid dejectum effusumve fuerit, sive is positum suspensumve quid habuerit, cujus casus nocere possit, non in patrem, sed in ipsum filium judicium datur, *l. 5. §. is quoque. penult. de obligat. & action.* In patrem de peculio ideo non datur, quia in specie proposita non ex contractu aut quasi ex contractu, sed quasi ex maleficio filius obligatur, *l. 1. §. si filiusfam. 7. de his qui dejec. neque enim vel ob maleficcium vel ob quasi maleficcium filiofam. ullo modo cum patre agi potest, non actione noxali, §. ult. infr. de noxal. act. non de peculio, l. in pœnalibus. 58. de R. F.* Quippe pater filio peculium concedens præsumitur quidem velle ex facto filii pro modo peculii obligari: cæterum non ex delicto aliove facto, quod pœnam meretur. Plane, si judicio cum filio actum sit, sique in certam summam condemnatus, jam pater quoque actione judicati de peculio conveniri potest,

etiã ejus actionis nomine, ex qua ante condemnationem filii de peculio actionem pati non potuit, *l. 3. §. idem scribit. 11. de pec.*

*Quod & in filiofam. judice*] Filiusfam. judex si litem suam fecerit, non pater: sed ipse actione in factum tenebitur, *l. filiusfam. 15. de judic.* Cujus rei eadem ratio, quam superius dicebamus: quoniam actio de peculio tum demum in patrem datur, cum filius ex contractu obligatus est: hic autem quasi ex delicto tenetur, ubi scilicet temere & imprudenter pronuntiavit. Quod si dolo malo, multo minus tenebitur pater, quia verum hoc delictum est. Quod autem Ulpianus scribit, in *d. l. filiusfam.* qui litem suam fecit, in tantam quantitatem pecuniæ teneri, quæ tunc in peculio fuit, cum sententiam dicebat, id quam rationem habeat, fateor me ignorare. Consulti tamen poterunt Accurs. *ad d. l. Cujac. 13. obs. 18. Ant. Fab. in rationalib.*

## T E X T U S.

De damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum est.

3. Item exercitor navis, aut caupona, aut stabuli, de damno aut furto, quod in navi, aut caupona, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur: si modo ipsius nullum est maleficcium, sed alicujus eorum, quorum opera navem, aut cauponam, aut stabulum exercet. Cum enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversus eum constituta hic actio, & aliquatenus culpæ reus est, quod opera malorum hominum uteretur, ideo quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit; quæ heredi quidem datur, adversus heredem autem non competit.

## N O T A.

3. Item exercitor navis] Ex Cajo *l. 6. §. ult. de obl. & act.* Pertinet huc pars altera edicti *navis, caupones, stabularii, &c.* cujus initium *l. pen. §. ult. d. s.*

*De dolo*] *d. l. 5. §. ult. Cujac. & Hotom. de damno, auctoritatem Flor. codicis secuti, & sententiam l. 5. §. 1. navis. caup.*

*Caupona aut stabulo*] Apparet stabulum hic non accipi pro caupona aut diverforio, ut alias sæpe; sed pro loco, ubi jumenta stabulantur, *l. 5. navis. caup. stabul. pro τικείον κτηνών.*

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

**D**E damno & furto, quod in navi, caupona, stabulo factum est, duæ actiones edicto prætoris constitutæ sunt adversus eos, qui navem, cauponam, stabulum exercent; quarum una ex contractu, altera quasi ex maleficio. Prior est de iis, quæ nautæ, caupones, stabularii à vectoribus aut hospitiibus invecta aut illata salva fore receperunt. Constituta est in id, quanti ea res est, quæ salva non restituitur, *l. 1. navis. caup. stab.* Ex eadem causa est & actio civilis ex locato aut conducto aut depositi: nec tamen ideo otiosa est actio honoraria: quippe

quippe quæ etiam tunc locum habet, cum damnum datum est aut res perit sine culpa ejus qui recepit, modo ne fato aut vi majore, l. 3. §. 1. *dict. tit.* quo loco & d. l. 1. §. 1. etiam ratio redditur, cur hic actio gravior, quam in cæteris constituta sit; nempe ut innotesceret prætorum curam agere reprimendæ hoc genus hominum improbitatis. Hæc actio cum ex contractu descendat, huc non pertinet: ad eam referendæ sunt interpretationes veterum sub d. *tit. naut. caup. stab.* usque ad l. *pen. §. ult.* Altera actio est ex quasi maleficio, si damnum aut furtum factum sit ab iis, quorum opera nautæ, caupones, stabularii utuntur, l. 5. §. *ult. de obl. & act. d. l. pen. §. ult. naut. caup. stab.* quæ huc pertinet. Constituta est adversus easdem personas & de iis similiter, quæ in navem, cauponam, stabulum illata sunt. Ex quasi maleficio ideo esse, dicitur, quia species culpæ habetur, malorum hominum uti ministerio, d. l. 5. §. *ult. de oblig. & action. & hoc sext.* Quare si quid eorum factum sit à vectoribus aut viatoribus quorum opera exercitor non utitur, hæc ex quasi delicto actio locum non habet, d. l. *ult. §. 2. naut. caup. stab.* Sed prior illa ex contractu, l. 1. §. *ult.*

l. 2. l. 3. *in pr. eod.* pœnalis est in duplum, d. l. *ult. §. 1.* quia prætor utilitatem hic etiam publicam spectavit, dum prospicit securitati iter facientium. Cæterum pœna hæc dupli exolevit, ut & cæteræ similes.

*Caupona aut stabulo*] Stabulum pro diverforio seu caupona aut *παιδοχείρα* vel *καταλύματα* sæpe accipi satis notum est. In hoc autem dicto, ubi prætor stabularios à cauponibus distinguit, significat locum, ubi jumenta stabulantur, l. 5. ff. d. *titul. περὶ τῶν κτηνῶν, ἐπιπρωτότων, ὀνομασίων*, cujusmodi stabula ferè cauponis adjuncta sunt, & utraque ab uno exercentur.

*In his casibus in factum actio*] Hoc etiam ad casus præcedentes pertinet: nam quasi maleficia omnia subsidariis in factum actionibus vindicantur.

*Hæredi quidem datur*] d. l. *ult. §. 1. & ult. naut. caup. stabul.* commune autem hoc est omnium actionum pœnalis, quod hæredibus quidem datur, sed adversus hæredem non competant: neque enim æquum esset hæredem ex delicto defuncti pœnam sustinere, vid. *infra §. 1. de perp. & temp. action.*

TITULUS VI.  
DE ACTIONIBUS.

Dig. lib. 44. tit. 7. C. lib. 4. tit. 10.

Continuatio.

TEXTUS.

Supereff, ut de actionibus loquamur.

COMMENTARIUS.

1. Ratio ordinis & continuationis.
2. Error veterum interp. notatus.
3. Actio ut consideranda, quatenus tertium juris objectum constituit.
4. Ex quo jure actiones proficiantur, accurata distinctio.
5. Actionis nomen quam late pateat.
6. Quot modis usurpetur à nostris: & qua significatio huc pertineat.



*Supereff*] Transitio hæc imperfecta est, carens epilogo præcedentium membrorum. Unde natus error interpretum, qui crediderunt, Imperatorem respicere ad tractationem proximè præcedentem de obligationibus. Quod non ita est. Potuisset sane

Tribonianus perfecta transitione uti, ut fecit initio lib. 2. & hujus item quarti: atque hic locus id vel maximè desiderabat propter longam, quæ intercessit, antecedentium partium explicationem. Sed tamen ratio ordinis & continuationis partis sequentis non usque adeo obscura est, quin facile ab homine non nimis lascivioso pervideri queat. Et nimirum respicit Imperator tum ad partitionem propositam in calce *tituli de jur. nat. gens. & civ.* qui secundus est libri primi hujus operis, quo loco totius juris nostri tractationem ad tria capita, quæ toti-

dem sunt objecta hujus disciplinæ, revocavit, quorumque primum ad personas pertinere dixit, alterum ad res, tertium ad actiones; tum ad transitionem, quam facit in ingressu libri secundi. Nempe quo ordine partes istas summas proposuit, eodem, quod ratio methodi exigit, deinceps singulas explicare instituit. Igitur cum primus locus in ista partitione, & merito quidem, tributus esset personis, etiam primo loco, hoc est, reliqua parte libri primi de personis disputatum est, hoc est, de eo jure, quo quisque in civitate pro statu ac conditione personæ suæ censetur. De rebus, hoc est, quod cujusque in rebus externis proprium est, aut ei debetur, sive de dominio cæteroque jure in rem, & de obligationibus, quas & ipsas ad eandem illam partem pertinere probavimus in explicatione *titul. de obligat.* tractatum libro secundo & tertio, itemque nonnulla parte libri quarti, usque ad præsentem locum; quibus locis simul nobis explicati sunt modi ac rationes rerum atque obligationum, tum acquirendarum, tum admittendarum. Expositis ergo ex tribus membris propositi prioribus duobus, supereff adhuc tertium & postremum, actiones videlicet, cujus partis tractatio hic jam suscipitur. Hinc vero perspicuum est, errare, quod diximus, interpretes veteres & cum iis Mynsing. qui initium doctrinæ de actionibus fieri existimant *lib. preced. tit. de obligat.* Atque hoc loco eandem continuari; quasi illic de causa actionum tractetur, quæ sit obligatio; hic de effectu obligationis, quæ sit actio; illic de matre, ut loquuntur, hic de filia. Nam nec obligatio causa est omnium actionum, sed earum duntaxat, quæ in personam sunt; & ut esset, tamen ratio

tio obtinendi ejus, quod nobis debetur, à vinculo, quo se debitor adstringit, argumento & materia separata est.

3 Etenim quod omnino notandum est; actio in propofita disputatione non tam consideratur, quatenus cujusque est, dependens ex jure quaesito; qua consideratione cum rerum nostrarum pars sit, & in bonis nostris computetur, *l. bonorum. 49. de verbor. sign. ad idem plane objectum referri debet, quo referuntur dominium & obligatio: quam quatenus est via sive medium, per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum, si ultro non praestetur, pervenit & auferitur invitis; uno verbo, quatenus consideratur ut instituenda exercendaque in judicio, ut rectè Timæus Fab. *disp. de action. thes. 1.* Vix interpretem inveneris, quin hic in vestibulo quaesiturus sit, ex quo jure actiones proficiantur, ex jure gentium, an ex jure civili, id est, utrum causa actionum remota jus gentium sit, an jus civile. Quaestio minime obscura: Sed nimirum nihil tam clarum atque perspicuum est, quod semper & ab omnibus videatur. Certum est, leges, magistratus, eorumque imperia juris gentium esse: quippe sine quibus nulla unquam gens, aut vixit, aut vivere potuit: adeoque ipsa naturalis ratio omnes docet, sine publica auctoritate nullam hominum societatem consistere posse. Hujus autem publicæ auctoritatis bona pars est in persecutionibus judicialibus, qua civilibus, qua criminalibus. Adhæc inter omnes constat, dominia rerum atque obligationes, quæ causæ sunt actionum proximæ, originem ex jure gentium trahere: trahunt ergo & actiones sive judicia, id est, ea remedia & rationes, quibus, quod vel domini nostri sit, si id sponte is, qui possidet, non restituit; vel quod in obligationem à nobis deductum, si id debitor non praestet, obtinere liceat. Nam certe frustra sis, si id voluntati permittatur & arbitrio possessoris aut debitoris; aut, quod restat, rixis, tumultibus, cædibus porta patet, civis in civem armabitur cum internecione civitatis, si domino aut creditori licere velimus rem suam aut sibi debitam per vim occupare propriaque auferre auctoritate. Non puto autem, quemquam esse, qui juris gentium adscripturus sit ea, quibus concessis necesse sit hominum societatem everti. Præclare Theodoricus Rex apud Cassiodorum *lib. 4. var. epist. 10. Fædum est, inquit, jura publica privatis odiis licentiam dare: nec ad arbitrium proprium judicandus inconsultus fervor animorum: & statim; hinc est, quod legum reperta est sacra reverentia, ut nihil manu, nihil proprio ageretur impulsu. Quid enim à bellica confusione pax tranquilla distabit, si per vim litigia terminentur? fac. l. non est singulis 176. de reg. jur. l. extas. 13. quod met. ca.* Hæc etsi verissima sunt & clarissima, non paucis tamen, iisque etiam, quorum multis aliis in rebus perspicientia ac solertia commendatur, hic cæcutire contingit, ut temere atque inconsiderate contendant, actiones omnes & forma & origine esse juris civilis. Quid ergo est, quod eos transversos agit? Primum quod apud Pomponium in *l. 2. §. his legibus. 6. de orig. jur.* scriptum est, ex legibus duodecim tabularum compositas esse actiones, quibus inter se homines disceptarent. An igitur totis trecentis annis ante nemo cum alio agere in urbe potuit? aut quia manu regia pleraque terminabantur, nulla petitio, nulla imploratio fuit necessaria? Sed quis non videt, Jurisconsultum loqui de forma actionum ac-*

cidentalibus, & juris Rom. propria? quam scilicet à prudentibus acceperunt compositis certis ac solemnibus formulis. Secundo, quod actiones passim civiles dicantur. Quid tum? Et obligationes ita passim appellantur; quas utique juris gentium esse nemo ibit inficias: quin & condici jure gentium res dicitur in *l. rerum. 25. de action. rer. amot.* Tertio quod naturalis obligatio tantæ efficaciz non est, ut actionem producat: quasi vero quod non producat, non sit à jure civili. Et tamen non una hic exceptio est. Postremo quoniam deportati agere non possunt, qui tamen ea, quæ sunt juris gentium, retinent. Ineptè. Nam id tantum obtinet in imperio ejus civitatis, in qua damnati sunt. Sed nec patriam potestatem retinent, nec tutelam, nec justo testandi, nec jus succedendi ex testamento aut ab intestato: quæ tamen omnia ex jure gentium manare, & considerata generali atque essentiali forma juris gentium manere, suis locis ostendimus; quamvis propter adjectam à jure civili qualitatem & determinationem usus rectè dicantur esse juris civilis, ut & actiones: per *l. 6. de just. & jur.*

*De Actionibus*] Nomen actionis latissimè patere vulgo notum est, ac comprehendere omnem omnino viventis operationem, quæ passivè opponitur: denique & oratorum & histrionum & fabrorum actionem esse dicimus. Sed ne quis erret in varia hujus verbi significatione, quam habet etiam tunc cum ad usum forenses restringitur, sciendum primum est, nunquam verbo agendi, cum ad judicia refertur, ita usos esse veteres, ut eo verbo idem significarent, quod ducere, trahere. Agere enim illi perpetuo dicunt cum aliquo, nunquam agere aliquem: agere judicio, agere interdicto, quod non significat aliquem ducere aut trahere, sed idem est quod tractare cum aliquo judicio, interdicto cum aliquo contendere; nec reum dicunt, qui agitur, sed cum quo agitur. Quapropter non est audiendus Theophilus, qui actionem ab eo dictam scribit, quod improbos & perfidos ad judicia agamus. Quadruplex autem ferè hujus vocis in jure usus est. Primum latissimè accipitur, & nomen actionis prædicatur de lite omni & causa, sive ea civilis sit, sive criminalis, in qua alias ferè utitur verbo accusationis, *l. penult. si ex nox. caus. ag. l. ultim. de privas. delict. l. 1. de crimin. stell. l. 18. de accus. l. 4. C. de edendo. rubr. C. quand. civ. act. crimin.* Secundo minus quidem latè quam in significatione præcedenti, sed ratione sequentium adhuc latissimè, ut appellatione actionis comprehendantur causæ omnes pecuniariæ, sive judicia omnia civilia, non ordinaria tantum, verum etiam extraordinaria, interdicta, præjudicia, persecutiones, stipulationes prætorias, quæ actionis instar obtinent, ut damni infecti & legatorum, &c. in summa imploratio etiam nobilis officii judicis, ut nunc loquuntur: *l. actionis. 37. de oblig. & act. l. actionis. 34. l. pecunia. 178. §. 2. de verb. sign.* Tertio pro genere communium actionum in rem & in personam, *l. actionum. 25. ff. de obl. & act. §. 1. infr. hoc tit.* strictius tamen, quam ut interdicta, præjudicia, cognitiones & stipulationes prætorias contineat, *l. sed & ha. 35. §. 2. l. non solum. 39. de procur. d. l. 178. §. 2. de verb. sign.* Quarto & postremo strictissimè atque angustissimè, ut solam denotet actionem in personam, *l. actio. 28. hoc tit. d. l. 178. §. 2. de verb. sign.* ac tum ferè opponitur petitioni, qua actio in rem significatur, ut in formula stipulationis Aquilia-

nz, §. 2. *supr. quib. mod. obl. toll. l. & uno. 18. §. 1. de acceptil.* Ex his autem significationibus eam, quæ secundo loco posita est, huc pertinere ostendit supra dicta divisio, in qua actio constituitur tertium totius juris privati objectum. Cognata vocabula sunt, petitio, persecutio, formula, lis, causa, controversia, conventio, iudicium: nam & vox iudicii pro actione sæpe sumitur: ut videre est in *l. 1. & pass. ff. & C. fam. ercisc.* & prætor promiscuè nunc actionem, nunc iudicium se daturum pollicetur.

TEXTUS.

Definitio.

*Actio nihil aliud est, quam jus persequendi in iudicio, quod sibi debetur.*

NOTA.

[*Jus persequendi*] Auctor hujus definitionis Celsus *l. 51. hoc tit.* Cæterum actio quatenus tertium juris objectum constituit, magis considerari debet, ut via & medium, per quod ad id, quod nostrum est, aut nobis debitum pervenitur, quam quatenus est jus, aut ex jure nobis quæsitum dependet; qua consideratione cum rerum nostrarum pars sit, ad secundum objectum referri debet, *l. 49. de verb. sign.*

COMMENTARIUS.

1. *Jus in hac definitione quid significet.*
2. *Refusatur Hotom. qui formulam interpretatur.*
3. *Neminem posse quod sibi debetur, propria occupare auctoritate.*
4. *In jure fieri qua dicebantur, qua in iudicio.*
5. *Repetitur res ab origine.*
6. *De quibus causis magistratus ipsi ex officio cognoscere soliti: in quo plerique hallucinantur.*
7. *Romano olim commune fuisse forum: nunc autem metropolim idem-jus non habere.*
8. *Commune forum esse & locum domicilii: tum quod tempus hic inspiciendum.*
9. *Mos passim receptus.*
10. *Proprium forum qua tribuant: & quid mutatum moribus.*
11. *Actionem in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri posse: contra Donell.*
12. *Eum, qui per se competens non est, posse ex accidenti competentem fieri, & quibus ex causis.*
13. *Definitionem hanc etiam competere actioni in rem.*
14. *Item actionibus popularibus: qua quid sint, simul docetur.*
15. *Item actioni injuriarum, & positioni usurarum.*

**A**ctio nihil aliud est, quam jus] Auctor hujus definitionis est Celsus, in *l. nihil aliud. 51. ff. hoc tit.* Generis loco jus ponitur: quod vocabulum cum verbis faciendi jungitur in perpetuo usu juris: adeoque apud omnes Latine loquentes significat potestatem jure publico tributam; veluti cum dicimus, justestandi, justipulandi, jus retinendi, jus eundi, agendi, utendi, fruendi, &c. Neque alia hoc loco quærenda hujus verbo significatio est. Et malè omnino Hotomannus formulam interpretatur. Est enim quandoque, actiones cum dicunt Jurisconsulti, formulas earum intelligunt;

atque ut hoc etiam largiar, cum prætor se actionem daturum pollicetur, formulam eo nomine significat: nullo tamen modo dici potest, aut jus agendi formulam esse, aut in hac definitione actionem ut formulam considerari. Formula à prætore impetranda est: actio, ut quisque contraxit, statim ei competit: & dominus amissa possessione jus agendi habet statim, id est, etiam antequam prætor audeatur: & quis non videt, actionem in proposito considerari, ut in persona creditoris radicata est, non ut actu in iudicium deducta? atque ut maximè ut jam actu inteatatam consideres, formula tamen propriè dici non potest, non magis quam emancipatio, manumissio, adoptio, aditio hæreditatis, &c. quæ formulæ non erant, sed actus legitimi, qui per certas formulas & verborum conceptiones expediebantur, *l. actus. 77. de reg. jur.* Adhæc nihil eorum formulæ convenit, quæ prædicantur de actione; ut cum actio nasci dicitur, acquiri, ipso jure competere, alienari, mandari, cedi, &c. ad hæredem transire, ab hæredibus incipere, successione confundi, plures actiones concurrere, una electa alteram consumi, dividi inter fidejussores, & id genus sexcenta alia. Nec ut actionem, ita formulam in rem, in personam, civilem, prætoriam, perpetuam, temporalem, famosam, hæreditariam, &c. rectè dicimus. Quamobrem nec auctorem hujus definitionis Celsum arbitror de formula cogitasse: quamvis temporibus hujus Jurisconsulti qui sub Trajano & Hadriano floruit, formulæ adhuc in integro usu essent. Plane de sententia Justiniani, qui formulis jam dudum sublatis, definitionem eandem nihilominus retinuit, nulla potest esse dubitatio.

[*Persequendi in iudicio*] His & sequentibus verbis differentia continetur, & genus positum restringitur. Verbum persequi notissimæ significationis est, nec obscura, quæ in eo, translatio. Sumitur autem hoc loco generalius, cum olim in specie cognitionis extraordinariæ persecuciones dicerentur, *l. 178. §. 2. de verb. sign.*

[*In iudicio*] His verbis indicatur, neminem sibi jus dicere posse, aut privata, quod sibi debetur, occupare auctoritate: sed si quis putet, se habere actionem, legitimo iudicio cum cum adversario experiri debere, atque actionem suam proponere apud magistratum sive iudicem, qui cognoscendis & componendis civium controversiis publica auctoritate constitutus est, *l. extat. 13. quod met. ca.* & simul docemur, non quamvis interpellationem aut conventionem actionem dici, sed eam, quæ sit apud competentem iudicem ex ratione ac præcepto legum & justitiæ. Cæterum quo res tota plenius intelligatur, duo adhuc nobis explicanda sunt. 1. quid hæc verba *In iudicio* significant. 2. quis dicatur iudex competens. Primum quod attinet, diversa veteribus sunt, *In jure & in iudicio.* In jure fieri dicebant ea, quæ fiebant apud magistratum, antequam ad iudicem iretur, vel quæ tota peragebantur apud prætorem, veluti ea, quæ cognitionis erant extraordinariæ, & cautiones, quæ à prætore postulabantur, puta damni infecti, vel legatorum: in iudicio ea proprie, quæ expediebantur post litem contestatam apud iudices datos sive pedaneos. Actio in jure à prætore dabatur, apud iudicem recuperatoremve in iudicio exercebatur. Cæterum mutato veteri procedendi ritu, ex quo ipsi magistratus iudicare iussi sunt, *l. 2. C. de pedan. jud.* perexiguus hujus differentiarum



usus esse cepit: nisi quis putet, adhuc dici debere injure fieri, quæ sunt ante litem contestatam, & prætor ipse olim explicabat; in iudicio, quæ postea fiunt, licet apud eundem magistratum omnia expediantur. Operæ pretium est, rem ab origine repetere. Initio quidem prætorum ipsum, utpote juri dicendo civiumque inter se controversiis disceptandis ac dijudicandis creatum ac constitutum, causas privatas omnes plene cognovisse & judicasse, verisimile est. Verum postea, & primo quidem propter graviores occupationes, procedente vero tempore fortassis etiam ob dignitatem magistratus, obtinuit & paulatim in ordinariam jurisdictionem versum est, ut prætor aditus non ipse judicaret, sed præparatoriis quibusdam apud eum tractatis, quæ in jure fieri dicebantur, actionem & formulam daret, litigatoresque ad privatos remitteret, qui notionem & iudicium susciperent. Horum iudicium varia fuere nomina. Dicuntur iudices dati, delegati, pedanei, speciales, additi, selecti, disceptatores, recuperatores, in iudiciis bonæ fidei etiam arbitri: de quorum nominum ratione consulantur *Scip. Gent. 2. de jur. d. 8. Coras. 3. misc. 18. Duar. de jud. cap. de jud. dat. Sigon. 2. de antiq. jur. civ. cap. 18. & seq.* Nullam vero jurisdictionem hi iudices habebant, sed nudam duntaxat notionem, hoc est cognoscendi tantum, & iudicandi potestatem sine imperio aut jure sententiæ exequendæ; & simul ac sententiam dixissent, iudices esse definebant, *l. 5. l. 15. l. judex. 55. de re jud.* Apud hos iudicium exerceri proprie dicebatur, & ipsi specialiter iudices appellari & à magistratibus separari solent, *d. l. 15. & 55. de re jud. l. 2. de reg. jur. l. 1. & l. 3. de jur. d.* Usque adeo verò hæc ratio dandorum iudicium invaluerat, ut vix ipse prætor iudicium unquam susciperet, & si fides Duareno *lib. 1. disp. 53.* ne potuerit quidem prætor ipse de causis quibusvis cognoscere. In quam sententiam affert *l. 4. de sur. dat. l. ult. de off. prætor. l. 8. & 9. de off. prætor. l. 2. C. de pedan. jud.* Alii tamen id arbitrarium fuisse existimant, argumento legis, quam inter suas, atque, ut credibile est, ad morem suorum temporum respiciens, M. Tullius refert in hæc verba: *Juris disceptator, qui privata iudicet, judicariæ jubeat, prætor esto.* Quod in medio relinquimus. Illud constat, exceptas fuisse nonnullas causas, de quibus ipsi magistratus ex officio cognoscebant, non iudicem dabant; quæ cognitiones prætoriarum, & extraordinariorum dicebantur, propterea quod prætor morem iudiciorum ordinarium atque usitatam, sine solemnibus & strepitu iudicii, sine formula, hæc causæ expediebantur & disceptabantur à prætore ipso: cujusmodi causæ sunt cognitio de honorariis advocatorum, medicorum, professorum liberalium artium, *l. 1. de extr. cogn. persecutio fideicommissi, l. 178. §. 2. de verb. sign. Ulp. tit. 25. §. 10. petitio liberorum, qui in potestate sunt, l. 1. §. 2. de rei vind. restitutio in integrum ex edicto de minoribus, l. 13. §. 1. l. 24. §. ult. de min. Cujacius par. C. ubi ca. stat. & Scip. Gent. d. loc. huc item referunt causas status sive præjudicia. Rectene an secus, ambigo. Nam præjudicia in *d. l. 1. §. 2. de rei vind.* aperte separantur à cognitione prætoria. Et in his causis partes ad iudicem mitti dicuntur, *l. 8. §. 1. & l. 9. de lib. ca. passimque iudicis liberalis causæ, qui de libertate cogniturus est, mentionem fieri videmus, ut in l. 7. §. 1. & seqq. l. 41. §. 1. de lib. ca. l. servus. 34. §. ult. vers.**

quid ergo. de statulib. l. 7. §. 1. in fin. de hered. pot. Plautus recuperatorum semper meminit in *Rud. & Bacch. & Sueton. in Vespas. refert*, Flaviam quandam Domitillam ingenuam & civem Romanam recuperatorio iudicio pronuntiata. Nec multum movet, quod traditum est in *l. non distinguemus. 32. §. de liberali. 7. de recept. arbitr.* causam liberalem majores iudices potestere, quam sint compromissarii, vel quia etiam iudices à prætore delegati majores sunt arbitris: qui constituuntur mera conventionione privata: vel quia Jurisconsultus non simplicem cognitionem & decisionem causæ considerat, quæ sola pertinet ad officium iudicis dati: sed totam causæ tractationem, & in hac etiam partes prætoris, qui lite primum apud se contestata formulam ipse concipit & iudicium iudicemque constituit. Atque his insuper argumentum præbet *l. 1. C. de off. prætor. ubi Constantinus causam liberalem propriam facit prætoris, quod frustra fecisset, nisi antea fuisset iudicii ordinarii, add. Rav. 3. var. 20. Hotoman. 6. obs. 6.* Sed nec interdicta huc pertinent, ut constat ex *oras. pro. Cacin. item ex l. 1. §. 2. si ventr. nom. mul. in poss. l. 1. in pr. ne vis fiat ei, qui in poss. l. 1. in pr. de vi & de vi arm.* quibus locis manifeste retelluntur, qui negant, ex causa interdicti formulam aut actionem datam fuisse. Postea ratio iudiciorum mutata est, & injuncta causarum omnium cognitio ipsis magistratibus: extra quam si vel occupationibus publicis vel multitudine causarum ipsi cognoscere impediuntur, *l. 2. C. de ped. jud. ut ea negotii sit vilitas, ut non admodum notionem magistratus requirat, l. ult. C. dist. tit.* quo respiciens Justinianus, ait, iudicia omnia suo tempore extraordinaria fuisse, *§. ult. Inst. de interd.* In iudicio igitur sic nunc interpretabimur apud prætorem sive magistratum, qui dum jus dicit ac reddit, recte iudex appellatur, & cui soli nunc iudicandi munus incumbit. Alterum quod hic explicandum erat, est, quis sit iudex competens: neque enim promiscue apud quemvis iudicem quævis actio institui potest, sed apud eum solum, cujus de ea re, qua de agitur, notio est, qui uno verbo competens appellatur. Competentia hæc æstimatur, ex causis, ex quibus forum sortiri dicimur. Forum duplex: commune unum, alterum proprium seu speciale. Commune forum olim fuit Roma, quæ idcirco veteribus dicta est communis patria, *l. Roma. ad Munic.* Nam omnes qui Romæ inventi essent, ibi conveniri poterant, ibi se defendere debebant, nisi jus haberent revocandi rem ad domicilium proprium, *l. 2. §. omnes. 4. & seqq. l. non alias. 24. de judic.* sed moribus hodiernis regie urbes seu metropoles jus istud commune fori non habent. Commune forum item recte dixeris, in quo reus habitat tempore movendæ actionis, sed etiam in quo reus habitabat tempore contractus, *l. 2. C. de jurisdict.* quem locum male Cyn. Salic. & Sich. restringunt ad casum, quo quis in loco domicilii contraxit: quia ita conveniretur ex capite contractus, non domicilii, de quo ibi disertè agitur, & locus contractus forum tribuit, etiamsi quis nunquam ibi domicilium habuerit. Atque ratio hujus juris satis manifesta est, quia cum statim actio ex contractu nascatur, & jus conveniendi reum in loco domicilii creditori quærat, cum quo forte alias non con-

contraxisset, jus illud creditori factō debitoris adimi non debet. Moribus in Belgio & aliis regionibus dudum invaluit, ob summam difficultatem, quæ sæpe est, sequendi debitores externos, ut ii quovis loco deprehensi detineri iudicioque sibi queant. *Gudel. lib. 4. cap. 2. late Peck. instruat. de jur. sistend.* Proprium forum est, quod præter commune tribuunt causæ singulæ; veluti in actionibus in personam forum tribuit locus, in quo contracta est obligatio, *l. omnem. 20. de judic.* quod tamen puto sic accipiendum, si reus ibi reperitur; per *l. 2. §. 4. l. 19. in pr. & §. 1. l. argentarium. 45. de judic.* textus est in *cap. 1. §. contrabentes. de for. comp. Covar. pr. quæst. 10. num. 3. Sichard. & Vultejus in l. 2. C. de jurisdict. Anton. Fab. C. suo, ubi conv. qui conv. loc. desin. 4.* & siquidem in contrahendo dictum non sit, quo loco rem præstari oporteat, is locus contractus intelligitur, in quo res gesta est, *dist. l. 19. §. 1. dist. l. 45.* Sin autem expresse cautum ut alio loco, quam in quo negotium gestum est, res præstetur, hic locus accipiendus, tanquam re ibi contracta, *l. 3. de reb. auct. jud. possess. l. contraxisse. 21. de obl. & auct.* In Francia & his regionibus non inspicimus locum contractus, nec solutionis, sed domicilii debitoris, juxta *l. exigere. 65. de judic. sicut l. hares. 19. de jud. l. 3. de reb. auct. jud. poss. l. 21. de obl. & auct.* non sint receptæ, secundum eam, quæ tradit Imbert. & alii allegati à Christin. *vol. 2. de iur. cif. 164.* In actionibus in rem speciale forum tribuit locus, in quo res sitæ sunt. Est enim constans hæc fere omnium interpretum sententia uluque forensi non dubio recepta, posse pro arbitrio petitoris actionem in rem moveri vel in loco domicilii possessoris, ut foro actionum omnium communi, vel in loco, ubi res, de quibus contenditur, constitutæ sunt. Per text. non obcurum in *l. 3. C. ubi in rem auct. fac. l. un. C. ubi de hær. d.* quanquam Gudelinus notat, praxin illud maxime observare, ut ibi duntaxat actio in rem intendatur, ubi res sita est, *lib. 4. cap. 2.* Unus fere Donellus noster *lib. 17. comm. 17.* ab hac sententia recessit, contendens, in actionibus in rem nullam domicilii rationem haberi, sed unum tantum esse forum rei, locum scilicet in quo sunt constitutæ: ibi reum conveniendum esse, ibi se defendere debere: conventum in loco domicilii non cogi iudicium pati. Quo & ipse aliquando inclinavi propter *l. quod legatur. 38. de judic.* Sed non dubito nunc, quin quod Jurisconsultus ibi proponit de re legata, speciale sit, eò quod legatario sufficere debeat, si hæres à quo legati præstandi necessitas non cœpit, eo in loco ubi res est, offerat solutionem, de qua etiam & ipsa præstazione præcipue Jurisconsultus tractat. Quod Donellum præterea movet, facile evenire posse, si possessor in loco domicilii conventus jubeatur rem restituere; ut nova lite pro executione rei opus sit: non usque adeo magni momenti est. Nam præterquam quod magistratus omnes inferiores mutuat sibi operam præstare debent, considerare debuit Donellus, non esse ex ratione juris Romani in iudiciis realibus ordinariam hanc procedendi atque exequendi viam, ut possessori restituere jussio, nec parenti res ipsa manu militari auferatur, sed ut damnetur quanti in litem actor juraverit, *l. usus rei. 46. cum seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Quæstiones criminum ubi exercentur docet *l. 1. l. 2. cum auct. seq. C. ubi de crim.* Illud obiter adjicio, posse eum, qui per

se competens non est, ex accidenti competentem fieri, idque vel propter iudicium jam coeptum, vel propter prorogationem jurisdictionis. Cœpti iudicii hæc vis est, tum ut actorem mutæ petitioni seu reconventioni, ut nunc in foro loquimur, obnoxium reddat, hoc est, ut mutuas rei actiones ibi excipere cogatur, ubi ipse litem movit, tamen si prius ibi conveniri non potuisset, *l. 22. de judic. l. 14. C. de sent. & interl.* tum ut litigatores retineat in iudicio conjuncto. Conjuncta autem iudicia hæc in re habita sunt possessionis & proprietatis; ac de his ita cautum; Quo in loco prius de possessione actum est, etiam de proprietate agi debere, quamvis rebus integris ibi conventus iudicium excipere non cogatur, ne causæ continentia dividatur, *l. nulli. 10. C. de jud.* Moribus tamen disjunctis cernimus istarum causarum iudices: quippe interdicta possessoria in conciliis provincialibus solent tractari: quæstiones vero proprietatis apud cujusque loci magistratum. *Gudel. lib. 4. c. 2.* ubi de foro competente late & eleganter disputat. *art. 19. instr. supr. Holland. cur.* Prorogatur iudicium, cum alius iudex, quam cujus notio est, ex conventionione aditur, *l. 18. de jurisdict. l. 1. de judic.* de quo consule *DD. ad d. l. 1. & c. si diligenti. x. de for. com. Christin. vol. 2. doc. 160.*

*Quod sibi debetur* Hotom. 3. *obs. 17.* addit, *vel quod suum est*; ne definitio angustior sit definito: quippe quæ alioqui actioni in personam duntaxat competere videatur, non etiam actioni in rem, per quam rem nostram petimus, non nobis debitam. Et verum quidem est, proprie ea, quæ nostra sunt, dici non posse nobis deberi, *l. Quintus Mucius. 27. §. 2. l. scribis. 34. in pr. de aur. arg. leg.* Sed quid prohibet verbum debendi laxius accipere, ut debere quisque dicatur, quod jure præstare netur, quamvis factō suo ad id se non obstrinxerit? Convenit certe hoc & partitioni juris initio propositæ, & præsentia instituto Justiniani, ut divisio in continenti subiecta clare ostendit. Nec deest veterum auctoritas: nam & Ulpian. in *l. pecunia. 178. §. ult. scribit*, hoc verbum *debetur*, omnem omnino actionem comprehendere. Plane persecutio criminalis huc non pertinet, qua quisque non quod sibi debetur, persequitur, sed; quod vigor publicæ disciplinæ postulat, vindictam criminis, *l. 9. §. quod illicito. de publican.* Quæsitum de actione populari & injuriarum. Sed puto verba definitionis etiam ad actiones has commode applicari posse. Populares actiones sunt definitore Paulo in *l. 1. de popul. auct.* quæ jus suum populo tuentur: nimirum summus ac præcipuus harum actionum finis est, ut publicæ utilitati & securitati consulatur, *l. 1. §. 1. de his qui effud. vel dej.* quam ob causam etiam omnibus pariter propositæ sunt, nisi quod in iis, quæ simul continent interesse alicujus privati, is, cujus interest, præferatur, *l. 3. §. 1. de popul. auct. l. 3. in pr. de sepul. viol.* Pœna, quam persequuntur, regulariter actoris lucro cedit; qui ob id etiam, postquam litem contestatus est, inter creditores numeratur, *l. 12. de verb. sign.* fisco ut applicetur, rarum & singulare: ac tum præmiis loco pars aliqua datur actori, *l. 25. §. ex hoc editto. de Senatusc. Syllan. l. ult. de torm. mos.* Cæterum quia hæ actiones ita propositæ sunt; ut ejus demum, qui eas occuparet litem contestandò præpriæ fierent; eique soli pœna præstaretur, inde est; quod qui habet actionem popularem, non intelligitur esse

esse locupletior, neque pro creditore habetur, antequam litem contestatus est, *l. pen. §. 1. de pop. act. junct. l. 12. de verb. signif.* Sed enim cum hæ actiones privatam pecuniæ persecutionem habeant, utique consideratæ quantum jam occupatæ vel etiam occupandæ per litem contestationem, ad definitionem pertinent. Idque menti Justiniani omnino conveniens est, qui & *sup. tit. preced. §. 1. & infr. hoc eod. tit. §. 12.* populares aliquot actiones proponit. Eadem fere ratio esse videtur & actionis injuriarum. Hæc ante litem contestatam in bonis nostris non computatur, *l. injuriarum. 28. de injur.* scilicet quia si quis de ea litem non contestatus decesserit, perinde est, quasi nullam unquam actionem habuisset, utpote quæ nec illi profuit vivo, nec hæredibus ejus prodest, ad quos non transmittitur, *§. 1. inf. de perp. & temp. act. l. 13. de injur.* Usurarum petitio propriam rationem habet; nec tamen eam hinc excludimus. Nam quod usuræ dicantur peti non posse jure obligationis aut actionis, sed officio judicis in bonæ fidei judiciis ob moram præstari; *l. qui per. 49. §. r. de act. empt. l. 4. C. de pos. id non significat, usuras non deberi, aut nullam usurarum nomine actionem esse, sed non deberi principaliter, nec esse propriam actionem, qua principaliter petantur, sed fortis duntaxat, qua mota & ipsæ per consequentiam officio judicis veniant.*

## T E X T U S.

## Divisio prima.

*1. Omnium autem actionum, quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacunque re quaritur, summa divisio in duo genera deducitur. Aut enim in rem sunt, aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, vel ex contractu, vel ex maleficio: quo casu prodita sunt actiones in personam, per quas intendit, adversarium ei dare aut facere oportere, & aliis quibusdam modis. Aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu prodita actiones in rem sunt: veluti si rem corporalem possideat quis, quam Titius suam esse affirmet, possessor autem dominum ejus [esse dicat: nam si Titius suam esse intendat, in rem actio est.*

## N O T E.

*1. Judices arbitrosve]* Judicium nomine intelligit iudices addictos actionibus stricti juris; arbitrorum addictos judiciis bonæ fidei, *l. 15. de re jud. l. 7. de leg. Jul. rep.* quanquam & arbitri ex compromisso sumpti huc pertinent, *l. 1. de rec. arbitr.*

*Quo casu prodita actiones in rem]* Actio in rem est, per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus. *l. 25. h. t.*

*Quam Titius suam esse]* Actio in rem de re corporali, quæ non *itaxho* dicitur rei vindicatio titi. *D. & C. de rei vindic.* soli competit vero rei domino, *l. 23. eod.* Utilis tamen emphyteutæ & superficiario datur, *l. 1. §. 1. ff. de ver. b. l. 74. de rei vind.*

*Possessor dominum [se dicat]* Aut utique neget petitionem dominum esse: nam ut contra vindicet, non est necessarium, *§. 4. inf. de interd. l. 4. C. de edend.*

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

- 1. Divisionem hic propositam non à materia, sed à causa efficiente sumptam esse.*
- 2. Inducatur causa efficiens seu jus, unde actio & in rem & in personam manat.*
- 3. Persona ad constituendum judicium necessaria.*
- 4. Quam vario nomina hæc, iudex & arbiter, accipiuntur, sive conjunctim sive per se posita.*
- 5. Arbitratores, quos vocant, huc non pertinere, rejecta vulgata distinctione.*
- 6. Disputatio accurata adversus eos, qui mancam esse hanc divisionem contendunt, unoque membro, mixtarum scil. actionum, mutilatam.*
- 7. Nec actiones, qua dicuntur in rem scripta, tertiam speciem constituere.*
- 8. Actio in personam quid; cui adversus quem detur.*
- 9. Quo effectu creditor nomen alienet.*
- 10. Actionem in rem cum domino ambulare, eaque teneri novissime possidentem.*
- 11. Actione in personam quid petatur: ubi & insigne discrimen inter hanc & illam qua est in rem circa causam libello complectendam.*
- 12. Actiones in personam, qua nec ex contractu nec ex maleficio originem trahere videntur.*
- 13. Formulam in actionibus in personam usitate, & qualis locus, cum agitur ex obligatione faciendi.*
- 14. Formulam, qua adversarium dare aut facere oportere intendimus, non convenire omnibus actionibus in personam.*
- 15. Actio in rem quid sit, unde nascatur; & cui competit principalis illa, qua de hic agitur.*
- 16. Quæ petitori in hac actione probanda ad fundandam intentionem: & primum de dominio.*
- 17. Necessè esse ad fundandam actionem, ut his, cum quo in rem agatur, possideat. Quam late verbum possessionis hic accipiat. Aliaque non passim obvia.*
- 18. Possessorem non compelli, ut contra vindicet, dissertatio adversus D. Contium.*
- 19. Petitio hujus actionis propria: & qui exitus.*

**P**roponuntur hoc tit. quinque aut sex actionum divisiones, quæ naturam, causas, vim & proprietatem singularum velut in tabella exhibent. Quæ hoc §. proponitur, summa dicitur eodem sensu, quo sæpe alibi à nostris, ut in *l. 3. de stat. hom. l. 1. de rer. divis. §. 1. inf. de interd.* quia inter multas prima & potissima est. Ratio divisionis ab objecto sive materia petita prima fronte videtur: id enim verba hæc, *in rem & in personam*, præ se ferunt. Nos tamen à causa efficiente potius eam ductam arbitramur, hoc est, à jure, quod quis circa rem habet: idque confirmat tum hic ipse locus, tum *l. actionum. 25. ff. eod.* unde magnam partem, quæ hic traduntur, hausta sunt: ac mox res tota clarius apparebit. Non igitur ideo, inquam, actio in rem dicitur, quia in ea res petatur; actio in personam, quia petatur persona: una enim actionum omnium materia est res, quæ petitur, sive in personam agatur, sive in rem. Et si quando contingat, ut servus petatur, non petitur, ut persona, sed ut res ceteræ, quæ nostræ sunt, aut nobis

bis debentur. Sed nec ideo actio in personam dicitur, quia ea qui agit, personam conveniat; actio in rem, quia conveniatur res ipsa; quod natura fieri non potest: Nam quod Jurisconsulti ita aliquando loquantur ut dicant, rem conveniri, non personam, abusivum est, & specialem præterea rationem in causis, de quibus loquuntur, habet, veluti in *l. 7. ff. de publican.* item *l. 19. de jur. fisco.* Quarum in illa prædia conveniri dicuntur ex causa vectigalium, non personæ; ut intelligamus, onera ista prædiorum esse, non personarum; ac proinde quasi à prædiis exigi atque à possessoribus eo nomine conventis præstanda esse, sine consideratione temporis, quo possederunt. In altera Papinianus negat, pecuniæ publicæ, quam quis à debitore suo in solidum accepit, revocatæ, usuras præstari, eo quod res, non persona convenitur; quod sic explicatur, in *l. 5. C. de priv. fisco.* quia fiscus jure extraordinario privilegii sui rem aufert, non cum obligato ex contractu aliquo fœneratio agit. At cum utraque actione & res petatur & persona conveniatur, qui sit, quod una in rem nomen acceperit, altera in personam? Dicam statim: prius enim causa efficiens utriusque indicanda est, unde potissimum, ut ante dixi, sumpta ratio divisionis. Omnis actio procedit ex jure aliquo, quod quis circa rem habet, tanquam à causa efficiente proxima, & itidem variatur pro juris istius diversitate. Quemadmodum autem hoc jus in universum duplex est; unum in re, alterum ad rem: ita quoque dux in universum diversæ actionum species inde manarunt, sive duo remedia ad jus illud iudicio persequendum. Jus in re, quod obiter hic insulcandum, multiplex, dominium tum directum tum utile, usufructus, servitutes, pignus, jus possessionis. Jus ad rem unum est, obligatio scilicet sive creditum. Ex jure, quod quis in re habet, proficiscitur actio in rem, pro diversâ quidem qualitate istius juris diversi quoque generis, sed id ad rem propositam nunc nihil facit. Obligatio actionem in personam parit. Illa in rem dicitur, quia domino quod detur, rem perpetuo sequitur, atque ut persona hic conveniatur, hoc est, possessor, tamen non convenitur propter se, sed propter rem possessam. Hæc autem in personam dicta est, quia ut persona hic conveniatur, ita convenitur propter se, quia se obligavit, non propter rem petitam. Quod tamen non sic accipiendum est, quasi qui ex obligatione agit, non hoc agat, ut rem quæ in obligationem deducta est, consequatur: sed sic, quod actione in personam quisque tenetur ob hoc solum, quia verbi causa promisit, se daturum esse; & hoc sive rem habeat, sive non habeat; cum actione in rem propria propter hoc solum teneatur, quod rem possidet, nec compellatur in rem actionem pati, si rem defendere nolit, aut sine dolo possidere delierit, *l. fin. antem. 27. §. 1. l. ult. de rei vind.*

3 *Quibus inter aliquos apud iudices*] Tribus his verbis breviter comprehenduntur tres illæ personæ, quæ ad constituendum iudicium necessario requiruntur, actor, reus, iudex. Actor & reus litigatores sunt, inter quos res agitur, & quorum ille est, qui litem intendit, hic, qui excipit. Græci *δισπρα* appellant, & more Græcorum nostri aliquando partem fugientem, *l. 2. C. de jurejur. prop. cal. l. 13. §. 2. C. de judic.* Iudex, apud quem res agitur, qui idem causam cognoscit, & litem auctoritate sua dirimit. Unde iudicium non male defini-

tur legitima rei controversæ inter actorem & reum apud iudicem tractatio, in eum finem instituta, ut lites publica auctoritate sopiantur.

*Judices arbitrosve*] Nomina hæc iudex & arbiter non eodem semper modo accipiuntur, nec per se posita, nec conjuncta, ut hoc loco. Utrumque autem vel proprie accipitur, vel improprie. Iudex proprie dicitur, qui ita iudicat, ut in eo munere publico fungatur. Etenim iudicandi munus publicum est, *l. quippe. 78. ff. de judic. l. ult. §. iudicandi. de mun. & hon.* Atque hinc iudices omnes dicuntur habere notionem, id est, potestatem cognoscendi jure publico constitutam, *l. 5. de re jud.* Improprie iudices dicuntur arbitri, qui ex consensu litigatorum & compromisso sumuntur: quippe consensus privatorum iudicem facere non potest, *l. 3. C. de jurisd.* Appellantur autem iudices propter affinitatem, quam cum veris iudicibus habent, eo quod partibus iudicis fungantur, & arbitria ad similitudinem iudiciorum redacta sint, *l. 1. l. 13. §. 2. de rec. arbitr. l. pen. ff. l. 14. C. de judic.* ac tamen si sententiæ eorum executioni mandari non soleant, effectum tamen aliquem habeant vi stipulationis pœnalis. Arbitri proprie & plerumque dicuntur iidem illi, quos diximus, iudices voluntarii & compromissarii. Non est tamen infrequens ut veri quoque iudices arbitri dicantur, ut plurimum autem illi, qui ex bonæ fidei iudicio cognoscunt, & maxime in iudiciis divisiis familiaris circumscribuntur & communi dividendo: unde & iudicia ipsa arbitria, *l. 24. de pos. l. arbitrium. 43. l. ult. ff. l. 15. l. 17. C. fam. circisc. l. 18. ff. l. 3. C. comm. divid. l. pro socio. 38. ff. pro soc.* Sic autem appellati sunt hujus generis iudices, propterea quod libera iis potestas permittitur arbitrandi æstimandique, quantum alterum alteri ex bona fide præstare oporteat. De quo pluscula ad §. 28. & 30. inf. Præterea nomen iudicis etiam tunc cum proprie usurpatur, aliquando generaliter accipitur, ut eo contineantur omnes, qui cognoscendi & iudicandi potestatem habent, sive eam habeant jure magistratus, aut vi alicujus jurisdictionis, *l. 1. de judic. tot. tit. C. de jurisd. om. jud. tit. ff. C. de reb. aud. jud. possess. sive jure nudæ notionis, ut iudices pedanei; aliquando specialiter pro pedaneis iudicibus duntaxat, hoc est, iis, qui dati sunt, à magistratibus, aliisve, qui jus dandi iudicem habent: in qua significatione etiam passim hoc verbum sumitur, non tantum cum opponitur verbo magistratus, sed etiam cum per se & absolute ponitur, *l. 1. & 3. de jurisd. l. 12. §. 1. l. in privato. 77. de judic. l. 15. l. iudex. 55. de re judic. l. 2. de reg. jur.* Cujus tamen distinctionis non tantus est hodie usus, quantus olim fuit; cum iudicis passim dandi licentia nunc sublata sit, *l. 2. C. de pedan. jud.* Est & tertia hujus vocis significatio adhuc magis specialis, quæ ex adjuncto cognosci potest, veluti cum hæc duo conjunguntur, iudices arbitrive & maxime cum additur, à magistratu dati, ut in *l. 15. de rejud. l. 7. de leg. Jul. rep.* Quod cum fit, iudicis nomen in specie accipitur, restringiturque ad certos tantum iudices, datos quidem à magistratu, sed in iudiciis stricti juris, potestatis iudicandi certa formula, quam excedere non liceat, circumscripta. Sicut per nomen oppositum arbitri iudices item veros tunc intelligimus, sed qui additi sunt bonæ fidei iudiciis, aut etiam arbitrariis, *l. 14. §. 4. quod met. caus.* minime autem tales, ad quos ex compromisso itur: Hoc*

vero vel ex uno loco Senecæ intelligere licet, qui 3. de benef. sic scribit; *Melior videtur conditio causa bona, si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittatur, quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit, hujus libera & nullis constructa vinculis religio est.* Plane, cum simpliciter hæ voces, iudex & arbiter, junguntur, nec aliud exprimitur, unde diversum colligi possit, utramque vocem proprie posse accipi constat, ut cum Jurisconsultus in l. 9. ff. de re jud. scribit, furioso sententiam à iudice vel arbitro dici non posse: unde & de hoc ipso loco judicandum. Atque ut forte Justinianus de arbitris ex compromisso sumptis non cogitaverit, non eo tamen minus huc pertinent, ubi de actione instituenda quæritur: Nam & apud eos eadem omnia hic servantur, quæ apud veros iudices, nec aliter arbitria eorum rata sunt, quam si ordine iudicario, id est, causa more iudiciorum agitata & cognita, ad sententiam ferendam processerint, l. 1. de rec. arb. Enimvero nihil huc pertinent arbitratores, quos vocant. Quippe qui non ut iudices adhibentur ad controversiam sententia sua decidendam; sed ut nudi mediatores interveniunt in actibus extrajudicialibus & contractibus, cum de re aliqua inter ipsos contrahentes non convenit; veluti si in contractu societatis partes sociorum, in emptione pretium, in locatione merces, in arbitrium certæ personæ conferatur, l. 75. cum seqq. pro soc. l. ult. C. de contr. empt. nullus autem locus dari potest, quo lis aliqua decisa arbitratoris interventu dicatur. Et commentitia est, profusque aliena à ratione juris civilis interpp. distinctio, qui duo arbitratorum genera faciunt, arbitros & arbitratores, quorum illi tanquam iudices servato ordine iudiciorum procedant, hi sine solemnibus litem amice ex æquo & bono componant, ut post Coraf. 4. misc. 4. 18. bene ostendit Bach. ad tit. ff. de rec. arbitr. cap. 1. num. 2. usu tamen interpp. distinctio invaluit. Gail. 1. obs. 150. Merul. lib. 1. tit. 7.

In duo genera] Ita & Ulpian. in l. 25. ff. hoc tit. Addendum plerique putant & tertium genus, ex §. 20. inf. eod. actiones scil. mixtas, cujusmodi sint actio familiæ eriscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, quas expresse dicto loco Justinianus ait mixtam causam obtinere tam in rem, quam in personam; item petitio hæreditatis, quæ & ipsa mixta dicitur, in l. 7. C. de her. pet. junctaque tribus præcedentibus quadrigam illam mixtarum tam in rem quam in personam actionum efficit, de qua Cujac. par. C. fin. reg. At enim vero, si hoc ita est, dignus sane reprehensione fuerit Tribonianus, qui summam omnium actionum divisionem se proponere professus, eam uno membro mutilatam proponit, hoc est, pro trimembri bimbrem facit, uno membro omisso, quod ad perfectionem totius non minus, quam duo illa, quæ posita sunt, pertineat: Nec accipio responsum quorundam, qui fatentur quidem, relictus Tribonianum facturum fuisse, si vel una divisione species omnes complexus esset, vel statim tertiam subjecisset; sed cum de re ipsa constet, & tertia illa species proposita sit in dict. §. 20. leges divisionis & methodi in super habendas. Hæc enim responso, ut aliquid pro Triboniano facere possit, si quid ab eo minus recte factum, tamen nihil adfert pro defensione Ulpiani, qui itidem duo duntaxat actionum genera in d. l. 25. ponit

& explicat, in rem, quæ (inquit) dicitur vindicatio, & in personam, quæ conditio appellatur: transitque deinde ad alia, miscelli generis nulla facta mentione: vitiose omnino, si præter duo ista genera, quæ proponit, adhuc tertium genus actionis superfit ab utroque distinctum. Ego scientio, veteres plura actionum genera, quam duo illa, quæ hic proposita sunt, non agnovisse, easque quæ mixtæ aut mixtam causam obtinere certo respectu dicuntur, comprehendisse sub simplicibus, atque annumerasse ei speciei, ad quam principaliter & ratione originis pertinent. Proinde quia tria ista judicia, familiæ eriscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, origine sua & essentia sunt actiones in personam, sine solum & effectu quædam ex natura actionum in rem participant, inter actiones in personam numeraverunt, l. 1. fin. reg. ut & ipse Justinianus in l. 1. §. 1. C. de ann. except. Petitionem autem hæreditatis inter actiones in rem, l. 25. §. antepen. de her. pet. l. 1. l. 27. §. 3. de rei vind. ob causam nimirum contrariam. Id vero ita esse, non aliunde certius constare potest, quam ex conjunctione, dict. l. 1. fin. reg. cum dict. l. 25. §. antepen. Nam in dict. l. 1. Paulus sic discrete scribit, *Actio finium regundorum in personam est, licet pro rei vindicatione sit.* Quod nihil aliud est, quam si diceret, non eo minus actionem finium regundorum personalem censi debere, quod comparata sit quasi loco vindicationis, quodque proprietatis controversiæ cohæreat, ut loquitur Constantinus in l. 3. C. eod. & quod per eam, rem nostram, quæ intra fines nostros sit, consequamur; qui effectus est rei vindicationis: quia nihilominus verum sit, eam ex obligatione descendere, darique adversus eum solum, qui nobis sit obligatus. Quod quidem manifestum est, si quis de vicini maleficio queratur, veluti quod arbores terminales extirpavit, vel alias sciens fines suos protulit. Sed & si forte antiqui limites inveniri non possunt, vel non satis evidenter cujusque agrum distinguant, ita ut novi sint constituendi pro mensura cujusque agri, aut adjudicatione, & condemnatione, controversia dirimenda, l. 2. l. 3. fin. reg. §. pen. infr. de off. judic. ex obligatione tamen adhuc agitur, quam finium confusio & perturbatio parit. Idemque judicandum de actionibus familiæ eriscundæ & communi dividundo. In quibus etiam res est certior. Nam in his de dominio aut proprietate nulla est quæstio, nec quid restitui postulatur, sed ut res dividatur, & recedatur à communione. Quin etiam possidenti ultro dantur, l. 1. §. 1. fam. erisc. Ex contrario in dict. l. 25. §. antepen. sic Ulp. *Petitio hæreditatis est in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales.* Quasi diceret; Petitio hæreditatis in rem actio est, quia non ex obligatione aliqua nascitur, sed per eam rem nostram petimus, quæ ab alio possidetur; ita tamen in rem, ut exitu quædam communia habeat cum actionibus in personam, nempe præstationes istas, quarum meminit, pretiorum & pecuniarum à debitoribus hæreditariis exactæ: hæc enim non efficere, quominus in rem sit & dici debeat, quia talis est principaliter, per se & origine sua. Quamobrem ferre non possum, quod Bachovius contendit, actibnes hæc etiam ratione essentia suæ & originis mixtas esse; quia nascantur ex duplici eoque diverso principio, dominio scil. & obligatione: nam præterquam quod hoc à mente veterum lon-

ge alienum est, (cur enim illi petitionem hereditatis actionem in rem esse dicerent, actionem autem finium regundorum in personam, si illa æque in personam, hæc æque in rem esset, atque utraque essentiali origine tam in rem quam in personam?) non caret etiam implicatione contradictionis. Et fatetur quidem hoc ipse Bachovius; cæterum se inde expedire conatur posito pro diversitate objecti diverso quoque principio & causa agendi. Cum itaque duplex sit objectum petitionis hereditatis, hæreditas ipsa, & præstationes, quas diximus, personales, quatenus illa petitur, actionem istam ait in rem esse, utpote quæ nascatur ex jure domini, eique soli competat, qui se hæredem, id est, hæreditatem suam, esse intendit: quatenus vero eadem actione hæres petit, sibi præstari pretia rerum venditarum, cave, quæ à debitoribus hæreditariis exacta sunt, esse eam in personam, atque ex contrario principio, jure scilicet obligationis, oriri. Simili modo cum actio, verbi causa communi dividendo, duplex quoque objectum habeat, divisionem rei communis, & mutuas quasdam item præstationes, fructuum, impensarum, damni dati; l. 3. §. 3. *comm. divid.* ait, quatenus propter divisionem rerum agitur, actionem hanc in rem esse, quatenus propter alias causas, in personam: unam autem actionem mixtam, in qua producenda duæ diversæ causæ distinctim & æqualiter concurrant, dominium & obligatio. Ego vero non dubito, quin totum hoc falsum sit: quia sic non una actio, sed duæ omnino diversæ & distinctæ pro diversis rebus obtinendis constituuntur; quod veterum nemini in mentem venit. Sed, quod antedixi, petitio hereditatis natura & essentia sua actio in rem est; quod & nomen ipsum satis arguit, l. 28. ff. *h. tit.* Præter naturam autem actionum in rem accidit in hac actione, quæ de universitate est; ut in eam quoque veniant quædam præstationes personales, non proprie ex præcedente aliqua obligatione, qua factio suo se obstrinxerit possessore hereditatis; quem constat quasi rem suam gerentem nemini se obligare voluisse: l. 14. §. 1. *comm. divid.* sed quarum nomine is, qui petitione hereditatis convenitur, perinde ac quisque, qui se obligavit, tenetur: hoc est, etiamsi, exempli gratia, pecuniam exactam non possideat, nec dolo possidere deserit, l. 20. §. *ult. de her. pes.* & omnino ut debitor generis, non speciei: atque hoc demum respectu mixta personalis hæc actio dicitur in l. 7. *C. de her. pes.* Contra actiones familiaræ eriscundæ & communi dividendo in personam sunt, non descendentes ex dominio simul & obligatione, sed ex obligatione duntaxat, quam una parit rerum suscepta communitio, quæque non minus socium obligat ad patiendam rerum divisionem, adjudicationesque & condemnationes, quam ad præstationes lucri, damni, impensarum, manentem in communitio. Tantum quia consortes de re sua agunt, hoc est, parte sua instar eorum, qui rem vendicant, ideo dicuntur hæ actiones mixtam causam obtinere videri, tam in rem, quam in personam, d. §. 20. *inf.* De actione finium regundorum expresse testatur Paulus, in l. 1. *fin. reg.* in personam eam esse, licet & ipsa certo respectu pro actione in rem fit, ut initio diximus. Minus autem ferendi sunt, qui actiones, quæ in rem scriptæ dicuntur, qualis verbi causa est actio quod metus causa, l. 9. §. *ult. quod met. ca.* aut personales non esse contendunt, aut esse mixtas

non dissimili sensu, quam quo superiores. Nam actionem quod metus causa in personam esse, expresse traditur in §. *præterea. 31. inf. eod.* & palam est, eam esse ex obligatione, obligationem ex maleficio, quod facinus appellatur in l. 14. §. *quod ff. 11. quod met. ca.* quod autem scripta in rem dicitur, non hanc habet significationem, eam in rem esse, nascive ex aliquo jure, quod quis in rem habet, ut proinde rem & propter rem possessorem sequatur: sed indefinite de eo, quod metu gestum est, conceptam esse sine designatione personæ, ad quam verba actionis dirigantur, ut hoc explicat Ulp. in d. l. 9. §. 1. *¶ ult.* atque ex usu veterum in hujusmodi orationibus observantur viri eruditi. *Duar. ad l. 7. §. pactorum ff. de pact. & ad tit. quod met. ca. cap. 3. Donnell. hoc loco, & 15. comm. 38.*

Cum eo qui obligatus } Descriptio actionis in personam exprimens definitionem, quæ traditur in l. *actio-nem. 25. ff. hoc tit.* ut sit actio, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum. Quæ definitio clare ostendit, cui & adversus quem hæc actio competat, & quid per eam petamus. Nimirum cum causa hujus actionis sit obligatio. Obligatio autem inter duos intercedat, inter eum, qui obligatum habet, & qui obligatus est; quorum ille creditor, hic debitor dicitur, sponte hinc satis intelligimus, dari hanc actionem ei, qui alium obligatum habet, in eum, qui obligatus est. Et notandum, quod hæc actio & eidem semper & adversus eundem detur. Quod adversus eundem semper locum habeat, ut scribit J. C. in d. l. 25. mirum non est: neque enim obligatio à persona debitoris separari, aliusve debitor invito creditori substitui potest. Verum obligatio debitorem sequitur, ut lepra leprosum *Interpp. hic.* Sed & quod eidem semper detur, nec alii, quam primo creditori, ex eadem ratione itidem est; nam nec obligatio ab eo, cui primo acquisita est, avelli potest, sed in persona ejus perpetuo hæret; ac proinde & actio, quæ ex ea obligatione nascitur. In summa obligationes atque actiones personales ita comparatæ sunt, ut in persona utriusque contrahentium eas radicari oporteat: adeo ut nec ab initio expressa conventio fieri possit, ut vel alius obligetur, vel alteri obligatio aut actio acquiratur, §. 3. 4. & 18. *de inns. stip. l. stipulatio. 38. §. alteri. 17. sup. de V. O. l. 11. de obl. & act.* licet posterius hoc suas habeat exceptiones, de quibus dictum §. 19. *supr. diffotit.* At enim vero etsi ex ratione juris creditor nomen alienare non potest hoc effectu, ut actio vel obligatio ad eum modum transferatur, quo res corporales, & quæ domini nostri sunt à nobis transferuntur, receptum tamen est, ut possit nomen & actionem vendere, aliove modo transferre hoc effectu, ut, verbi causa ex vendito conveniri possit, ut actiones suas cedat, quo factio emptor procurator in rem suam constituitur, manentibus directis actionibus apud venditorem, cujus nomine eas in rem suam exerceat. Sed & non cessas actionibus placuit emptorem suo nomine utilibus experiri posse. Quod benigne constitutum est, quo plenius emptori cæterisque consuleretur l. 16. ff. *de pact. l. 5. l. 8. C. de hered. vel act. vend. l. 18. C. de legat. de quo fule & subtiliter differit Bachov. de action. disp. 4. thes. 4. & 3.* In actione in rem utrumque contrario modo se habet: nam cum ea non ex alia causa nascatur, quam ex dominio aut simili in rem jure; hoc autem jus à domi-

una

una cum re ipsa totum ac directum in alium transferri queat: inde necessario evenit, ut non semper eidem, sed ei semper qui novissimè rei, de qua queritur, dominium nactus est, in rem actio, & quidem directa detur. Similique modo cum res, quam hac actione persequimur, ad alium atque alium possessorem transire, atque ut Jason hic loquitur, per mille manus ambulare possit, accidit quoque, ut actio in rem non semper adversus eundem locum habeat, sed adversus quemcumque, qui quo tempore agitur, rem possidet, *d. l. 25.* atque hinc etiam oritur formularum & intentionum diversitas; nam formula actionum in rem absolute concipitur sine designatione certæ personæ; *Ajo, hanc rem ex jure Quiritium meam esse:* in personalibus autem relata est & directa in personam rei; *Ajo, te mihi centum dare oportere.* Petimus autem hac actione, quod nobis ex obligatione dandum vel faciendum est: quod & ipsum quoque definitione superiore continetur. In obligationibus faciendi petitur id, quod interest; in actionibus generalibus, pro socio, negotiorum gestorum, tutelæ, ratio administrationis & reliqua. Non sufficit vero ut actor generalem proximam causam actionis intentione sua complectatur, puta quod reus ei obligatus sit decem dare, aut obligatus sit ex contractu aut quasi: sed addenda causa propria; *Ajo, te mihi dare oportere decem, qua tibi dedi mutua.* In actionibus in rem sufficit causam communem dicere, hoc est, se dominum esse, etsi non adiciat ex donato, legato aut simili causa. Ratio varietatis hæc est, quod qui se dominum dicit, satis dicit de jure suo, unde scire possit adversarius, utrum sibi expediat contendere, nec ne. At in actione in personam nisi causa obligationis propria exprimat, nihil de eo reus statuere potest. Plane nomen actionis libello completi nihil necesse est, cum id appo sita certa & convenienti agendi causa ex ipsa narratione satis intelligatur, *add. Gail. 1. observ. 61. Schneid. hic. num. 110. & seqq. Don. ad l. 3. C. de edend.*

*Vel ex contractu vel ex maleficio*] Subaudi, vel quasi ex contractu, vel quasi ex maleficio. Nihil enim frequentius est, quam ut appellatione contractus etiam quasi contractus, appellatione maleficii etiam quasi maleficio comprehendatur, §. 10. §. 18. *& seq. inf. hoc tit. §. 1. inf. de perp. & tempor. action. l. 16. de neg. gest. l. ex contractibus. 49. de oblig. & act.* Atque hæc quidem sunt causæ principales, ex quibus obligatio atque actio in personam oritur: sed tamen non sunt solæ. Occurrunt enim quædam actiones, quæ etsi in personam sunt, tamen nec ex contractu nec ex maleficio originem trahunt, sed ex sola æquitate dantur, quales sunt in factum subsidia-riæ, §. ult. *supr. de leg. Aquil. l. 23. §. item quacumque l. cum autem. 52. de rei vindic.* Hujus generis item est actio de tigno juncto in duplum, adversus eum qui bona fide junxit, *d. l. 23. §. penult. l. 7. §. cum in suo. 10. de acq. rer. dom.* Item quæ datur in specie *l. si & me & Titium. 32. de reb. credit.* & condictio sine causa aut ex injusta causa, quæ tenetur possessor malæ fidei nomine consumptorum fructuum, *l. 3. C. de condit. ex leg.* Sed neque actio de peculio proprie dici potest descendere ex contractu, quia dominus aut pater revera nihil contraxerunt. Ad exhibendum quoque actio personalis esse dicitur, *l. 3. §. 3. ad exhibend.* quam tamen nec ex contractu, nec ex maleficio, nec ex simili aliquo facto obliga-

torio nasci constat: sed dari tantum ob summam æquitate[m] conjunctam cum utilitate publica & civili, quia scilicet quisque tenetur præstare, quod illi nullo modo noceat, alteri etiam profit ad obtinendum quod sibi debetur, *l. 2. §. 5. in fin. de acq. plur. ars. Pulchre Oldend. Class. 3. act. 1. quest. 2.* Postremo nec omnis obligatio aut actio, quæ ex conventionem est, ex contractu deicendit; veluti quæ nascuntur ex pactis legitimis: atque hæc fortassis causa est, cur Cajus, in *l. 1. pr. hoc tit.* fontes obligationum indicans, cum contractus & maleficio mentionem fecisset, reliquas dicat nasci proprio quodam jure ex variis causarum figuris: revivise quæ notamus *supr. ad §. ult. de obl.*

*Dare aut facere oportere*] Verba sunt vulgaris & usitataz in actionibus in personam formulæ; in qua verbum dare domini translationem significat, §. 14. *infr. l. mihi autem. 75. §. ultim. de V. O. l. 25. §. 1. de constr. emp.* verbum facere, nudum factum, ut insulam ædificari, rem traditi, *l. 28. l. 72. in pr. d. l. 75. §. 7. de V. O.* uti & in divisione stipulationum, *l. 2. pr. d. titul. §. ultim. Inst. eodem.* At *dare aut facere* disjunctim, sicut etiam in §. 15. *inf.* quo tamen non hoc significat, intentionem formulæ actionum in personam duplicem esse oportere, quanti necesse sit utrumque semper oppositum uno axiomatico disjunctim disponi, formulamque hoc modo concipi, *Ajo te mihi dare aut facere oportere:* sed duas esse diversas harum actionum formulas, quarum una intendamus adversarium dare, altera facere oportere, prout vel ad dandum vel ad faciendum obligatus est. Putaverit fortasse quispiam, cum ex faciendi obligationibus nunquam agi possit ad factum ipsum, sed id tantum, quod interest, in actionem deduci, *l. 13. §. 1. de re judic. d. l. 72. in fin. pr. de V. O. §. ultim. Inst. sup. eodem titul.* fieri non posse, ut unquam tali formulæ locus sit, qua facere oportere intendatur: nam præstare, id quod interest, non esse facere, sed dare, ut quidem hoc loci verba ista accipienda sunt. Sed rectè dicemus, hac formula *Ajo te facere oportere*, nudam contineri intentionem actoris, quæ litem contestatam præcesserit. Utique enim quod promissum erat, significandum fuit, atque apud prætorem proponendum: & quia fieri poterat, ut reus promissum negaret, haud dubiè à prætore quoque infernum fuit formulæ; hoc fortè modo, *si paret dævium facere debuisse, nec fecisse, quanti interest, condemnatur:* prætore ex hypothesi facti promissi & probati dirigente jussionem de condemnando non in ipsum factum, sed in id, quod interest. Potest & mixta hic admitti formula, *dare facere*, ut dare accipiamus tanquam subrogatum *non facere*, & ad id quod interest, referatur.

*Aliis quibusdam modis*] Id est, aliis agendi formulis: Nam illæ, quibus intendimus adversarium dare aut facere oportere, non conveniunt omnibus actionibus in personam, sed plerisque & maximè quibus dare, iis, quæ in specie dicuntur conditiones: sunt vero & aliæ aliis in personam actionibus accommodatæ, quibus nec ut quid nobis detur, propriè, nec ut fiat, petimus; sed quibus verbi causa intendimus adversarium tradere aut restituere oportere, ut in actione commodati, depositi, pigneratitia. Neque enim arbitror, verbum faciendi in hac formula, *Ajo te facere oportere*, tam latè accipi posse, ut eo contineatur etiam rei traditio aut restitutio;



entio; alioqui hujus formulæ usus quoque esset in rei vindicatione. Sed ut ante dixi nudum factum significat: quod commemoratur quidem ab eo, qui agit ex obligatione faciendi, tanquam quod præstari oportuit; sed intentio tantum dirigitur in id, quod interest, quod secus est in actionibus modo commemoratis. Et ex diverso cum is, qui rem commodat, deponit, oppignerat, dominus maneat certum est, nec contrariæ formulæ locum esse, neminemque posse per actionem commodati, depositi, pigneratitiam intendere dari sibi oportere. Sed & in actionibus divisiis, quas personalibus veteres annumerant, alia formula principalis intentionis fuit, §. *quadam. 20. inf. eodem.* Quamobrem rectè opinor Theophilum verba Justiniani & aliis quibusdam modis reddidisse, *ἡ ἰσχυρὴ ἢ ἰσχυρὸν δυνάμει ἢ ἰσχυρὸν ἢ ἰσχυρὸν. Sed & alia modis talis actio intentari potest.* Durum certè est verba ista referre ad illa remotiora ex contractu vel ex maleficio, quasi cæteras obligationum causas indicent præter contractus & maleficia: *add. Bachov. hic. & disp. 4. de act. p. 1.*

15 *Qui nullo jure obligatus*] Sequitur descriptio actionis in rem, exprimens adjuncto exemplo rursus definitionem ejusdem actionis traditam in *l. 25. ff. hoc titul.* ut sit actio per quam rem nostram, quæ ab alio possidetur, petimus: & semper adversus eum est, qui possidet: unde nullo iterum negotio intelligi potest, cui & adversus quem hæc actio detur, & quid petat. Ait, *nullo jure*, id est, neque ex contractu, neque ex maleficio, aliove facto aut jure, cujus vi persona ejus, qui in rem actione convenitur, afficiatur: ut intelligamus, non esse inter personam ejus, qui in rem agit, ejusque cum quo agitur, affectionem relationis, qualis est inter creditorem & debitorem propriè dictum: sed actioni in rem locum facere solam rem possessam, non vinculum aliquod personale.

*Quo casu prodita sunt actiones in rem*] Cum non ex obligatione, sed alia ex causa, jure scilicet in re, judicio experimur, non in personam, sed in rem actio est, cujuscumque generis jus illud sit, sive dominium directum aut utile, sive servitus, sive possessio, sive pignus. Etsi enim dominium ut principale jus in re, præcipua est actionis in rem causa, & ideo quæ inde nascitur actio, per antonomasiam actio, in rem & rei vindicatio absolute dicitur, ut in dubio quoque ubi actionis in rem mentio fit, hæc ipsa intelligatur, *titul. ff. & C. de rei vindic.* Non est tamen causa actionum in rem sola, ut apparet ex §§. qui proximè sequuntur, nisi fortè appellatione domini, latius sumpto vocabulo, cætera quoque jura in rem comprehendas. Hoc §. una tantum in rem actio proponitur, eaque civilis ac directa, & scilicet principalis illa, quæ non alii competit, quam vero rei domino, *l. 23. ff. de rei vindic.* Igitur emphyteutæ & superficiario, qui veri domini non sunt, non datur: at his datur in rem utilis, *l. 1. §. 1. si ag. util. l. 74. de rei vindic.* Nimirum propter aliud jus, quod in re habent; quod sive dominium utile, sive jus dominio proximum appelletur, parum refert. In hac autem utili actione mutato nomine petitoris & rei petitæ eadem omnia obtinent, quæ in directa.

16 *Rem corporalem possident, quam Titius suam esse, &c.*] Ad fundandam actionem in rem duo extrema ponenda & probanda sunt; à parte actoris dominium; à parte rei

conventi possessio; id quod ostendit tum hic locus, tum *l. 25. in princ. ff. eod. l. 23. in pr. junct. l. 36. & ultim. ff. de rei vindic.* Primum, quod hic intendit actor & probare debet, est, se dominum esse: etenim causa petendi, in actione in rem tota fundata est in jure domini, ex quo & formula in hunc modum concipiebatur, *Si paret, rem petitoris esse.* Atque hoc quidem dubio omni caret, illud dubitationem habet, an ad hoc, ut in judicio in rem actor obtineat, necesse sit, ut tempore litis contestatæ dominus sit, an vero sufficiat, ante sententiam dominium ei supervenisse. Jure Canonum res definita est, nimirum possessorem nihilominus condemnandum esse, *cap. Abbato. x. de re jud. in 6.* At queritur de jure civili. Ego cum Joanne Fabro existimo, ex ratione juris civilis nova hic opus esse interpellatione, per express. text. in *l. 23. ff. de judic.* qui locus non patitur, ut dicamus, tempus, quo dominium supervenit, fictione juris retrahatur ad tempus impetratæ actionis aut suscepti judicii: & bene idem Faber judicat, non procedere argumentum à reo, qui post litem contestatam possidere cœpit, ad actorem, qui post id tempus dominus factus sit: nam ex parte actoris potissimum judicium fundatur & res in judicium deducitur: non potest autem dici, in judicium deductum esse id, quod demum post acceptum judicium actor acquisivit, ac proinde nec potest iudex datus in hac specie procedere ad condemnationem; sed nova formula à prætoribus impetranda, novumque constituendum judicium est, *ad l. 23. junct. l. 18. ff. commo. div.* Plane, ubi apud ipsos magistratus judicium instituitur, quod post *l. 2. C. de ped. jud.* ferè necessarium fuit, nihil vetat, quominus sine ambagibus, recta & eodem judicio, lis decidatur, & possessor in hujusmodi casu condemnatur. Et cur vero absolveretur mox alio judicio ab eodem condemnandus? Continuatio certè domini in persona actoris præcisè requiritur: nam si is post litem contestatam dominus esse desierit, & in eadem causa manserit, usque ad tempus ferendæ sententiæ, reus omnino absolvendus est, utpote cessante causa agendi, cujus non minus tempore sententiæ, quam quo lis contestatur, ratio habetur per *l. 7. §. ultim. ff. ad exhib. ita & Jus. hic. num. 69.* ex communi DD. sententia. Aliterum, quod ad instituendam & fundandam actionem in rem necessarium esse diximus, est, ut is, cum quo agitur, possideat. Nam cum hac actione agens rem sibi ut domino restitui postulet, & secundum naturam hujus actionis, quæ arbitraria est, officio quoque judicis contineatur, ut is prius, quam sententiam ferat, jubeat rem restitui; §. *prætoræ. 31. inf. eodem.* non potest aut debet hoc ab eo peti, aut is juberi restituere, qui restituendi potestatem non habet: nemo autem habet, nisi is, qui rem petitam possidet. Sufficit vero ad reum condemnandum, possidere eum, quo tempore res judicanda est, etsi non possidebat, cum lis contestaretur, *l. 27. §. 1. de rei vindic.* Possessionem autem hic latius accipimus, ut eo verbo etiam contineantur nudi detentatores, id est, qui corpore tantum rem tenentes ejus restituendæ facultatem habent; quales sunt, apud quos res deposita, aut quibus commodata est, aut qui conduxerunt, &c. *l. 9. ff. de rei vindic.* Sed nominato auctore non coguntur, qui alieno nomine in possessione sunt, actionem excipere, *l. 2. C. ubi in rem act.* Interpretatione juris pro possessore quoque habetur, qui scilicet obtu-

lit, iudiciumque accepit decepto petitor, l. 7. l. 25. & seq. ff. de rei vind. item is, qui dolo fecit, quominus possideat, l. 22. l. 27. §. 3. l. 36. d. tit. l. 25. §. 8. de hered. pet. De quo res postulat, ut plura dicamus, & simul quid juris, si dolus non intervenerit. Si reus, cum jam lis contestata esset, possessionem amiserit, si quidem sine dolo malo aut culpa, absolvendus est, eoque pertinet d. l. 27. §. 1. si culpa sua, pati debet æstimationem; ita tamen, ut audiendus sit, si desideret, ut adversarius actiones suas cedat, d. l. 36. §. 1. junct. l. 63. eodem titul. si dolo vel fraude, damnandus est, quantum adversarius in litem juraverit, nec auditur desiderans actiones sibi præstari, l. 68. & l. seq. eodem. Non est autem dubitandum, quin iudex perinde hic procedat, ac si is, unde petitur, adhuc verè possideret, scilicet ut, quæ natura est hujus iudicii, primum jubeat rem restitui, & si non restituatur, tum sequatur ea, quam dixi, & eodem iudicio, condemnatio: postquam placuit dolum pro possessione esse, & pari in omnibus jure utrumque censeri, eum, qui quid habet vel possidet, & cujus dolo factum sit, quo minus possideat, l. 131. l. parem. 150. l. ad ea. 157. §. 1. de Reg. jur. facit l. 20. §. ultim. de hered. pet. Proinde tantum non nugæ agunt, qui nova hic instantia & iudicio opus esse contendunt hoc solo argumento, quod adversus eum, qui dolo possidere desit, non directa sed utilis actio detur, l. 3. §. ult. de alien. jud. mut. ca. Equidem fateor, id ita esse, cum ante litem contestatam dolo possessio amissa est: ubi vero semel iudicio inclusa est actio, uti coepta est, ita eam peragi oportet, nec petitori nocere debet dolo factum possessoris. Porro cum superiores regulæ & si quæ sunt generis ejusdem, simpliciter & indistinctè definiant, dolum pro possessione esse, eumque qui dolo possidere desit, condemnandum perinde quasi adhuc possideret; ex eo rectè colligitur, non tantum eum, qui post litem contestatam dolo possidere desit, pro possessore haberi, sed eum etiam, qui ante litem contestatam similiter per fraudem possessionem transfudit; ac proinde hunc quoque iudicio in rem conveniri posse: quæ collectio firmatur ex l. in rem. 23. §. per de rei vind. l. 1. §. ult. de tign. junct. l. 9. pr. ad exhib. item ex eo quod Cajus in l. qui petitorio. 36. d. tit. de rei vind. scribit, eum, qui in rem acturus est, dispicere debere, an is, cum quo experiri vult, possideat vel dolo possidere desierit. Atque ut nullus dubitationi locus relinquatur, textus in hanc rem expressus est in l. 27. §. 3. ff. de rei vind. Quia vero revera is, cum quo hic actio instituitur, non possidet, sed juris tantum interpretatione pro possessore habetur, hac consideratione utilis hæc actio dicitur, l. 3. §. ultim. de alien. jud. mut. ca. Unicum est, quod hic objici possit, & quo moti Jaf. & Zasius in contrarium abierunt, nimirum si cum eo, qui ante litem contestatam dolo desit possidere, actio in rem institui posset, frustra videri introductam à prætore actionem in factum edicto de alien. jud. mut. ca. factam. Verum hæc objectio levior est, quam ut tantos viros turbare debuerit: nam edictum illud non tantum pertinet ad translationem possessionis, eludendæ actionis in rem causa factam, sed generaliter ad omnem alienationem, quæ data opera fit in fraudem nostram, ut elusoria efficiatur actio, qualiscumque ea sit, qua metus erat nos experturos esse, l. 4. §. 2. l. 8. 9. & 10. de alien. judic. mut. ca. Nihil vero absurdi est, si

dicamus, utile iudicium rei vindicationis cum actione ex edicto concurrere, ut in arbitrio actoris sit, utra actione experiri velit. Quinimo hoc difertè satis traditum est in l. 3. §. ult. d. tit. Tantum J.C. electionem actoris ita moderatur, ut si is, cum quo ex edicto agi potest, paratus sit utile iudicium pati, deneganda sit in eum actio ex edicto, sc. quia ea obligatione fiat, ut actoris nihil intersit. Ex contrario vero concedendum non est, ut utile iudicium in rem defugere possit, qui paratus sit suscipere actionem ex edicto.

Possessor autem dominum ejus se esse dicat ] Priscis temporibus ita moris fuit, ut cum actor vindicasset, rem suam esse, tum possessor contra vindicaret, ut constat ex antiquis formulis: qualis est illa, quam profert Cicero pro Murana. Pandus Sabinus meus est. Imo meus: cui similis illa apud Plautum in Rudens. Hunc meum esse dico. Et ego isem ajo esse meum, vid. Boët. in Top. Cic. Gell. 20. Noët. Att. 10. Brisson. lib. 5. de form. Sive autem contraria illa possessoris vindicatio olim necessaria fuerit, sive *ἐπι τὸ ἀλλότριον*, honestatis fortè causa usurpata, certum est, posterioribus temporibus ad defensionem rei nihil desideratum fuisse præter simplicem negationem & contradictionem qualemcumque. Ita enim jure, quo nunc utimur, cautum est, ut actore non probante intentionem suam reus, quamvis nihil ipse præstiterit, absolvatur, inque suo loco possessio maneat; l. 4. C. de edend. l. ult. C. de rei vind. §. 4. inf. de interd. ac ne ad hoc quidem possessor compelli possit, ut vel titulum possessionis suæ edat: l. 11. C. de pet. her. cum tamen, qui titulum possessionis suæ dicit, non continuo dominium sibi asserat: constatque, iudicium rei vindicationis etiam consistere & peragi, cum in confesso est, reum non possidere affectione domini, sed alieno nomine in possessione esse, l. 9. ff. de rei vind. Absurdum autem est, exigere à reo, ut quid dicat, quod aut apertè falsum sit, aut probare non cogatur, & quo non probato nihilominus obtineat, si suam intentionem actor non impleverit. Denique nihil interest actoris, reum contra vindicare? Minimè igitur ex eo, quod Imp. exemplum hoc loco forte profert mutæ vindicationis, inferenda est juris aliqua necessitas, quasi ad defensionem possessoris omnino necesse sit, ut is contra vindicet, & se dominum rei ejus, quæ petitur, esse contendat: & vulgatum est, verba narrative posita non censeri dispositiva, quando in iis principaliter se legislator non fundat, ut notatum supr. §. 4. de milit. test. quod hic non fit. Hæc vera est hujus loci & genuina interpretatio, non spuria depravatio, ut eam appellat Ant. Contius 1. diff. 12. stolidi alicujus ostentatoris. Deridet Contius, ut ineptum atque ab ignaro artis dialecticæ profectum, hoc enthymema; Si actore non probante reus absolvitur, non cogitur reus contra vindicare: ipse vero sic ex contrario ratiocinatur; Si actore probante reus condemnatur, debet reus contra vindicare. Atqui hoc enthymemate non tollitur necessitas consequentiæ, quæ est in superiore. Illud enim nihilominus manet, actore non probante nihil nocere reo, quod contra non vindicaverit: nec aliter falsitatis convinci connexio partium in præcedente illo axiomate potest, quam si ostendatur, reum, qui contraria vindicatione usus non est, prætinus condemnandum esse, licet de intentione sua nihil probaverit petitor. Ad hoc nec Contius dicere ausus sit: quia ipse tacitè con-

contrarium fatetur, dum ideo reo necessitatem contra vindicandi imponit, quia fieri possit, ut actor probet: ex quo quidem efficitur, prodesse reo quod initio litis contra vindicet, minimè vero ad instituendam & fundandam actionem sufficere simplicem rei inficiationem & contradictionem. Et tamen etiam hoc ipsum, quod contendit Contius, falsum esse non dubito, & possessorem, qui simpliciter negavit actorem dominum esse, non minus audiendum; si impleta intentione petitoris, se dominum esse probare velit, quam si initio contra vindicasset, *arg. l. 9. C. de except.* Utique nihil hic fit contra regulas, quæ sunt de exceptionibus in principio litis contestandis. Nam si possessor licet simplici inficiatione usus, admittatur ad confutandas petitoris probationes, atque ut contra se dominum esse ostendat, non admittitur ad allegandum aut improbandum aliud, quam quod in ingressu litis dixerat, actorem dominum non esse, cum ejusdem rei duo in solidum domini esse non possint, *l. 5. §. ult. comm. div.* Cum autem actoris probationibus per contrarias rei elisis perinde habeatur, ac si nihil probatum esset, hoc unum relinquatur, ut reus absolvatur. Plane si possessor non tantum absolvi se, sed dominum etiam declarari velit, rectè faciet, & mori judiciorum antiquo convenienter, si initio in lite contestanda dominum se esse dicat & contra vindicet, *arg. l. 18. comm. 19 divid.* Quæ sit petitio hujus actionis propria, ex his, quæ dicta sunt, sponte intelligitur: cum enim hæc actio sit, per quam rem nostram petimus, *l. 25. de oblig. & act.* prius est ut actor intendat rem suam esse, quæ ab alio possidetur; sic deinde eam petat, id est, restitui sibi à possessore postulet: ac utrumque officio judicis probato dominio convenienter intentioni & petitioni suæ consequitur: nam & dominum eum esse judex pronuntiat, remque ei restitui jubet cum fructibus & omni causa, *l. 20. l. 35. §. 1. ff. de rei vind.* Quod si possessor restituere jussus non parcat, sequitur illa sententia; qua condemnatur, quanti ea res est jurejurando actoris æstimata, quandoque etiam manu militari possessio ab eo transfertur, *l. 46. l. 68. d. tit.*

TEXTUS.

De actione confessoria, & negatoria.

2. *Æque si agat quis jus sibi esse fundo fortè vel adibus utendi fruendi, vel per fundum vicini eundi agendi, vel ex fundo vicini aquam ducendi, in rem actio est. Eiusdem generis est actio de jure prædiorum urbanorum; veluti, si quis agat jus sibi esse altius ades suas tollendi, prospiciendive, vel projiciendi aliquid, vel immittendi tignum in vicini ades. Contra quoque de usufructu, & de servitutibus prædiorum rusticorum, item prædiorum urbanorum, invicem quoque prodita sunt actiones: ut si quis intendat, jus non esse adversario utendi fruendi, eundi agendi, aquamve ducendi; item altius tollendi, prospiciendive, vel projiciendi, immittendive; ista quoque actiones in rem sunt, sed negativa. Quod genus actionis*

*in controversiis rerum corporalium proditum non est. Nam in his is agit, qui non possidet; ei vero, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Sane uno casu, qui possidet, nihilominus is actoris partes obtinet; sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparbit.*

NOTÆ.

2. *Altius ades suas tollendi*] Altius ædificatur jure servitutis à vicino impositæ & ædificanti quæ sitæ, ubi lege civitatis intra certum modum cohibita est ædificandi licentia, & vicinus ædificanti concessit formam præscriptam excedere: atque hoc casu actio est confessoria. Cæterum jure libertatis, & negatoria agitur, *l. 8. C. de servit.*

*Sed negativa*] Passim negatoriæ. Actio negatoria proposita est neganti se servitutem debere: confessoria servitutem sibi asserenti, *tit. si usus. pet. & tit. si serv. vind.* quod magis ex re petita, quam ex figura orationis æstimandum.

*Proditum non est*] Quoniam in controversiis rerum corporalium qui negativè agit, de alieno jure, non de suo agit; qui negat rem possidentis esse, non continuo evincit suam esse, *l. 15. de except. rei jud.*

*Ei qui possidet, non est actio prodita, &c.*] De re corporali nunquam in rem actio ultro possidentis datur: quippe cui sufficit, quod possideat, *l. 1. §. 6. nisi poss.* Secus est in servitutibus, quarum usus in alieno est.

*Sane uno casu*] Ita quoque Theoph. alias, *non uno casu.* Goveanus, *Sane hoc uno casu,* id est, in controversiis servitutem: quomodo & in duobus codicibus Theophrasti *ἡ δὲ ἀντιθέσις*. Fabrot.

COMMENTARIUS.

1. *Rerum incorporalium nomine duplicem actionem comparatam esse, confessoriam & negatoriam, utramque in rem.*
2. *An hæc actiones etiam pro alio jure dentur, quam pro servitutibus.*
3. *Actiones hæc non ex figura verborum, sed ex sententia, & re petita æstimandas.*
4. *Quæ pro Triboniano & contra afferantur, ut ostendatur, bene vel male eum inter formulas confessorias hæc ponere, Ajomibi jus esse ades meæ altius tollendi: & contrariam inter negatorias.*
5. *Accurata demonstratio, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei, qui altius tollit, jure servitutis constituta competat.*
6. *Actionem negatoriam de rebus corporalibus proditam non esse, & quare.*
7. *Cur eadem prodita in rebus incorporalibus.*
8. *Cur in rebus corporalibus actio ultro possessori non datur. Hotomanni correctio & disputatio consuevitur.*
9. *Frustra esse omnes, qui unicum illum casum, de quo in hujus §. calco, quarunt.*

**Æ** *Quæ si agat quis*] Respicit ad id, quod dixit §. præcedenti, veluti si rem corporalem possident quis, &c. quasi dicat, et si modo de actione in rem verba faciens rei corporalis mentionem habui, sciendum tamen est, etiam rerum incorporalium nomine, quæ nostræ sunt,

sunt, actionem in rem comparatam esse, nempe de usufructu & ceteris servitutibus. Et observandum est, quod in hoc genere rerum non una tantum actio prodita sit, ut in controversiis rerum corporalium, sed dux diversæ, una servitutem sibi competere asserenti; altera neganti servitutem ad alium pertinere: qua servitus asseritur confessoria; qua ad alium pertinere negatur, passim negatoria à prudentibus vocatur, l. 2. ff. si serv. vind. interdum negativa, l. 5. si usufr. per. & à Justiniano hoc textu. Ambæ in rem, utpote quibus rem nostram petimus, aut servitutem vendicando aut rei nostræ persequendo libertatem. Hinc & duplex horum tit. si usufr. per. vel ad alium pert. neg. si servitus vind. vel ad al. pert. neg. inscriptio, & concepta iis verbis, quibus actio in rem significatur, scilicet petitionis & vindicationis, l. 25. & l. 28. de obl. & act. Servitutum quædam sunt personarum, ut usus & usufructus, quædam rerum sive prædiorum, l. 1. ff. de servit. & quæ prædiorum sunt, earum quædam prædiorum urbanorum, quædam prædiorum rusticorum. Sed de servitutibus ipsis tractare aut de earum constitutione, non est hujus loci: pertinet ea tractatio ad secundum juris objectum, actumque de iis *supr. lib. 2. tit. 3. & 2. seqq.* Quod vero exempla singulorum generum hic proferuntur; id eo tantum fit, ut intelligamus, de omnibus actiones in rem quas diximus competere: nec est de eo ulla controversia. Verum illud quæritur, an non præter servitudes, quæ solæ hic commemorantur, sint alia quædam jura, quorum tuendorum causa similiter ut pro servitutibus actio confessoria aut negatoria jure nostro comparata sit; veluti ut quis jurisdictionem sibi asserat, aut ad alium pertinere neget. Et bene Vaud. 1. var. *quæst.* 27. probat, non esse. Nam si plura sunt harum actionum habilia objecta, cur solæ nominantur servitudes? aut cur confessoria & negatoria, ut usufructus & servitutum actiones propriæ, à Jurisconsultis proponuntur? l. 1. l. 4. *fero per tot. si serv. vind. l. 5. si usufr. per.* quibus in locis observare licet, hæc, ut *isodorus* dicitur, sæpe inter se permutari, actio confessoria aut negatoria, & actio de servitutibus. Instantiam suam producit in rebus ad formam ac constitutionem reip. Romanæ pertinentibus, qui putant, potuisse etiam magistratus populi Romani hujusmodi actione aliqua, saltem utili, suam sibi defendere & vendicare jurisdictionem: nam ut actio nobis competat, necesse est rem, quam petimus in bonis nostris esse, *arg. l. rem. 52. de acq. rerum dom. id est, vel nostram esse, vel nobis debitam, l. bonorum. 49. de verb. sign.* quod & ostendit actionis definitio, ut ea à nobis explicata est. Jurisdictio autem non erat res magistratuum propria aut pars eorum patrimonii: sed ex concessione tantum principis aut populi magistratus omnes nec ultra annum eam exercebant, ut ridiculum sit existimare, pro ea sibi tuenda actionibus experiri potuisse. Plane hodie, postquam jurisdictio facta est patrimonialis, possunt actiones de servitutibus ad eam quoque vendicandam accommodari per extensionem, ut principes, comites, sive alii, qui cum territorio jurisdictionem perpetuam habent, pro ea sibi asserenda utili confessoria experiantur contra eos, qui executionem ejus impediunt; quæ & communis est Interpp. sententia, teste *Soarez recept. 3 sent. n. 25. addo Gail. 2. obs. 66. Schneid. hic. n. 11.* Illud monendi sumus, nomina harum actionum non tam ex

conceptione verborum intentionis, quam ex re petita & eo quod effectu intenditur, nata esse. Nam ut ex definitione utriusque actionis constat tradita in l. 2. §. 1. si serv. vind. & exemplo proposito in l. 4. §. competit. 7. eod. tit. quisquis intendit servitutem sibi competere, confessoria utitur, & affirmativa ejus intentio habetur, etsi oratio verbis negativa est; & qui vi ipsa negat, rem suam servire, agit negatoria, etiam si verbis affirmantibus intentio concepta sit. Intendit ergo aliquis habere se jus altius tollendi invito vicino, negatoria utitur, etsi oratio affirmativa est, quia re ipsa negat, servitutem se vicino debere, sive vicino jus esse prohibendi, quo minus ædes altius tollat: quo modo si concipiatur formula, etiam verbis negativa erit. Ex contrario, agit aliquis, jus vicino non esse ædes suas altius tollere, hic agit confessoria, ut maximè utatur verbis negantibus, quia servitutem sibi competere contendit, sive jus sibi esse prohibendi ne vicinus altius ædificet, quæ intentio, etiam figura orationis, affirmativa est, d. l. 4. §. 7. Atque hoc quidem est in dictis formulis perpetuum, ubi nulla lege civitatis libertas ædificandi circumscripta est: quod si certa altitudo publicè constituta sit, supra quam ædificare invito vicino non liceat, eveniet nonnunquam, ut & prior formula, uti verbis affirmata est, ita & re ipsa sit, & vendicandæ servituti per confessoriam accommodata: & contra posterior, ut verbis negat, ita & sententia verborum negatoria continet, qua servitus negetur, asseratur libertas, ut mox clarius apparebit.

*Jus sibi esse altius ædes suas tollendi*] Si verum est, 4 quod modo diximus, utrum actio pro confessoria aut negatoria habenda sit, magis ex sententia verborum & re petita æstimandum esse, quam ex orationis figura, videri potest Tribonianus deceptus formularum conceptione hic aliquid turbasse, ac per incuriam formulam hanc, *Ajo mihi jus esse altius ædes meas tollendi*, cum aliis formulis confessoriarum conjunxisse, quibuscum nihil commune habet, præter externam verborum formam. Et contra paulo post actionem, per quam intendo, jus non esse vicino altius tollendi, eodem errore, quia verbis negativa est, conjunxisse cum negatoriis. Nam secundum ea quæ diximus, ut prior illa vi ipsa negatoria est, quia qui ea utitur, nullam servitutem sibi vindicat, sed effectu negat, se alteri servitutem altius non tollendi debere: ita contraria, qua agens negat, vicinum jus habere altius tollendi, effectu est confessoria, quia servitutem istam suis ædibus à vicinis deberi contendit. Et quidem video, Tribonianum hoc nomine à Glossa & Hotomanno reprehendi, nec non novissimè à Bachovio, qui eo amplius *ἀπερτη* istud Triboniano potius condonandum contendit, quam admittendas esse inanes quasdam conjecturas, quæ pro defensione Triboniani asseruntur excogitanturque ad formandum jus aliquod altius tollendi, quod quis vi servituti sibi constitutæ confessoria vindicare possit: aut contra quo quis jure libertatis ædium suarum negatoria agat, jus non esse vicino tollere ædificium suum. Et sane species, quæ à Glossa proponitur, exemplum manifestum est negatoriarum, nempe si cum vicino cum esset in quasi possessione juris, ne ego altius ædificatum habeam, agam, jus mihi esse altius ædificatum habere, quam palam est, non servitutis, sed libertatis vindicationem esse, l. 8. C. de servit. l. 9. ff. de serv. præd. urb. l. 4. §. competit. 7. si serv.

*serv. vind.* Fatendum quoque est, non quadrare exemplum quod profert Dynus & post eum Jason *hic. n. 43.* Si oneris ferendi causa servitus imposita sit, & vicini ædibus, quæ serviunt, collapsis, alter agat, ut denuo extruantur & in eam altitudinem paries erigatur, ut secundum legem impositæ servitutis recipiendo oneri nostrarum ædium sit idoneus. Hoc enim exemplum est vindicationis diversi generis servitutis, nempe oneris ferendi, quam vindicando simul consequimur, ut vicini ædes reficere cogatur. Simili quoque in errore versari fatemur eos, qui exemplum confessoria de hac servitute peti posse putant ex *l. 17. §. 2. de serv. prad. urb.* & nimirum tale; Si cum mea interesset vicini ædes altius tolli, fortè ut per repercussionem lumen in meas ædes depressiores devolveretur, vicinus mihi cesserit servitutum altius tollendi, & postea cum eo experiar ut altius tollat: nam & hoc æquè alienum est. Ut enim formulæ confessoria, de qua agimus, locus sit, quaerenda species servitutis non ab eo debita, de cuius ædium sublatione agitur, & qui ob id ipse cogi potest suas ædes altius tollere ad commodum vicinarum, (quanquam dari talem servitutum posse non existimo per *l. 15. §. 1. de serv.*) sed ei ipsi debita, qui tollit, ac proinde qui ad suum commodum id facere possit invito vicino; eoque non patiente servitutum sibi competentem vindicare hac formula, *Ajo mihi jus esse ædes meas altius tollendi: aut licere altius tollere, l. 2. de serv. prad. rust. l. 7. §. 1. comm. prad.* Denique fateor, si pactio aliqua libertatem ædificandi mihi ademero, eaque contrario pacto mihi rursus concessa sit, ne sic quidem jure servitutis mihi posteriore pacto constitutæ intendere me posse, licere mihi altius ædes meas tollere. Quippe cum posteriore pacto non nova mihi servitus à vicino constituatur, sed quæ illi à me constituta erat, remittatur; ut jam res mea redeat in libertatem naturalem, de qua si experiar, agam quidem, jus esse mihi altius ædificare, sed jure rei meæ, quæ jam amplius non serviat, ac proinde actione negatoria, *d. l. 2. §. 1. & d. l. 4. §. 7. si serv. vind. junct. l. 8. C. de servit.* Idemque dicendum esse, si vicinus, quod juris contra me longa quasi possessione sive prescriptione quæsierat, postea remiserit. Et hæcenus quidem nihil rectè pro Triboniano. Sed est aliud, cujus paulo ante mentionem feci, quod ad defensionem ejus adferri potest, non in vana aliqua conjectura positum, sed subnixum manifesta autoritate conditorum juris, quam frustra conatur eludere Bachovius, ut fusè probavimus in exegeſi, §. 1. *supr. de serv. prad.* quamobrem hic erimus breviores. Quicquid ergo dicat Bachovius, dari aliquod jus altius tollendi, quod ei, qui altius tollit, jure servitutis constitutæ competat, patet ex Cajo *l. 2. de serv. prad. urb.* qui eo loco disertè dicit jus altius tollendi esse jus urbane prædii, atque hoc ipsum jus, ut servitutum diversi generis, segregat à jure non extollendi. Idem facit Paul. *l. 1. d. tit. & l. 7. §. 1. comm. prad.* item Nerat. *l. 2. de serv. prad. rust.* ubi apertissimis verbis rustici prædii servitutum esse pronuntiat, *licere altius tollere & officere pratorio vicini.* Loquitur Jurisconsultus suo arbitratu, ex loco prædium rusticum appellans ædificium, quod ruri est, non considerato juris effectû, cujus alioqui consideratione etiam ædificia, quæ in agris sunt, pro urbanis prædiis haberi solent, *l. 1. comm. prad. l. urbana. 198. de verb. sign.* quod ad rem

præsentem nihil pertinet, & alibi explicatum est. Accedit, quod in *l. 1. C. de servit.* rescriptum ab Antonino est, servitutum altius sublatum habendi sive veterem formam ædificiorum ædificandi longa possessione acquiri posse. Quæ constitutio evertit commentum Bachovii, negantis jus altius tollendi servitutum dici posse, nisi quatenus relatio sit ad vicinum, qui altero altius ædificante, ipse contra ædificare & luminibus ejus officere jure constituta servitute non potest, ut supradicto loco pluribus ostensum est. Hoc igitur posito, dari eiusmodi aliquam servitutum, restat, ut exempla proferamus. Ea nobis suppeditant, *l. 11. de serv. prad. urb. l. 1. l. pen. §. 1. C. de adif. priv. l. 1. C. de servit. l. 14. de serv. prad. urb. Tacit. lib. 15. annual. Strabo lib. 5. Aurel. Victor in epitom.* quibus omnino adde *Pet. Fab. ad l. domum suam. 61. de reg. jur.* Hi loci atque auctores nos docent, ædificiorum altitudinem olim restrictam fuisse ad certum modum, & in plerisque civitatibus, & ipsi etiam urbibus, Roma & Constantinopoli; quem modum excedere ædificando non licere: deinde etiam, non potuisse dominum in area sua ædificare, nisi intermisso legitimo spatio à vicina insula, ut testatur Papin. *d. l. 14.* Utrumque autem in vicinorum gratiam; illud propter discrimen ac periculum ruinæ, quod non minus vicinum, quam dominum ipsum tangit; hoc, ut saltem tantum luminis, quantum distantia illa afferebat, vicini haurire & cælum videre possent: notum enim est, quo magis distat à vicino paries, eo minus in eo ædificantem luminibus vicini officere: fortassis etiam propter metum incendii, quo in una domo orto contigæ quoque facillè corripiuntur. Cohibita igitur lege civitatis intra certum modum ædificandi licentia, & ea, qua dixi, gratia, jus altius tollendi alias libertatis esse potuit, non raro item contra, impositæque à vicino & alteri quæsitæ servitutis: sicuti & nunc esse potest, sicubi locorum certa ædificiorum forma altitudoque publicè constituta est, supra quam ædes extollere invito vicino non liceat. Nam si forma præscripta non exceditur, hæcenus liberè & jure rei suæ quisque ædificat; potestque id facere etiam cum incommodo vicini, eoque obnitate: uti jure gentium ædificare quisque potest in infinitum, cum nulla ædificiorum forma definita est, *l. 9. l. 11. de serv. prad. urb. l. 8. C. de servit.* nimirum in suo facere quisque, quod lubet, potest, dum in alienum nihil immittat, *l. 8. §. 5. si serv. vind.* Proinde si quis hic, prohibitus à vicino ad modum præfixum ædificare, intendat contra prohibentem, jus sibi esse altius ædificandi, is ædes suas hæcenus liberæ esse contendit, negans, servitutum se debere, utiturque ex definitione *l. 2. §. 1. d. tit.* actione negatoria, non confessoria: ut fatendum sit erravisse Tribonianum, si credidit pro vindicando jure altius tollendi confessoria agi, si jus illud aut plane liberum sit, aut restrictum videret ad certum modum, sed intra quem agens consistere volent. Sed ponamus, ædificantem definitam lege municipali formam sive altitudinem non custodire: hic jam reperiemus exemplum & actionis confessoria de servitute altius tollendi, & negatoria de servitute contraria non extollendi. Nam si vicinus mihi cesserit jus, invito se supra eam altitudinem ædes meas tollendi & officendi luminibus suis, hoc jus servitus erit, qua pati debeat, quod prius pati jure publico non cogebatur, altius me ædifi-

care cum incommodo suo: quod pati utique servitutis est, l. 1. §. 1. *de serv.* & proinde, si me impediatur, quominus altius ædificem, hic locus erit actioni confessorie, qua intendam, jus mihi esse ædes meas altius tollere: quam servitutis vindicationem esse in specie proposita dico, cum ex jure impositio cum vicino agam, contendamque, eum hanc mihi servitutem debere, ut cogatur altius ædificantem pati. Ex contrario si vicinus nullum mihi jus cefferit, atque ego nihilominus supra statutum modum ædificare incipiam, hic jam locus erit negatorie, qua vicinus intendat, jus mihi non esse invito se ædes meas extollere: quæ libertatis vindicatio, non servitutis est; cum hac intentione servitus hæc mihi deberi negetur, vicini ædes hæcenus liberæ esse dicantur, ut me altius ædificantem non cogatur pati. Simile exemplum fingi potest, si certum aliquod spatium jure publico definitum sit, quod in ædificando intermittatur a vicini insula, *juxta l. 14. de serv. præd. urb.* Atque his casibus etiam servitutis, quam querimus, locum obtinent longi temporis consuetudo, ut scriptum est in l. 1. *C. de serv.* His autem, quæ diximus, non obstat, quod prius confessi sumus, si libertas adempta sit pactione, puta quia inter me & vicinum convenerat, ut ad certam duntaxat altitudinem ædificarem, & idem vicinus mihi postea concesserit ædificare altius, non novam hic mihi servitutem constitui, sed constitutam pacto posteriore remitti, remque meam sic redire in pristinam libertatem: cum enim lege potestas naturalis libere ædificandi sublata est, licet unus è vicinis mihi cefferit jus altius ædificandi, quam invito eo per legem liceat: manet tamen res mea affecta eadem conditione & qualitate respectu cæterorum vicinorum, quorum interest ædes meas altius non tolli: nisi ponamus, omnes simul cessisse, quo casu concedam liberam eas fieri. Ad hujusmodi igitur statuta, facta in gratiam vicinorum, interpositasque contrarias pactiones, aut ad longi temporis in contrarium usum, si Tribonianus, respiciens formulam, qua quis intendit, jus sibi esse ædes suas vicino invito altius tollere, confessorie adscripsit, & contrariam negatorie, nullus error ei objici potest: Addimus semper *vicinorum gratia*. Nam si quid præcise constitutum sit non habita ratione vicinorum, sed ornatus tantum publici causa, locum habet regula, pactis privatorum jure publico derogari non posse, l. 38. *de pact. cum simil.* Vidit hoc primus Jo. Faber; diligentius exposuere Zas. Bar. Don. & novissime Christoph. Riccius in *præmiss. vind. jur. c. 14.* Si cui tamen adhuc scrupulus hæret, eximent ea, quæ scripsimus supra memorato loco.

**Quod genus actionis in controversiis rerum corporalium proditum non est** Actiones in rem de rebus corporalibus sunt duorum generum, confessorie & negatorie; de rebus corporalibus generis unius, omnes scilicet confessorie: quanquam in harum rerum vindicatione verbo *confessoria* non utimur, quia nulla in iis est actio negatoria. Differentia manavit ex hoc principio, quod quicumque judicio cum aliquo experiri vult ad rem aliquam obtinendam, eum de suo jure, non de alieno agere oporteat, l. 5. *si ususfr. per.* id est, ita agere, ut dicat, aliquid esse suum, non autem simpliciter neget, esse alienum: nec refert, de re corporali agatur, an de incorporali, servitute, aut rei nostræ libertate. Estque in promptu hujus rei ratio: nam qui alienum esse ne-

gat, nihil hac intentione jus suum promovet; cum si res adversarii non sit, non continuo sequatur, eam esse agentis, & fieri possit, ut sit neutrius. Rerum autem corporalium ea natura est, ut qui rem, quam petit, adversarii esse negat, non ideo affirmet, hic quicumque suum esse: unde est, quod inutilis hic sit agenti negatio, ut agenti non de jure suo, sed alieno duntaxat. In servitutibus vero contra est: nam qui servitutem se debere negat, hac inficiatione vi ipsa simul aliquid suum esse affirmat, id est, rem suam liberam esse, l. 4. §. 7. *si serv. vind.* & proinde de suo jure, non alieno, agit, ut est in d. l. 5. *si ususfr. per.* quæ res facit, ut negatio in his rebus agenti inutilis non sit. Et negatoria igitur actio ipsa quoque in servitutibus admittitur; non ut negans, sed ut affirmans, & ut confessoria, idque exemplo quoque rerum corporalium.

*Nam in his agit, qui non possidet*] Ratio declarans id, quod proxime dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse: quia scilicet sic comparatum est, ut in his solus agere possit is, qui non possidet, cui actionem negatoriam dari natura rerum non patitur. De quo plura paulo post. Indicatur autem hic alia controversiarum de rebus corporalibus & incorporalibus differentia; nimirum quod in istis is solus agere possit, qui non possidet: in his etiam, qui sit in possessione. Videamus quam recte. Si rem corporealem possidenti in rem actionem dari volumus, ea aut confessoria erit, aut negatoria. Ut confessoria possessori detur, ne natura quidem hujus actionis admittit: quippe per quam petimus, ut res, quam nostram esse asserimus, nobis restitatur. Hæc vero intentio nullo modo potest convenire possessori. Ridiculum enim est petere, quod habeas, aut quid restitui ab eo, qui non habeat, ac proinde restituere non possit. Contradictionem quoque implicat, si quis intendat, se possessorem esse, & nihilominus rem sibi restitui postulet ab adversario. Quod si contendat, rem non esse penes adversarium, & tamen ab eo sibi velit restitui, cum ipsa rerum pugnat natura, per quam fieri non potest, ut quis restituat, quod non habet. Negatoria quominus possessori detur, natura impedimento non est: nihil enim prohibet actionem ultro possessori dari adversus turbatorem, eumve, quem sibi possessionis controversiam facturum metuit, ne inquietetur, exemplo negatorie de servitutibus, l. 5. §. ult. *si ususfr. per.* sed tamen non hæc quidem possessori rei corporalis prodita est, quia visa est non necessaria, & sufficere possessori ad securitatem, quod possideat, l. 1. §. 6. *uti possid.* Plane, ad evincendum rem suam esse, quod quavis actione in rem agens effectu intendit, tam possidenti rem corporealem, quam non possidenti, inepta & inutilis est negatoria: quia nemo se dominum esse, aut rem suam esse vacat, propterea quod negat esse adversarii, ut dictum est supra. In rerum incorporalium five servitutum & libertatis vindicatione omnia contrario modo se habent: nam nec minus is, qui est in possessione servitutis, de servitute confessoria agere potest, quam is, qui non est in possessione: & contra is non minus, qui est in possessione libertatis, de jure suo experiri negatoria potest, quam si non sit. Et hoc est, quod Ulp. scribit, in servitutibus posse eundem & possessorem juris & petitorum esse, l. 6. §. 1. *si serv. vind.* quod & traditur in l. 8. §. 3. d. *tit. l. 5. §. ult.*

*§. ult. si usufr. per.* Nascitur hæc diversitas ex eo, quod rerum corporalium possessio ita comparata sit, ut nemo eam possessori, dum rem suam tenet, nisi per vim, intervertere possit: ut adeo supervacuam sit, actionem ei ultro dari, cum ad securitatem hoc ipsi sufficiat, quod possidet, *d. l. 1. §. 6. uti possid.* Rerum vero incorporalium sive servitutum possessio consistit in nudo nostro usu & alterius patientia: estque is usus non rei nostræ, quam penes nos aut in potestate nostra habemus, sed alienæ, & plerumque in alieno, ut facile sive scientibus sive ignorantibus nobis hic usus impediri possit. Actus mihi constitutus est in prædio alieno; patiente domino fundi aliquamdiu usus sum servitute, qui usus possessorem me facit, *l. 3. de usufr. l. ult. de serv.* potest tamen dominus fundum suum ocludere, cum videtur, & hunc mihi usum servitutis impedire. Tignum immissum habeo in parietem vicini. Ego sum possessor, *l. 8. §. 3. si serv. vind.* totum tamen hoc in potestate vicini est, qui quoties vult, efficere potest, ne tignum immissum habeam, vel sciente vel ignorante me tignum præcedendo vel diruendo parietem. Hæc autem res cum faciat, ut effectu nec servitutum possidere videar, certe non ita possidere, ut mihi sufficiat, quod possideam, qui non eo magis sum securus, ideo merito hæc actio necessaria visa est, qua consequar servitute utendi securitatem, *l. 5. §. ult. si usufr. per.* Eadem libertatis, cujus nomine negatoria agitur, ratio est: nam & libertatis rei nostræ possessio nudi usus est, & in patientia alterius sive vicini, qui ea nos uti libere patitur: quam patientiam etsi aliquando præstitit, potest tamen, cum vult, non præstare, & nos vel scientes vel ignorantem in hac possessione turbare usurpando servitutum. Quia igitur nec hic possidenti ad securitatem sufficit, quod possideat, prodita est ei actio negatoria, qua ultro judicio experiatur, libertatemque rei suæ asserat, hoc effectu, ne in posterum inquietetur, ut loquitur Ulp. *in d. l. 5. §. ult. si usufr. per.* Notandum autem, etsi possessor juris ultro actionem moveat, lite tamen instituta, eum, qui non possidet, petitoris partes & onera sustinere, commodo autem possessoris frui, qui est in possessione, ut maxime actionem ipse instituerit, *l. 8. §. 3. si serv. vind.* & ideo frustra hic nobis objici, quod à veteribus constanter traditum est, non posse inter litigatores aliter litem expediri, quam si alter petitor, alter possessor sit, *l. inter. 62. de judic. l. 1. §. 3. uti possid. §. 4. infr. de interd.* Ut redeam ad proposita verba textus: Ait Justinianus, in rebus corporalibus eum agere, qui non possidet. Quid ergo hoc ad probationem ejus, quod prius dixerat, actionem negatoriam in controversiis rerum corporalium proditam non esse? Hoc nimirum, ut si aliqua de his rebus actio negatoria alicui accommodari possit, non possit tamen non possidenti. Jam vero in istis rebus si quis agat; eum solum jure agere, qui non possidet. Ex quo sponte vult intelligi, actionem negatoriam in rei corporalis vindicatione locum non habere, sed confessoriæ duntaxat. Et potest etiam revera quisque hoc per se intelligere, posito eo, quod in rebus corporalibus is solum recte agat, qui non possidet. Etenim si dari aliquam in proposito actionem non possidenti volumus, ea non alia esse potest, quam per quam rem suam petat, ac proinde quam & suam esse intendat: nam si neget, suam esse, in se telum torquet: si neget, esse adversarii, nihil

hoc ad probationem ejus, quod intendit, rem scilicet suam esse. Relinquitur ergo, ut non possidenti non alia actio in lite de re corporali accommodari natura possit, quam confessoria.

*Ei vero qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse.]* Hæc pars aperte per adversativam à præcedenti distinguitur, tanquam diversum continens. Quid ergo illud est? Nempe hoc. In priori parte enuntiati dixit, in controversiis rerum corporalium eum agere, qui non possidet: ex quo solo intelligi vult, actionem negatoriam huic accommodari non posse: ideo vero non posse, quia natura rerum non patitur talem actionem ad rem suam petendam non possidenti dari. Nunc ei item, qui possidet, eandem actionem detrabi, sed ita loquitur, ut non obscure indicet esse id ex alia causa, quam ea, ob quam qui non possidet, hac actione agere nequit: non enim naturam obstat, quominus possidenti detur actio adversus turbatorem, qua neget rem ejus esse, & sic quiescere eum per judicem jubeat, quomodo agitur interdicto, *l. 1. §. 4. & 6. uti possid.* sed tamen possessorem rei non ita agere, quia talis actio jure ei non sit prodita. Cur autem prodita non sit, jam ante explicatum est. An ergo dabitur confessoria? minime. Neque hoc ex eo, quod possidenti tantum detrabit negatoriam, contra mentem Justiniani colligendum est; cui solum propositum, probare, negatoriam actionis in controversiis de re corporali nullum esse usum. Ex his jam satis patere arbitror, causam nullam esse, cur quæ certo hic scripta sunt, mutemus, aut vel latum unguem recedamus à constanti librorum omnium lectione. Theophilus in paraphrasi sic locum Græcè reddidit, *τὸ πρὸς τὸν ἀδελφὸν ἐστὶν ἰδίον ἐν τῇ ῥέμῃ.* An ideo, quia paraphrastes verba illa, *per quam neget rem actoris esse*, non expressit, sed simpliciter & generaliter scripsit, actionem in rem ei, qui possidet, proditam non esse, prorsus locus hic mutilandus & verba ista detrahenda sunt? Nam etsi non detrahas, recta tamen & vera est loci sententia, licet, si demas, apertior. D. Hotomannus, cui tota periodus suspecta est; locum censet restituendum hoc modo; *Ei vero, qui non possidet, non est actio prodita, per quam neget rem alterius esse*, aut forte *actoris*. Sed nulla, ut ego quidem existimo, necessitate: nam & particulæ adversativæ *vero* sua vis consistat retenta lectione communi, ut paulo ante demonstravimus, & verum est, actionem negativam possidenti non esse proditam, cum sit nulla, teste Ulp. *l. 1. §. 6. uti poss.* Ipse Hotomannus dum colorem inferendæ negationi quærit, imprudens quod dictum in Justiniano culpaverat, mox laudat, ut præclare dictum ab Ulpiano. Frustra autem pro voce *actoris* substituas *alterius* vel *actoris*; cum ex verbis Justiniani præcedentibus, & antithesi, qua actorem opponit ei, qui possidet, perspicuum sit, actoris verbo hic intelligi eum, qui non possidet; non qui nunc actor sit, sed qui; si hoc casu ageretur, actor esse deberet. Sic ergo adstructa hujus loci lectione & sententiâ, videamus, an recte & legibus argumentandi convenienter hic disputet Justinianus: nam hoc quoque ab Hotomanno negari video. Sic concludit: *Controversia omnis, quæ de rebus corporalibus actione in rem movetur, aut movetur ab eo, qui rem non possidet, aut ab eo, qui possidet. Neutro autem in genere locum habet negatoria actio: Ergo in totum in his contro-*

trover-



troverfis locum non habet. Bene, si quid unquam. Probatio enim est ab enumeratione partium, quarum à singulis in assumptione removetur actio negatoria. Quod ad efficiendum id, quod proposuerat, firmum & satis est. Quamobrem mirari satis non possum, D. Hotomannum, qui scribit, sæpe se tentasse, aliosque etiam artifices se peritiores adhibuisse, quo hanc Justiniani ratiocinationem revocaret ad aliquam argumentationis formam, ex qua vera sententia eliceretur; sed non profecisse hilum. Sic enim ille omnino existimat, in priorie parte assumptionis Justinianæ, quæ hæc est, *nam in his agit, qui non possidet*, subaudiendum, *negatoria vero semper possessori datur*. Ut sit hæc collectio, *Negatoria semper datur possessori: In controversiis rerum corporalium semper agit is, qui non possidet. Quare in istis controversiis non est prodita actio negatoria*. Fatemur, hujus syllogismi propositionem falsam esse: sed negamus, Justinianum sic argumentari, aut in argumentatione ejus subaudiendum, quod Hotomannus existimat: rectam enim esse sine illo, abunde probavimus.

9. *Sane uno casu*] Frustra sunt omnes, qui unum hunc casum aut adhuc quærent, aut se invenisse putant: neque existimo, Justinianum ad quærendum unum casum, quem tribus verbis indicare poterat, lectorem ablegare voluisse ad latissima volumina Pandectarum. Quare cum Donell. & Wesemb. legendum hoc loco arbitraret, *Sane non uno casu*, &c. veluti in probandis exceptionibus, aut si possessor fiducia causæ suæ ultro onus probandi in se susceperit, *l. circa eum. 14. l. in exceptionibus. 19. de prob. & si qui sunt similes*. Quod etiam verbis Justiniani convenientius est: quippe qui non ait, possessorem rei corporalis aliquo casu agere aut actorem esse, sed partes actoris, id est, onus probandi sustinere. Id vero non uno casu, sed pluribus accidit. Denique hoc eodem modo locum hunc in quibusdam exemplaribus legi, testis est Æmilii Ferretus. Alii, *Sane hoc uno casu, cu in iō νόμος ἰσχυρῆ*, Theoph.

## T E X T U S.

## De actionibus Prætoriiis realibus.

3. *Sed ista quidem actiones, quarum mentionem habuimus; Et si qua sunt similes, ex legitimis & civilibus causis descendunt. Alia autem sunt, quas prætor ex sua jurisdictione comparatas habet tam in rem, quam in personam: quas & ipsas necessarium est exemplis ostendere. Ut ecce, plerumque ita permittit prætor in rem agere, ut vel actor dicat se quasi usucepisse, quod non usuceperit: vel ex diverso possessor dicat, adversarium suum non usucepisse, quod usuceperit.*

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

1. Divisionem hic propositam æque principalem esse, ac superiores: & unde sumpta.
2. Legitimum quid proprie, & quid latius in usu juris.
3. Prudentium non fuisse, actiones dare.

4. *Non omnes actiones, quæ edito prætoris proponuntur, esse prætorias.*

Insignatur hic alia actionum divisio, sumpta à causis inefficientibus remotis, jure civili scilicet, & jure prætorio: quæ æque principalis est, atque superior illa à causis proximis: nam omnes omnino actiones, sive in rem sint, sive in personam, aut civiles sunt, aut prætoriarum, quæ passim etiam honorariæ appellantur, *l. actionum. 25. §. ult. de obl. & act.* Ad eundem modum atque ex iisdem causis dividuntur obligationes *sup. tit. de obl. §. 1.* quæ divisio in illo tractatu non ut hic, secundo, sed primo loco proponitur, & demum post eam altera à causis efficientibus proximis. Quippe in hujusmodi partitionibus parum refert, unde incipiatur.

*Ista actiones, quarum mentionem habuimus*] Palam est Justinianum his verbis non intelligere genera ipsa actionum, quæ ante nominavit, sed certas species horum generum antea expressas, videl. vindicationem rei corporalis, & de servitutibus confessoriam & negatoriam. Actionum in personam speciem nullam expressit: itaque nec his verbis illarum aliqua significatur, sed contineri possunt iis, quæ proxime sequuntur.

*Et si qua sunt similes*] Similes sunt ex actionibus in rem, petitio hæreditatis, *l. 1. 2. 3. de her. per. confessoria & negatoria de servitutibus aliis*, quam quas supra commemoravit: ex actionibus in personam illarum, quæ eandem originem & causam remotam habent; nimirum quæ competunt ex obligationibus jure constitutis aut approbatis: quæ cum innumeræ sint, supervacuum putavit, aliquas exempli causa proponere.

*Ex legitimis & civilibus causis*] Legitimum proprie dicitur, quod est ex lege, id est, ea parte juris, quæ proprie lex appellatur in divisione juris civilis, *§. lex est, sup. de jur. nat. gent.* Sed in usu juris latius accipi solet; ut eo nomine etiam id significetur, quod est ex aliqua parte juris civilis, quæ legis vim habet, puta plebiscitis, Senatusconsultis, constitutionibus Principum, *l. 6. de pact. l. 7. de cap. min. l. 3. §. pen. pro soc. l. 14. §. ult. de præsc. verb. l. 25. §. ult. l. 3. unde legit.* Itaque actiones, quæ ex istis causis descendunt, omnes sunt civiles & legitimæ. Quod addit *& civilibus*, eo comprehendere voluisse videtur etiam actiones, quæ competunt ex obligationibus, quæ à jure civili præter confirmationem nihil habent, & nimirum quarum causæ eadem, quæ & obligationum, contractus scilicet juris gentium omnes, & quasi contractus, de quibus egit supra in argumento obligationum, *arg. §. 1. de oblig.* Consulto inter causas actionum civiles non numeravi interpretationem prudentium: quippe ex qua parte juris nullæ unquam actiones datæ sunt, aut dari potuerunt. Neque enim prudentium fuit actionem constituere, sed an data esset lege, interpretari, & eam, quæ data erat, ostendere, *l. 2. §. deinde. 6. & §. ita in civitate. 12. de orig. jur.* A prudentibus quidem & tota ea pars juris civilis profecta est, quæ dicebatur legis actiones: cæterum ea non actionum constitutionem, sed ex actionibus constitutis agendi formulam, continebat, ut aperte declarat Pompon. *d. loc.* Hoc obiter monere volui propter eorum errorem, qui putant, eam fuisse auctoritatem prudentium, ut ipsi etiam ex causa aliqua actionem dare & constituere potuerint.

Ex

*Ex sua jurisdictione*] Id est, ex suo edicto, ut passim alibi jurisdictione pro edicto, l. 1. §. pen. de postul. l. 7. de jurid. & simil. nam edictum pars erat jurisdictionis 4 pratorix, l. 2. §. eod. 10. de orig. jur. Enimvero non est argumentum actionis pratorix, quod prator dicat edicto suo, *actionem dabo*. Solebant enim pratores etiam actiones civiles edictis monitoriis proponere. Exemplo sit actio commodati, l. 1. commod. sed ex duntaxat pratorix sunt, quas ipsi pratores ex jurisdictione sua introduxerunt: quod ab iis æquitate postulante ut plurimum factum est, cum actiones civiles deficerent.

*Necessarium est exemplis ostendere*] Necessarium non absolute, sed cum adjuncto, si velimus id, quod dictum est, recte intelligere. Quamquam autem longe plures sunt actionum pratoriarum species, quam quæ à Justiniano postea proferuntur: tamen ad rem, quam proposuit, declarandam, omnes recensere non existimavit necessarium.

*Ut ecce*] Indicantur hic pratoriarum in rem actionum species duæ, Publiciana, & rescissoria, quæ postea latius & separatim suis singulæ paragraphis explicantur, §. 4. & 5.

*Actor dicat, se quasi usucepisse*] Hæc intentio est Publicianæ: illud, quod sequitur, *vel dicat, adversarium suum non usucepisse*, pertinet ad rescissoriam. Illic fingitur dominium quæsitum, quod revera quæsitum non est: hic contra fingitur retentum, quod revera juxta rationem juris civilis est amissum.

*Ex diverso possessor dicat*] Verbum *possessor* expungendum videtur: nam possessori nunquam ultro actio datur; & constat, de actore in utroque exemplo hic agi: nisi possessorem interpretemur, non qui nunc possidet, sed qui olim possessor fuit. Utique id malim, quam cum Russard. Cujac. Hotom. pro *possessor, dicat adversarium suum*, &c. legere *possessorem, dicat adversarium suum non usucepisse*. Id est, dicat, possessorem eundemque adversarium suum non usucepisse. Quis enim ferre posset in oratione prosa tam inepte affectatam trajectionem verborum, tamque duram & inconcinnam constructionem?

TEXTUS.

De Publiciana.

4. Namque si cui ex justa causa res aliqua tradita fuerit (veluti ex causa emptionis, aut donationis, aut dotis, aut legatorum) & necdum ejus rei dominus effectus est; si is ejus rei possessionem casu amiserit, nullam habet in rem directam actionem ad eam persequendam: quippe ita prodita sunt jure civili actiones, ut quis dominium suum vindicet. Sed quia sane durum erat, eo casu deficere actionem, inventa est à Pratore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usucepisse, quam usu non cepit, & ita vindicat suam esse. Quæ actio Publiciana appellatur, quoniam primum à Publicio pratore in edicto proposita est.

NOTÆ.

4. *Necdum dominus effectus*] Propterea quod rem à non domino acceptam nondum usucepit. Nam si res usucapta sit, actio honoraria ei necessaria non est, cum habeat civilem, d. l. 1. §. 1. quamquam si nihilominus honoraria agere sub qualitate bon. fid. possessoris malit, hoc ei permittendum. *Mynf. n. 28.*

*Directam actionem*] Id est, quæ jure civili prodita sit: nam jure civili in rem actio soli domino competit, l. 23. de rei vind.

*Durum erat*] Iniquum pratori visum extraneum quemlibet vel injustum possessorem potiore esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu amisisset. Dixi *extraneum*, quia justus domini exceptio merito Publicianæ objicitur, l. pen. & ult. de publ. in rem act. Cujac.

COMMENTARIUS.

1. *Justa causa qua hic accipienda.*
2. *Cur ut Publiciana competat, necesse sit rem traditam esse: & num aliquando ei competat, cui necdum tradita fuit.*
3. *An & de rebus incorporalibus. Ubi & de bona fide &c.*
4. *An Publiciana etiam vero domino detur, & ancum rei vindicatione cumulari possit.*
5. *Cur requiratur, ut amissa sit possessio & amissa casu.*
6. *Causa hujus actionis introducenda.*
7. *Qua sit & qualis in hac actione petitoris intentio.*
8. *Adversus quem detur: quid ei obstat: tum quis ejus exitus.*

**P**roponitur hic actio in rem Publiciana, sic dicta à pratore Publicio, qui primus eam introduxit, ut hic in extremo testatur Justinianus. Porro hæc distincte de hac actione complectitur; qua ex causa cui competat; quo jure introducta; & quæ causa ejus introducendæ; quid in ea actor intendat. Adversus quem competat, quod præcipue notandum erat, hic prætermisum est: quod tamen nos etiam breviter, explicatis cæteris, attingemus.

*Si res aliqua*] Nempe aliena, ut est in edicto, l. 1. hoc tit. de Publ. in rem act. Hic autem illud addi necesse non fuit, quia postea satis indicatur illis verbis, & *necdum ejus rei dominus effectus est*. Quod non aliter contingit, quam si is, qui tradidit, dominus non fuit: alioqui enim traditione statim dominus efficeretur, qui accipit, §. per traditionem. 40. sup. de rerum divis.

*Ex justa causa*] Justam causam accipimus eam, ex qua re à vero domino tradita statim dominium in accipientem transfret, l. 13. eod. in pr. Quod intellectum ex eo, quod sequitur in edicto, & *nondum usucapsum petet*, d. l. 1. eod. Hæc enim verba declarant Publicianam proponi de eo, quod traditum in ea causa sit, ut usucapi possit: non potest autem res usucapi, nisi tradita sit ex iis causis, ex quibus dominium transferretur, si dominus esset, qui tradit, sup. de usucap. in pr. Causæ pluribus indicantur d. l. 1. §. ult. & aliquot ll. seqq. Hic tantum exempli loco quatuor proferuntur, emptio, donatio, dos, legatum. Igitur nulla ex his causis præ-

Yyyy

cedente

cedente cessabit Publiciana. Sed quid si justo errore facti causa subesse putetur, quæ non sit, veluti si quis emerit à furioso, quem sanæ mentis putabat? Probarem distinctionem Accursii in l. 7. §. 2. *hoc tit.* ut ex huiusmodi emptione contra furiosum quidem ipsum eundemque venditore Publiciana non detur, per l. 2. §. si à furioso. 16. *pro empt.* detur tamen contra extraneum, d. l. 7. §. 2.

2 *Tradita fuerit*] Ut Publiciana competat, exigitur ut restradita sit, d. l. 1. d. l. 7. §. pen. & ult. eod. quod hanc rationem habet; quoniam antequam res tradita est, nemo se dominum factum prætere potest: cum non nudis conventionibus, sed traditionibus, dominia rerum transferantur, l. traditionibus. 20. C. de pact. Ceterum hoc ad eas tantum species pertinet, in quibus ad dominium acquirendum traditione aut possessionis apprehensione opus est: nam quibus ex causis dominium adipiscimur etiam antequam possessionem nacti sumus, ex his etiam antea Publiciana experiri licet, ut diserte responsum est de eo, cui ex Trebelliano restituta est hæreditas, l. 12. §. 1. *hoc tit.* item de domino, cujus servus, cum in fuga esset, rem à non domino emit, l. si servus. 15. eod. quibus casibus cum usucapio procedere non possit, l. sine. 25. de usucap. apparet, præntentionem dominii per usucapionem quæsitam non esse huius actionis requisitum essentielle: ac proinde non esse perpetuum, quod quidam tradunt, Publiciana neminem agere posse, nisi qui sit in conditione usucapiendi, licet secus existimet D. Bachov. *disput.* 3. de act. thes. 18. Sed & hoc falsum esse existimo, quod unquam petitor hanc actionem instituens expresse intendat aut prætendat se usucepisse.

3 De quo plurscula inferius. Porro & de usufructu & de servitutibus per traditionem constitutis Publiciana datur, l. 11. §. 1. *hoc tit.* In his autem pro traditione est usus ejus rei & servitutem constituentis patientia, l. ult. de serv. Plane, si quæ res sit, cujus alienatio aut usucapio jure est prohibita, de ea, nec, si ex justa causa tradita sit, Publiciana competit, l. 9. §. pen. d. l. 12. §. 4. eod. Etenim si tantum ideo res usucapi non potest, quia non possidetur adversus dominum, ut accidit in prædiis vestigalibus & superficariis, potest huic actioni esse locus, d. l. 12. §. 2. & 3. Quid enim impedit, quominus possessor rei emphyteuticæ aut superficiei usucapiat adversus eum, qui tale jus constitutum habet. Azo *in summ. ad hunc tit.* n. 15. Illud etiam, quanquam hic omissum est, exigitur, ut res accepta sit bona fide, id est, ut accipiens putaverit, eum, à quo accepit, dominum esse, aut jus transferendi habere, l. bona. 109. de verb. sign. In emptore hoc amplius requiritur, ut & bona fide rem emerit, sicut & in usucapione, l. 7. §. pen. & ult. *hoc tit.* l. 2. *pro empt.* de quo explicatum *sup. de usuc. in pr. Mynsing. bic. n. 25. Schneid. n. 41.*

*Nec dum ejus rei dominus effectus*] Propterea quod rem à non domino acceptam nondum usucepit, l. 1. §. 1. *hoc tit.* ubi Ulp. ait, si res usucapta sit, actorem habere 4 actionem civilem, nec desiderare honorariam. Quid ergo, si dominus, cum difficilis esset, ut fere solet, dominii probatio, hac actione uti mallet, quam rei vindicatione civili, licebitne id vero domino? Putarem licere, utique sub qualitate bonæ fidei possessoris, eum *Myns. num.* 28. *Oldendorp. class.* 3. *actio.* 3. Sed & ex quo usus fori cumulationem actionum admittit, eo-

dem libello Publicianam cum rei vindicatione disjunctim proponi, & rem peti jure dominii vel quasi dominii posse, recte defenditur; cum hæ actiones affines magis sint aut diversæ, quam contrariæ: nam is, cui Publiciana competit, præsumptivè dominus est, & falsum esse, quod remedia prætoraria denegentur iis, quibus jure civili consultum est, ostendunt bonorum possessiones unde liberi, contra & secundum tabulas. Belle *Bachov. disput.* 3. de act. thes. 17. *Gomez. Mynsing. & Schneid. bic. Gail.* 1. *obs.* 62. n. 5.

*Possessionem casu amisit*] Et amissam possessionem esse oportet, quoniam in rem actio nunquam ultro possidenti datur: quippe cui sufficit, quod possideat, l. 1. §. penult. *uti possid.* & amissam casu: nam qui factò & voluntate sua possessionem amisit, puta rem vendendo, permutando, & donando, ejus recuperandæ actionem non habet. Ex his, quæ hæctenus dicta sunt, intelligi potest, quæ ex causa cui Publiciana competit, nimirum competere agenti de re, quam ex justa causa sibi traditam bona fide accepit, & cujus nondum dominus effectus possessionem casu amisit.

*Nullam in rem directam*] Actionem directam hic vocat, quæ jure civili prodita est, ut apparet ex ratione subjecta, & oppositione Publicianæ, quæ inventa est à prætorè. Quod non est novum: nam actiones honorariæ omnes, ad jus civile relatæ, utiles sunt, licet earum inter se oppositarum quædam directæ, quædam utiles dicantur, prout aut verbis edicti propositæ, aut per interpretationem & extensionem edicti introductæ. De quo pluribus disserui sub §. ult. *sup. de leg. Aquil.*

*Durum erat eo casu desicere actionem*] Introducendæ hujus actionis causa fuit difficultas probandi dominii. Quippe quod non statim transit in eum, qui rem, licet ex justa causa sibi traditam, accepit, nisi & is, qui tradidit, dominus fuit; quod perquam difficile probatu est: & tamen eo non probato, necesse est petitorè civili in rem actione experientem succumbere. Cum itaque prætor iniquum videretur, quemvis vel injustum possessorem potiorè esse eo, qui rem ex justa causa & bona fide nactus, ejus possessionem casu aliquo amisisset; ipse ex humanitate actionem introduxit, qua in hoc casu sub colore quodam dominii vinceret is, cui justa rei possessio semel quæsitæ esset, quamdiu in eo nulli alii fieret injuria. Hinc intelligimus, & quo jure hæc actio introducta sit, & quæ ejus introducendæ fuerit causa.

*Eam rem se usucepisse*] Hic indicatur, quid petitor hac actione intendat, nimirum se rem, quam petit, usucepisse. Quæ tamen intentio non ad verba exigenda est, sed ad effectum & sententiam verborum: quoniam sic agitur, quasi actor usucepisset. Nimirum non dicit actor expresse, se usucepisse, quod falsum est, & constitutioni hujus actionis contrarium: sed quod ad omnem actionem recte instituendam pertinet, causam actionis intentione sua complectetur. Dicit, se rem, qua de agitur, bona fide emississe à L. Titio, & ab eo traditam bona fide accepisse; petere se, ut sibi restituatur. Hoc autem qui dicit, vi ipsa intendere videtur, se usucepisse, quia idem petit, & jure prætorio consequitur, quod peteret & consequeretur jure civili, si rem usucepisset. In causis, ex quibus, & qui possessionem nondum nactus est, Publiciana agere potest, licet actor, rem sibi à L. Ti-

à L. Titio legatam, aut eam in hæreditate L. Titii fuisse, quam aut ipse crevit, aut restitutam sibi ex Senatus-consulto obtinet, l. 12. §. 1. l. 15. hoc titul. Quibus casibus cum Publicianæ locus sit usucapione non inchoata, dominium quasi usucapione quæsitum fingi aut prætendi non potest. Restat, ut videamus, quod hic omis- sum est, adversus quem hæc actio datur. Datur Publiciana, ut cateræ in rem actiones adversus possessorem: sed ita, nisi is possessor pari jure & æquitate nitatur. Itaque non datur Publiciana adversus eum, qui possidet justo titulo. In quo tamen hæc distinctio placuit, ut si duo rem emerint, siquidem ab eodem non domino, potior habeatur, cui priori res tradita est; utpote in quem prius translatum est jus omne, quod in re, qui tradidit, habuit; si à diversis non dominis, melior sit causa possidentis, & juncta titulo possessio fortior ducenda titulo nudo, l. 9. §. si duobus. 4. hoc tit. Quod si neuter possideat, & agatur contra tertium possessorem injustum, tuendus sit is, cui primum res tradita, sive ab eodem non domino emerit, sive ab alio atque alio quæ species est, quam tractat Neratius l. si ea. 31. §. ult. de action. ompt. ut recte cenent vulgo DD. Oldend. d. class. 3. action. 3. Schneid. ad §. prac. num. 28. & seq. late & subtiliter Bachov. disput. 3. de act. thesib. 21. & 22. De illo quæritur, an Publiciana detur contra eum, qui pro hærede possidet. Decisio quæstionis pendet ex eo, an is, qui pro hærede possidet, usucapere possit, nec ne: qua de re disputavimus sub §. diutina. 7. sup. de usuc. In universum autem justis dominii exceptio merito Publicianæ obstat. Quoniam semper plus juris in re sua habet dominus, quam quilibet, quantumvis justissimus possessor, qui dominus non sit, l. penult. & ult. hoc tit. Cæterum quæ vendicanti domino obstat, quominus possessor ei rem restituere debeat, eadem & possidentis ac Publiciana convento obstat, quominus retineat, l. si à Titio. 72. de rei vind. l. si quis. 24. de exc. rei jud. add. D. Donell. hic. num. 15. Exitus hujus actionis idem, idemque in ea officium judicis circa rei & fructuum præstationem, cujusmodi hæc in rei vindicatione civili: de quo scripsimus ad §. 1. sup.

T E X T U S .

De rescissoria.

§. Rursus ex diverso, si quis cum reipublica causa abesse, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usuceperit, permittitur domino, si possessor reipublica causa abesse deserit, tunc intra annum rescissa usucapione eam rem petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, & ob id suam rem esse. Quod genus actionis quibusdam & aliis simili æquitate motus prætor accommodat, sicut ex latiore Digestorum seu Pandectarum volumine intelligere licet.

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

1. Actionem, qua hic proponitur, & rescissoria in specie dicitur, esse Publiciana quodammodo contrariam.

2. Quibus ex causis hæc actio à prætoro datur, ejusque introducenda causa.
3. Restitutio adversus eum, qui absens usucepit rem in civitate manentis: ubi & alia.
4. Quomodo accipiendum quod dicitur, contra non valentem agere præscriptio non currit.
5. Commentum esse quod de duplici judicio rescindenti & rescissorio, interpp. tradunt: ut & illud, quod de duplici tempore.
6. Actoris in actione rescissoria intentio.
7. Restitutio adversus eum, qui præsens rem absentis usucepit.
8. An ex sola causa ignorantia restitutio danda adversus usucapionem.

Hoc loco proponitur actio in rem prætorica, quæ in usu juris nostri specialiter rescissoria appellatur, l. nec non. 28. §. ult. ex quib. ca. maj. l. ult. C. eod. l. multo. 24. C. de rei vind. l. ab hostibus. 18. C. de post. rev. Nomen ex re inditum, quia per eam rescinditur, quod jure civili ratum est, l. in honorariis. 35. in fin. pr. de obl. & act. Hæc actio superiori quodammodo contraria est: nam actione Publiciana agitur de re non usucapta, quam actor in effectu contendit usucaptam. Hic est converso de re usucapta, quam actor non usucaptam intendit. Illic loco domini habetur, qui dominium nondum acquisivit: hic pro non domino, qui revera dominus factus est jure civili. Pertinet huc edictum de restitutione majorum 25. annis, quod extat in l. 1. quibus ex ca. maj. qua parte scilicet prætor eos, quorum res usucapta est, certis ex causis in integrum se restitutum pollicetur. Causas duas edicto expræsit, clausula edicti prima absentiam necessariam ejus, cujus res usucapta est; secunda absentiam qualemcunque ejus, qui usucepit. Postremo adjecit clausulam generalem, qua idem promittit quavis ex causa, quæ ipsi justa videbitur. Itaque duobus potissimum casibus majoribus contra usucapionem succurrit data actione rescissoria; si res absentis usucapta sit ab eo, qui in civitate mansit; si res in civitate manentis usucapta sit ab eo, qui abfuit. Quod posterius hic tantum tangitur: prioris autem partis, cujus & frequentior usus, & major utilitas, cognitio ex latiore Digestorum volumine peti jubetur. Introducendæ hujus actionis hæc causam prætor habuit, quod iniquum ei visum fuit, aut necessariam justamve absentiam nocere alteri, aut qualemcunque alterius absentiam nocere alteri, l. item ait. 21. d. titul. Quæ porro ad vim & naturam hujus actionis pertinent, hic aut intacta, aut minus perspicua, indicata discas mox ex commentario.

Cum reipub. causa abesse] De eo, qui absens usucepit, ita loquitur Justinianus, quasi eum oporteat necessaria aliqua aut probabilis de causa abfuisse: quod tamen secus esse, discimus ex edicto, cujus in secunda clausula, quæ hunc casum continet, prætor non distinguit, qua ex causa quis abfuerit, necessariæ aut probabilis, an plane voluntaria. Quod & diferte Ulp. notavit l. item ait. 21. §. 1. hoc tit. ex quib. ca. maj. Et vero si ne justissima quidem absentia prodest absentiam retinendam; absurdum sit, eî prodesse absentiam plane voluntariam, malitiosam puta aut animi causa susceptam. Illud observandum est, tum demum ex hac parte edicti restitutionem dari, si defensor absentis non exti-

Y y y 2

tit;

tit: nam si procurator fuit, aut amicus, qui seculo defensionem obtulit, non debere eum inquietari: & hoc amplius, ne aliter quidem edicto in casu proposito locum esse, quam si aut amici absentis de defendendo eo interrogati defensionem non suscipiant, aut nemo sit, qui interrogari potest, *d. l. item ait. 21. §. pen. & l. seq. eod.* Novissime autem à Justiniano cautum, ut licet defensor absentis nullus existat, tamen integrum sit presentis, ufucapionem interrumpere, adito iudice, & diligentia sua apud eum contestata, *l. 2. C. de annal. exc.* Itaque ex hac parte edicti restitutio dari desit.

*In hostium potestate*] Ut hic procedat ufucapio, ponendi termini habiles, nempe si servus aut filius ejus, qui captus est, rem ex causa peculiari teneat: hoc enim casu domini aut patris captivitas impedimento non est, quominus ea res usu acquiratur, *l. ait prator. 23. §. 3. hoc tit. l. iusto. 44. §. ult. de usuc.* Cæterum extra hanc causam captivus per servum aut filium possessionem acquirere non potest, ac proinde nec ufucapere: sed possessio atque ufucapio inchoata captivitate interruptitur, in tantum ut nec postliminio restituatur, *l. denique. 19. hoc tit. l. si u. 15. in pr. de usucap.*

*Ufuceperit*] Potest igitur & absens ufucapere rem presentis, & ejus quidem, qui contra absentem agere non potuit, *l. item ait. 21. §. 1. & deinceps. l. seq. hoc tit.* Atqui vulgo traditur, contra eum, qui agere non potest, præscriptionem non currere, *l. 1. in fin. C. de annal. exc. l. in rebus. 30. vers. omnis. C. de jur. dot. l. 1. in fin. C. de bon. matern.* Respondent interpretes, distinguendum esse inter impedimentum juris & facti. Juris quidem impedimentum efficere, ne præscriptio currat aut impleatur. Exempla in *d. l. 1. C. de ann. exc. d. l. in rebus. C. de jur. dot. l. 7. §. 4. C. de præscr. 30. ann.* Facti vero, quale est, quod hic objicitur, non item. Itaque opus esse restitutione, & recte: quippe rationi consentaneum est, ut ubi jus ipsum impedimentum agendi objicit, ibi quoque sistatur cursus ufucapionis ipso jure: at singulorum factorum, quæ idem impedimentum asserunt, rationem habere jus non potest.

*Permittitur domino*] Veteri scilicet, cujus res jure civili ufucapta est. Hunc dominum vocat, vel respectu præteriti temporis, vel potius, quia à prætore rescindente ufucapionem adhuc pro domino habetur.

*Intra annum rescissa ufucapione*] Actio hæc, licet rei persecutoria sit, anno tamen eam finire placuit, quia contra jus civile datur, *l. in honorarius. 35. in fin. pr. de obl. & action.* Annum intellige utilem, *l. 1. §. 1. hoc tit. l. ab hostibus. 18. C. de poss. rev.* pro quo tamen Justinianus substituit quadriennium continuum, *l. ult. C. de temp. in ins. rest.* Quod autem ait, permitti domino rescissa ufucapione rem petere, & Paulus, *d. l. 53.* hanc actionem dari rescissa ufucapione, id non sic intelligendum est, quasi duplici iudicio hæc res expediatur, decretumque aliquod antecedit, quo prætor rescindat ufucapionem, actum demum hanc actionem det, qua petatur res restitui. Sed ideo hoc dicitur; Quia prætor, dum hanc actionem concedit, simul vi ipsa ufucapionem rescindit: quoniam permittit veteri domino sic agere, ut petat rem sibi à possessore restitui, perinde ac si nulla ufucapio intervenisset, *l. 1. §. 1. l. sed etsi. 26. §. si feria. 7. l. nec non. 28. §. penult. hoc tit. l. ult. C. eod. l. nullo. 24. C. de rei vindic.* Quibus ex locis mani-

festè apparet, rescissionem ufucapionis in ipsa datione actionis consistere, prætoremque dici restituere, cum actionem rescissoriam petenti concedit: ac proinde uno simplici iudicio rem totam explicari, *fac. l. 9. §. 3. & 4. quod met. ca. l. 1. §. 1. de dol. l. 2. §. 1. de cap. minus. l. 1. de alien. jud. mus. ca. l. ult. §. ult. ad SC. Vellej.* Hoc & Gomezius *hic. n. 8. & ult.* odoratus est: sed explicare non potuit, aut solidè confutare communem DD. opinionem, secundum quam duplex iudicium hic necessarium, unum rescindens, alterum rescissorium; ac proinde & duplex libellus, duplex litis contestatio, & duplex pronuntiatio, decretum scilicet magistratus, quo res rescindatur ufucapio, & sententia iudicis, quo res restitui jubeatur. *Per. de Bellapert. fo. Fab. Fas. Zas. Mysf. Schneid. hic. Odd. de restit. quæst. 33. art. 1. Mauris. de restit. c. 4.* Quæ opinio erronea est, & à ratione juris nostri valde aliena, ut ex iis, quæ modo diximus, perspicuè patet: in foro tamen recepta, ut sic utrumque remedium cumulari, id est, eadem utrumque opera peti & obtineri soleat, *Odd. part. 1. q. 33. art. 5. Mysf. 2. obs. 25. Oldend. class. 6. actio. 8.* Error hic natus videtur ex ignorantia ordinis judiciarii, qui apud veteres fuit; ubi quidem in omnibus fere actionibus occurbat species quædam duplicis iudicii, dum quædam apud prætorem seu magistratum tractabantur, quædam apud iudices datos: Cæteroquin revera unum tantum erat iudicium: ideoque unus tantum libellus, una litis contestatio, una sententia desiderabatur. Nempe apud prætorem non instituebatur iudicium, sed à prætore constituebatur, data actione & iudice, qui de re cognosceret: unde nec illa, quæ apud prætorem fiebant, in iudicio fieri dicebantur, sed in jure: de quo fufius ad *hujus tit.* Præcedens error secum traxit & alium de duplici tempore; uno, intra quod utendum sit remedio rescindenti; altero, intra quod petenda & instituenda actio rescissoria. Illud volunt; intentari posse intra quadriennium continuum, hanc finire anno utili. Donellus, perpetuam esse. Sed ut una & simplex hic est actio, ita & unum tempus, intra quod ea peti & institui debet, annus olim utilis, nunc quadriennium continuum, computandum à tempore, quo absens reversus est. Illud singulare, quod hoc tempus etiam finiendæ actioni constitutum est, *l. ult. C. hoc tit. junct. l. ult. §. ult. C. de temp. in integ. rest.*

*Ut dicat, possessorem usu non cepisse*] His verbis significatur actoris in hac actione intentio. Ut autem id actione præcedenti, ita hic quoque intentio non ad verba, sed ad vim effectumque verborum exigenda est, quoniam sic agitur, ut effectu res ufucapta non videatur. Puta non dicet petitor, possessorem rem, quæ petitur, usu non cepisse; quod & aperte falsum est, & perinde quasi negaret, adversarium dominum esse: cujusmodi formulæ in rerum corporalium vindicatione proditæ non sunt, *§. 2. sup. eod.* sed causam exprimet, ex qua actio ei jure constituta sit: dicet, adversarium absentem rem ufucepisse, cum ipse interea ejus nomine agere vellet, & ufucapionem interrumpere, non potuerit. Itaque petere se, ut sibi restituatur. Præterem quoque verisimile est verba edicti secutum hoc modo iudicium concepisse; *Si parat, eam rem qua de agitur, à possessore absente per statutum tempus possessam esse, cum interea petitor ejus nomine agere cum conaretur, non po-*

morit, tum si ea res petitori non restituatur, possessor damnatur.

7 *Quibusdam & alii*] Veluti absentis, cujus res usucapta sit ab eo, qui in civitate mansit: quæ causa restitutionis prima parte edicti expressa est: & sola nunc etiam utilis, cum ex causa superiore jure novo restitutum non detur, l. 2. C. de annal. exc. Non omnibus vero absentibus hac parte succurritur, sed iis duntaxat, quorum absentia aut necessaria fuit, l. 1. §. 1. in pr. l. 3. cum seqq. l. reipub. 36. l. non vere. 42. hoc t. aut voluntaria quidem, sed justa & probabilis, qualis est studiorum causa, & similes. Hoc ex generali & postremi edicti clausula, l. sed & si. 26. §. pen. & ultim. cum duabus ll. seqq. Illud tamen inter hæc interest, quod in necessaria & repentina absentia non nocet, quod quis procuratorem domi non reliquerit; in voluntaria aut ante prævisa absentia non succurritur, nisi procuratorem reliquerit, isque procurator non egerit, aut interim defunctus sit, d. l. 26. §. ult. l. nec non. 28. in pr. eodem. Quippe prioro casu nihil est quod absentibus imputetur: posteriore objici eis potest, quod de rebus suis componendis ante discessum potuerint & debuerint cogitare, d. l. 26. §. 1. Hoc eodem edicto succurritur & creditoribus; qui actionem ex his causis amiserunt, d. l. 1. §. 1. l. Julian. 17. §. 1. l. si quis. 41. eod. sed hoc casu actio restitutiva in personam est.

8 *Simile aequitate motus*] Quæsitum hoc est, an sola ignorantia justa & sufficiens causa sit, ob quam ex postrema edicti clausula danda sit restitutio adversus usucapionem aut præscriptionem. Ego puto non esse, arg. l. ult. in fin. ibi; nulla ignorantia vel sciencia expectanda. C. de præsc. long. temp. l. 3. fin. & 4. C. de præsc. 30. ann. l. unic. C. de usuc. transf. Nam cum sufficiens tempus præstitutum sit intra quod quisque in res suas inquirat, easque sibi asserat, post illud tempus restitui postulans ex sola causa ignorantie, id est, ea, quæ conjuncta est cum desidia & negligentia, audiri non debet. Denique si ex hoc solo capite restitutio admittatur, jus de usucapionibus & præscriptionibus constitutum non assequitur finem suum, nunquam finis erit litium, semper dominia in incerto, contra l. 1. de usucap. Wesembec. parat. hoc tit. n. 10. Pinell. in auct. nisi tricennale. C. de bon. mat. diff. comment. DD. Covar. inc. possessor. de reg. jur. in 6. pag. 3. §. 3. Gail. 2. observ. 19. de præscriptione tamen 40. annorum adhuc contenditur: videbis And. Fachin. 1. contr. 69. Ant. Fabr. Codic. suo tit. si advers. usuc. & tit. de temp. in integr. restit. Pinell. in d. auct. n. 58.

T E X T U S .

De Pauliana.

6. Item si quis in fraudem creditorum rem suam alicui tradiderit, bonis ejus a creditoribus possessis ex sententia præsidis, permittitur ipsis creditoribus rescissa traditione eam rem petere, id est, dicere eam rem traditam non esse, & ob id in bonis debitoris mansisse.

N O T A .

6. In fraudem creditorum] Et eventum fraus habuerit, l. 10. §. 1. l. 15. qua in fraud. cred. & simul is, qui ac-

cepit, fraudis conscius fuerit, l. 1. l. 6. §. 8. eod. In causis tamen lucrativis etiam in eum, qui fraudem ignoravit, hanc actionem dari placet, quatenus locupletior factus est, d. l. 6. §. 11.

*Rescissa traditione*] Unde tam actionem Paulianam, quæ rescissoria est traditionis, quam superiorem illam usucapionis rescissoriam, actionem in rem esse, & ad exemplum vindicationis dari, contendunt Cujac. & Fabrot.

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

1. *Agi hic de actione, qua Pauliana dicitur; licet ea non in rem, sed in personam sit.*
2. *In personam esse, multis argumentis evincitur.*
3. *Dari hanc actionem creditoribus, siue ante siue post missionem in bona, res in fraudem eorum alienata sit: interdum & in rem competere: qua tamen hæc non pertineat.*
4. *Qua concurrere debeant, ut Pauliana sit locus.*
5. *Verborum edicti, Quod fraudationis, &c. explicatio.*
6. *Edictum non pertinere ad eos, qui id agunt, ne acquirant, ubi quadam notabilia.*
7. *Quando primum creditores Pauliana experiri possint.* D. Joan. Deckher. notatus.
8. *Qualis hic sit rescisso & restitutio.*
9. *Intentio creditorum in actione Pauliana.*
10. *Dari hanc actionem intra annum utilem, quo primum experiundi potestas fuit.*

Tertia species actionis prætorie hic proponitur, Pauliana dicta, quæ datur creditoribus ad revocanda ea, quæ in fraudem eorum alienata sunt, l. videamus. 38. §. ir. Pauliana. 4. de usur. atque hæc pertinent tit. n. qua in fraud. cred. & C. de rev. hu. qua in fraud. cred. Hanc autem actionem Glossa & plerique interpretes non in rem, sed in personam esse opinantur; hic autem exponi inter prætorias in rem, & subjici rescissorie tantum propter similitudinem, quam cum illa habet, quod uti per illam usucapio, ita per hanc traditio rescindatur, atque ita utraque contra jus civile detur. Quod ego verissimum puto: & Theophilum arbitror, qui Paulianam hic nominat, sed eam in rem esse dicit, deceptum à Triboniano inconsiderate, & tantum ob similitudinem, quam dixi, hanc etiam explicante inter actiones in rem. Etenim 2 in rem eam non esse, primum ex eo evincitur, quod creditores non vendicant, aut intendunt, rem suam esse, ut in actionibus superioribus: sed ajunt, rem in bonis debitoris mansisse, quorum possessio eis data est. Deinde ex eo quoque, quoniam cum actionis in rem proprium sit, ut sequatur ejus rei possessorem, quamvis cum actore nihil contraxerit, aut nihil in eum deliquerit; si quis autem non possidet, non teneatur, l. actionum. 25. de oblig. & act. utrumque contra est in actione Pauliana: nam & is, qui possidet, quod in fraudem creditorum alienatum est, hac actione non tenetur, nisi & fraudis particeps fuerit, aut rem ex lucrativa causa acceperit, l. 1. l. i. qui. 9. & l. seq. hoc tit. l. pen. C. eod. ut hic non sola possessio, sed aliud factum possessoris spectetur. Et è converso, qui non possidet, nec dolo malo desit possidere, tenetur. Datur enim hæc actio non solum hæredi, sed etiam in hæredem similesque personas, & qua tales, d. l. 10. §. ultim. quod non minus, quam prius illud, à natura actionis in rem abhor-

ret, quæ rem semper sequitur, & propter rem ejus possessorem, l. 2. C. si un. ex plur. hered. Cum itaque in rem non sit, relinquatur, ut sit in personam, §. 1. sup. eod. d. l. actionum. de oblig. & act. Et hoc verum esse vel ex hoc uno intelligimus, quod hæc eadem actio in factum passim appellatur, d. l. 10. l. 14. hoc tit. l. pen. C. eod. quo nomine quæ appellantur, omnes in personam sunt, vid. Bachov. disp. 3. de action. thes. ult. Accedit exemplum actionis Favianæ, quam non in rem, sed in personam esse disertè testatur Ulp. l. 1. §. hæc actio. 26. si quid in fraud. patron. Erit igitur & Pauliana in personam; cum utraque ex eadem causa detur; Faviana, si quid in fraudem patroni; Pauliana, si quid in fraudem creditorum alienatum sit. Sed quid verbis opus est? Jurisconsultus in l. videamus. 38. §. in Faviana. 4. de usur. palam inter actiones, quæ in personam sunt etiam Paulianam numerat. Nam cum initio proposuisset videndum, quando in actionibus in personam etiam fructus veniant, mox variis ejus generis exemplis adductis inter cæteras in personam actiones Paulianam quoque, per quam quæ in fraudem creditorum alienata sunt, revocantur d. §. 4. recenset, & quidem conjunctim cum Faviana, quam in personam esse constat. At inquires, si Pauliana in personam est, erit etiam ex obligatione, §. 1. sup. eod. Unde ergo obligatio? Ex maleficio, inquam, & ejus nimirum, cum quo agitur, sive is fraudis particeps fuit, sive non fuit. Nam & qui ab initio dolo caret, improbè facit, si, postquam cognovit, rem in fraudem creditorum alienatam esse, eam tamen, & tantum lucri sui causa, retinere tentet, per l. metum. 9. §. ult. l. item si. 14. §. 3. quod met. caus. Frustra se fatigat Bachov. hic & disp. 3. de act. thes. pen. dum probare conatur, actionem Paulianam in rem actionem esse: add. Don. hic. num. 3. & seqq. Ant. Fab. 26. conj. 16. Illud hic notandum est, quod actio Pauliana competat, sive quid alienatum sit in fraudem creditorum, antequam creditores in bona mitterentur; sive alienatio facta sit, postquam jam in possessionem bonorum debitoris missi sunt, quorum quidem prius negat D. Joan Deckher. 1. diff. 10. n. 27. Sed perspicuè refellitur per l. 15. & l. 17. §. 1. hoc tit. Posteriore autem casu evenire potest, ut etiam in rem actio creditoribus competat pignoris persequendi gratia. Nam si creditores in possessionem jussu magistratus missi etiam in possessionem venerint, constituitur creditoribus in bonis debitoris pignus, quod in usu juris dicitur prætorium, l. non est mirum. 26. §. 1. de pign. act. l. ult. C. de prat. pign. cujus pignoris, si creditor fortè possessionem amiserit, persequendi causa actionem in rem & olim habuit, & nunc habet: olim certo jure, si possessionem sine culpa sua casu aliquo amississet; nunc etiam, etsi culpa sua possessione cecidit, d. l. ult. C. de prat. pign. Verum hæc actio huc non pertinet, ut putat D. Donellus; quæpe qua agenti necesse non est dicere non in bonis debitoris mansisse: nam alienatio non extinguit jus pignoris, l. distracta. 14. & l. seq. C. de pign. Sed neque species est Paulianæ, ut quidam putaverunt, quia datur adversus quemcumque possessorem: sed est species quasi Servianæ seu hypothecariæ, per d. l. ult. C. de prat. pign. & arg. l. 9. hoc tit. nam in casu illic proposito possessionem jure pignoris avocantem secundus emptor non excluderet, cum tamen excludat agentem Pauliana.

*In fraudem creditorum*] Ut hæc actio ex edicto competat, requiritur, ut quid alienatum sit in fraudem creditorum. In fraudem autem alienatum hic accipimus, si & animum fraudandi debitor, & eventum fraus habuerit; nam si alterutrum desit, & vel propositum fraudandi nullum fuerit, quod putaverit debitor, se solvendo esse, vel creditores re ipsa & eventu fraudati non sint, huic actioni non est locus, l. ait prator. 10. §. 1. l. si quis. 15. hoc tit. Hoc amplius cessat hæc actio & revocatio, nisi & is, qui accipit, fraudis conscius fuerit, l. 1. l. 6. §. hoc edictum. 8. d. l. ait prator. §. 2. eod. Cæterum hoc sic acceptum est, si quis rem accepit ex causa onerosa: nam in causis lucrativis placuit detrahi mentionem scientiæ, & hæc utique in eum, qui fraudem ignorans accepit, actionem dari, quatenus locupletior factus est, l. 6. §. simili modo. 11. eod. l. pen. C. eod. Plane, qui debitam pecuniam recepit antequam bona debitoris possiderentur, quantumvis non ignorans, eum solvendo non esse, in hoc edicto non incidit; quia sibi vigilavit, d. l. 6. §. apud Labeonem. 6. & seqq. Porro quando & quatenus solutum uni ex creditoribus ab aliis potiori vel æquali jure nitentibus revocari possit, & de sententia l. pen. hoc tit. l. 6. §. 2. Zerob. auct. jud. poss. aliarumque eodem pertinentium, vid. Barr. in d. l. pen. Pot. Fab. ad l. generaliter. 78. de reg. jur. Ant. Fab. 2. conf. 14. Gail. 1. obs. 25. n. 14. & seqq.

*Alicui tradiderit*] Edictum generalibus verbis conceptum est, *Qua fraudationis causa gesta erunt, &c.* quæ verba latissimè patent, continentque quicumque quocumque modo fraudis causa factum est. Itaque qualemque id fuerit, hac in factum actione revocatur, sive rem alienaverit debitor, puta vendiderit, donaverit, pro derelicto habuerit, usucapi passus sit, usum fructum aut servitutum non utendo amiserit; sive acceptilatione aut pacto debitorem liberaverit, aut data opera ad iudicium non adfuerit, vel litem mori passus sit, vel à debitore non petiit, ut tempore liberaretur. Sed & si pignora liberavit, vel quem alium in fraudem creditorum præposuit, vel ei exceptionem præbuit, aut se obligavit fraudandorum creditorum causa, vel quocumque denique modo aliquid fecit, ut desineret habere, quod habebat, ad hoc edictum pertinet, l. 1. cum 4. seqq. l. 10. §. si cum. 12. & seqq. l. 14. & passim deinceps, hoc tit. Plane ille in ea causa non est, ut edicto locum faciat, qui id agit, ne acquirat, quod acquirere potest, puta qui legatum aut hæreditatem sibi delatam repudiat: nam edictum ad eos pertinet, qui quid de bonis suis deminuant, non qui id agunt, ne locupletentur, l. 6. pr. §. 1. & aliquot seqq. eod. l. non fraudantur. 134. de reg. jur. fac. l. 5. §. 13. & seqq. de don. int. vir. & ux. D. Dioid. Tuldem. in C. hoc tit. num. 4. Late & eleganter D. Wessemb. conf. 17. n. 42. & seqq. Atque hinc est, quod nec suus hæres se abstinens edicto locum facit, l. 3. C. hoc tit. multoque minus præteritus aut exheredatus, qui non queritur de inofficioso, aut non agit ad supplementum legitimæ, per l. 1. §. sed si. 8. si quid in fraud. patr. An ad legitimam petendam filius cogi possit, dubitatur: sed verius esse compelli non posse, arg. d. l. 6. §. 2. l. patrem. 19. hoc tit. d. l. 1. §. sed si. 8. si quid in fraud. patr. Jo. Gutier. in repet. cap. quamvis. 2. de pact. in. 6. n. 24.

*Bonus ejus possessis*] Id est, postquam creditores à magistratu in possessionem bonorum debitoris missi sunt. Nam



7 Nam hæc actio demum competit post possessionem, excuſſionem & diſtractionem bonorum; nec aliter, quam ſi ex bonis diſtractis creditoribus ſatisfieri nequeat, l. pen. C. hoc tit. de quo fuſe Schmid. n. 59. & ſeqq. Sententiam hujus loci corrumpit D. Joan. Deckherus ubi ſupra. Nam vitioſè planè & per fallaciam compositionis & diſiſionis hæc textus verba bonis ejus poſſeſſis, ita accepit, ac ſi ſignificaret, pro iis demum bonis revocandis hæc actionem competere, quæ debitor alienavit, poſtquam jam bona poſſeſſa erant, & hinc probat, Paulianam non competere de rebus ante miſſionem in bona alienatis. Perperam inquam, quoniam verba iſta non ad tempus factæ alienationis, ſed intentandæ hujus actionis referenda ſunt: per l. ſiquis. 15. l. omnes. 17. §. 1. hoc tit. junct. l. pen. C. eod.

[Ipsſi creditoribus] Plerumque curator bonorum hic conſtitui ſolet, ſis. de cur. bon. dand. cui tum hæc actio exercenda datur, l. 1. hoc tit.

8 Reſiſſa traditione] Sic intelligo, ut §. præc. dictum eſt, vi ipſa reſtitutionis in integrum & judicii conſtituti. Reſcinduntur autem hæc in factum actione & in priſtinum ſtatum reſtituuntur omnia, quæ in fraudem creditorum facta ſunt, perinde ac ſi nihil eorum factum eſſet. Itaque non dominia ſolum revocantur & res ipſæ, verum etiam obligationes, actiones, fructus, acceſſiones, cæteraque commoda reſtituuntur, quæ creditores habuiſſent, ſi nulla alienatio aut liberatio interveniſſet, l. 1. §. 1. l. ait prætor. 10. §. per hæc. 19. & 3. ſeqq. l. hæc in factum. 14. l. omnes. 17. l. ult. §. non ſolum. 4. hoc tit. l. videamus. §. in Faviana. 4. de uſur.

9 Dicere, traditam non eſſe] Non diſertè ac nominatim, quaſi his ipſis verbis formula intentionis concipienda: ſed dicere & intendere effectu & rebus ipſis, ut in actionibus ſuperioribus. Sicenim hic agunt creditores, quaſi revera res nunquam tradita ſit. Adverſus quos hæc actio detur, ſatis ex iis, quæ ſuperius dicta ſunt, intelligitur. Ex ſententia Venuleji etiam adverſus ipſum fraudatorem datur, l. ult. §. ult. hoc tit. Datur intra annum, l. 1. l. 10. eod. nimirum quia velut ſuperior illa contra jus civile introducta eſt, vel quia naturam actionis poenalis habet. Poſt annum tamen de eo adhuc competit, quod ad eum pervenit, adverſus quem actio movetur, d. l. 10. §. pen. Annum intelligimus utilem, quo primum experiendi poteſtas fuit, d. l. 10. in præ. Itaque annus hujus actionis computabitur ex die venditionis bonorum, factæ ſcilicet à creditoribus decreto magiſtratus, l. 6. §. ult. d. l. 10. §. annus. 18. eod. Ante enim agi non poteſt, & non valenti agere præſcriptio non currit, l. 1. §. ult. C. de annal. exc. Joan. Fab. n. 17. Mynſ. n. 63. Schmid. n. 83. Inconſiderate igitur nonnulli textus iſtos retulerunt ad diem alienationis factæ à debitore, inter quos & D. Weſemb. par. hoc tit. num. 12.

TEXTUS.

De Serviana & quaſi Serviana, ſeu hypothecaria.

7. Item Serviana & quaſi Serviana (qua etiam hypothecaria vocatur) ex ipſius prætoris jurisdictione ſubſtantiam capiunt. Serviana autem experitur quis de rebus coloni, qua pignoris jure pro

mercedibus fundi ei tenentur. Quaſi Serviana autem eſt, qua creditores pignora hypothecaſve perſequuntur. Inter pignus autem & hypothecam (quantum ad actionem hypothecariam attinet) nihil intereſt: nam de qua re inter creditorem & debitorem convenerit, ut ſit pro debito obligata, utraque hæc appellatione continetur. Sed in aliis differentia eſt. Nam pignoris appellatione eam proprie rem contineri dicimus, qua ſimul etiam traditur creditori, maxime ſi mobilis ſit. At eam, qua ſine traditione nuda conventionione tenetur, proprie hypotheca appellatione contineri dicimus.

NOTÆ.

7. Qua pignoris jure] Scil. tum ea, de quibus nominatim convenit, ut pro mercede fundi eſſent obligata, §. 3. in fin. inf. de interd. tum fructus in fundo conducto natiſcentes; quæ tacitè intelliguntur pignori eſſe domino fundi, l. 7. in quib. cauſ. pign. tac. In prædiis quidem urbanis eo jure utimur, ut etiam inveſta & illata ab inquilino citra conventionem pignori ſint: in ruſticis autem prædiis contra obſervatur, l. 4. d. r. l. 4. de pact. Quæ ſimul traditur, &c.] l. 9. §. 2. de pign. act. l. 238. §. 1. de verb. ſign. quam differentiam etiam Græci ponunt inter *πίστη* & *ὑποθήκη*.

COMMENTARIUS.

1. Cauſa introducenda actionis hypothecaria.
2. Qualis ſit hæc actio, quibus, adverſus quos, quo exitu detur.
3. Quarum rerum probatio creditori pignus perſequenti incumbat.
4. Neceſſe non eſſe ut creditor probet, rem in dominio debitoris fuiſſe, dummodo probet fuiſſe in bonis ejus.
5. Differentia juris veteris & novi circa hæc actionem, quando alius, quam debitor, pignus poſſidet: tum quid hic juris apud Batarvos.
6. Nomina Serviana & quaſi Serviana unde: Hypothecaria nomen commune: differt à pignoratitia.
7. Ediſtum quibus verbis à Servio conceptum.
8. Quares coloni pro mercede pignoris jure teneantur.
9. Inveſta & illata in prædium urbanum tacitè pignori eſſe: in ruſticum importata pignori non eſſe, niſi id expreſſe convenerit.
10. Actioni hypothecaria locum eſſe in omni genere pignoris. Conſtitutio Caroli V. ann. 1529.
11. Inter pignus & hypothecam nihil intereſſe, quantum ad actionem hypothecariam: niſi forte in eo, quod cautum Nov. 4. c. 2.
12. Inter pignus & hypothecam quid proprie inſerſit ſecundum uſum juris. Veteres pro hypotheca verbo Latino fiducia uſos videri.

AD extremum proponitur hic actio in rem de pignore, quæ item jure honorario utilitatis cauſa comparata eſt, l. ſi tibi. 17. §. 2. de pact. Nam jure civili nulla actione conſulebatur iis, quibus res debitorum obligatæ erant, cum poſſeſſio earum apud alium eſſe cœpiſſet. Hoc igitur cum prætori Servio durum videretur, ipſe

ipse actionem de pignore seu hypotheca quibusdam in causis introduxit, quæ postmodum eadem æquitate suadente prudentum interpretatione producta est etiam ad alias causas & species pignoris. Actio hæc in rem est, *l. pignoris. 17. de pign. l. pignoris. 18. C. eod.* constituta creditoribus pignoris persequendi causa, ut hic declaratur. Unde intelligimus, competere eam adversus omnes, qui pignus possident, aut dolo malo possidere desierunt, *l. si fundus. 16. §. 1. in vindicatione. 3. de pign.* Exitus actionis hic, ut qui convenitur, necesse habeat, aut creditoribus agentibus solvere, aut rem, de qua agitur, restituere: alioqui quanti ea res est, condemnatur, *d. l. si fundus. §. 3.* Duo autem creditori pignus persequenti probanda sunt. 1. se jus pignoris in re, de qua agitur, habere. 2. possessionem ejus rei esse penes eum, qui convenitur. Ad primum quod attinet, si creditor cum ipso debitore experiatur, sufficit ei ad fundandum jus pignoris probare, quod debitor possideat: quoniam inter contrahentes ipsos etiam alienæ rei pignus consistit, neque debitor quæstionem dominii referre potest, per *l. in rem alienam. 41. in fin. de pign. act.* Si vero agatur contra tertium possessorem, probandum est, rem in bonis debitoris fuisse; aut in casu generalis hypothecæ, postea ad eum pervenisse, *l. & qua nondum. 15. §. 1. de pign.* Nec interest, possessor causam habeat, an non habeat; & cum habet, utrum lucrativa sit, an onerosa. Nam jus pignoris non fundatur, nisi res fuerit in bonis debitoris: cumque hypotheca propriè titulum non præbet, & creditor jure debitoris nitatur, oportet creditorem potentiori jure munitum esse, quam possessorem. Illud probare necesse non est, debitorem rei dominum fuisse, sed quemadmodum dixi, fuisse in ejus bonis, seu justo titulo & bona fide ab eo possessam: quoniam pro probato succumberet possessor debitorum agente Publiciana, eo probato etiam succumbere debet creditore agente hypothecaria, arg. *l. si ab eo. 18. de pign.* Hæc fœlius tractantur à *Fab. Angel. Jus. Zas. Schneid. ad hunc §. Cyn. & Salic. ad l. cum res. C. si res alien. pign. Negus. de pign. 8. memb. 3. n. 6. & seqq.* Secundum expeditum est; quippe hoc omnium actionum in rem est proprium, ut eo tempore, quo moventur, ad litem fundandam reum possidere oporteat. Olim si alius, quam debitor, pignus possidebat, non tenebatur creditor ipsum prius debitorem personali actione convenire, & sic deinde illo non solvente demum pignus à possessore persequi: sed in arbitrio creditoris erat, adversus utrum prius experiretur, *l. distractus. 14. l. persequendo. 24. C. de pignor. l. ult. C. de obl. & act.* Tantum hoc requirebatur, ut si debitor præsens esset, prius denuntiationibus conveniretur, id est, legitime interpellaretur, ut solveret, actum illo non solvente ad possessorem pignoris veniretur, *l. 10. C. d. tit.* Justinianus autem à creditoribus plus exegit, constituit enim, ut si debitores præsentibus sint, non tantum denuntiationibus conveniantur, sed etiam judicio, nec prius ad pignorum possessores perveniatur, quam excussis debitoris, & fidejussorum, si qui sint, facultatibus. *Nov. 4. c. 2. unde auth. sed hodie. C. de obl. & act. & auth. hoc si debitor. C. de pign.* Id jam olim in fisco pignus legale vindicante humanitatis causa placuerat, *l. Moschis. 47. de jure fsc.* ad cuius exemplum in conventionali pignore idem cavisse videtur Justinianus. Quod si debitor aut hæresejus pi-

gnus possideat, tum adhuc nullus ordo servatur, & liberum etiamnum creditori est, omissa actione personali pignus persequi. *d. Nov. 4. c. 3. vers. contra principales. l. persequendo. junct. pr. auth. seq. hoc si debitor. C. de pign.* & secundum hoc sæpe à supremis Curiis judicatum testatur *Christin. vol. 4. decis. 151. n. 9. & seq.* Apud nos jus vetus reductum placito anni 1564. quo expressè derogatur *d. Nov. 4. cap. 2. & d. auth. hoc si debitor.* Potest itaque hodie creditor vi istius placiti statim tertium possessorem convenire, & pignus persequi, omisso debitore principali ejusque fidejussoribus, nec prius facultates eorum excutere tenetur, *vid. dec. 4. Cur. Holland.*

*Serviana & quasi Serviana, qua etiam hypothecaria* ] Duplex igitur de pignore in rem actio est Serviana, dicta ab auctore eadem analogia, qua Publiciana; & quasi Serviana, sic dicta, quia ad exemplum Servianæ introducta est; unde & utilis Serviana dicitur, *l. 1. in pr. & §. 2. de pign. l. 1. C. de precar.* Hæc eadem, ut hic traditur, etiam hypothecaria appellatur, à re scilicet & nomine communi: quod nomen etiam Servianæ competit: sed cum hæc nomen proprium haberet, illa, quod commune est, sibi proprium fecit. Nonnunquam tamen appellatione Servianæ & quasi Serviana seu hypothecaria omnis significatur, *l. 3. l. si ab eo. 18. de pign. l. si creditor. 28. de pign. action. l. ult. C. de oblig. & act.* Ab actione hypothecaria toto genere differt actio, quæ pigneratitia propriè dicitur, utpote quæ non in rem, sed in personam est, nec creditori competit, sed debitori adversus ipsum creditorem, ex contractu obligatum ad pignus, quod accepit, soluto debito restituendum; de qua *l. 1. C. de pign. act. §. ult. supr. quib. mod. re const. obl.* Abusivè tamen veteres quandoque hypothecariam quoque pigneratitiam vocant, ut observare licet *l. 9. in fin. quib. mod. pign. solv. l. rem alienam. 41. de pign. act. l. 3. §. 3. ad exhib. l. 13. de cond. ind. l. duobus. 19. de exc. rei jud. & aliis locis: vid. nostra ad d. §. ult.*

*Ex prætoris jurisdictione* ] Atqui quasi Serviana à prætore introducta non est, sed Jurisconsultorum ingeniis excogitata & instituta ad exemplum ejus, quæ à prætore comparata & in edicto proposita fuit. Respondemus, etiam eas actiones, quæ ad imitationem edicti à prudentibus compositæ sunt, prætorias censerì, propterea quod causam & initium à jurisdictione prætoris acceperunt.

*De rebus coloni* ] Dubium non est, quin ea actio de pignore, quæ verbis edicti proposita fuit, Serviana propriè vocetur. Unde existimare licet, prætorem nominatim tantum de rebus colonorum, pro mercede locationis obligatis, locutum, edictumque ad hunc modum conceptum fuisse; *Quod à colonis oppigneratum mercedis causa ad alterum pervenerit, ejus rei creditoribus actionem dabo.* De rebus inquilini similiter obligatis actio verbis edicti proposita non fuit: itaque cum de his rebus agimus, non propriè Serviana experimur, sed quasi Serviana, quæ est ex edicti productione.

*Qua pignoris jure pro mercedibus* ] Relativum quæ hic non demonstrat; sed distinguit: quippe hac adjectione non illud significatur, res omnes coloni pro mercede fundi locatori esse obligatas, sed de his, quæ obligatæ sunt, Servianam competere. Jam autem constat, non omnes res coloni pro mercede pignoris jure teneri; sed primum fructus in fundo conducto nascentes; qui quidem

dem etiam tacite citra ullam conventionem pignori esse intelliguntur, l. 7. in quib. caus. pign. tac. l. 3. C. eod. Deinde ea, & sola, de quibus nominatim convenit, ut pignori essent, §. adipiscenda. 3. in fin. inf. de interd. nam nec invecta, inducta, aut illata in prædium rusticum, aliter pignori sunt fundi domino, quam si expressa conventio intercesserit, l. 4. & d. l. 7. d. tit. l. 5. C. eod. Qua in re distat conductio prædii urbani à conductio rustici: nam in urbanum prædium illata placet pignori esse locatori, etiamsi nihil nominatim conveniret, l. 4. de pact. & d. l. 4. in quib. caus. pign. tac. Cujus differentix ratio si queratur, ea sumenda est ex moribus populi Romani. Solebant in prædiis rusticis nata pro mercede obligari, in urbanis invecta, l. si servus. 61. §. locavi. 8. de furt. quod autem erat in more positum, ut alias sæpe, in jus paulatim transiit, & pro dicto habitum est, sicubi dictum non esset. Scio, veteres interpretes aliter sentire, atque arbitrari, etiam in inductis atque illatis in prædium rusticum tacite sine citra pactioem expressam pignus pro mercede constitui, si modo voluntate seu scientia domini illata sint, quod nec ipsum in illatis in urbanum prædium exigatur. Laudant in hanc sententiam constitutionem Alexandri, quæ extat in l. 5. C. de locat. Sed merito hæc sententia à recentioribus rejecta est, nihilque eam juvat d. Alexandri constitutio, qua sola nititur. Nam voluntatis nomine in ea constitutio adsignificatur expressa conventio, quemadmodum etiam in l. Pomponius. 5. §. 1. in quib. ca. pign. tac. Quorsum enim exigamus, ut voluntate domini illata sint, nisi, simul ut pignori essent, pactio aliqua inter eum & colonum interposita fuerit? Sed & voluntate domini illata si recte accipi possunt, si dominus locaverit fundum hac lege, ut aliqua in eum fundum inferrentur. Qui autem hanc legem locationi dixit, vi ipsa & per consequentiam pactus esse intelligitur, ut quæ ex pactioe importarentur, pignoris loco teneantur. Ita ferme *Coman. 4. comm. 16. Fort. Garz. ad d. l. 5. Duar. Cujac. ad l. 4. de pact. Don. de pign. c. 4. Bach. 1. de pign. c. 11. D. Tuden. in tit. C. in quib. ca. pign. tac. n. 3. Christ. vol. 3. dec. 110. & vol. 4. dec. 155.*

10 *Qua creditores pignora persequuntur* ] Quasi Serviana seu hypothecaria datur de reliquis rebus pignori obligatis: & in quovis genere pignoris locum habet. Itaque competit non tantum de pignore conventionali, sed etiam de legali: quale verbi causa habent pupilli & adolescentes in bonis tutorum & curatorum, l. pro officio. 20. C. de adm. tut. fiscus in bonis debitorum fisci, l. 1. l. 2. C. in quib. ca. pign. tac. uxor in rebus mariti in causa dotis, l. un. §. 1. C. de rei ux. act. legatarii in rebus hæreditariis, l. 1. C. comm. de legat. item de pignore prætorio & judiciali, l. 2. C. de prat. pign. item de eo, quod testamento constitutum est, l. non est mirum. 26. de pign. act. denique & de pignore tacito, l. 4. l. 7. in quib. ca. pign. tac. l. 4. de pact.

*Inter pignus & hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam* ] Inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differt, ait Marcian. l. 5. §. 1. de pign. id est, diverso & discrepante sono idem significant. Addit hic Imp. quantum ad actionem hypothecariam attinet, quod etiam sensit Marcianum arguit inscriptio d. l. 5. quæ est, ad formulam hypothecariam. Quorsum hæc restrictio pertineat, mox indicatur.

*Inter creditorem & debitorem convovis* ] Additum hoc exempli causa; multa enim sunt genera pignorum, quæ constituuntur sine conventionem, ut jam intelleximus. In conventionali pignore hoc jure in toto Belgio utimur, ut nullum prædium speciali hypotheca afficiat, nisi coram magistratu & iudice, sub cujus jurisdictione situm, pignus constituitur scriptura in fidem rei gestæ confecta, juxta placitum Caroli Quinti ann. 1529. *Jo. Deckber. lib. 1. diff. 10. n. 34. add. art. 35. Ordin. Polit. aut si feudale sit prædium, coram Paribus Curie, Neostad. de feud. c. ult. n. 26. Grot. lib. 2. introd. c. 42.* Plane ad constituendam generalem hypothecam sufficit, coram quovis hujus regionis iudice bona sua apud acta publica obligasse, d. art. 35. *Grot. d. lib. 2. c. 48.*

*Utraque hac appellatione continetur* ] Sensus est, Quæcunque res sit, sive mobilis, sive immobilis, sive tradita, sive non tradita, quæ pro debito obligata est, ea utroque hoc nomine, pignoris videlicet & hypothecæ, promiscuè in actione hypothecaria designari solet. Quippe quæ actio, & si quod commodum ei adhæret, 12 creditori competit, tam pro pignore propriè dicto, cujus scilicet amissa sit possessio, quam pro hypotheca; ita ut effectu juris non differant. Et hoc dictum est ab Ulpiano, pignus contrahi non sola traditione, sed etiam nuda conventionem, etsi traditum non est, l. 1. de pign. act. Sane quod novissimo jure constitutum est, ut debitor prius conveniatur & facultates ejus excutiantur, & sic demum, si repertum sit, debitorem non esse solvendo, ad pignoris possessionem perveniatur; *Nov. 4. cap. 2.* id plerique putant tantum locum habere in hypotheca, non in pignore propriè dicto, cujus scilicet possessio ab initio ex conventionem penes creditorem fuit, & postea fortè amissa: sed hoc casu adhuc statim & recta possessionem pignoris avocari posse: quæ sententia non caret ratione. *Neguf. de pign. part. 8. memb. 1. n. 18.*

*Pignori appellatione eam propriè rem, &c.* ] Si significationem & proprietatem verborum spectamus, aut potius usum juris, inter pignus & hypothecam hoc interest, quod pignus propriè dicitur, cum simul res traditur creditori, Græcis *εὐπηγῆ*, & præsertim si sit mobilis: hypotheca autem cum res sine traditione nuda conventionem obligationi subjicitur. In pignore id nostris fumpserunt à notatione & origine verbi, utpote quod dictum sit à pugno, ut sit res, quæ traditur manu, ac velut pugno: l. plebs. 238. §. 1. de verb. sign. Unde maxime id dicitur de re mobili, in quam solam cadit, ut manu capiatur: sed propter traditionem translatum ad res omnes etiam immobiles, quarum possessio itidem creditori tradita sit. Hypotheca autem verbum Græcum est, quod posterior ætas usu Latinum fecit, dictum *ὑποθήκη*, quod est *supponere*, id est, pignori opponere, *fiduciare*: ut appareat, verbum generale esse, eoque significari utramque speciem rerum pignori oppositarum, tam quæ traditæ sunt, quam quæ non sunt traditæ. Sed quod in aliis innumeris accidit, ut modo generis, modo speciei ei generi subjectæ significationem habeant, id etiam fit in verbo hypothecæ; quod cum per se generale sit, tamen plerumque ad certam speciem contrahitur, ut ea appellationem intelligatur species pignori contraria, id est, res, quæ sine traditione nuda conventionem tenetur, & maxime immobili-

illis: idque intelligi necesse est, quoties hypotheca à pignore distinguitur. Hæc verborum differentia etiam traditur in *l. si rem. 9. §. proprie. 2. de pign. act.* Veteres Consulti verbo *hypotheca* usi non videntur, sed Latino *fiducia*. Cujus rei argumentum est, quod in iis, quæ manum Triboniani elapsa ad nos pervenerunt, ubi de materia pignoris agitur, nusquam nomen hypothecæ occurrit, sed *fiduciæ* duntaxat, ut videre est apud Paulum in libris *receptorum sententiarum, lib. 1. tit. 9. lib. 2. tit. 5. lib. 3. tit. 6. de legat. lib. 5. tit. 26. in fin.* sicut nec actionis hypothecariæ ullibi in his mentio extat, sed *fiduciariæ*, *judicii* & *actionis fiduciæ* tantum: ut apud eundem Paul. *d. lib. 2. tit. 13.* Modestinus apud Licinium Ruffinum in *collat. leg. Mosai. & Rom. tit. de depof. Sed & in cæteris quoque partibus juris ista regula (de culpa præstanda) custoditur: sic enim & in fiducia judicio, & in actione rei uxoria & dolo & culpa deducitur, &c. Papinianus apud eundem *tit. de atroc. injur. Per hominem liberum noxa deditum si tantum acquisitum sit, quantum damnum dedit, manumittere cogendus est à Prætoro, qui noxa deditum accepit, sed fiducia judicio non tenetur.* Fuit vero & hoc ipsum *fiduciæ* verbum generale, eoque tam *pignus*, id est, *ἐπίτροπον*, quam *καρτοχρησισ* significabatur. Cic. in *Topic. Si tutor fidem præstare debet, si socius, si cui mandarius, si qui fiduciam accepit, debet & Procurator.* Paul. *d. tit. 13. Debitor distractis fiduciis à creditore de superfluo adversus eum habet actionem.* Sed usus item speciale fecerat contraxeratque ad obligationem immobilium. Paul. *de lib. 2. tit. de modo, id est, spatio: Hæredibus debitoris adversus creditorem, qui pignora vel fiducias distraxit, nulla actio datur, &c.* Idem alibi: *Rem legatam testator si postea pignori vel fiducia dederit, &c.* id est, pignori vel hypothecæ. Hæc & Clariff. Salmat. *lib. de mod. usur. c. 14.**

## TEXTUS.

## De actionibus Prætoris personalibus.

8. *In personam quoque actiones ex sua jurisdictione propositas habet prætor, veluti de pecunia constituta: cui similis videbatur receptitia. Sed ex nostra constitutione (cum & si quid plenius habebat, hoc in actionem pecunia constituta transfusum est) & ea quasi supervacua iussa est cum sua auctoritate à nostris legibus recedere. Item prætor proposuit actionem de peculio servorum, filiorumque familiarum; & eam, ex qua quaritur, an actor juraverit; & alias complures.*

## NOTA.

8. *Receptitia* ] Hæc actio civilis erat verbis solemnibus composita, & tantum in argentarios dabatur; cæterum de re quacumque etiam ante non debita: actio autem constitutoria, quæ honoraria est, dabatur contra omnes quidem, qui constituisent; sed tantum de rebus, quæ pondere, numero, mensura constant; & non nisi debito constituto, *l. 2. C. de const. pec. add. Salmat. de mod. usur. cap. 16.*

*In actionem pecunia constituta* ] Actionis receptitiæ vis omnis à Justiniano transfusa est in constitutoriam, excepto eo, quod non constituitur nisi debitum, etsi recipiebatur & non debitum, *d. l. 2.*

## COMMENTARIUS.

1. *Recipere quid: actio receptitia.*

2. *Actionis receptitiæ & constitutoria discrimina: & præcipua causa.*

**H**Actenus actiones prætoris in rem: subjiciuntur deinceps, ut erat propositum, ejusdem originis actiones in personam. Actionum prætoriarum in personam quædam velut ex contractu & negotio gesto proficiuntur, quædam ex maleficio, aut quasi ex maleficio: ac utriusque generis multæ & variæ sunt species causis efficientibus proximis distinctæ: neque enim hoc loco omnes, sed paucæ tantum proponuntur, exempli videlicet gratia: ac primum velut ex contractu hætres, de constituta pecunia, de peculio, ex jurejurando.

*Cui similis videbatur receptitia* ] Actioni de pecunia constituta similis fuit vetus actio receptitia, sic dicta à verbo *recipere*, quod inter alia significat in se aliquid suscipere & polliceri: nam passim apud Classicos auctores invenies, *recipere in se, ad se*, & simpliciter *recipere*, dictum pro aliquid facturum promittere; & videtur majorem etiam vim hoc verbum habuisse, quam *promittere*: Cicero Licinio Crasso; *Velim existimes, mea ea, qua tibi promitto, ac recipio, sanctissima esse observaturum.* Hæc autem receptitia actio tantum ad trapezitas sive mensarios aut argentarios pertinebat, apud quos, ut tum moris erat, pecuniæ & res civium Romanorum deponerentur. Itaque si mensarius citra stipulationem recepisset, se certo die soluturum, quod hic vel ille apud se deposuisset, hoc conventionis genus receptum dicebatur, & actio, quæ ex ea re competeat, receptitia sive pecuniæ receptæ.

*Nostra constitutione* ] Extat in *l. 2. C. de const. pec.* Quantum autem ex hac constitutione Justiniani intelligere licet, hæc inter actionem receptitiam & constitutoriam discrimina fuerunt: illa civilis erat, verbis solennibus composita, hæc prætoris: illa tantum contra argentarios dabatur, hæc contra omnes, qui constituisent: in illam etiam veniebat, quod non erat debitum, in hanc non nisi debitum: illa in quibuscunque rebus, hæc in iis tantum, quæ pondere, numero, mensura constant, locum habebat, in quibus & consistebat mutuum. Cujus differentia hanc fuisse causam putat eruditissimus Salmastius *lib. de mod. usur. cap. 16.* quod olim mensarii auctionibus præerant, pretia rerum venditarum colligebant, ac redigebant: apud eos cujusque generis res deponerentur, quia publicæ fidei erant quasi fœquestres. Idcirco & promittebant, se soluturos aut reddituros pro aliis res quascunque mobiles vel immobiles. Cæterum Justinianus sublata receptitia, unam esse voluit actionem adversus omnes constituentes, & de omnibus rebus constitutis, eam, quæ de pecunia constituta appellatur, quod & ad agendum esset commodior, & verbum *pecunia* omnibus rebus conveniret, *l. pecunia. 178. de verb. sign.*

*Si quid plenius* ] Hoc tamen excepto, quod non constituitur, nisi debitum, etsi olim in receptitiam veniebat & quod non fuerat debitum, *d. l. 2. C. de const. pecun.*

Et

*Et alias complures*] Cujusmodi sunt, quod jussu exercitoria, institutoria, tributoria, de in rem verso: quæ etiam explicantur *sic proximo*.

TEXTUS.

De constituta pecunia.

9. *De constituta autem pecunia cum omnibus agitur, quicumque vel pro se, vel pro alio solutores se constituerint; nulla scilicet stipulatione interposita. Nam alioqui si stipulanti promiserint, jure civili tenentur.*

COMMENTARIUS.

1. *Actio de pecunia constituta introducta causa.*
2. *Singulare in hac actione.*
3. *Qui quibus ex causis hac actione teneantur.*
4. *Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo.*

**A**ctio de pecunia constituta edicto prætoris introducta est ex hac causa, si quis nudo pacto constituerit, se soluturum, quod ante debitum fuit, l. 1. §. 1. de *const. pec. l. 2. C. eod.* Ex hac causa jure civili actio non competit: quippe quo jure ex nuda conventionione, quantumvis geminata aut obligationis antecedentis confirmandæ gratia interposita, actio non datur. Prætor autem constituta ex consensu facta custodienda putavit, motus naturali æquitate: quoniam ut Ulpianus ait d. l. 1. in *pr. grave est fidem fallere*. Grave scilicet in hac specie maxime, ubi quod jam ex aliqua præcedenti causa debetur, nova conventionione stabilitur ac confirmatur: nam nisi debitum sit, quod constituitur, prætor actionem non dat. Illud in hac actione, ut singulare observandum est, quod ea edicto proponitur non statim, sed sub conditione, si appareat, cum, qui constituit, neque solvere, neque fecisse, neque per actorem stetitisse, quominus fieret, quod constitutum est, l. si duo. 16. §. 1. & seq. l. sed & si. 17. & l. seq. de *pec. constis.* Ex quo simul intelligimus non amitti actionem actori, si moram fecerit in accipiendo; quod ratio juris civilis non patitur; sed ei ab initio nec datam videri, si per eum steterit constituti die, quominus oblatum acciperet. Nimirum prætori novam actionem præter regulam juris inducendi visum est, eam sic proponere, ut quam mitissime cum reo ageretur, & quæcunque culpa posset actori in accipiendo objici, ne actio daretur.

**3** *Pro se vel pro alio*] Is solus actione constitutæ pecuniæ tenetur, qui quod ante debitum fuit, constituit, l. 1. §. 1. & passim deinceps, l. 5. §. 2. l. item illa. 18. §. 1. hoc *sic. de pec. const.* A quo autem debitum sit, utrum ab eo, qui constituit, an ab alio, nihil interest, d. l. 5. §. 2. l. 2. C. eod. Sed nec illud refert, qua ex causa, quoque jure debitum sit, dum aut utiliter peti possit, aut naturaliter debeatur, l. 1. §. debitum. 6. & deinceps. l. 3. §. 1. eod. Hoc amplius, etsi quis constituit alii, quam creditori, modo pecunia debita sit, valebit constitutum; nihil enim prætor adjecit, d. l. 5. §. 2. Postremo & aliud, quam quod debetur, constitui potest, & quod debetur, constitui citiore die, aut alio loco, quam quo dari oportet, d. l. 1. §. an potest. 5. l. 4. l. 5. in *pr. eod.* Id quod sub conditione debetur, sive pure sive in diem constituitur, eadem conditione suspenditur, ut existente con-

ditione valeat, deficiente utrumque pereat. Sed is, qui pure debet, si sub conditione constituat, in hunc esse utilem, id est, efficacem, actionem, Pomponius censuit, l. id quod. 19. *pr. & §. 1. eod.*

*Nulla stipulatione interposita*] Actioni constitutoria tunc locus est, cum quis nudo pacto se soluturum constituit. Nam si stipulatio intervenerit, actio honoraria non desideratur, cum sit civilis ex stipulatu. Illud sciendum est, constitutum priorem obligationem non innovare, sed ei accedere, eumque etiam, pro quo alius constituit, adhuc obligatum manere, l. ubi quis. 28. eod. Quæ species constituti multa habet cum fidejussione communia. Veluti quod liberato priore seu principali debitore, liberetur & pecuniæ constitutæ reus, l. in omnibus. 43. de *solus.* quod ei beneficium ordinis & executionis non minus, quam fidejussori tributum est. Nov. 4. cap. 1. & si plures sint pecuniæ pro alio constitutæ rei, quod his etiam competit beneficium divisionis, l. ult. C. hoc *sic.* Cæterum & in multis discrepant: nam constitutum nudo pacto perficitur, fidejussio stipulationem requirit: constitui potest etiam aliud, quam quod debetur, & alii, quam creditori; & quod ulteriore die debetur, constitui citiore. Quorum nihil admittit, fidejussio, ut docuimus *sup. de fidejuss. sub § fidejussores. 5.* quo loco etiam monuimus, hodiernis moribus constitutum à fidejussione vix discerni posse, sublata videlicet pacti & stipulationis differentia. Olim quoque apud Græcos, qui stipulationum firmamenta pactioibus suis non adhibebant, nullum hac in parte discrimen fuit inter ἀνθρώπων & ἐξ ἑἴκου communem.

TEXTUS.

De peculio.

10. *Actiones autem de peculio ideo adversus patrem dominumve comparavit prætor, quia licet ex contractu filiorum servorumve ipso jure non teneantur, æquum tamen est, peculio tenus (quod veluti patrimonium est filiorum filiarumque, item servorum) condemnari eos.*

NOTÆ.

10. *Ipso jure non teneantur*] Filiusfam. patrem civiliter non obligat, nec servus dominum, l. 8. de *resc. vend.* l. 8. §. ult. de *accept.*
- Veluti patrimonium*] l. 32. in *fin. pr. de pecul.* Peculium autem filiiam hic profectitium tantum accipimus, l. 18. in *fin. de castr. pec.* l. 6. & l. ult. C. de *ben. qualib.*

COMMENTARIUS.

1. *Causa introducenda actionis de peculio.*
2. *Hanc actionem non in rem, sed in personam esse.*
3. *An actio de peculio, qua adversus patrem datur, specie differat ab ea, qua tenetur filius.*
4. *Cujus peculii nomine pater ex contractu filii recte conveniatur.*
5. *Actione de peculio non consumi obligationem, qua cum filio aut servo contracta.*
6. *Ex delictu actionem de peculio non dari.*
7. *Causa, ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant.*

Z z z z 2

Etiam

**E** Tiam actiones, quæ de peculio ex contractu filii-  
fam. aut servi adversus patrem aut dominum dan-  
tur, sunt actiones in personam prætoriz. Nam jure ci-  
vili nemo ex alterius contractu obligatur, l. 1. C. ne ux.  
promarit. l. 1. C. ne fil. pro patr. l. pen. C. quod cum eo  
qui in al. pot. Sed prætori æquum visum est, ex contra-  
ctu servi aut filii patrem & dominum, ad quos emolu-  
mentum contractus pertinet, saltem hæctenus obligari,  
quatenus causa contrahendi, id est, peculium, filio aut  
servo concessum pateretur: ne scilicet qui bona fide cum  
servis & filiis contraherent, quos peculium habere sci-  
rent, circumvenirentur. Nam pater & dominus hoc  
ipso quod peculium filiis & servis concedunt, de eo se  
tacite obligare videntur, & simul servo & filio etiam  
res contrahendi pro modo & quantitate peculii concede-  
re, argum. l. 1. §. item. 5. de acquir. poss. l. 1. si à par.  
quis man. ut proinde qui cum servo aut filio contrahit,  
etiam domini & patris personam spectare, & eorum  
quoque fidem quodammodo sequi videatur. Porro ut  
hic locus ostendit, actio de peculio non est actio in rem,  
sed in personam. Quippe quæ non nascitur ex ullo jure,  
quod quis in re habet, sed ex obligatione, uti passim le-  
gimus dominum & patrem de peculio obligari. Obli-  
gantur autem non ex persona, sed ex persona servorum  
& filiorum, propter eam causam, quam modo allega-  
vimus. Plane in hac actio de peculio naturam actionum  
in rem imitatur, quod peculium ea sequitur, veluti si  
servus cum peculio alienatus sit, l. & ancillarum. 27.  
§. 2. de pecul. actionis enim in personam natura hæc est,  
ut semper adversus eundem locum habeat, l. actionum.  
25. de obl. & act. Cæterum hoc ideo placuit, quia præ-  
tor propter peculium dominum teneri voluit, & tan-  
tum peculio tenus.

[**Actioes**] Utitur numero multitudinis, quia tot sunt  
actiones de peculio, quot sunt rationes contrahendi, ut  
actio ex empto de peculio, ex vendito de peculio, man-  
dati, commodati, depositi, &c. de peculio. Quæsitum  
autem est, an actio, quæ de peculio adversus patrem  
datur, sit diversa ab ea, quæ contra filium competit,  
ut quemadmodum duo hic sunt debitorum, l. si quis. 44.  
de pecul. ita & duæ sint distinctæ actiones; an vero una  
sit eademque actio. Et certum est, numero quidem hæc  
actiones differre: at non videntur differre specie, sed  
actio de peculio cum altera illa esse eadem specie actio,  
novam saltem qualitatem habens. Etenim actio de pecu-  
lio non est propria aliqua actio, sed alterius actionis,  
puta mandati, depositi, ex empto, adjectio; prorsus  
ut actio noxalis non est propria actio specie distincta ab  
ea, quæ directo ex delicto competit, sed tantum actio-  
nis ex delicto adjectio; quanquam novam habet quali-  
tatem, vid. inf. tit. 8.

[**De peculio**] Peculium servi simplex est & unius gene-  
ris, totum in domini, à quo profectum est, potestate:  
unde & sine exceptione dominus de peculio tenetur. Pec-  
ulium vero filii fam. multiplex & non unius naturæ.  
Genera ejus singula distincte exposita sunt sub tit. 9. lib. 2.  
Ex ea autem distinctione intelligere licet, patrem non  
de omni peculio recte conveniri, sed de profectio tan-  
tum, quod solum totum in potestate habet. Et quidem  
de castrensi aut quasi castrensi ideo pater non cogitur  
actionem de peculio pati, quia in hoc genere peculii pa-  
ter jus nullum habet, sed ipse filius locum ac jus patris-

fam. in eo obtinet, l. ex castrensi. 18. in fin. de cast. pe-  
cul. l. 30. C. eod. l. 2. de sen. Mac. De peculio adventi-  
tio olim quidem similiter, ut de profectio in patrem  
actio competebat: sed postquam Justinianus adventitii  
peculii proprietatem filio concessit, & pater tantum usu-  
fructuarius hujus peculii & legitimus administrator fa-  
ctus est, desit ex contractu filii de hoc peculio conve-  
niri posse, l. 6. & l. ult. C. de bon. qualib. multo mi-  
nus igitur conveniri poterit eo casu, quo filius ple-  
nam peculii adventitii proprietatem habet. Costalius  
post Bartol. in l. 1. de pecul. Christ. vol. 3. decis. 35.  
n. 2.

[**Adversus patrem & dominum**] Ita ut nihilominus  
salva maneat obligatio, quæ cum filio aut servo contra-  
cta est. Quæ res hanc vim habet, ut si cum patre actum  
sit, adhuc civilis actio contra filium supersit, l. si quis.  
44. de pecul. si cum domino, servus adhuc naturaliter  
obligatus maneat hoc effectu, ut & fidejussor ejus obli-  
gationis accipi possit, & pecunia à manumisso soluta non  
repetatur, l. eo tempore. 50. §. 2. eod. l. 14. de obl. &  
act. Itaque quod dicitur, in dist. l. si quis. eum qui cum  
filiofam. contrahit, duos habere debitores, filium in  
solidum, & patrem de peculio, idem de eo quoque,  
qui cum servo contraxit, dici potest, nimirum etiam hunc  
duos habere debitores, dominum de peculio, servum  
in solidum: sed hoc interest, quod cum filio etiam agi  
potest, cum servo non potest: qua de causa Jurisconsultus  
in d. l. si quis, filii fam. tantum meminit. Illud pro se  
planum est, pro eo, quod actor à patre aut domino actio-  
ne de peculio consecutus est, minui filii & servi obliga-  
tionem: ut & illud, si filius conventus pecunia alicun-  
de quæ sita solverit, etiam patrem liberari.

[**Ex contractu**] Additum hoc consulto ad removenda  
maleficia & quasi maleficia: nam ex delictis causisque  
pœnalibus actio de peculio non datur, l. 1. §. si filius fam.  
7. de his qui de jec. l. ex pœnalibus. 58. de reg. jur. Cui  
non obstat, quod filio ex pœnali causa convento & in  
certam summam condemnato, pater tenetur actione ju-  
dicati de peculio. Nam hic pater non convenitur ex de-  
licto filii, sed velut ex contractu. Quippe etiam judicio  
cum filio contrahitur, sicut stipulatione, l. 3. §. idem  
scribit. 11. de pecul. Sed nec ulla alia actione ex delicto  
filii pater conveniri potest: dominus autem ex delicto  
servi alia tenetur, nempe actione noxali, inf. tit. 8.  
Cæterum verbo contractus & quasi contractum hic in-  
telligere debemus, puta tutelam, negotia à filiofam. aut  
servo gesta, quorum nomine etiam de peculio adversus  
patrem & dominum actio est, l. ex facto. 52. de pecul.  
l. 14. de neg. gest. l. ex contractibus. 49. de obl. & act.  
l. 1. C. quod cum eo. Neque hoc novum est, ut quasi con-  
tractus absolute contractus vocetur, l. sed ois. 16. de  
neg. gest. l. ult. in quib. ca. pign. tac. d. l. ex contractibus.  
de obl. & act. Illud obiter notandum, esse quosdam con-  
tractus & causas, ex quibus servus & filiusfam. dominum  
aut patrem de peculio non obligant. Dominum placet  
non teneri ex his quatuor; si servus fidejusserit; si liberum  
se mentitus judicium susceperit; si compromiserit;  
si iusjurandum detulerit, l. 3. §. si filiusfam. 5. &  
§. si servus. 8. cum seq. l. 5. §. 2. de pecul. Pater autem ex  
una tantum causa non tenetur, nempe si filius mutuam  
pecuniam acceperit; idque propter Senatusconsultum  
Macedonianum, quod vetuit, ex hac causa actionem  
aut

aut in filium aut in patrem dari. De quo pluscula suo loco in *fin. tit. seq.*

*Ipsa jura*] Ipso jure idem hic valet, quod jure civili, uti & in §. 1. *inf. de perp. & temp. act. l. 9. §. 1. ususfr. quemad. cav. l. 1. §. ultim. de superfic.* Hæc igitur hujus loci sententia est, ideo actionem de peculio ex contractu filiorum & servorum adversus patrem & dominum comparatam à prætore, quia hi non teneantur eo nomine jure civili, & tamen æquum sit teneri eos peculiotenus. Potest & locus sic explicari, ut ipso jure dictum intelligamus pro mera & stricta juris ratione.

*Quod veluti patrimonium*] Hæc ratio non concludit, nisi factum patris & domini simul respicias, qui peculium, ejusque ceu patrimonii cujusdam administrationem filii & servis concesserunt.

*Condemnari eos*] Deducto tamen, quod iis naturaliter debetur, *l. pen. C. quod cum eo. l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. de pecul.* ubi Ulpianus ait, peculium deducto eo, quod domino debetur, computandum esse; quia prævenisse dominus, & cum servo egisse videatur. Item si quid his debetur, qui sunt in ejus potestate. Actionis de peculio apud nos nullus usus est.

TEXTUS.

De actione in factum ex jurejurando.

II. *Item si quis postulante adversario juraverit, deberi sibi pecuniam, quam peteret, neque ei solvatur, justissime accommodat ei talem actionem, per quam non illud queritur, an ei pecunia debeatur, sed an juraverit.*

COMMENTARIUS.

1. *Qualis sit actio, quæ ex jurejurando datur, novane aliqua, an vetus.*
2. *In personam eam esse, quacumque ex causa juratum sit.*
3. *De quo genere jurisjurandi hic tractetur.*
4. *Quam ob causam hac actio à prætore introducta, cui, adversus quem, quo effectu, detur.*

Inter actiones, quæ à prætore proditæ in personam sunt, numeratur hoc loco & actio ex jurejurando. A prætore hanc actionem introductam esse, non constitutam jure civili, apparet ex eo, quod jure civili nulli actio datur, nisi ei, cui quid debetur: nec satis est, in judicio dicere, sibi quid deberi, nisi & is, qui dicit, probet. Non probat autem qui jurat; utique non proprie & vere. Cur autem prætor hic actionem constituerit, paulo post audiemus. In personam est, utpote proficiscens ex conventionione, *l. qui jurasse. 26. §. ult. de jurejur.* Proinde talis etiam tunc, cum in actione in rem juratum est. Sed quoniam in universum parum liquet, qualis sit hæc actio, (nam & veterem hic actionem dari legimus, *l. si duo. 13. §. 3. & seq. eod. l. 7. §. si perenti. 7. de public. in rem act.* & utilem interdum, *l. sed si. 11. §. ult. l. quod si. 29. de jurejur.* sæpe etiam & passim in factum) diligentius inquirendum est, quid de ea re habendum sit. Ego sic sentio, verbis has actiones distinguui; cæterum re ipsa unam tantum esse, eamque ex solo jurejurando nasci, certe una hac causa & defensione niti, quia juratum est. Porro hanc eandem modo in factum, modo utilem à Consultis vocari, modo sub ap-

pellatione veteris actionis intelligi. Dicitur actio in factum, qualis dari solet, cum dedi aut feci quid, ut vicissim dares aut faceres: juravi enim, se deferente, ea lege, ut dares aut faceres, quod peto, *d. l. 11. §. 1. l. 8. C. eod. junct. l. 1. & 2. de præscr. verb.* Dicitur utilis, propterea quod cum conventio hic aperta non sit, non potuit dari ex jurejurando actio præscriptis verbis seu in factum civilis; sed datur in factum prætoriam, id est, utilis. Dicitur denique & vetus actio juranti dari, sed verbo magis, quam re; nimirum ob veterem causam, quam initio obtendere ad existimationem actoris non nihil pertinet. Cæterum revera novæ causæ intentione nititur, quæ non aliunde nascitur, quam ex jurejurando: quapropter etiam in hoc solum consistit; cujus proprium est, ut non aliud queratur, quam an juratum sit, omiſsa quæſtione, an ex priore causa debeat, *l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. de jurejur.* Et hoc est, quod Paulus scribit, in *l. eum qui. 30. eod.* hoc judicio, in quo de jurejurando agitur, non principalem causam exerceri, sed jusjurandum actoris conservari. Plane juramentum præstitum non impedit, quominus adhuc vetus actio intentari possit, *d. l. eum qui.* sed nemo, qui sapit, necessitati probandi se subjiciet. *Oldend. class. 1. act. 9. in affin. rem. Don. c. 8. ad tit. de jurejur.* Proficiscitur hæc actio à ex conventionione, *l. sed & si. 25. & l. seq. in fin. eod.* cui consequens est, in personam eam esse, non in rem, etiam tunc cum quis in actione in rem juravit, rem, quam petebat, suam esse. Nam cur hic quoque non sit actio in personam, cum sit pariter ex jurejurando, id est, ex conventionione, cujus generis actiones omnes in personam sunt, nulla in rem? Neque obstat, quod petitor, qui deferente possessore juravit, rem suam esse, ex hac parte edicti agens, intendit, rem suam esse, ut juravit; quæ intentio est actionis in rem. Nihilominus enim in personam agere intelligitur hoc ipso, quod agit propter jusjurandum: ideoque & hæc actio in factum dari dicitur, quæ utique in personam, *l. 11. §. 1. eod.* Denique illud constat, non dari eam adversus quoscunque possessores, ut natura est actionum in rem, sed adversus eum duntaxat, qui jusjurandum detulit, eosque, qui in locum ejus successerunt, *l. 9. §. ult. & l. seq. eod.* & ideo quamvis alii hic utilem in rem dari consent, per *d. l. 11. §. ult.* effectu tamen juris nihil interesse fatentur, in personam, an in rem hic agi dicamus. Donellus existimat, tractari solum hoc loco de jurejurando, quo res transigitur nulla interveniente sententia, & nimirum de jurejurando voluntario, quod judicio nondum cepto seu ante litem contestatam ex conventionione actori defertur. Nam ibi sententia intervenit, actionem ex jurejurando non dari, sed locum esse actioni judicati duntaxat; videlicet cum jusjurandum actori defertur post litem contestatam; sive à reo approbante judice, quod proprie vocatur judiciale; sive à judice in causa dubia, & laborante inopia probationum, etiam reo invito, secundum *l. admonendi. 31. de jurejur. l. 3. C. eod.* quod jurisjurandi genus dicitur necessarium. His enim casibus judicem præstito jurejurando, quasi re satis probata, secundum eum sententiam ferre, qui juravit, *l. jusjurandum. 34. §. ult. d. l. admonendi. eod.* De jurejurando necessario assentior: quippe quod in eum finem, ut inde actio nascatur, non defertur: cæterum judiciale etiam huc pertinere arbitror, atque ex eo quoque



actionem dari, licet sententia secuta sit; scilicet præter actionem judicati. Nam non est novum, ut ad idem obtinendum plures actiones dentur. Itaque non obstat l. 34. §. ult. de jurejur. & omnino ex judiciali etiam actionem dari, evincitur ex l. 8. C. de reb. cred. l. 3. pr. & §. 1. l. 9. §. ult. l. 30. §. 3. de jurejur. Atque in d. l. 34. §. 7. eod. petitori, cui relatum est jusjurandum, si jurare reculet, denegatur actio. Ubi de jurejurando judiciali agi, arguit relatio, cui in voluntario non est locus, l. 17. pr. eod. Oswald. Hilling. in Don. lib. 24. C. 18. E. Mudau ad hunc §. n. 3.

*Postulante adversario*] Id est, conditione jurandi ab adversario delata. Nam si quis juret, nemine ei jusjurandum deferente, prætor id jusjurandum non tuetur, quasi sibi juraverit. Et alioqui facillimus quisque ad jusjurandum decurrens oneribus probationum se liberaret, l. 3. de jurejur.

*Juraverit*] Aut cum jurare paratus esset, remissum ei fuerit jusjurandum. Nam remissi eadem vis, quæ præstiti, l. 5. §. ult. l. 9. §. 1. eod. l. 1. l. 8. C. eod. Remittit autem, qui deferente se, cum paratus esset adversarius jurare, gratiam ei fecit, contentus voluntate suscepti jurisjurandi, l. 6. eod.

*Jussissime accomodat ei talem actionem*] Justissimum ideo, quia ad religionem jurisjurandi accedit deferentis conventio & consensus, qui dum jusjurandum actori defert, hoc dicere videtur, si actor juraverit, paratum se stare jurijurando, id est, præstare quod petitur. Hinc illa, jusjurandum servari propter religionem & conventionem, l. sed & si. 25. & l. seq. §. ult. eod. item speciem transactionis continere, l. 2. eod. id est, jurejurando negotium quasi transigendo inter litigatores decidi, l. admonendi. 31. eod. l. quod si. 21. de dol. Accedit ad conventionem & utilitas publica, quo scilicet major sit facultas litium expediendarum, l. 1. eod. Constituta est igitur actio ei, qui juravit, quid sibi deberi, aut suum esse, adversus eum, qui jusjurandum detulit: & constituta optimo jure. Sicut autem actori juranti actio ex jurejurando jure prætorio competit, ita ex contrario, si actore deferente juraverit reus se nihil debere, datur reo jurisjurandi exceptio: de qua inf. sub tit. de except. §. 4.

*Sed an juraverit*] Διὰ τὸ σίγῃ ἢ ὄραον. Dato igitur jurejurando vel remisso non aliud queritur, quam, an juratum sit, an parato jurare jusjurandum remissum, insuper habita quaestione, an debeat; quasi id satis probatum sit jurejurando, d. l. 5. §. 2. l. 9. §. 1. eod. l. post rem. 56. de re judic. l. si quis. 11. in fin. C. de jurejur. ubi ejus rei hæc ratio redditur, ne repetita lite finis negotii alterius causæ fiat exordium. Et omnino qui adversarium jurare patitur, iis omnibus allegationibus renuntiasse intelligitur, quæ ante jusjurandum præstitum obijci, jurisque jurandi præstationem impedire aut remorari potuissent. Utique tamen salvæ manent exceptiones omnes, quæ etiam in causa judicati obijci potuissent, l. eum qui. 30. §. ult. eod. Ant. Fab. C. suo, eod. tit. defn. 11. An jusjurandum prætextu aliquo, sive inventionis novorum instrumentorum, sive perjurii, retractari queat, & num pœna aliqua pejeranti legibus civilibus constituta sit, disputare non est hujus loci. Consultantur DD. in l. 1. l. 2. & l. ult. C. de reb. cred. & jurejur.

## TEXTUS.

## De actionibus pœnalibus.

12. Pœnales quoque actiones prætor pene multas ex sua jurisdictione introduxit: veluti adversus eum, qui quid ex albo ejus corrupisset: & in eum, qui patronum vel parentem in jus vocasset, cum id non impetrasset: item adversus eum, qui vi exemerit eum, qui in jus vocaretur, cum jusve dolo alius exemerit: & alias innumerabiles.

## NOTA.

12. *Qui quid ex albo*] In eum, qui album prætoris jurisdictionis perpetuæ causa propositum corrupit, judicium populare 50. aureorum datur. In Pand. Flor. legitur 500. aureorum. l. 7. de jurisd. Prætorum edicta in tabulis dealbatis conscripta proponebantur, ut unicuique legendi potestas esset.

*Cum id non impetrasset*] l. 4. §. 1. & deinceps. l. 5. cum 3. seqq. de in jus voc. inque eum quinquaginta quæ aureorum judicium datur, l. pen. & ult. eod.

*Qui vi exemerit*] Adversus hunc datur actio in id, quanti ea res erit ab actore æstimata, l. 1. l. pen. & pass. ne quis eum, qui in jus voc. &c.

## COMMENTARIUS.

1. *Quale judicium edicto constitutum in eum, qui album corruptus: & quid hoc loco sit album.*
2. *Quid edictum perpetuum, quid temporale: & cur illud corruptens actione populari teneatur: non item, qui hoc: & utrum pœna fisco applicetur, an litere occupanti.*
3. *Qui in totum, & qui sine venia in jus vocari edicto prohibeantur: qui sine venia vocavit, qua actione teneatur.*
4. *Quæ causa prætorem moverit, ut patronum & parentem nisi venia impetrata vocari noluerit: problematica.*
5. *Mores hodierni circa utramque partem edicti, & circa alteram interpretum extensio.*
6. *Quale judicium constitutum in eum, qui in jus vocatum vi exemerit. Hodie vix huic locum esse.*
7. *Recensentur pleraque alia actiones prætorie pœnales.*

**H**abuimus exempla quædam prætoriarum in personam actionum, quæ velut ex contractu ac negotio gesto proficiunt, & rique perfectionem continent. Sequuntur nunc exempla aliquot earum, quæ quidem & ipsæ prætorie sunt & personales, sed ex delicto veniunt, & pœnæ perfectionem habent; ut actio de albo corrupto, de patrono aut parente sine venia in jus vocato, de in jus vocato vi exempto.

*Pene multas*] Pro pene videtur legendum bene, id est, valde: nam bene particula veteribus sæpe est ἀγαθόν, ut bene doctus, bene magnus, bene longus. Cicero lib. 2. de Orat. Habetis sermonem bene longum. Idem in Rull. Adolescens non minus bene nummatus, quam capillatus. Oppius lib. 5. Cum bene magnam multitudinem telorum injecissent. Et mox; cum bene magnam partem muri consumissent.

Qui

1 *Qui quid ex albo*] Exemplum primum actionum poenaliū ex jurisdictione prætoris introductarum, actio albi corrupti. In eum, qui album prætoris corripit, judicium populare quinquaginta aureorum datur, *l. 7. in pr. de jurisd.* Codex Florentinus & nonnullæ antiquæ editiones habent, *quingentorum aureorum*. Quod D. Cujacio *lib. 10. obs. 10.* & quibusdam aliis magis probatur, propter gravitatem delicti. Quanquam vix est, ut tantæ pecuniæ poena conveniat judiciis popularibus. Hodie pro arbitrio judicis multari solet *Busf. ad d. l. 7.* Album hoc loco significat tabulam gypsatam, in qua edictum perscriptum proponebatur palam, ut unicuique legendi potestas esset. Cum autem duplex edictum sit; unum perpetuum, quod per universum prætoris imperium permanet, & in omnibus obtinet causis; alterum temporale & paucorum dierum, quod ad causas singulas & oborta negotia accommodatur; quale est citatorium & peremptorium: *l. ad peremptorium. 68. cum ll. seqq. de judic.* sciendum est, poenale hoc judicium constitutum adversus eos tantum, qui quod jurisdictionis perpetuæ causa propositum est, corruerunt; non in eos, qui quid corrumpunt ex edicto temporali, quod prout res incidit proponitur, *d. l. 7. de jurisd.* Illi auctoritatem magistratus violant, & ideo ipsam quodammodo rempub. civisque universos lædere videntur: unde quoque est, quod hoc casu populare judicium prætor proposuit, id est, unicuique ex populo eo nomine actionem concessit, *d. l. 7.* Hi tantum privatos offendere intelliguntur, nimirum eos solos, quorum gratia edictum propositum erat: & proinde sufficit, hos ipsos injuriam sibi factam privata actione persequi posse. *Disfent. Gomez. hic. n. 15.* cuius sententia praxi horum temporum magis convenire videtur. Ait, *corrupisset*, scilicet dolo malo: nam quod quis per imperitiam, rusticitatem, aut casu fecit, ad hoc edictum non pertinet, *d. l. 7. in pr. & §. doli. 4.* Tenetur vero hoc edicto non tantum qui corrupit, sed etiam qui sustulit, aut corrupti tollive mandavit, *d. l. 7. §. ultim.* Quæritur autem, cum actio ex hoc edicto popularis sit, utrum poena fisco applicanda, an privato litrem occupanti. Sed verius est, litrem occupantis lucro eam cedere. Per *l. 12. de verb. sign.* & ita post *DD. comment. Gomez. hic. n. 29. Schmid. n. 28.*

3 *Qui patronum vel parentem in jus vocasset.*] Alterum exemplum actionis prætoris poenalis de patrono aut parente sine venia in jus vocato. Quædam personæ sunt, quæ in totum in jus vocari prohibentur; quædam quæ vocari prohibentur sine venia prætoris. In totum vocari prohibentur magistratus, qui imperium habent; item omnes, qui necessaria aliqua occupatione, sive privata, sive publica aut religiosa, distinguuntur, *l. 2. cum ll. seqq. de in jus voc.* sed hæc prohibitio temporalis est, finitoque magistratu aut negotio expirat. Sine permissu suo prætor vocari prohibet parentem, patronum, patronam, liberos, parentes patroni, patronæ: atque in eum, qui adversus hanc partem edicti fecerit, poenale judicium quinquaginta aureorum, parenti, patrono, &c. constituit, *l. 4. cum aliquot seqq. l. pen. & ult. d. sit. l. 1. 2. 3. C. ead.* Causam huic edicto dedisse existimant veterem judiciorum Romanorum morem: sic enim jus fuisse olim, ut qui in jus vocabantur, invitati cogentur ire, alioqui vi adhibita & injecta manu re-

luctantes in jus trahere liceret: quod filio in patrem, liberto in patronum sine veniæ petitione permittendum non fuerit, ita fere *Duar. 1. disput. 1. Revard. cap. 5. ad l. 12. tabb. Cujac. 10. obs. 10. Hotom. Don. Vuls. ad hanc §.* qui omnes pro certo tradunt, jure Romano veteri vocationem in jus fieri solitam fuisse non tantum sine ullo apparitore præcepto vocationis, sed passim etiam licuisse adversario vocatum, ni confestim iret, vocationemque sequeretur, aut satis vel cautum daret, se certo die asfuturum, testibus adhibitis ducere, trahere, obortoque, ut loquuntur, collo in jus rapere. Sunt tamen, quamvis pauci, qui adduci non possunt, ut credant, violentam illam ductionem simpliciter & in quovis permissam fuisse. Quid enim ajunt, tam alienum à disceptationibus civilibus, quam judiciorum omnium exordium fieri ab impressione & violentia? Nec vero illa, quæ sunt apud Comicos, *In jus ambula*; Item *In jus eamus*; & apud Plinium in Paneg. *In jus veni: sequere ad tribunal.* Manus arguere injectionem. Illa quidem arguere, quæ legimus in *Eunucho*; *In jus ducito.* In *Aulularia*: *Ad prætoris se rapiam.* In *Rudent.* *Rapio oborto collo.* Item apud Horatium *1. satyr. 9. Rapit in jus.* Sed Horatium aperte loqui de vadimonii desertore: Comicos autem fere agere de lenonibus; quod genus hominum contemptum & vilissimum habebatur. In hujus tantum generis homines, aut ejusdem vilitatis, in desertores vadimonii, aut latitantes, si in publico occurrissent, violentiam istam impune exerceri potuisse. Non ob stare huic sententiæ edictum, *Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.* Nam & eum, qui sequitur, aut sequi paratus est, vi eximi posse, ne eat. Nec verbum *Ducere*, quo utitur Jurisconsultus in *l. 5. §. 1. qui satiad. cog.* hoc enim de violentibus proprie dici; ut in illo Senecæ, *Fata volentem ducunt, nolentem trahunt.* Quod autem parentes & patroni sine permissu prætoris à liberis & libertis in jus vocari vetantur, id non hanc habere rationem, quod vetus in jus vocatio vim adjunctam habuit, vocatusque, si fire recusaret, manu injecta trahi potuit; quod filio & liberto sine venia permittendum non fuerit, propter reverentiam parenti & patrono debitam: sed quia hoc ipso, quod filius patri, libertus patrono diem dicunt, propriaque auctoritate eos in jus ire jubent, contra reverentiam & pietatem faciunt. Et quis denique, ajunt, non indignetur, qui audiat, facinus tam indignum à prætore permitti, ut filius patrem, libertus patronum manu injecta in jus rapiat? aut quomodo filius aut libertus id citra impietatem petere possunt? His ergo rationibus moti existimant, edictum de in jus vocando pertinere non ad violentam aliquam raptionem, sed ad simplicem vocationem ac denuntiationem; raptionisque violentiam non in quovis civis, sed tantum in personas viles, & desertores vadimonii exercitam fuisse. Sententia est D. Joan. Vaudi *lib. 2. quest. 26.* & Bachovii *ad tit. de in jus voc.* eamque juvare videntur textus in *l. 11. l. 16. l. 18. & seq. l. 21. d. tit. l. 2. §. 1. si quis in jus voc. non ier.* ubi Paulus scribit, eum, qui in jus vocatus non ierit, à competente giudice multari: & si actoris nihil interest, adversarium suo tempore venisse, poenam à prætore remitti. In his regionibus ea pars edicti, quæ est de magistratibus in jus non vocandis, non observatur: sed possunt magistratus, omnesque, qui publico aliquo munere funguntur, æ-

que

que ac quis privatus in jus vocari, *art. instr. Cur. Holl. 8. 12. & 38. Busf. Mornac. & Ausumn. ad l. 2. de in jus voc. Zypa. nos. jur. Belg. eod. vers. magistratus.* Cæterum in causis, quæ ad officium eorum pertinent, ratio citandi nonnihil diversa. De qua vide *Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 3. cap. 4.* Altera vero pars de parentibus sine venia non vocandis etiamnum hodie obtinet, quamvis ex auctoritate & jussu magistratus per apparitores viatoresve vocatio nunc peragatur. Dixi, jussu magistratus: nam et si apud nos in inferioribus tribunalibus apparitores sine nuntii nullo speciali iudicis mandato interveniente, nec libello supplice exhibito, (uti fit in Provinciali & suprema Curia) ad solam petitionem actoris vocationem exequantur: id tamen faciunt, quasi ex tacito & generali magistratus mandato, *Gudelin. lib. 4. de jur. noviss. cap. 5. Merul. d. sect. 1. tit. 4. cap. 12. Christin. vol. 2. decis. 154. Perez. C. de in jus voc. n. 3.* Enimvero venia in prima instantia semel impetrata, eam repetere in secunda non est necesse. Interpretes hanc edicti partem etiam ad alias personas extendunt. 1. At parentes spirituales, quos vocant, id est, eos, qui agere volentem de sacro fonte Baptismatis levaverunt. *Alex. Castr. & alii in l. generaliter. 13. de in jus voc. Schneid. post. Angel. Fas. hic. num. 42. Christin. vol. 2. decis. 90. num. 7.* quod mihi videtur superstitionem sapere. 2. Ad socerum, socrum, vitricum, novercam, qui jure nostro parentum loco sunt genero, nurui, privigno, privignæ. *DD. comm. in d. l. generaliter.* Fulgolinus tamen & post eum *Alex. d. loc. de vitrico & noverca* dissentiunt; & *D. Merula d. sect. 1. tit. 4. cap. 12.* tradit, more nostri fori vitricum & novercam posse sine venia in jus vocari. Videndum an non probanda sit distinctio Jalonis *hic. n. 75.* inter affinitatem durantem & dissolutam, cum *D. Diod. Tuldeno comm. ad tit. de pæn. rom. litig. infra cap. 5.* 3. Ad præceptorem, quia & hic discipulo suo parentis loco sit. *Menoch. 2. arb. jud. quest. ult. Alciat. in l. 1. C. de in jus voc. num. 8.* Verum alii hoc improbant. *Duar. cap. 4. de in jus voc. Fas. hic. n. 78. Alex. in d. l. generaliter.* Plerique tamen horum distinguunt inter citationem verbalem & realem, ut in illa venia impetratione non sit opus, in hac contra. Sed hoc admisso, præceptorem verbaliter sine venia citari posse, fatendum est, edictum, secundum verum ejus sensum, de quo supra, ad præceptorem non pertinere. Quod si secundum mores hodiernos de reali citatione disputemus, quæ in causis civilibus rarissime locum habet, & non nisi ad commissionem iudicis fieri potest, tanto minus hodie ista distinctione utemur. Considerandum vero, an inter ipsos præceptores non sit admittenda distinctio, separandusque à qualiquali præceptore operam leviter locant is, qui simul & educator, vitæque & morum formator sit, qualem veteres, teste *Juvenale satyr. 7. sancti voluere parentis esse loco.* 4. Ad universitatem & civitatem. Nam ex communi opinione non potest civis cuiusque universitatis aut civitatis sine venia in jus vocare universitatem aut civitatem suam: quoniam non minus patriæ suæ quisque, quam parentibus, debet. *Grammat. conf. civ. 40. Viv. opin. 119. lib. 2. Schneid. hic. post Ang. Fas. n. 44.* Contrarium tamen censuit aliquando Curia Mechlin, teste *Christin. vol. 2. decis. 90. n. 7.* Postremo sunt, qui nec dominum feudi à vasallo sine permissu iudicis impugno in jus vocari posse contendunt: inter quos

& *Merula noster d. c. 12.* Sed communis opinio contrarium tenet. *Mynf. 4. obs. 92. Gail. de pignor. c. 15. n. 6. D. Præf. Everb. in locis legal. à liberto ad Vasall. in fin. Schneid. hic. n. 45. Grot. 2. manuduct. cap. 41. in calco.* Plane, si dominus feudi simul sit & dominus territorii, non poterit à vasallo sine venia vocari, non quia vasallus, sed quia subditus, cui utique dominum eundem Principem suum in jus vocare sine petitione venia licere non debet, *Gail. d. cap. 15. Rol. à Vall. conf. 18. lib. 2. Alciat. ad l. 2. C. de in jus voc. Arnold. de Reyg. in addis. add. observ. Mynf. 92.*

[*Qui vi exemerit eum*] In eum, qui vocatum in jus vi exemerit, cujusve dolo alius exemerit, poenale iudicium à prætore constitutum est, *l. 1. & pass. ne quis eum, &c.* Poena autem longe alia est, quam superiorum: nam neque definita est, & admodum magna esse potest. Litis enim æstimationem cogitur exemptor solvere *l. pen. eod.* ubi Jurisconsultus ait, in eum, qui vi exemit, in factum iudicium dari; quo non id continetur, quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore æstimatione, de qua controversia est. Quod additum est, ut appareat, etiam si calumniator quis sit, tamen hanc poenam eum persequi. His autem verbis non significatur, actorem in litem juraturum; sed eam rem æstimaturum, quam petebat: ut exemptor, etiam si res non deberetur, tamen ejus æstimationem solvat. Hodiernis moribus vix est ut huic iudicio sit locus.

[*Et alias innumerabiles*] Υπεροικῆς, pro multis & variis: veluti contra eum, per quem factum erit, quo minus quis in iudicio sistat; de dejectis vel effusis; de suspensis vel positis; contra nautas, caupones, stabularios, *sup. tit. præc. contra calumniatores in quadruplum; §. 25. inf. eod.* item contra mensorem, *ff. si mans. fals. mod. &c.*

## T E X T U S.

## De præjudicialibus actionibus.

13. *Præjudiciales actiones, in rem esse videntur: quales sunt, per quas queritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel servus, vel de partu agnoscendo. Ex quibus fere una illa legitimam causam habet, per quam queritur, an aliquis liber sit: cætera ex ipsius prætoris jurisdictione substantiam capiunt.*

## N O T A.

13. *Præjudiciales actiones*] Præjudicia five actiones præjudiciales recte definiuntur à Th. formulæ sola intentione constantes, quæ condemnationem non habent. Nihil enim hic petitur restitui, sed tantum ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit.

[*Una legitimam causam*] Utpote quæ ex lege 12. tabb. descendit, *l. 2. §. 24. de orig. jur.*

[*Cætera ex ipsius prætoris*] De partu tamen agnoscendo quædam cauta sunt SCTis. *l. 1. l. 3. §. 1. de lib. agnos.*

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

1. *Præjudicialium actionum definitio: eorum genera & unde sic appellentur.*

2. *Cur actionibus in rem annumerentur.*
3. *De libertate inter quos agatur.*
4. *Inter quos vertatur questio de ingenuitate.*
5. *Actio de partu agnoscendo, cui adversum quem quo effectum detur.*
6. *Actio de jure familia inter patrem & filium.*
7. *Quid hac differat ab illa de partu agnoscendo.*

**D**Uobus generibus actionum constitutis, uno in rem, altero in personam, eorumque causis, quantum instituto convenire visum est, expositis occurrit Imperator tacite objectioni, qua effici videtur deesse aliquid superiori divisioni, ac proinde eam vitiosam esse. Objici enim potest, actiones præjudiciales utique etiam actiones esse, uti nominantur: has autem actiones divisione ista non contineri; quippe quæ neque in personam, neque in rem esse videantur. Non esse in personam, ex eo apparere, quia non dantur adversus eum, qui nobis obligatus est ad dandum aliquid vel faciendum; quod est proprium actionum in personam, *l. actionum. 25. de oblig. & act.* Non in rem, ex eo, quia actione in rem id agitur, ut res nostra, quæ ab alio possidet, nobis restituatur: nullam vero hujusmodi restitutionem peti aut fieri in actionibus præjudicialibus. Imperfectam igitur esse divisionem, quæ hoc genus actionum non complectatur. Hanc objectionem Justinianus tacite hic removet, docens, etiam actiones præjudiciales ad superiorem divisionem pertinere; & nimirum eas videre esse actiones in rem: quam rectè, quædèimus inferius.

Præjudiciales actiones sunt, quibus inter aliquos agitur de alterutrius statu, dum aut unus alterius statum oppugnans in eo aliquid juris sibi vindicat; aut alter adversus alterius oppugnationem statum suum sibi defendit. Omnis autem de statu controversia aut est de libertate, aut de ingenuitate, aut de jure familiæ: unde totidem quoque actionum præjudicialium genera: unum de libertate, in quo queritur, utrum quis liber sit, an servus; alterum de ingenuitate, in quo queritur, utrum quis libertus sit, an ingenuus; tertium de jure familiæ, in quo queritur, utrum quis sit filius, an non sit; quæ genera etiam hic proposita sunt. Dicuntur hæ actiones præjudiciales, & uno verbo præjudicia, *l. quoties. 18. de prob. l. ult. si ingenu. esse. dic. l. 3. §. 2. de agn. lib. l. 1. §. 2. de rei vind. l. actionis. 37. de obl. & act.* ducto nomine non ex eo, quod aliis causis præjudicium quandoque adferant, aut quia harum judicium præcedere debeat: hoc enim commune est cum aliis multis actionibus, quæ tamen non dicuntur præjudiciales, uti videre est in *l. Papinianus. 8. §. pen. de inoff. test. l. per minorem. 54. de judic. l. fundum. 16. l. fundi. 18. l. rei. 21. de except. l. 5. in fin. de hered. petis. l. ult. C. eod.* sed ex fine harum actionum proprio, quia etiam præjudicii aliis rebus faciendi causa ex professo instituantur, atque ut instituuntur, ita & sine exceptione omnibus faciunt, etiam inter alias personas, inter quas postea de eodem statu questio inciderit, *l. antepen. de stat. hom.* quamvis aliàs res inter alios judicata aliis non noceat. Exempla habemus in *l. 1. §. ult. l. 2. l. 3. pr. de agnosc. lib.* In his actionibus uterque & actor & reus esse potest: cæterum is actoris partes sustinet, eique incumbit probatio, qui ad judicium provocavit, *l. generaliter. 12. de except. l. circa. 14. de probat.*

*In rem esse videntur*] Actiones præjudiciales ex parte excellentiore non malè in rem esse dicuntur: quoniam his omnibus qui agit, aliquid suum vindicat & asserit; dominus servum suum in servitutem; servus libertatem; patronus jus patroni; libertus ingenuitatem; pater jus patris; filius jus filii. Sed non per omnia in rem sunt, ut illæ, quæ propriè ita dicuntur: & ideo ait, *videntur*. Nam ex duobus finibus, cæteris propositis, priorem tantum præ se ferunt; nempe ut talis declaretur actor, qualem se esse contendit. Nulla hic petitur restitutio, cujus condemnatio sequatur, ut fit in actionibus in rem propriè sic dictis, *l. 9. l. qui restitueret. 68. de rei vind.* quod etiam intellexit Theophilus, cum præjudicium dicit esse formulam sola intentione constantem, quæ condemnationem non habeat. Cæterum statu adversarii sententia judicis semel constituto, actor præjudicium paratum habet, quo consequatur commoda, quæ ex statu nascuntur tribuunturque domino, patrono, patri, filio: quæ commoda qualia sint, satis notum est. D. Herm. Vultejus *bic. & discept. scholast. 3.* contendit, præjudiciales actiones, contra quam hic scriptum est, in personam esse, non in rem: sed argumentis parum solidis, & quæ vel mediocriter in jure versati facile confutare poterunt: qui volet, adeat D. Bachov. in *Treitl. vol. 2. disp. 26. thes. 4.* ubi ex professo Vultejum refellit.

*An aliquis liber*] Prima præjudicialis actio de libertate, quæ eadem & causa liberalis, & liberale judicium dicitur, *tit. 8. C. de lib. caus.* De libertate agitur inter duos, quorum unus eum, cum quo agit, servum suum esse dicit; alter contra servum se esse negans, liberum se esse contendit. In domino ultro agente actionem agnoscas confessoria similem; in servo in libertatem proclamante similem negatoria, *l. 7. §. ult. l. 10. de lib. caus.*

*An libertus sit*] Secunda actio præjudicialis, in qua questio ingenuitatis vertitur. De ingenuitate agitur inter eos, quorum unus alterum libertum suum esse dicit, seque ei patronum esse: alter se ejus libertum esse negat, seque aut ingenuum plane esse, aut ab eo, cum quo agit, ingenuum esse contendit. Prior jus patronatus sibi vindicat actione velut confessoria; alter ingenuitatem negativa: atque alterutro agente præjudicium redditur, *l. circa. 14. l. quoties. 18. de probat. l. ult. si ingenu. esse dic.* Questum est, an contra vasallos nostri temporis, qui nolunt dominum recognoscere, utile hoc præjudicium detur. Negant *Jo. Fab. Zas. Schneid. bic. n. 20. C. DD. comm.* Alio autem pacto domino consiliajunt; quippe qui fundum, tanquam commissum, auferre potest.

*De partu agnoscendo*] Tertia præjudicialis, in qua queritur de jure familiæ, non utique quolibet, sed de jure filii. Hujus generis duæ sunt species: una, quæ hic proponitur, de partu agnoscendo; qua agitur inter uxorem & maritum de partu mulieris agnoscendo pro partu legitimo, & eo, qui sit ex marito; quod cum queritur, vi ipsa hoc queritur, an partus sit filius & in potestate: altera, qua agitur inter patrem & filium; in qua & ipsa idem illud queritur, & aperte, an quis sit filius & in potestate, nec ne. De partu agnoscendo datur mulieri soluto matrimonio, contendenti partum legitimum esse editumque ex eo, qui maritus fuit, adversus mari-

A a a a

t u m

tum partus controversiam facientem, sive quod neget uxorem suam fuisse, sive quod ex se prægnantem, l. 1. §. quemadmodum. 11. de agn. & alend. lib. Itaque in hac controversia intendit mulier, se & uxorem, puta Lucii Titii, fuisse, & ex eo prægnantem: petit, ut ita pronuntietur, quo & maritus partum pro suo agnoscat, agnitionem pro justo filio habere atque alere cogatur, d. l. 1. §. pen. & ult. Competit autem hæc de partu actio, sive post divortium partus edatur, sive constante adhuc matrimonio editus sit, l. 3. §. 1. d. tit. Sed etsi edatur post mortem mariti, de agnoscendo eo cum avo agi potest, d. l. 3. §. 2. Illud hic sciendum est, permitti mulieri, intra triginta dies post divortium denuntiare marito se ex illo prægnantem esse, d. l. 1. §. 1. qui si nec ipse, nec alius ejus nomine, responderit, non esse ex se prægnantem, etiam sine judicio partum agnoscere, & pro suo alere cogitur: quanquam non ideo partus illi filius & suus hæres efficitur, d. l. 1. §. pæna. 4. & §. antepen. Quæ res facit, ut de eo judicio possit experiri, non quidem cum matre, sed cum filio. Altera ejusdem generis actio est; qua agitur inter duos, quorum unus se patrem dicit, alter negat: aut contra, unus se patrem negat, alter eum esse contendit. Pater si filium suum esse dicit, qui se filium ejus esse neget, agit præjudicio cum filio, ut is filius suus pronuntietur: quod præjudicium intelligit Ulpianus l. 1. §. 2. de rei vind. Vice versa, si quis pro filio non agnoscitur, qui se filium dicit, huic præjudicialis actio est adversus patrem, qua petit, ut talis pronuntietur, & pro tali agnoscat: quæ actio etiam matri pro filio datur, l. 3. §. 1. de agnosc. & alend. lib. Sed & neganti aliquem filium suum esse aliquando actione opus est, ut id ita esse declararetur; veluti cum partus ex uxore editus est, & cum illa denuntiasset se esse prægnantem, maritus non negavit. Hic enim etsi in re dubia partus pro filio habetur & alendus est, tamen non ideo filius efficitur & suus hæres, quod facit sententia pro partu lata, d. l. 1. §. ult. de agnosc. & alend. lib. sed veritati adhuc locus superest; & postquam verè confiterit filium non esse, cessat exinde alendi necessitas, d. l. 1. §. Julianus. 12. & §. antepen. Dubium vero non est; quin hic neganti actio in eam rem datur: & quæ datur, ipsa itidem sit præjudicialis, utpote quæ omnia habeat, quæ præjudicii propria esse diximus. Et ex diverso si quis pro filio habitus neget se filium esse, non est dubitandum, quin similiter illi actio in eam rem danda sit, sicut ei datur, qui se negat esse patrem, ne ea quæ sunt filii, præstare cogatur. Ex his intelligi potest, longè diversam esse hanc actionem à priore illa de partu agnoscendo. Nam hic inter patrem & filium controversia est; illic inter uxorem & maritum. Illa de partu soli matri adversus maritum datur, non marito adversus matrem. Hæc tam filio adversus patrem, quam patri adversus filium. Illa datur matri solum affirmanti partum justum esse, & mariti filium, neganti non item. Hæc sic patri datur adversus filium, ut detur & affirmanti filium suum esse eum, cum quo agit, & contra etiam neganti: atque ex contrario filio quoque in utramque partem datur. Denique in hac non queritur, an quis sit filius ex causa justæ partus, sed ex quavis causa, qua quis jure civili justus filius efficitur. Hoc præjudicium utiliter etiam fratribus aliisque cognatis dari, ut quis frater vel cognatus, vel de nobili familia pronuntietur, &

consequenter nomen, arma & insignia familiæ ferre; feudaque & alias successiones sperare possit, cum Barr. Spec. Jus. Zas. concludit Schneid. hic. n. 34. Duo priora nobis incognita sunt, quia servos aut libertos non habebimus.

Una legitimam causam habet] Ex præjudicialibus actionibus una illa, quæ liberalem causam continet, civilis est legitima; utpote quæ ex lege 12. tabularum haud dubie descendit, quamvis nonnulla etiam à prætoribus circa hoc judicium constituta sint, ut patet ex inscriptionibus responsoforum sub tit. de lib. caus. reliquæ ex jurisdictione prætoris veniunt: quædam tamen circa actionem de partu agnoscendo cauta sunt Senatusconsultis, l. 1. l. 3. §. 1. de agnosc. lib.

## TEXTUS.

An res sua condici possit.

14. Sic itaque discretis actionibus, certum est, non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere, Si paret, eum dare oportere. Nec enim quod actoris est, id ei dari oportet: scilicet quia dari cuiquam id intelligitur, quod ita datur, ut ejus fiat: nec res qua jam actoris est, magis ejus fieri potest. Plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, effectum est, ut extra pœnam dupli aut quadrupli, rei recipienda nomine fures etiam hac actione teneantur, Si appareat eos dare oportere: quamvis sit adversus eos etiam hac in rem actio, per quam rem suam quis esse petit.

## COMMENTARIUS.

1. Vix esse, ut hodie perperam agere dicatur, qui rem suam sibi dari petit.
2. Difficile expeditum esse, quomodo furi res condici possit, seu cum eo sic agi, ut intendamus, eum rem nostram nobis dare debere.
3. Conditionem furtivam etiam in commodum domini introductam: & in quo istud commodum consistat.

Confirmata divisione actionum in rem & in personam, aliquid subjicit, quod ad vim divisionis pertinet; certè olim pertinuit, cum adhuc formulæ in usu essent. Didicimus, actione in rem sic quemque experiri, ut dicat, rem, quæ ab alio possidetur, suam esse; actione in personam ita, ut dicat, adversarium dare aut facere oportere, §. 1. sup. eod. quanquam quædam actiones personales sunt, quibus hæc formula propriè non conveniat, seu in quibus propriè nec dari nec fieri intendatur. Ex hac autem formularum oppositione inferat, non posse eum, qui rem suam ab aliquo petit, hæc intentione uti, Ajo, te mihi dare oportere: propterea quod verbum dare, cujus alias latior significatio est, in hac formula significet, dominium transferre: & dari demum id intelligatur, quod ita datur, ut ejus, cui datur, fiat: quod autem alicujus est, id amplius ejus fieri non posse, §. sed si rem. 10. sup. de legat. quo etiam pertinet, quod alibi traditur, licet ex pluribus causis idem nobis

nobis deberi possit, tamen ex pluribus causis idem non posse nostrum esse, l. 14. §. 2. de exc. rei jud. l. non un. 159. de reg. jur. Sic item in stipulationibus verbum dandi stricte accipitur, l. ubi autem. 75. §. ult. de verb. oblig. indeque est, quod nemo rem suam sibi dari utiliter stipulatur, l. nemo. 82. d. tit. §. 2. sup. de inut. stip. Cæterum hodie vix est, ut perperam agere dici possit, qui rem suam sibi dari petit, postquam formulis sublatis visum est sufficere, actionem, modo aptam rei & negotio congruentem, verbis quibusvis e commodis, & id, quod intenditur, utcumque experimentibus, concipere, l. 1. & 2. C. de form. & imp. subl. maxime cum apud omnes auctores Latinos dare etiam pro restituere & tradere usurpetur. Et bene observavit D. Hotoman. id quod hic Justinianus tradit, ita in actione in rem formulam iudicii concipi non posse, *Si paret, Lucium Titium dare oportere*, ad illorum temporum rationem referendum esse, quo formulæ adhuc in usu fuerunt, utpote descriptum ex commentariis veteris alicujus Jurisconsulti, add. Præsid. Everhard. conf. 47. n. 6. Greg. Tholosan. 43. synagm. cap. 2. D. Tulden. C. de form. & impetr. num. 2. Christin. vol. 2. decis. 146. Meral. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 2. ubi tradit, libellos sive conclusiones nunc formari secundum morem & stylum cuiusque curiæ aut fori, ubi lis est: secus conceptas ab auditoribus explodi, & à iudice rejici solere. Formulæ conclusionum, apud nos usitatæ, in manibus omnium versantur; bonamque earum partem concessit D. Merula d. tit. 1. c. 2. Plures auctor libri, cui titulus, *Het nieu verbeterde ende vermeerderde Papagay.*

*Plano odio furum*] Exceptio superioris regulæ. Una in causa receptum est contra superiorem definitionem, ut quis rem suam ab alioque petens hac formula iudicii experiri possit, *si paret, eum dare oportere*; nempe in re furtiva adversus furem, l. 1. & passim de cond. furt. Ulp. l. ult. in fin. usufr. qu. cav. breviter regulam cum exceptione sic expressit; *nemo rem suam nisi furi condicere potest*. Cur hoc in causa furtiva contra regulam receptum sit, docet hic Justinianus, nimirum propter odium furum, ut pluribus actionibus tenerentur. Illud autem vix est, ut expediri queat, quomodo furi res condici potest, id est, sic cum fure agi, ut intendamus, eum, quod nostrum est, dare nobis oportere? Utique eo sensu, quo verbum dare in formula proposita accipitur, nempe pro dominio transferre: fieri enim non magis hic potest, ut quod meum est, mihi detur & amplius meum fiat, aut ut dare vel dominium transferre possit, qui dominium non habet, quam si res condicatur alii & ex alia causa. Quomodo igitur fur, qui dominus non est, domino, cui soli conditionem furtivam competere constat; l. 1. de cond. furt. rem dare poterit? Quod si hoc impossibile est, uti profecto est, absurdissimum videtur, quod hic traditur, furem sic conveniri posse, ut dare jubeatur, & dominium rei, quod non habet, transferre in actorem, eundemque rei petitiæ dominum. Nodus hic indissolubilis est, nisi dicamus, in cæteris conditionibus verbum dandi proprie & stricte acceptum, eoque intellectam tantam dominii translationem; in conditione autem furtiva idem verbum laxius & improprie sumptum, ut eo vi ipsa significaretur rei restitutio: quod & glossi. hic inavit; & facit l. sci. ro. 29. §. 1. de verb. obl. Cæteroque non video, quæ

ratio dari possit, cur ex causa furtiva placeat eum rectè agere, qui rem suam sibi dari intendit; ex cæteris autem causis ita perperam agi. Plane furi non tantum ex causa furtiva, sed & ex aliis quoque causis res condici potest: quod interpretes vulgo sic exprimunt, ut dicant, conditiones omnes contra furem degenerate, *fac. l. ult. in fin. usufr. qu. cav. l. si urbana. 55. in fin. de cond. indeb. junct. l. 15. §. 1. eod. l. si procuratori. 14. in fin. de cond. caus. dat. l. 6. §. pen. l. rerum. 25. de act. rer. amor. Gomef. hic. n. 28. post Accurf. Jo. Fab. Angel. Fas.* In eadem causa cum furibus sunt & raptores cæterique violenti possessores: nam & ei, qui vi aliquem de fundo deiecit, fundus condici à domino potest, l. 1. in fin. cum l. seq. de cond. trit. & 16. Donell.

*Quo magis pluribus actionibus*] In hoc cernitur odium furum. Nam ut actori commodum est, plures habere actiones, ita incommodum reo pluribus actionibus conveniri posse, maxime si quarundam vi & potestate fortius & efficacius teneatur. Itaque etsi adversus furem, præter actionem furti poenalem esset & in rem actio, per quam dominus rem sibi surreptam à possidente vindicare poterat intendendo rem suam esse: placuit tamen, adhuc aliam eamque commodiorem ac plenioram adversus furem ejusque hæredem domino dari, qua quidem & ipsa rem persequeretur, sed eam condicendo, id est, intendendo eam sibi dari oportere; quæ actio veteribus dicta est conditio furtiva, §. ult. sup. de oblig. qua ex del. l. 1. & tot. tit. de cond. furt. Commodum conditionis duplex. Primum in eo, quod etsi tam conditio hæc, quam rei vindicatio soli domino datur, tamen hoc interest, quod in vindicatione is, qui agit, probare debet se dominum esse; in conditione satis est, si se dominum esse dicat. Neque enim furi permittendum, ut referat quæstionem domini. Sed & absurdum esset, ab eo, qui intendit, rem sibi dari oportere, quod facit, qui conditione experitur, probationem domini exigere. Quod autem soli domino conditio dari dicitur, id non alio pertinet, quam ut excludantur ii, quibus furti actio competit ob hoc solum, quod eorum interest, furtum factum non esse: in quo numero sunt commodatarius, conductor, creditor pigneratitius, §. furti. 13. cum seq. sup. de obl. qua ex del. Alterum positum in eo, quod rei vindicatio non nisi adversus possessorem eumve, qui dolo malo possidere desit, detur; conditio autem furtiva adversus furem competat, etiam si non possideat; nec dolo desierit possidere, §. ult. sup. d. tit. quamvis enim furtum sine dolo non committitur, potest tamen possessio rei furtivæ sine dolo, imo & sine culpa furis, amitti. Hinc porro est, quod conditio etiam re perempta locum habeat, nec rei interitu fur liberetur, l. 8. l. ult. de cond. furt. l. 2. C. eod. & ibi post Bart. Baldum, Salicetum, Don. num. 19. Tulden. ad d. tit. C. num. 4. Christin. vol. 3. decis. 12. num. 2. Nimirum ut ajunt Jurisconsulti in d. l. 8. §. 1. & d. l. ult. de cond. furt. fur perpetuo moram facere intelligitur: moræ autem hæc vis est, ut obligationem perpetuet, id est, efficiat ut debitor perinde perpetuo teneatur, atque si res adhuc extaret, l. 5. de reb. cred. l. si forum. 91. §. sequitur. 3. de verb. oblig. Idem vero effectus moræ non est adversus possessorem, sed qui rem sine dolo possidere desit, ut maxime ei possit objici culpa, quod monitus aliquando rem non restituerit, vindicatione non

tenetur, *l. qui petitorio. 36. de rei vind.* Plane mora judicialis etiam in vindicatione possessori nocet, puta si res possessa post litem contestatam periit, sed ita si petitor rem acceptam distracturus fuerat, *l. item s. 15. §. ult. d. sis.* alioqui placet etiam eum, qui post litem contestatam possessionem sine dolo aut culpa amisit, absolvendum esse, *l. sin autem. 27. §. 1. eod.* vide quæ nos *supr. ad §. 2. bujus tit.* Porro ex prædictis apparet conditionem furtivam non magis in odium furis, quam in favorem domini introductam esse.

## TEXTUS.

## De nominibus actionum.

15. *Appellamus autem in rem quidem actiones, vindicationes: in personam vero actiones, quibus dare aut facere oportere intenditur, conditiones. Condicere enim est denunciare, prisca lingua. Nunc vero abusive dicimus, conditionem, actionem in personam esse, qua actor intendit dari sibi oportere. Nulla enim hoc tempore eo nomine denuntiatio fit.*

## NOTÆ.

15. *Conditiones*] Quædam tamen actiones in personam hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l. 36. hoc tit.* ut conditio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, triticaria, ex lege, &c.

*Condicere est denunciare*] *Donat. ad Phorm. act. 1. scen. 2.* Festus, *Conditio in diem certum est ejus rei, qua de agitur, denuntiatio.* Significat autem denuntiationem mutuam, seu utriusque litigantium: *Condicere enim est simul dicere, & diem in commune dicere, quo in iudicium veniatur.*

## COMMENTARIUS.

1. *Vindicare quid, l. vindiciarum: vindicia, & alia.*
2. *Quid veteribus sit condicere, & cur inde actio in personam dicta conditio.*
3. *Pro veteri condicione quid postea institutum, & quid hodie.*

**H**Actenus in superiore divisione actionum in rem & in personam de re ipsa dixit, quæ his generibus continetur. Nunc admonet de nominibus ipsorum generum, ut si quando nomina in libris juris occurrant, ut passim, sciamus quæ species ex superioribus significetur, ad quas deinde jus de singulis ante traditum accommodemus. *Appellamus, inquit, in rem actiones; vindicationes, in personam vero conditiones.* Eadem sententia Ulpianus in *l. actionum. 25. de obl. & act. Actionum, inquit, duo genera sunt, in rem, qua dicitur vindicatio, & in personam, qua conditio appellatur.* Pertinet vero hoc ex æquo ad omnes utriusque generis species. Neque enim solum actio, qua rem domini nostri petimus, vindicatio dicitur; sed etiam illæ, quibus cætera in rem jura, veluti usumfructum, servitutes, pignora, persequimur, *l. 1. & passim. si usus fr. pat. & sis. si serv. vind. l. ult. de pign. act. l. si fundus. 16. §. in vindicatione. de pign.* Et contra omnis in personam actio conditio dicitur: quanquam nonnullæ hujus generis hoc nomen sibi velut proprium fecerunt, *l. cessat. 36. de obl. & act.* ut

conditio certi, indebiti, sine causa, ob causam dati, ex lege, &c.

*Vindicationes*] De origine hujus nominis non constat. Probabile quidem multis videtur, quod Hotoman. existimat, *vindico* verbum esse compositum à vim & dico, quemadmodum *judico*, auctore Varrone *lib. 4. de ling. lat.* concretum ex jus & dico: nam olim in vindicationibus manus conferi & vim quandam adhiberi solitam, quam Cicero in *Orat. pro Cæciliæ* quotidianam, A. Gell. *lib. 20. no. 10.* festucariam appellat, quia festuca fieri solebat. Cæterum non sine causa de eo ambigitur, propter vindictæ verbum, quo etiam ultio significatur, & maximè, quia non vim dicere, sed vim facere dicimur. Sed non est, quod de ratione nominis laboremus, cum de significatione constat. Vindicare enim rem aliquam nihil aliud est, quam aliquid sibi asserere & suum esse dicere, sive id dominium sit aut aliud jus, sive possessio, quam in re habemus, & nobis defendimus. Et cum olim mutæ essent vindicationes, *vid. sup. §. 1. sub fin.* necessario eveniebat, ut in omni controversia proprietatis simul ipsa quoque possessio dubia & controversa efficeretur, ac proinde priusquam iudicium perageretur & principalis quæstio de proprietate terminaretur, sententia ferenda esset super possessione. Quæ controversia dicebatur *lis vindiciarum*, & uno verbo *vindicia*, à vindicando, & numero quoque singulari *vindicia*, auctore Servio Sulpitio apud Fest. in voce *vindicia*, ubi Festus ait, *Servium dixisse, vindiciam esse, cum de aliqua re controversa esset, ab eo, quod vindicatur.* Fiebant autem vindiciæ correptione manus, & quidem ex duodecim tabulis in re atque loco præsentis apud prætorem; postea autem in agrorum controversiis in gleba ex agro, de quo litigabatur, in jus allata; in qua Gellius *20. no. 10.* scribit litigantes tanquam in toto agro vindicare solitos fuisse. Hinc vero apparet, litem vindiciarum non pertinuisse tantummodo ad quæstionem de momentanea possessione, quam nunc vulgo recedentiam vocant, licet id pro certo tradunt DD. Budæus & Hotomanus; sed eo verbo veteres significasse controversiam de toto negotio, seu de possessione simul & proprietate. Quod etiam evidenter ostendit locus Asconii in *orat. 3. Verrin.* quem ideo adscripti. *Lis vindiciarum est, inquit ibi Asconius, cum litigatur de ea re apud prætorem, cujus incertum est quis debeat esse possessor. Et ideo qui eam tenet, satisfacit pro prædo litem vindiciarum adversario suo, quo illi satisfaciatur, nihil se detursum in possessione facturum, de qua jurgium est. Rursus sponsione ipse provocatur ab adversario certa pecunia aut affirmationis, quam amittat, nisi sua sit hereditas, de qua consentis.* Putaverunt, verbo vindiciæ, significari ipsam possessionem. Quod ego, uti à verbi proprietate nimis alienum est, ita falsum esse arbitror. Neque illa, quæ apud Livium & alios legimus, *postulare vindicias, dare vindicias*, hoc probant. Nam postulare vindicias ille dicitur, qui petit, ut secundum se vindiciæ dicantur; dare, qui in lite vindiciarum secundum aut contra aliquem pronuntiat: quemadmodum litem dare secundum aut contra aliquem dicimus, pro secundum aut contra aliquem judicare. Denique dicere possessionem, non dicitur, sed bene, dicere vindicias, locutione scilicet figurata, pro dicere sententiam in lite vindiciarum. Sane veteres etiam res ipsas de quibus controversia erat, & glebas quo-



quoque, quæ ex agro sumptæ in jus afferebant, nonnunquam vindicias appellant, sed per metonymiam subiecti. Nam in re controversa fiebant vindiciæ, & inglebis tanquam in agro vindicabatur, ut ex Gellio jam audivimus: qui hoc ipso simul nos docet, quid propriè sit vindicare, nimirum rem aliquam sibi afferere & suam esse dicere. Hodie constat, vindicationes dici actiones in rem de proprietate, omnique jure, quod quis in re habet: de quibus jam antea explicatum est.

2. *Condicere est denunciare*] Quod Justinianus hic ait, condicere, prisca lingua esse denunciare, id etiam Festus in ea voce notat. *Condicere*, inquit, est dicendo denunciatio. Donat. in illud *Phorm. act. 1. scõn. 2. & sibi scribam dicam: à denuntiatione*, inquit, in personam: ne diceret, non mihi denunciasti. Theophilus tradit, prisca temporibus moris fuisse, ut is, qui cum aliquo litem habebat, adversario suo denuntiaret, ut hoc vel illo die ad iudicium accipiendum & litem persequendam adesset. Sed ex his nondum intelligitur, quid veteribus sit condicere, multoque minus, quam rationem habeat, quod inde actio in personam dicta sit conditio. Itaque sciendum est, verbo condicere non significari unius actoris denuntiationem, sed denuntiationem mutuam & utriusque litigantium. Nam condicere valet, simul dicere, & diem in commune dicere, quo in iudicium veniatur, ut Festus quoque hoc verbum interpretatur: hinc idem verbum translatum etiam ad alia, quæ communi & mutua denuntiatione certi temporis & loci inter aliquos dicuntur, statuunturque ut fiant: ut condicere coenam, pro denunciare alicui ut adsit: & vice versa denunciare & promittere te adfuturum. Cic. ad Lentul. *Craffus cum mihi condixisset coenam, coenavit apud me in mei generi Craffipedia hortis*. Sueton. in Tib. *Sexto Claudio libidinoso ac prodigo seni coenam ea lege condixit, ne quid ex consuetudine immutaret aut demeret*. Ita autem moris olim fuit, ut qui litem vellet intendere, is adversario suo denuntiaret, ut in jus veniret: qui aut ire, aut sponforem dare compellebatur, fore, ut constituto die se iudicio sifteret: quæ res vadatio dicebatur, & ante litem contestatam fiebat. Constituto deinde à Prætoris iudicio, diem committendi iudicii simul dicebant, id est, communi consensu constituebant invicem denunciando, actor denunciando reo, quo die vellet eum in iudicium venire; reus denunciando actori se eo die affuturum: idque uno verbo dicebant diem condicere; & hinc conditio, mutua illa denuntiatio. Quia vero ad hanc rem ferè tertium sive perendinum diem sumere solebant, inde natum nomen comperendinationis. Nemo hoc planius exponit Aconio, qui *Verrina 3. sic scribit: Comperendinatio est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denuntiatio in perendinum diem. Nam cum in rem aliquam agerent litigatores, & pœna se sacramenti peterent, poscebant iudicem, qui dabatur post tertium diem: quo dato, deinde inter se in perendinum diem, ut ad iudicium venirent, renuntiabant*. Atenim cum hæc sive conditio sive denuntiatio, sive comperendinatio omnibus in iudiciis fieri soleret, sive in rem, sive in personam ageretur, quæ causa est, quod sola actio in personam nomine conditionis designata sit? Credibile omnino est, cum ex duabus istis actionum speciebus una certum & proprium nomen invenisset, alteram quia

proprio carebat, nomine generis appellatam, more loquendi communi & juris auctoribus maximè usitato. Itaque cum actio in rem speciale & proprium haberet nomen vindiciarum sive vindicationis, actioni in personam nomen utriusque iudicii commune relictum fuisse. Prolixius hæc exequitur D. Hotomannus.

*Nunc vero abusive dicimus conditionem*] Rectè abusive: quia non est in re, quod verbo significatur. Abusus autem hac ratione defenditur, quod primo actio in personam eiusmodi conditionem habuit, à qua proficisceretur. Re sublata mansit nomen, quod initio actioni fuerat; quemadmodum & in aliis plerisque rebus prisca adhuc appellationibus utimur, quantumvis usu rei exoleto.

*Nulla hoc tempore denuntiatio*] Justiniani ætate vetus illa conditio & solennis illa ad iudicium denuntiatio obsoleverat. Sustulere eam Impp. Arcadius, Honorius & Theodosius; quorum constitutio extat in *l. si quis. 6. C. Theod. de denuc. vel edict. rescript.* Novella autem Justiniani lege certum tempus hanc in rem constitutum: oblato enim libello citatorio viginti dierum inducias reo indulgeri voluit, ut secum interim deliberet, cedere, an contendere malit, *auth. offeratur. C. de lit. contest.* Nos hoc iure nunc utimur, ut executor vocato diem dicat, & moderatum tempus ad deliberandum concedat, prout res, persona vocati, locus, cateræque circumstantiæ desiderare videntur. *D. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. c. 14. Gail. 1. obs. 74. n. 16. & seqq. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. c. 5.*

T E X T U S .

Divisio secunda.

16. *Sequens illa divisio est, quod quedam actiones rei persequenda gratia comparatae sunt, quedam pœna persequenda, quedam mixtae sunt.*

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

1. *Quid hic vocetur rei persecutio, quid pœna; & usus hujus divisionis.*

Roponitur hic alia actionum divisio sumpta ab obiecto; quippe quæ docet, quid quaque actione petatur. Divisio hæc est, quod quedam actiones rei persequenda gratia comparatae sunt, quedam pœnæ, quedam tam pœnæ quam rei, & ob id mixtae. Quæ horum alterutrum aut utrumque continent, sequentibus aliquot §§. exponit Justinian. Illud non exponit, quid hic vocetur rei persecutio, quid pœnæ; cujus tamen explicatio ad illustrandam divisionem vel maximè facit. Sed quod hic omiffum est, docebit nos definitio rei persecutoriarum à Paulo tradita, *l. in honorariis. 35. de obl. & act.* Illic enim sic Jurisconsultus scribit; *Illæ (actiones) rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest*. Opponit Jurisconsultus persecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abest, persecutioni pœnæ. Itaque ex contrario definiemus, illas actiones pœnæ persecutionem habere, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis non abest. Ex patrimonio nobis abesse dicuntur hæc quatuor; quod est in patrimonio nostro, sed ab alio tenetur; quod esse definit, sed ex obligatione nobis restituendum est; quod nobis debetur ex contractu; quodcumque ejus, quod nobis

abest, æstimationem continet. qualis est æstimatio, quæ fit ex jurejurando in litem, l. 1. l. 8. de in lit. jur. item pœna conventionis promissa, quæ & ipsa caveri solet loco ejus, quod interest, §. ult. de verb. obl. l. ult. de prat. stip. Quare quæcumque sunt actiones, quibus horum aliquid persequimur, eas dicemus esse rei persecutorias; quod ipsum etiam species subjectæ declarat. Et rursus ex contrario, quæ alicujus rei ex superioribus perfectionem non habent, eas dicemus esse pœnales. In summa, rei nomine hoc loco continetur, quicquid est extra pœnam legitimam: pœnæ nomine ea duntaxat, quæ jure certo constituta est. Hinc jam non difficile erit judicare, quæ sint actiones alterutrius generis, aut mixtæ. Ulius divisionis propositæ præcipuus & hujus loci proprius est, ut intelligamus, quid quaque actione peti oporteat. Est vero & secundarius, ut dignoscatur, quæ actiones sint perpetuæ, quæ temporales; quæ in hæredes dentur, quæ non dentur: de quo infra *subtit. de perp. & temp. act.*

## T E X T U S.

## De rei persecutoriis.

17. *Rei persequenda causa comparata sunt omnes in rem actiones. Earum vero actionum, quæ in personam sunt, ea quidem, quæ ex contractu nascuntur, ferè omnes rei persequenda causa comparata videntur: veluti quibus mutuam pecuniam, vel in stipulatum deductam, petit actor: item commodati, depositi, mandati, pro socio, ex empto, vendito, locato, conducto. Plane si depositi agatur eo nomine, quod tumultus, incendii, ruina, naufragii causa depositum sit, in duplum actionem prætor reddit, si modo cum ipso, apud quem depositum sit, aut cum hærede ejus de dolo ipsius agitur: quo casu mixta est actio.*

## N O T A.

17. *Quæ ex contractu nascuntur*] Illæ omnes rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, d. l. 35. b. r. Ex patrimonio nobis abesse dicitur. 1. quod est in patrimonio, sed ab alio tenetur. 2. quod esse desit, sed ex obligatione restituendum. 3. quod nobis debetur ex contractu. 4. quod ejus, quod nobis abest, æstimationem continet: quo etiam refero pœnam conventionis promissam, §. ult. sup. de verb. obl.

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

1. *Actiones in rem omnes rei persecutoria.*
2. *An personalium ex contractu alia mixta, quam illa ex deposito miserabili.*
3. *Cur hæc excepta: & cur in hæredem tantum ex proprio dolo datur.*

**O**mnès in rem] Actiones in rem omnes comparatæ sunt rei persequendæ gratia; quippe quibus omnibus sine exceptione persequimur, quod ex patrimonio nobis abest, videlicet rem nostram, aut ad jus nostrum pertinentem, quæ ab alio tenetur. Non obstat, quod

in his actionibus ob contumaciam non restituentis in litem jurari solet, l. qui resistuere. 68. de rei vind. l. 5. de in lit. jur. & quod hoc jurejurando contumacia punitur, cum actori permittatur rem æstimare etiam ultra rei pretium, l. 1. l. 8. d. tit. Nam hæc ipsa pœna nihil aliud est, quam æstimatio ejus quod actori abest; non illa quidem, qua res omnibus vulgo tanti fit: sed tamen quam actor dicit rei suæ, quem æquum non est cogi suo pretio rem suam æstimare, d. l. 8. de in lit. jur. l. 9. de act. rer. amot. Atque ut hæc æstimatio reo pœna sit, tamen ea non petitur actione, sed ex officio judicis, quod actioni subservit, ex accidenti imponitur: actor autem nihil amplius quam rem suam petit; & illa quoque ipsa æstimatio actori est rei suæ persecutio, utpote qui ultra id quod ei abest, nihil consequitur, si spectamus pretium, quo rem suam æstimat: quod sanè æquissimum est, arbitrio domini definiri, d. l. 8. de in lit. jur. Ita ferme & DD. vulgo.

*Quæ ex contractu ferè omnes rei persequenda*] Actiones quoque in personam, quæ ex contractu nascuntur, rei persecutoriæ sunt: quoniam & his nihil aliud persequimur, quam quod nobis abest. Particulam autem *ferè* addidit propter actionem depositi miserabilis, quam & ipse mox excipit, & mixtam esse dicit. Fortassis & propter actionem legati pii, quæ etiam quandoque mixta est, licet ex quasi contractu veniat, §. vi autem. 19. inf. eod. Excipiunt nonnulli & actionem redhibitoriam, quæ dicitur interdum in duplum condemnationem habere, l. redhibitoria. 45. de adil. edict. sed perperam, meo judicio: nam duplum ea actione non tam ut pœna petitur, quam quod in venditione mancipiorum & animalium duplum à venditore repromitti solet, fac. l. cum autem. 23. §. si servum. 4. d. titul. Sicut actio qua dupla petitur nomine evictionis, non pœnæ, sed rei persequendæ causa instituitur; quia ex stipulatione duplex competit, l. 2. & pass. de evict. l. quod si nolis. 31. §. quia assidua. 20. de adil. edict.

*Tumultus, incendii, &c.*] In eum, qui tumultus, incendii, ruina, naufragii causa depositum inficiatus erit, ejusve hæredem fraudulentum, actio in duplum à prætorè redditur, l. 1. §. 1. de pos. Merito has causas deponendi à cæteris segregavit prætor: primum quoniam in aliis casibus spatium deliberandi datur, cui res committenda sit: in his autem trepidatio nullum tempus ad deliberandum concedit: deinde quia aliis in casibus perfidia nihil eximium habet præter cæteras: hæc vero singularis est, & majore odio digna, quod ubi misericordia opus est, crudelitas adhibetur, & calamitas calamitati imponitur, d. l. 1. §. 2. & seqq. de pos. l. 1. & passim. de incend. ruin. naufr. Diximus autem, in eum, qui inficiatus erit; quoniam hæc in duplum actio non nisi adversus inficiantem & fallentem fidem datur: nam in contententem tantum in simplum actio est, d. l. 1. §. hæc autem. 4. de pos. §. sed furti. 28. inf. hoc tit.

*Aut cum hæredo ejus de dolo ipsius*] De dolo ipsius, hæredis scilicet. Hac enim adjectione Justinianus significare voluit, actionem depositi miserabilis tum demum in hæredem in duplum dari, cum ille ex dolo & inficiatione propria convenitur, non etiam si cum eo agatur ob dolum defuncti: nam tunc in hæredem in simplum duntaxat hoc iudicium datur, d. l. 1. §. 1. l. 18. de pos. Non obstat, quod passim traditur, actiones ex contractibus

bus venientes in hæredes in solidum dari, licet ob dolum eorum, quibus successerunt, conveniantur, l. 12. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. de reg. jur. cum simil. Nam illa definitio ad actiones pœnales non pertinet, sed ad eas tantum, quæ sunt rei persecutoriæ: & aliud est, dari in solidum; aliud, dari in duplum.

TEXTUS.

De pœnæ persecutoriis.

18. *Ex maleficiis vero prodita actiones, alia tantum pœna persequenda causa comparata sunt: alia tam pœna, quam rei persequenda; & ob id mixta sunt. Pœnam tantum persequitur quis actione furti: sive enim manifesti agatur; quadrupli, sive non manifesti, dupli, de sola pœna agitur: nam ipsam rem propria actione persequitur quis, id est, suum esse petens, sive fur ipse eam rem possideat, sive alius quilibet. Eo amplius adversus furem etiam conditio est rei.*

De mixtis, hoc est rei & pœnæ persecutoriis.

19. *Vi autem bonorum raptorum actio mixta est, quia in quadruplo rei persecutio continetur: pœna autem tripli est. Sed & legis Aquilia actio de damno injuria dato mixta est: non solum si adversus inficiantem in duplum agatur, sed interdum & si in simplum quisque agat; veluti si quis hominem claudum aut luscum occiderit, qui in eo anno integer & magni pretii fuerit: tanti enim damnatur, quanti is homo eo in anno plurimi fuerit, secundum jam traditam divisionem. Item mixta est actio contra eos, qui relicta sacrosanctis Ecclesiis, vel aliis venerabilibus locis, legati vel fideicommissi nomine dare destulerint, usque adeo ut etiam in judicium vocarentur. Tunc enim & ipsam rem vel pecuniam, quæ relicta est, dare compelluntur, & aliud tantum pro pœna: & ideo in duplum ejus fit condemnatio.*

NOTA.

18. *Alia tantum pœna persequenda*] Paul. l. 35. hoc sit. persecutionem ejus, quod ex patrimonio nobis abest, opponit persecutioni pœnæ. Itaque illæ actiones pœnæ persecutionem habent, quibus persequitur quod ex patrimonio nobis non abest, uno verbo quibus persequimur pœnam legitimam.

19. *Si adversus inficiantem*] Actio damni injuria ex lege Aquilia inficiatione crescit in duplum, §. ult. sup. de obl. qua quas. ex cont.

COMMENTARIUS.

1. *Pro mere pœnalibus esse & certâ quantitatâ pœna persecutorias.*
2. *Quæ quibus exceptis mixta.*
3. *Pro pœnalibus qua habeantur, cum à parte actoris pœnales non sint.*

**E**X maleficiis actiones quæ sunt, omnes persecutionem pœnæ habent: sed quædam ex his pœnæ solius, pleræque autem pœnæ simul & rei; quæ proinde mixtæ sunt. Dux tantum excipiendæ, conditio furtiva, & actio rerum amotarum, quæ solius rei persecutionem continent, l. 7. §. 1. & 2. de cond. furt. l. si mulier. 21. §. pen. de act. rer. am.

*Pœnam tantum actione furti*] Actio furti sive manifesti sive nec manifesti solam pœnam persequitur, §. ult. sup. de obl. qua ex del. d. l. 7. §. 1. de cond. furt. Eiusdem generis est & actio injuriarum; quippe qua nihil, quod nobis abest persequimur, sed tantum vindictam criminis, l. 7. §. 1. de injur. Pro pure pœnalibus habendæ etiam sunt, actio de albo corrupto, l. 7. de jurid. §. pœnalis. 12. sup. hoc sit. actio de parente aut patrono sine venia in jus vocato, d. §. 12. l. pen. & ult. de in jus voc. item actio de suspensio &posito, §. 1. sit. prac. l. 5. §. prator. 5. de his qui dejec. denique omnes illæ, quibus non persequimur duplum, triplum aut quadruplum, sed certam pœnæ summam delicto simpliciter impostam, sine consideratione alterius rei, veluti 50. aureos.

*Ipsam rem propria actione persequitur quis*] Eam vel vindicando à quocunque possessore, vel condicendo furi ejusve hæredi, §. ult. sup. de obl. qua ex del. ubi hoc latius explicatum est.

*Vi bonorum raptorum actio mixta*] In actione vi bonorum raptorum quadruplum non est totum pœna, ut in actione furti manifesti; sed in quadruplo continetur & rei persecutio, ut pœna tantum sit tripli, sup. vi bon. rap. in pr. ac proinde mixta est hæc actio.

*Legis Aquilia actio*] Actio quoque legis Aquiliæ de damno injuria dato mixtam causam obtinet, seu partim rem, partim pœnam persequitur, sive adversus confidentem agatur in simplum, quo casu res æstimatur quanti plurimi eo anno aut diebus 30. proximis fuerit, §. his autem. 9. & 14. sup. de leg. Aqu. sive adversus inficiantem, quo casu lis crescit & in duplum actio redditur, l. inde Neratius. 23. §. pen. ad leg. Aqu. §. ult. sup. de obl. qua qu. ex contr. Sed & cæteræ quoque actiones ex maleficiis præter furti & injuriarum, certæque quantitatis pœnæ persecutorias, quæ mere pœnales sunt, & conditionem furtivam rerumque amotarum actionem, quæ sunt rei persecutoriæ, omnes sunt mixtæ, id est, rei simul & pœnæ persequendæ causâ comparatæ. Veluti actio servi corrupti, l. 14. §. in hac actione. 5. de serv. corrup. quod metus causa, l. item si. 14. §. sed & si. 9. & 2. seq. quod met. ca. de calumnia, l. 5. §. 1. de calumn. tripli & quadrupli ob majores sportulas exactas, §. 24. & seq. inf. &c. denique & illæ, quæ quasi ex maleficio nascuntur, similiter mixtæ fere sunt, ut intelligi potest ex his, quæ de hoc genere tradita sunt sup. de obl. qua qu. ex del. Illud sciendum est, quasdam esse actiones, quæ pro pœnalibus habeantur, & ideo in hæredes non dentur, licet à parte actoris pœnales non sint. Nam quoties actio factum punit & in dolum tantum concepta est, pœnalis

nalis habetur, eoque nec adversus hæredes datur, quamvis proposita sit ei, cui eo facto quid abest, atque ita rei persecutionem contineat, l. 9. §. 1. quod fals. int. de quo diligentius differimus inf. de perp. & temp. action. §. 1.

*Reliqua sacrosanctis Ecclesiis*] Ex quasi contractu actiones omnes rei persecutionem habent, utpote quarum nulla ultra id quod abest, persequimur, ut licet intelligere ex generibus harum actionum, quæ exponuntur sup. de obl. qua qu. ex contr. Una actio ex hoc genere hic excipitur, nempe actio ejus legati & fideicommissi nomine, quod relictum est Ecclesiæ aut aliis venerabilibus locis; puta nosocomiis, xenodochiis, orphanotrophiis, &c. tit. C. de Episc. & Cler. Hæc actio duobus casibus mixta est, & constituta in duplum, si reus inficiatus erit; si tamdiu solvere distulerit, dum in jus vocaretur, §. sed furti. 26. inf. Scholiastes Theoph. & ἡ νόμος ἐξ ἀπορίας, ἀλλὰ ἐξ ἐπιπέρας, ἢ διὰ τὴν εἰσπρατικὴν τὴν ἐπὶ τῶν βιβ. α. & καὶ τ. γ. Διγ. μς. hoc est, l. 45. C. hoc tit. in editione Gothofr. & Pacii est l. 46.

## T E X T U S.

De mixtis, id est, tam in rem, quam in personam.

20. *Quadam actiones mistam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam: qualis est familia erciscunda actio; qua competit cohæredibus de dividenda hereditate. Item communi dividundo; qua inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur. Item finium regundorum actio, qua inter eos agitur, qui confines agros habent. In quibus tribus judiciis permittitur judici, rem alicui ex litigatoribus ex bono & equo adjudicare: & si unius pars pręgravari videbitur, eum invicem certa pecunia alteri condemnare.*

## N O T A.

20. *Qua competit cohæredibus*] Tres hæ actiones familiaræ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum, ex lege 12. tabularum descendunt, l. 1. fam. ere. l. ult. fin. reg. quæ ideo constitutæ, ut communitio, cujus materia discordias excitare solet, l. 77. §. 20. de leg. 2. tollatur Pac.

*Qui confines agros habent*] Ut fines regantur. Regi fines dicuntur, quoties unusquisque ager propriis finibus terminatur.

*In quibus tribus judiciis*] Quid judicem in unoquoque horum judiciorum sequi oporteat, explicatur plenius inf. §. 4. & 2. seqq. de off. jud.

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

1. *Quo sensu & quam ob causam actiones hic propositæ dicantur mixtæ.*
2. *Judicium fam. ercisc. inter quos reddatur, & quid contineat.*

3. *Inter quos qua de re agatur communi dividundo.*
4. *Inter quos finium regundorum, & cujus rei gratia.*

**P**er occasionem, quod proxime dixerat de actionibus mixtis, subjicit tres alias actiones, quas & ipsas mixtas videri ait, videlicet, familiaræ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum; sed quæ longe diversi sunt generis, longæque aliam ob causam mixtæ dicuntur, quam dicuntur illæ, quæ tertium membrum superioris divisionis constituunt: non enim ideo has actiones mixtam causam habere dici, quod, ut superiores illæ, conjunctim rei & pœnæ persecutionem contineant, cum omnes rei tantum persequendæ gratia comparatæ sunt; sed quia partim in rem esse videntur, partim in personam. Ex quo simul illud intelligimus, hæc eadem judicia alio quoque sensu hic mixta vocari, quam quo mixta appellantur in l. actionis. 37. §. 1. de obl. & aff. & alibi duplicia, l. 2. §. 1. comm. div. nimirum, quod in iis uterque ex litigatoribus duplicem personam sustinet, actoris videlicet & rei. l. in tribus. 13. de jud. l. judicium. 10. fin. reg. l. inter cohæredes. 44. §. qui familia. 4. fam. etc.

*Mistam causam obtinere videntur tam in rem*] In rem esse videntur, quia in his quisque de re sua agit ad instar ejus, qui vindicat. In personam ideo, quia dantur adversus eum, qui propter communionem aut terminorum confusionem nobis obligatus est. Notandum autem, quod non simpliciter ait has actiones mixtam causam obtinere, tam in rem quam in personam; sed obtinere videri. Nimirum, quia id præ se ferunt. Revera autem sunt actiones in personam omnino: quippe quæ tales origine & essentia sua, quamvis sine & effectu non nihil cum actionibus in rem commune habeant, l. 1. fin. reg. l. 1. §. 1. C. de ann. exc. quod fusius à me expositum, sup. §. 1. hoc tit.

*Qua competit cohæredibus de dividenda hereditate*] Judicium familiaræ erciscundæ est, quod inter cohæredes redditur de dividenda hereditate, hoc est, quo hæres agit adversus cohæredes suos, ut res hereditariæ, prius indivisæ, dividantur, & à communitioe discedatur, l. 1. fam. ercisc. Estque hæc princeps hujus judicii causa, sed non sola: nam & præstationes quasdam personales continent, quibus hæres hæredi propter communionem rerum est obnoxius, l. item Labeo. 22. §. penul. d. tit. Ubi Ulpianus ait, judicium familiaræ erciscundæ ex duobus constare, id est, ex rebus atque præstationibus, quæ sunt actiones personales. Rerum divisio qualis sit, tum quæ in hac divisione adjudicatio & quæ vice mutua condemnatio, quorum mentio fit in extremo hujus §. declaratur in §. familia. 4. inf. de off. judic. Præstationes personales inducuntur aut lucri aut damni aut impensarum nomine, quæ quidem res in re communi incidunt. Lucri, ut si quid ad unum ex hæredibus pervenit ex re communi, id cæteris hæredibus communicet, l. inter. 44. §. 2. & 3. fam. ercisc. l. 3. C. eod. d. §. 4. inf. de off. jud. Damni, ut si quid damni in rebus hæreditariis datum factumve est culpa aut negligentia unius, id cæteris pro portione cujusque sarciat, l. hæredes. 25. §. non tantum. 16. & §. item culpa. 18. fam. ere. cujus exempla in l. & puro. 16. §. pen. l. inter. 44. §. quod ex facto. 5. eod. Impensarum, ut si quæ ab uno hærede in res hereditarias factæ sunt, quas propter partem suam necesse habuit

habet facere, ei à cæteris pro rata refundantur, *l. his consequenter. 18. §. sumptuum. 3. eod.* Eodem referimus, si unus pecuniam à defuncto sub pœna aut pignori debita solverit, *d. l. hæredes. §. idem juris. 13. & seq.* Inducantur hæc genera in commune, *l. quibus casibus. 34. pro soc. in judicio communi dividundo, l. 3. comm. div.*

3 *Communi dividundo, qua inter eos redditur, inter quos aliquid commune est, ut id dividatur* ] Communi dividundo iudicium est, quod inter eos redditur, inter quos res una aut plures extra causam hæreditatis communes sunt: neque enim interest, communes sint ex societate, an sine societate, *l. 1. & l. 2. comm. div.* Finis huius iudicii item duplex; unus, ut recedatur ab harum rerum communione; alter, ut utrinque præstetur, quod alterum alteri præstare oportet, lucri, damni, impensarum nomine. Nam & hoc iudicium iisdem rebus constat, quibus superius, rerum communium divisione, & præstationibus iisdem personalibus, *l. 3. comm. div.* In divisione rerum eadem quoque adjudicatio & condemnatio, *§. eadem. 5. inf. de off. jud.* quippe semota hæreditatis divisione cætera sunt utrique iudicio cum altero communia, *l. 6. §. cætera. 11. comm. div.*

4 *Finium regundorum inter eos agitur, qui confines agros habent* ] Finium regundorum iudicium est, quo inter eos agitur, qui confines agros habent, ut fines regantur, id est, ad suam normam & certitudinem redigantur; & quod intra istos fines quisque habet, id totum retineat; si quid amplius, id confini restituatur, *l. 4. pr. l. 8. in pr. & §. 1. fin. reg.* Sed & si fines commode dirigi non possunt vel propter loci inæqualitatem vel propter veterum limitum incertitudinem, permittitur iudici aliis finibus evidentioribus agros distinguere. Quo casu quia necesse est partem aliquam ex unius agro detrahi & alterius agri domino adjici, ideo res transigitur adjudicatione & condemnatione, *l. 2. §. 1. l. 3. & l. 4. eod. tit. §. pen. inf. de off. jud.*

*Ex bono & a quo adjudicare* ] Quid iudicem hic in unoquoque horum iudiciorum sequi oporteat, explicatur plenius *inf. de off. jud. §. si familia. 4. & 2. seqq. de off. jud.*

TEXTUS.

Divisio tertia.

21. *Omnes autem actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ulterius autem nulla actio extenditur.*

COMMENTARIUS.

1. *An ulla actio plus quam quadruplum persequatur.*

**T**ertia hæc actionum divisio est, sumpta & ipsa ab objecto, sed superiori dissimilis in eo, quod illa explicat, quid quaque actione petatur, res sola, an pœna tantum, an utrumque simul; hæc, quantum peti oporteat, & quousque in pœna supra id, quod nobis abest, petendo progredi liceat. Maximè autem actoris olim intererat scire quid & quantum petere deberet, propter periculum plus petitionis, *§. si quis agens. 33. inf. eod.* Ait Justinianus, actiones omnes vel in simplum

conceptas esse, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum: ultra quadruplum autem nullam actionem extendi. Quid ergo, nullam actionem plus quam quadruplum persequi possumus? Si quis sciens tignum vitiolum aut pecus morbosum vendiderit, responsum est, omnia detrimenta, quæ ex ea emptione emptor traxerit, venditorem præstaturum, *l. Julianus. 13. in pr. de act. empt.* Si quis clavum à navi abtulit, ut naufragium fieret, cautum est Senatusconsulto, ut is omnium rerum nomine teneatur, *l. 3. §. ult. de inc. ruin. naufr.* Si servus hæres institutus ante aditam hæreditatem occisus sit, etiam hæreditatis æstimationem fieri, traditum est in *l. inde Neratius. 23. in pr. ad leg. Ag. §. illud. 10. sup. eod.* Atqui in his omnibus litis æstimatio longe excedere potest quadruplum pretii ejus rei, in qua aut per quam damnatum datum est. Respondemus; Quod dicitur, nullam actionem extendi ultra quadruplum, id intelligendum esse de quadruplo ejus, quod culpa adversarii actori abest; id vero quod abest, & non interesse actoris, est interdum longe & vel decuplo plus æstimetur, quam quanti valebat corpus, in quo vel per quod damnatum datum est, simplum tamen semper est respectu universi damni, quod actor fenfit: & ideo quantacunque hæc sit æstimatio, non in duplum, triplum, &c. actio concipitur, sed tantum in simplum, nempe in id solum, quod actori per culpam rei abest. An in pœna conventionali quadruplum excedi possit, tractavimus supra *ad §. alteri. 18. de inutil. stipul.*

TEXTUS.

De actionibus in simplum.

22. *In simplum agitur, veluti ex stipulatione, ex mutui datione, ex empto, vendito, locato, conducto, mandato, & denique ex aliis quamplurimis causis.*

COMMENTARIUS.

**I**n simplum sunt omnes actiones, quæ rei persecutio- nem continent; utpote quibus unum & simplum, quod nobis abest, persequimur. Itaque & si quæ sit actio ex delicto, quæ rei persecutionem habeat, ea quoque in simplum erit, ut condictio furtiva & actio rerum amotarum. Sed & ex iis, quæ pœnæ persecutionem continent, nonnullæ sunt in simplum, veluti actio ex lege Aquilia extra causam inficionis aut moræ, *§. vi bonorum. 19. sup. eod.* item actio ex edicto, ne quis eum, qui in jus voc. *l. pen. §. 1. eod. tit.* Et si quæ sunt aliæ, in quibus aliquid ultra veram æstimationem rei & quod actori revera abest, præstandum. Denique & ex pœnalis illæ in simplum sunt, in quibus certæ pecuniæ summa simpliciter lege comprehensa est sine mentione dupli, tripli aut quadrupli, ut non ex comparatione alicujus simpli amplius quid pœnæ nomine constituitur, ut cum pœna constituitur in decem, viginti aut quinquaginta aureos, *l. 7. de jurisd. l. penult. de injus vocat. l. 5. §. ait prator. 6. de his qui de fac. l. pen. C. de serv. fug.*

*Veluti ex stipulatione* ] Quid si duplum, triplum, aut quadruplum in stipulationem deductum sit? *l. si dictum. 56. de evict.* Dicendum videtur, actorem id, quod sua interest, tanti æstimantem, adhuc in simplum agere, & rem solam, non pœnam persequi.

Bbbbb

TER

## TEXTUS.

## In duplum.

23. *In duplum agimus, veluti furti nec manifesti, damni injuria ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis. Item servi corrupti, qua competit in eum, cujus hortatu consiliove servus alienus fugerit, aut contumax adversus dominum factus est, aut luxuriose vivere coeperit, aut denique quolibet modo deterior factus sit. In qua actione earum etiam rerum, quas fugiendo servus abstulerit, aestimatio deducitur. Item ex legato, quod venerabilibus locis relictum est, secundum ea, qua supra diximus.*

## COMMENTARIUS.

Quinque actiones recenset, quibus in duplum agitur, furti nec manifesti; damni injuriæ ex lege Aquilia, depositi ex quibusdam causis, servi corrupti, ex legato, quod venerabilibus locis relictum est. Non exponit an eodem omnes modo in duplum sint, nec ne: Quia hoc loco tantum ei propositum est, ostendere, omnes in duplum esse. Differentiæ indicantur aliis locis, §. ex maleficiis. 18. & seqq. sup. §. sed furti. 26. inf. eodem.

*Depositum ex quibusdam causis*] Quæ comprehensæ sunt edito, nempe tumultus, incendii, ruina, naufragii. l. 1. §. 1. de pos. §. rei persequenda. 17. in fin. sup. hoc tit.

*Qua competit in eum cujus hortatu*] Actio servi corrupti in duplum constituta est in eum, cujus hortatu, consilio, opera, servus quolibet modo deterior factus est, l. 1. cum seqq. de serv. corr. Justinianus hoc addit, ut etiam solus conatus & nuda voluntas corrumpendi puniatur, l. si quis. 20. C. d. tit. §. sed etsi. 8. sup. de obl. qua ex del. Venit in hoc iudicium etiam earum rerum aestimatio, quas secum servus abstulit. Duplatur enim omne damnum, l. in hoc. 10. eod. De filio filiaevæ familias corruptis utilis actio competit officio iudicis æstimanda: quoniam interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi, l. ut tantum. 14. §. 1. eod.

## TEXTUS.

## In triplum.

24. *Tripli vero agimus, cum quidam majorem vera aestimatione quantitatem in libello conventionis inserunt, ut ex hac causa viatores, id est, executores litium amplio rem summam sportularum nomine exigere. Tunc enim id, quod propter eorum causam damnum passus fuerit reus, in triplum ab actore consequetur; ut in hoc triplo etiam simplum, in quo damnum passus est, connumeretur. Quod nostra constitutio introduxit, qua in nostro Codice fulget, quam procul dubio certum est, ex lege condictionis emanare.*

## COMMENTARIUS.

Una actio in triplum hic commemoratur, lege Justiniani constituta adversus eos, qui majorem summam vera aestimatione in libello conventionis inserunt dolo malo, quo viatores, id est, apparitiones seu litium executores, §. seq. inf. l. 5. §. ne tamen. 13. de reb. cor. qui sub tur. majores sportulas consequantur. Constitutio hæc Justiniani temporum injuria intercidit.

*Libello conventionis*] Libellus conventionis dicebatur id scriptum, quo actor petitionis suæ rationem & speciem futuræ litis in iudicio exprimebat, qui libellus postea ad absentem per oratorem mittebatur.

*Amplio rem summam sportularum*] Sportulas appellat mercedes five salaria executorum, quæ Græcis ἐπιβασια, ut plane constat ex l. omnes. 33. §. executoribus. 5. C. de Episc. & Cler. l. in sacris. 12. C. de prox. sacr. scrip. lib. 12. l. ult. C. de fruct. & lit. exp. Quanta portio pro sportulis constituta fuerit, incertum est. Illud ex hoc loco intelligimus, pro modo quantitatis petitiæ ad certam summam & à reo exigi solitas. Quod de consuetudine non amplius observari notum est. Gudelin. lib. 4. cap. 5. in fin. De sportulis earumque vario usu vid. Fr. Juret. in not. ad Symmach. lib. 4. epist. 55. & Bachov. ad hunc §.

*In triplum ab actore*] Datur hæc actio reo in minore summam, quam quæ petita fuit, condemnato, adversus actorem, qui plus libello comprehendit, quam ei debetur, ut viatores hac occasione plus etiam sportularum nomine exigere. Triplatur autem quod supra constitutum modum sportularum, per hanc occasionem exactum est, sed ita, ut in triplo etiam illud ipsum contineatur. Pœnam hanc primus Justinianus in proposita specie introduxit: nam jure veteri, qui plus quovis modo petiissent, causa cadebant, id est, rem amittebant, §. si quis. 33. in pr. & fin. inf. eod.

*Quam procul dubio certum est ex lege condictionis emanare*] Locus hic procul dubio mendosus est, & sic cum Ruffard. Cond. Cujac. qui etiam ad libros veteres provocant, restituendus; Ex qua procul dubio certum est ex lege condictionis emanare. Ut sit sensus, hanc in triplum actionem ex constitutione Justiniani, esse condictionem ex lege, five ejusmodi actionem, quæ conditio ex lege dicitur. Nam quoties nova lege obligatio introducit, nec cavetur qua actione experiendum sit, ex lege agitur, l. un. de cond. ex leg. Atque hoc modo Theophilum quoque apud Justinianum legisse, ex paraphrasi ejus apparet.

## TEXTUS.

## In quadruplum.

25. *Quadrupli autem agitur; veluti furti manifesti; item de eo, quod metus causa factum sit: deque ea pecunia, qua in hoc data sit, ut is, cui datur, calumnia causa negotium alicui faceret, vel non faceret. Item ex lege condictionis nostra constitutio oritur, in quadruplum condemnationem imponens iis executoribus litium, qui contra nostra constitutionis normam à reis quicquam exegerint.*

NOTA

NOTA.

*Calumnia causa negorum*] l. 1. l. 3. de calumniat. Et hæc item actio mixta est conjunctim poenam & rem persequens, l. 5. §. 1. d. tit. Est autem negotium alicui facere calumniae causa, iudicio calumniolo aliquem vexare. Quint. lib. 5. cap. 12.

*Ex lege condititia nostra constitutio*] Leg. Ex lege condititia ex nostra constitutione oritur. Ex lege condititia, id est, condititia actio ex lege, quomodo & Theoph. hunc locum interpretatur. Hanc actionem & ipsam mixtam esse apparet ex Nov. 124. cap. 3.

COMMENTARIUS.

**R**ecensentur hic quatuor actiones, quæ sunt in quadruplum, furti manifesti, quod metus causa, de calumnia, adversus executores litium, qui plus constituto sportularum nomine exegerint. Addamus & quintam, vi bonorum raptorum. Prima actio mere poenalis est, reliquæ mixtæ, ut in quadruplo comprehendatur etiam ejus, quod abest aut interest, persecutio.

*De eo, quod metus causa*] Quod metus causa gestum est, prætor ratum non habet, & hoc amplius, si, quod ex ea causa aberit, arbitrio iudicis non restituatur, in quadruplum iudicium pollicetur, l. item si. 14. §. 1. quod met. ca. Quadruplatur id omne, quod restitui oportet, sic tamen ut in hoc quadruplo & simplum infit. Quippe mixta est hæc actio, non solius poenæ persecutoria, l. 14. §. sed & si. 9. cum §§. seqq.

*Ut calumnia causa negotium alicui faceret*] Negotium alicui facere calumniae causa, est, iudicio calumniolo aliquem vexare. In eum, qui ut calumniae causa negotium faceret, vel etiam ut non faceret, pecuniam accepisse dicitur, actio in quadruplum ejus pecuniæ, quam accepit, competit, l. 1. l. 3. de calumniat. Et hæc item actio mixta est, conjunctim poenam & rem persequens, l. 5. §. 1. d. tit.

*Item ex lege condititia nostra constitutio*] Hujus etiam loci lectionem vitiosam esse certum est. Apud Justinianum haud dubie ita scriptum fuit. *Item ex lege condititia ex nostra constitutione oritur, &c.* Ex lege condititia, id est, condititia actio ex lege, quæ ex constitutione Justiniani oritur in facti specie hic proposita: quomodo hunc etiam locum Theophilus interpretatur.

*In quadruplum imponens executoribus litium*] Constitutio, cujus meminit §. præcedenti, actori, cujus fraude factum, ut executor plus debito exigeret, tripli poenam imponit: illa, cujus hic mentio, in executores directa est, qui ipsi in exigendis sportulis summam definitam dolo malo exceperunt, data actione in quadruplum, quam & ipsam mixtam esse apparet ex Nov. 124. cap. 3. ubi Justinianus constituit, ut simplum reddatur ei, qui damnus passus est, triplum autem inferatur ærario. Quod quidam tradunt, etiam hodie, ubicunque lege vel decreto Curia nuntius & apparitoribus certa summa pro sportulis constituta, si quid ultra exegerint, hac in quadruplum actione conveniri posse, constat, usu non obicrvari.

TEXTUS.

Subdivisio actionum in duplum.

26. Sed furti quidem nec manifesti actio, &

*servi corrupti à cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differunt, quod hæ actiones omnimodo dupli sunt: at ista, (id est, damni injuria ex lege Aquilia & interdum depositi) inficiatione duplicantur: in confidentem autem in simplum dantur. Sed illa, quæ de iis competit, quæ relicta venerabilibus locis sunt, non solum inficiatione duplicatur, sed etiam si distuleris relicti solutionem, usque quo jussu magistratum conveniatur. In confidentem vero, antequam jussu magistratum conveniatur, solventem, simpli redditur.*

Subdivisio actionum in quadruplum.

27. *Item actio de eo quod metus causa factum sit, à cæteris, de quibus simul locuti sumus, eo differt, quod ejus natura tacite continetur, ut qui iudicis jussu ipsam rem actori restituat, absolvatur: quod in cæteris casibus non est ita, sed omnimodo quisque in quadruplum condemnatur: quod est & in furti manifesti actione.*

NOTA.

26. *Omnimodo dupli*] Id est, sive reus fateatur, sive inficietur. Th.

*In confidentem in simplum*] Potest itaque hic reus evitare poenam confitendo.

27. *Ut qui jussu iudicis*] In actione quod metus causa reo convento poenam evitare conceditur rem, de qua agitur, arbitrio iudicis ante sententiam restituendo, l. 14. §. 1. quod met. caus.

COMMENTARIUS.

1. *Actiones omnes apud nos videri rei persecutorias.*

**N**Otatur hic nonnulla differentia, quæ est inter actiones poenales, tum quæ sunt in duplum, tum quæ in quadruplum. Non omnes enim simpliciter, & omnimodo in duplum aut quadruplum conceptæ sunt, sed quædam conditionaliter, & ita, ut reo poenam evitare liceat. Omnimodo in duplum sunt actio furti manifesti, servi corrupti, & si quæ sunt aliæ simpliciter in duplum constitutæ; quippe quæ omnes ita constitutæ intelliguntur, ut semper & statim poena exigi possit, nec dupli condemnatio evitari. Non statim & simpliciter in duplum sunt, actio legis Aquiliae, depositi miserabilis, de legato venerabilibus locis relicto: namque has ab initio & in confidentem placet in simplum tantum dari, duplicari autem inficiatione, postremam etiam frustratione & dilatione solutionis, usque dum reus iudicio conveniatur, hoc text. §. vi autem. sup. eod. Omnimodo in quadruplum sunt actio furti manifesti, vi bonorum raptorum, de calumnia, de sportulis adversus executores litium, &c. Una tantum ex hoc genere excipitur, actio quod metus causa, in qua reo convento poenam evitare conceditur, rem, de qua agitur, arbitrio iudicis ante sententiam restituendo. Quod si reus iudici jubenti rem restitui non pareat, hanc contumaciae suæ poenam patitur, ut in quadruplum condemnatur, hoc text.



sex. §. item actio. l. item si. 14. §. 1. & 4. quod met. ca. Est & alia, & quidem inter poenales omnes, differentia, quod scilicet quædam sint mere poenales, quædam mixtæ; sed illa superius explicata est, §. ex malef. 18. & seq. h. t. Apud nos omnes actiones sunt rei persecutoriæ & in simplum conceptæ, quia poenæ pecuniariæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt, & solus fiscus poenâs ob vindictam publicam persequitur judicio criminali. Privatis tantum potestas est ejus, quod sibi abest persequendo judicio civili. *Jo. Imbert. in enchirid. jur. script. Baro ad tit. sup. de obl. qua ex del. comm. part. 2. Gudelin. de jur. nov. 3. c. 13. Groenew. de li. abrog. ad rubr. C. de poen. & ibi laudati.* Excipienda tamen videtur actio injuriarum, qua ex more fori nunc duplex emenda petitur, honorabilis & profitabilis, ut loquuntur. *Vid. sup. ad §. 10. de injur.*

## T E X T U S.

Divisio quarta de actionibus bon. fid.

28. *Actionum autem quædam bona fidei sunt, quædam stricti juris. Bona fidei sunt hæc: ex empto, vendito; locato, conducto; negotiorum gestorum; mandati; depositi; pro socio; tutela; commodati; pigneratitia; familia erciscunda; communi dividundo; præscriptis verbis, quæ de æstimatione proponitur, & ea quæ ex permutatione competit; & hereditatis petitio. Quamvis enim usque adhuc incertum erat, inter bona fidei judicia connumeranda hereditatis petitio esset, an non: nostra tamen constitutio aperte, eam esse bona fidei, disposuit.*

## N O T E.

28. *Quædam bona fidei]* Id est, liberæ potestatis judicis, conclusæ tamen intra regulam bonæ fidei. *Cic. in Top. & 3. de off. Sen. 3. de benef. & 2. de Clem.*

*Quædam stricti juris]* Strictæ, stricti judicii, l. 5. §. ult. de in lit. jur. in quibus potestas judicis formulæ adstricta est. *Sen. 2. de Clem. Clementia liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex æquo & bono judicat.*

*Bona fidei sunt hæc]* Οἰκονομῆς. Unde intelligimus & omnes quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, & solas. Cæteræ sunt stricti juris, utique si non sint arbitrariæ. *De quibus infra, §. 31.*

*Præscriptis verbis]* Non omnes, sed illæ duæ duntaxat, æstimatoria, & ex permutatione, propter affinitatem, quam habent cum emptione, l. 1. de æstim. act. l. 1. de contr. empt.

*Nostra constitutio eam esse bon. fid.] l. ult. C. de per. har.* Ratio est, quia petitio hereditatis, etsi actio est in rem, habet tamen quædam præstationes personales, l. 25. §. propem. D. eod. propter quas ad naturam actionis negotiorum gestorum accedit, & mixta personalis dicitur, l. 7. C. eod.

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

1. *Removetur duplex contra propositam divisionem objectio.*

2. *Actiones bona fidei quæ, & unde sic dictæ.*
3. *Quæ actiones stricti juris, & unde sic appellatæ.*
4. *Multa & insignes horum generum differentia: & an quæ earum adhuc maneant.*
5. *Bona fidei nullas esse præter eas, quæ hic recensentur.*
6. *Actio finium regundorum cur hic omissa.*
7. *Cur duæ præscriptis verbis, æstimatoria, & quæ ex permutatione competit, bona fidei.*
8. *De petitione hereditatis cur dubitatum.*

**D**Uæ præcedentes divisiones ostenderunt, quid & quantum petere liceat, pro ea quantitate, quæ aut conventionem aut certo jure definita est. Proponitur hic alia, quæ docet, quid quantumcumque amplius petere liceat pro potestate & officio judicis, nulla conventionem aut certo jure definitum; quod potissimum in fructibus, usuris, & reliquis accessionibus rei petitæ cernitur.

*Quædam bona fidei, quædam stricti juris]* Divisio hæc duplici vitio laborare videtur. Primum, quod hic aliquæ actiones statuuntur, quæ non sint bonæ fidei, sed stricti juris: deinde quod in hac divisione omittuntur actiones arbitrariæ, quæ tamen tertiæ & distinctæ à duabus, quæ hic proponuntur, speciem constituere videntur, §. præterea. 31. inf. eod. Quod quædam actiones dicuntur esse stricti juris, id non videtur convenire constitutioni Constantini in l. placuit. C. de judic. ubi Imp. ait placere, in omnibus rebus præcipuum esse justitiæ æquitatisque, quam stricti juris, rationem. Si id placet in rebus omnibus, utique & in omnibus actionibus. Repugnare etiam videtur, quod generaliter constitutum est in l. 4. C. de obl. & act. bonam fidem in contractibus considerari æquum esse. Nam si in contractibus omnibus bona fides spectatur, etiam in actionibus omnibus, certe iis, quæ ex contractu proficiuntur, pariter bona fides spectanda. Cæterum neutrum propositæ divisioni obstat. Non primum, quia in d. l. placuit. Juris verbum jus constitutum significat, quomodo dicimus, jus gentium, jus civile. Hoc jus si summum est, seu, ut in constitutione nominatur, strictum, id est, si verbis tantum nititur contra sententiam & rationem legis, nunquam sequimur, sed æquitatem, id est, mentem & sententiam legislatoris. Atque hoc sensu concedimus, nullas esse actiones stricti juris. At cum dicimus, quædam actiones esse stricti juris, verbo juris potestas significatur, uti & alibi sæpe: nec aliud est, quædam actiones esse stricti juris, quam quædam esse strictæ seu adstrictæ potestatis judicis: sicut ex contrario nihil aliud est, actiones quædam esse bonæ fidei, quam quædam esse liberæ potestatis judicis, qui æstimare possit, quicquid est ex bona fide, §. in bona. 30. inf. eod. Erratque adeo Theophilus, & cum eo Pacius in analysi sua, dum putant, quædam actiones stricti juris ideo dici, quod in his judex τὸ ἀκριβοῦς, summum & strictum jus, sequatur. Ad alterum, quod ex l. 4. C. de obl. & act. objicitur, respondeo, in omnibus quidem contractibus spectari bonam fidem: sed non spectari in omnibus eodem modo. In contractibus & actionibus stricti juris etiam bona fides spectatur, sed secundum communem quandam æquitatis regulam, hæcenus videlicet, ne dolus approbetur, neve quid juris subtilitas adversus bonam fidem æquitatemque valeat, l. dolo. C. de inutil. stipul. l. si quis. 36. de verb. obl. At bonæ fidei actiones non

non ex eo nomen acceperunt, quod in his communi quodam respectu consideretur bona fides & æquitas, sive quod in his non præstetur, quod sit contra bonam fidem, quamvis id fortè subtilitate juris præstandum videatur: sed quod in his summa desideretur æquitas, res tota æstimetur ex bona fide, & religioni judicantis permittatur per omnia. Planius & certius hæc intelligentur potest. Sed esto, inquis; illud tamen vitium divisio habet, quod imperfecta & manca est, ut quæ ex tribus actionum generibus inter se distinctis duo tantum possunt, tertium actionum arbitrariarum omisit. Resp. Eset imperfecta hæc divisio, si Imperator in duobus generibus, quæ hic proponuntur, constitisset, nec mox adjecisset tertium. Nunc autem cum statim & continenter unoque ductu divisionis tertiam illam speciem subijciat, §. *prætoræ*. 31. *inf.* perinde id haberi debet, ac si tres species eodem loco proposuisset, & divisio tripartita censeretur. An autem actiones arbitrariæ revera constituent novam speciem, & à duabus, quæ hic ponuntur, plane diverfam, videbimus sub d. §. *prætoræ*.

2. Actiones bonæ fidei sunt, in quibus libera potestas judici permittitur æstimandi inter litigatores, quid alteri ex bona fide præstare oporteat. Descriptio totidem pene verbis expressa l. 2. §. 3. l. 5. *pr. de obl. & act. §. in bona*. 30. *inf. eod.* Duo itaque sunt, quæ iudicium bonæ fidei constituunt, libera potestas æstimandi arbitrandive judici tributa, & hæc ipsa potestas intra modum & regulam bonæ fidei conclusa. Ex libera potestate est, quod hæc eadem judicia passim arbitria vocantur, & iudex in his datus arbiter. Ex bona fide, quod appellentur judicia bonæ fidei: nempe nomen ex re natum: quia in his judiciis omnis æstimatio & condemnatio iudicis est ex bona fide, seu in id, quod ex bono & æquo quemque præstare oportet. Putat D. Hotomannus, causam & originem nominis esse ex ipsa formula, eo quod prætor in his judiciis ita jubebat iudicari, ut adderet, ex bona fide, ut indicat Cicero in *Top. & lib. 3. de offic.* Sed ut hæc sit causa proxima, atque ut hinc etiam nomen translatum ad contractus quippe qui & ipsi non minus, quam actio ex his descendens, bonæ fidei appellatur, l. *ex empto. alius l. emptorem. §. ult. de act. empr. l. mora*. 32. §. 2. *de usur. l. eum qui. 22. de donat. l. in bona*. 13. *C. de pact. l. 3. C. de reb. cred.* & aliis locis: oportet tamen superiorem aliquam causam esse, ob quam prætor in quibusdam judiciis liberam judici potestatem faceret, clausulamque illam ex bona fide adjiceret, in aliis vero iudicem adstringeret formulæ. Atque ego omnino existimo, causam hanc accersendam à natura & conditione ipsorum contractuum: nimirum quoniam quidam contractus ita comparati sunt, ut in his interpretandis æquum sit laxiorem judici potestatem tribui; quidam ita, ut certis terminis eorum interpretatio sit circumscriptenda. Prioris generis sunt contractus mutue præstationis, in quibus uterque & obligatur & obligat. Posterioris, ubi unus tantum obligat, & unus obligatur, *arg. tit. de obl. ex conf. in fin.* Etenim ubi uterque alteri obligatur, ibi ex re utriusque est, & ex voto communi, non tam quid linguae nuncupatum sit, quam quid æqui bonique ratio utrinque postulet, spectari. Cum autem unus tantum obligatur, non est admittenda tam laxa interpretatio, puta ut etiam quid præstetur, de quo non expressè convenit, aut quod natura contractus non

continetur, ex definitione l. *quicquid*. 99. *de verb. obl. l. 3. de reb. creditis*. Ex hac inquam diversitate contractuum procul dubio est, quod prætor quoque in actionibus ex contractu venientibus aliter atque aliter formulam iudicii concipiebat, modo laxius adjecta clausula ex bona fide, ut in actionibus descendentibus ex contractu utrinque obligatorio; modo angustius & stricte, ut in actionibus, quæ proficiuntur ex contractibus *mutue & æquis*; veluti ex mutuo, pro mutuo, stipulatione, &c. hoc idem & Theod. Hermopol. sensisse arguunt verba ejus, quæ legimus lib. 10. *titul. 4. in rebus & in mutuo & æquis*, estque hujus rei etiam hoc argumentum, quod idem actionum discrimen, & res ipsa etiam nunc manet, quamvis formulæ & interpretationes actionum sublatae sint: nimirum quia formulis sublatis nihilominus prima causa discriminis, eadem conventionum diversitas, manet. Porro bonæ fidei esse eas actiones omnes & solas, quæ ex contractibus *mutue & æquis* veniunt, ostendit cum actionum bonæ fidei definitio, tum specierum hujus generis apud Justinianum collectio. Reliquæ, si non sunt arbitrariæ, sunt stricti juris, sive ex contractu, sive ex delicto descendant. Ex his simul intelligi potest, quæ sint actiones stricti juris, nimirum illæ, in quibus potestas iudicis formulæ adstringitur, seu iis rebus, in quas prætor jubebat condemnationem fieri. Sic enim, verbi causa, in his actionibus formulam iudicii concipiebat, *Si paret, Mavium Sempronio centum ex stipulatu debere, tum Mavium damnatur*. Hæc inquam actiones dictæ sunt stricti juris, item stricti iudicii, quia in his iudex non plus poterat, quam formula exprimebat: qua de causa nec iudici in his dato nomen arbitri convenit, nec iudicio nomen arbitrii. Quod discrimen respiciens Seneca lib. 3. *de benef. Melior*, inquit, *videtur conditio causa bonæ, si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittatur: quia illum formula includit, & certos, quos non excedat, terminos ponit: hujus libera, & nullis constructa vinculis religio est*. Idem Seneca lib. 2. *de Clementia*, inquit, *liberum arbitrium habet, nec sub formula, sed ex bono & æquo iudicat*. Ex hoc autem fonte, quod iudex in bonæ fidei judiciis omnia libere ex æquo & bono æstimat, in strictis formulam præcisè sequi tenebatur, natæ sunt multæ & insignes horum generum differentia, quæ certo jure nunc comprehensæ sunt, & Jurisconsultorum disputationibus notatæ. Bonæ fidei iudiciorum propria sunt maxime hæc. 1. Quod in his judiciis etiam ea veniunt, de quibus præstandis nihil convenit, si ut præstentur, ratio bonæ fidei exigat; veluti ut venditor evictionis nomine duplam promittat, cæteraque, quæ sunt moris & consuetudinis, l. *quod si nolis*. 31. §. *quia assidua*. 20. *de adil. edict.* Item incommoda reticentia aut dissimulatione unius alteri illata; verbi causa, si venditor celet emptorem vitium aliquod, aut quid aliud, quod scire emptoris interest, aut si fallendi causa obscure loquatur, aut malitiose dissimulet, non evitabit actionem ex empto, quæ bonæ fidei est, sed in id omne, quod emptoris interest, condemnabitur, l. 1. §. 1. l. *Julianus*. 13. *pr. l. si sterilis*. 21. §. 1. l. *in venditione*. 41. *de act. empr. l. ea qua*. 43. §. *ult. de contr. empr. l. 1. §. 1. & pass. tot. tit. de adil. edict.* nempe in iudicio bonæ fidei semper dolus malus præstatur, et si nominatim cautum non sit, eum abesse abfuturum-

que esse, l. 6. in fin. de act. emp. d. l. ea qua. 43. l. si cum fundum. 68. §. 1. de contr. empr. tantumque valet officium iudicis, quantum in stipulatione nominatim facta ejus rei interrogatio, l. 7. de neg. gest. 2. Quoniam dolus malus naturæ contractuum bonæ fidei maxime contrarius est, l. 3. §. ult. pro soc. l. 5. C. de resc. vend. ideo si quid in his contractibus gestum sit ab initio dolo malo, id ipso jure non valet: ut puta nulla est venditio, si quis in hoc circumscriptus sit, ut venderet, l. Eleganter. 7. de dol. mal. Ipso jure nullius momenti est societas, si dolo malo, aut fraudandi causa inita sit, l. 3. §. ult. pro soc. l. in causa. 16. §. 1. de minor. Et hoc est, quod vulgo interpretes tradunt, ubi dolus contractui bonæ fidei causam dat, contractum ipso jure nullum esse, nullamque ex eo actionem nasci. Secus autem est in dolo incidenti, qui purgatur actione ipsius contractus, aut exceptione, si conveniatur, qui dolum passus est, l. 13. §. 4. Et seqq. de act. emp. l. 2. C. eod. d. l. Eleganter. §. 3. de dol. mal. qua de re consulit Bachovium disp. 6. de act. thes. 16. Et seqq. ubi tamen sententiam communem restringit ad contractus, qui solo consensu constant, quasi in cæteris interventus rei impediatur, quominus actus sit ipso jure nullus. De metu non idem, quod de dolo, statuendum, apparet ex verbis edicti de eo, quod met. caus. Et textu expresso in l. 4. Et 5. C. de his qua vi met. caus. de quo item adi Bach. d. loc. & nostra lib. 1. sel. quaest. 12. 3. Quod ex causa contractuum bonæ fidei non liberetur debitor rem reddens deteriore, sed adhuc integra adversus eum vetus actio maneat, l. 3. §. 1. commod. l. 1. §. si res. 16. de pos. 4. Quod in bonæ fidei iudiciis post moram etiam accessiones officio iudicis præstantur, in pecunia usuræ, in cæteris rebus fructus. De usuris diserte hoc traditum est in l. mora. 32. §. 2. de usur. Ergo de fructibus idem dicendum: quoniam si ideo usuræ in bonæ fidei contractibus ex mora præstantur, quia vicem fructuum obtinent, ut disputat Jurisconsultus in l. usura. 34. de usur. fructuum quoque eandem conditionem esse oportet, fac. text. in l. 3. in pr. eod. nam actio ex testamento in his, quæ ex mora præstantur, imitatur naturam actionum bonæ fidei, d. l. usura. de usur. l. 3. C. in quib. caus. in int. res. 5. Quod in iudiciis bonæ fidei necesse non est exceptionem initio litis contestari, sed satis sit quandoque, ante rem judicatam exceptionem objici, qua deinde probata officio iudicis convenit, reum absolvere. Non est huic contrarium, quod dicitur, ultra id, quod in iudicium deductum est, excedere potestatem iudicis non posse, l. ut fundus. 18. comm. divid. Nam in bonæ fidei iudiciis vi ipsa & potestate iudicii exceptiones in iudicium deduci intelliguntur, cum in his iudex judicare jubeatur ex æquo & bono: idque veteres significant, cum ajunt, exceptiones inesse bonæ fidei iudiciis, his contineri, & si non excipiatur, satis per officium iudicis consuli, l. 3. de resc. vend. l. sed si ideo. 21. in fin. sol. matr. l. hujusmodi. 84. §. qui servum. 5. de legat. 1. l. plane. 38. l. ult. de her. petis. In iudiciis stricti juris omnia hæc contra se habent. In his enim ea demum præstantur, de quibus nominatim convenit, nihil amplius, l. quicquid. 99. de verb. obl. nisi sit, quod natura negotii contineatur, l. 3. de reb. cred. l. indebiti. 15. de cond. ind. Qua de causa in strictis iudiciis non veniunt ea, quæ sunt moris & consuetudinis: per d. l. quod si nolit. 31. §. quin assidua. 20.

de adil. edict. Ubi non expressè clausula de dolo stipulationi inserta est, vel separatim de dolo cautum, deficit actio ex stipulatu, & de dolo agendum est, l. Eleganter. 7. §. 3. in fin. de dol. mal. Subsistit ipso jure stipulatio, & semper excipiendum est, siue dolus causam contractui dederit, siue incidit, l. si quis. 36. de verb. obl. l. dolo. C. de inur. stipul. In re deteriore facta, quæ ex contractu stricti juris, veluti ex stipulatu, debita fuit, placet promissorem eam præstando veteri actione liberari, & si quid dolo in ea fecit, teneri actione de dolo, d. l. 7. §. 3. de dol. De usuris jus certum est, has in stricti juris contractibus ex mora non deberi, cum ut debeantur ex mora, id bonæ fidei iudiciis tantum tribuatur, l. mora. 32. §. 2. de usur. l. 5. C. de pact. int. empr. Et vend. Sed & diserte traditum est, in strictis iudiciis citra vinculum stipulationis usuras peti non posse, l. Titius. 24. de præsc. verb. l. 3. C. de usur. Quare nec post litem contestatam in his iudiciis currere incipient, l. 1. C. de cond. ind. Nam quod dicitur in l. lito. 35. de usur. lite contestata usuras currere, id non hanc habet sententiam, usuras post litem contestatam incipere currere seu incipere deberi, sed debitarum cursum lite contestata non retardari, deberi ceptas post litem contestatam perseverare, l. 1. C. de judic. de quo dubitari poterat, propterea quod novatione facta usuræ non currunt seu cursum usurarum sistitur, l. novatione. 18. de novat. litis autem contestatio novationem quandam inducit, l. delegare. 11. §. 1. l. aliam. 29. d. tit. l. 3. §. idem scribis. 11. de pecul. Sed responsum est, aliam esse causam novationis voluntariæ, aliam iudicii accepti: quoniam nemo actionem exercens conditionem suam deteriorem facit, d. l. aliam. add. Don. bic. n. 31. Perez. ad tit. C. de usur. n. 22. De fructibus in strictis actionibus hoc observatur, ut si quis actionem habeat ad consequendum, quod ejus non fuit, veluti ex stipulatu fructus non consequatur, etiam si mora facta sit: post acceptum autem iudicium etiam fructuum ratio habeatur: quia omnis causa restituenda est, l. videamus. 38. §. si actionem. 7. de usur. In iis autem actionibus, quibus repetimus, quod nostrum fuit, cujusmodi sunt conditiones earum rerum, quæ à nobis profectæ sunt, ut conditio ob causam datorum, conditio indebiti, sine causa, &c. fructus ex quo primum tempore res accepta est, una cum re restituendi sunt ex ipsius negotii natura & quasi lege, l. indebiti. 15. de cond. ind. d. l. videamus. §. 1. Et aliquot seqq. Don. de fructib. c. 1. Plane in actione ex testamento, quæ natura sua stricti juris est, l. 5. in fin. cum l. seq. de in lit. jur. favore ultimæ voluntatis placuit usuras & fructus venire ex mora, ad instar bonæ fidei iudiciorum, l. 3. l. usura. 34. de usur. l. 3. C. in quib. ca in int. res. Denique in strictis iudiciis necesse est exceptionem initio litis contestari, & vel à reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel à dubitante tantisper omisam, donec actor intentionem suam probavit, antequam sententia feratur, l. 9. C. de præsc. long. temp. l. 8. Et l. 9. C. de exc. Non contestatam postea objicere non licet: de quo fusius alibi. Sunt et aliæ horum generum differentiæ, veluti quod in bonæ fidei iudiciis præstantur etiam fructus percepti eo tempore, quod judicatis datur: in strictis autem hoc tempus à fructuum perceptione immune sit, l. 3. pr. Et §. 1. de usur. Quod in illis in ineunda rei deperditæ æstimatione tem-

pus rei iudicatæ spectetur : in his tempus litis contestatæ, l. 3. §. 2. *commod.* Quod in illis iuretur in litem, in his non item, nisi in casu singulari, l. 5. *pr. & §. ult. cum l. seq. de in lit. jur.* Proferuntur præterea & alix quædam ab aliis differentix, quas ideo prætermitto, quia non usque adeo explorati juris sunt. Apud nos tota hæc iudiciorum distinctio generali desuetudine pene deleta est, & genera actionum sic confusa, ut omnes vi & effectu nunc videantur esse bonæ fidei. Illud tamen discrimen adhuc manet, quod quamvis usuræ in bonæ fidei iudiciis debeantur ex mora, in strictis tamen non debeantur, nisi à tempore litis contestatæ. Fructuum autem, quorum causa favorabilis, in utroque genere eandem esse præstationem accipi: quod sanè in Gallia expressè sancitum. *Imbert. in enchirid. verb. evisione an licent. Rebuff. ad cons. Reg. rom. 3. tract. de fruct. ars. 1. add. Baro. inf. de off. jud. comm. part. alt. Gudelij. 3. de jur. noviss. cap. 13. Groenew. de legib. abr. ad h. §.*

5 *Bona fidei sunt hæc; ex empto, vendito, &c.* ] Observandum est, quod non ait, *Bona fidei sunt, veluti ex empto, vendito, &c.* ut fit, cum exempli gratia quædam proferuntur: sed *scilicet, Bona fidei sunt hæc, ex empto, vendito, &c.* quæ sequuntur: indicans, se eas omnes, quæ sint huius generis, ex professio recensere. Ex eo enim intelligimus, non tantum actiones omnes, quæ hic enumerantur, esse bonæ fidei, sed etiam præter has bonæ fidei nullas esse: cæterasque, si arbitrarix non sint, de quibus §. *præerea.* 31. esse stricti juris. Et igitur in hoc numero sunt actio ex stipulatu, ex testamento, l. 5. §. *ult. & l. seq. de in lit. jur.* ex causa donationis, l. *cum qui.* 22. *de donat.* conditio indebiti, l. 1. *C. de cond. ind.* & conditiones reliquæ. Item actiones pœnales ex maleficiis, & generaliter omnes, quæ hic non nominantur. Non obstat, quod nonnullæ actiones, quarum hic mentio non fit, dicantur oriri aut introductæ esse ex bono & æquo: ut conditio indebiti, l. *pen. de cond. ind.* actio funeraria, l. *si quis.* 14. §. *hæc actio.* 6. *de relig.* actio injuriarum l. 11. §. 1. *de injur.* item actio præscriptis verbis de precario, l. 2. §. 2. *de præcar.* Nam actiones bonæ fidei non ideo ullæ dicuntur, quia initium eas constituendi fit ex bono & æquo: sed quia, ut supra diximus, in his omnia ex bona fide dijudicantur, tam quæ præstanda sunt, quam quæ non sunt præstanda: quod non fit in aliis, quam quæ hic commemorantur. Plane actio funeraria inter bonæ fidei iudicia numerari videtur d. l. *si quis.* §. *idem Labeo.* 13. *de relig.* ubi Ulpianus ait, iudicem hic solutius æquitatem sequi, eum hoc ei natura actionis indulgeat: nam in strictis iudiciis iudex non solutè iudicat, sed adstringitur formulæ: ut proinde existimem, actionem funerariam inter iudicia bonæ fidei computandam. Sed nego, eam hic prætermittam esse: numeratur enim inter bonæ fidei iudicia actio negotiorum gestorum; cujus actio funeraria species quædam est aut adjectio, *arg. l. 1. d. l. si quis.* §. *sed interdum.* 7. §. *fortassis.* 9. §. *si quis.* 11. *d. §. idem Labeo.* 13. *de relig.* Illud enim in universum tenendum est, actiones, quæ hic enumerantur, ita solas bonæ fidei censendas, ut illæ duntaxat excludantur, quæ plane sunt diversi generis; non etiam illæ, quæ adjectitiis tantum qualitatibus ab aliis distinguuntur, aut sub enumeratis tanquam species sub genere comprehenduntur. Nullum certè dubium est, quin nomen bonæ fidei tam

conveniat actionibus contrariis, negotiorum gestorum, mandati, depositi, commodati, tutelæ, pigneratitiæ, quam directis ex iisdem causis: & quin per enumeratas non solum directæ intelligantur, sed etiam quæ ex similibus causis sunt utiles, veluti negotiorum gestorum adversus curatorem, l. 3. *C. de transact.* Eademque ratione & actionem pro tutelæ, & bonorum possessoriam hæreditatis petitionem, & petitionem hæreditatis fideicommissariam, rectè dicimus esse actiones bonæ fidei, *arg. l. 1. §. pen. de eo qui pro tut. l. 1. de poss. her. per.* Eo amplius & actio exercitoria & infortoria ex contractu bonæ fidei cum magistro navis aut institore inito, item de peculio ex eadem causa bonæ fidei censendæ. Postremo eodem numero habenda & actio emphyteuticaria, quia olim ex vendito aut locato erat: nam Zeno contractum emphyteuticum à venditione & locatione separando vim ejus veterem non minuit, sed auxit, l. 1. *C. de jur. emphyt. fac. §. 3. sup. de locat.*

*Ex empto, vendito* ] Actiones omnes ex contractibus nudi consensu bonæ fidei sunt, ut ex empto, vendito, locato, conducto, pro socio, mandati: quibus etiam hæc qualitas aliquando per excellentiam tribuitur, *sup. tit. de obl. ex cons. l. 2. de obl. & act.*

*Familia erciscunda communi dividundo* ] Alibi passim 6 tria hæc iudicia propter similitudinem, quam habent, conjunctim proponuntur, familiæ erciscundæ, communi dividundo, finium regundorum. Hic autem finium regundorum consulto prætermittitur; quia hoc iudicium à cæteris in eo discrepat, quod causam non continet bonæ fidei iudicii. Nam illa familiæ erciscundæ & communi dividundo oriuntur ex negotio communi gesto, & quasi ex contractu. In finium autem regundorum iudicio solus sibi rem gerit, qui convenitur, magisque ex delicto aut quasi ex delicto hæc actio esse videtur, quam quasi ex contractu: qua de causa etiam obligatio, unde hæc actio nascitur, omissa est, *tit. de obl. que quas. ex contr.* Est igitur aut stricti juris, aut, quod magis probo cum *Ant. Fab. dec. 94. err. 1.* arbitraria: quoniam pro vindicatione est l. 1. *fin. reg. fac. l. 4. §. 3. eod.* & quod nomen arbitri in quæstione finium usurpatur.

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

*Hæreditatis petitio* ] Petitio hæreditatis, cum ea fit 8 actio in rem, l. 25. §. *propen. de hered. petit. l. 1. de rei vind.*

*vind.* non videtur congenire hæc qualitas, ut reputetur actio bonæ fidei: siquidem qualitas illa propria est actionum in personam, & earum ferè, quæ ex negotio mutuo gesto nascuntur: quale nullum geritur inter hæredem & possessorem hæreditatis. Atque haud dubiè hæc ratione moti nonnulli veterum eam à classe iudiciorum bonæ fidei removerunt. Sed alii nihilominus eam inter bonæ fidei iudicia numerandam esse censuerunt, propterea quod in iudicio petitionis hæreditatis res ad negotiorum gestorum naturam proximè accedit. Constat enim, possessori hæreditatis committi rerum hæreditariam administrationem: unde fit, ut licet petitio hæreditatis sit actio in rem, multas tamen habeat præstationes personales, ut puta eorum, quæ à debitoribus exacta sunt; item pretiorum rerum venditarum: item eorum, quæ possessor creditoribus solvit, vel in hæreditatem impendit, *d. l. 25. §. antepen. l. item veniunt. 20. l. plano. 38. de hered. per.* quæ omnia quodammodo actione in personam, & veluti ex negotio gesto repetiuntur: unde etiam mixta personalis hæc actio appellatur, *l. 7. C. de per. har. posteriorem sententiam*, quæ etiam plurium fuisse videtur, & jam ante recepta, *arg. d. l. 38. de her. per.* confirmavit Justinianus *l. ult. fin. C. eod.*

## TEXTUS.

## De rei uxoriæ actione in ex stipulatu actionem transfusa.

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

## NOTA.

29. *Sed & tacitam hypothecam*] Quatuor singularia hic à Justiniano constituta. 1. ut actio ex stipulatu mulieri detur, quamvis nulla stipulatio de dote reddenda interposita. 2. ut actio illa in hoc casu sit bonæ fidei. 3. ut adjunctam habeat hypothecam bonorum mariti, *d. l. unic. §. 1.* 4. ut ex hac causa mulier præferatur omnibus aliis creditoribus, quamvis antiquiorem hypothecam habentibus, *l. ult. C. qui pot. in pign. Nov. 97. c. 3. & 4.*

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

## COMMENTARIUS.

1. *Soluto matrimonio qui qua actione dotem olim repetebat: & quid hic novi à Justiniano.*
2. *Actio ex stipulatu quam ob causam plenior visa quam rei uxoria.*
3. *Singularia, qua circa actionem de dote ex stipulatu Justinianus constituit.*
4. *Iniquum plerumque visum, mulierem præferri expressam anteriorem hypothecam habentibus: & quid hic juris apud nos.*
5. *An liberi idem privilegium habeant, quod mater.*

**S**oluto matrimonio dotis repetitio est, nisi convenit, ut mortua in matrimonio mulier dos remaneat apud maritum, *l. 12. de pact. dot.* Si mulier suo nomine dotem dederit, ipsi soli repetitio competit, *l. un. §. accedit. 13. C. de rei ux. act.* Idem est, si extraneus nomine mulieris, nisi statim stipulatus aut pactus sit dotem sibi reddi, *l. 9. in fin. C. de pact. tam sup. dos.* Profectitiam pater adjuncta filix persona petit, *l. 2. §. 1. solut. matr.* ipsa sola, si emancipata est, *l. si focer. 44. eod. l. pater. 71. de evict.* Mortua in matrimonio filia, sive emancipata sive in potestate, solus pater jus petendi habet, *l. 5. in pr. & §. 1. l. 6. de jur. dot. l. 21. solut. matr. l. 4. C. eod.* Patre mortuo dotis exactio filix manet, caque mortua ad hæredes ejus transmittitur, *d. l. un. §. 4. & 6.* Dotem adventitiam filia emancipata petit sola, filiam cum patre: mortua filia apud maritum remanet, nisi, ut redderetur, convenerit, *d. l. un. §. accedit. 13.* Quod si pater dotem sibi reddi stipulatus sit, patris solius actio propria est, *d. l. un. §. & hoc. 14.* Pro repetenda autem dote duplex jure veteri actio mulieri competebat, actio rei uxoriæ, atque insuper actio ex stipulatu, si quando dotem sibi reddi stipulata fuerat: illa erat bonæ fidei, & proinde laxior; hæc stricti juris, sed firmior, multisque in rebus plenior & utilior, quæ causa est, quod Justinianus priorem sustulit, & quod in ea melius erat, transfudit in actionem dotis ex stipulatu, *d. l. un. C. de rei ux. act.* ubi constituit, ut quamvis mulier dotem sibi reddi stipulata non fuerit, aut stipulata sit inutiliter, nihilominus perinde habeatur, atque si stipulatio revera & utiliter intervenisset, utique ex hac causa actio ex stipulatu, quæ jure communi stricti iudicii est, bonæ fidei sit. Adjecit & de hypotheca, ne quid hic deesset mulieri ad omnem cautionem, *in pr. §. 1. & 2. d. l. un.*

*Una ex bona fidei iudiciis*] Antiqua rei uxoriæ seu de dote actio naturam bonæ fidei obtinebat, *l. sed & si. 21. de solut. matr.* ubi Ulpianus ait, doli exceptionem inesse de dote actioni, sicut in cæteris bonæ fidei iudiciis. Ex Cicerone quoque in *Top. & lib. 3. de off. discimus*, in hujus actionis formula hæc verba usurpata fuisse, *Quantum aequius melius.* Cujus etiam vestigia existant in *l. pen. §. ult. sol. matr. l. si cum. 82. de solut.*

*Plenior esse ex stipulatu*] Actionem ex stipulatu ideo plenior fuisse dicit, quia non nihil habebat præcipui, & quædam commoda, quæ non erant in actione rei uxoriæ. Nam si mulier dotem sibi reddi stipulata erat, non erat locus edicto *De alterutro*, dotemque simul & legatum sibi à marito relictum petere poterat, cum absque stipulatione alterutrum tantum ex edicto consequeretur, præsumente auctore edicti, legatum in

penfationem dotis relicto, *d. l. un. §. 3. C. de re iur. ult.* Sed & quæ actioni rei uxoris obftabant exceptiones & retentiones, ob mores, uxor res amotas, & donatas, & impendās, *l. rei. 15. §. 1. folur. matr.* non obftabant muliere agente actione ex ftipulatu, *d. l. un. §. tacent. 5.* Adhæc, ftipulatione non interpofta, dos adventitia, mortua in matrimonio muliere, apud maritum remanebat; actio autem ex ftipulatu ad hæredes mulieris transmittabatur, *d. l. un. §. maneat. 4. & §. illo. 6.* Poftremo rebus fungibilibus in dotem datis etiam hoc commodum erat actionis ex ftipulatu, quod data quantitas hac actione ftatim exigi poterat, & reftituenda erat, cum in actione rei uxoris quantitatis repetitio dilationem haberet, ut demum annua, bima, trima die redderetur, *d. l. un. §. cum autem. 7.*

3 *Tacitam ei dedimus hypothecam*] Quo plenius & certius mulieribus de dote confultum efferet, hoc etiam Iuftinianus conftituit, ut actio dotis ex ftipulatu, quam pro rei uxoris actione introduxit, adjectam haberet hypothecam omnium bonorum mariti, *d. l. un. §. 1. & tandem*, ut in omnem eventum fecuræ efferet, etiam in hac ipfa hypotheca privilegium hoc dedit, ut in ea mulieres omnibus aliis creditoribus præferantur, quamvis tempore prioribus, five hypothecam tempore antiquiorem habentibus, *l. ultim. C. qui pot. in pign. adeoque*, quod contextus legis, & illa sexus muliebris miferatio, evincit, perfpicueque apparet ex *Nov. 97. c. 3. & 4.* ut præferantur creditoribus non tacitam tantum, fed etiam expreffam hypothecam anteriorem habentibus: quomodo & Doctores Ultramontani conftitutionem Iuft. interpretati funt: & noviff. *Ant. Mer. 3. controv. 9.* Sed quoniam hoc privilegium apertè iniquum efferet, utpote auferens mihi jus, quod mea mihi opera & cautione quaefivi, cæteri omnes æquiffima interpretatione maluerunt hoc fic temperare, ut iis tantum creditoribus noceat, qui tacitam itidem, non mulier, & lege conftitutam hypothecam habent, non etiam iis, qui habent antiquiorem expreffam, id efferet, eam, de qua fibi ipfi aperta conventionem profpexerunt. Ita *comm. DD. in d. l. ult. C. qui pot. in pign. & ad hunc §.* ut videre efferet apud *Jaf. Zab. Gomez. hic. Neguf. de pign. part. 5. memb. 2. n. 23. Covar. 1. ref. 7. n. 1. & fecundum hoo temperamentum* paffim judicari folet, teftib. *Schneid. hic. n. 58. Ant. Fab. C. fuo. qui pot. in pign. dof. 16. Chriffin. vol. 4. dec. 159. n. 8. Gail. 2. obf. 25. n. 10.* ubi difertè ait, fuo tempore ab hac opinione in Camera Imperiali nunquam recessum fuiffe: quanquam contrarium iudicium Cameræ affert *Mynf. 4. obf. 13.* Apud nos, ficut pleraque alia jura, quæ de dote conftituta funt, locum non habent, ita nec ea, quæ de tacita hypotheca conftituit Iuft. Contendunt tamen nonnulli, fi per pacta dotalia excludatur bonorum communio, vel conftituatur, ut uxor fua bona recipiat, quæ contulit, tunc locum efferet juri civili, & tunc etiam legalem hypothecam in bonis dotalibus locum habere, ut nempe in iis mulier præferatur. Cæterum quomodo hic res fe habeat, difces ex *Neofad. de pact. antenupt. obf. 9. 10. 21. Gros. 1. introd. c. 5. & 2. introd. c. 12.* Antwerpæ jus civile & privilegia dotis fervantur fine ullo pacto.

5 *Cum ipfa mulier experiat, cujus folius providentia*] His verbis non excludit liberos mulieris, fed alios, qui dotem pro muliere dantes eam fibi reddi ftipulati aut

pacti funt; itemque hæredes mulieris extraneos, ad quos actionem dotis ex ftipulatu mortua muliere tranfire voluit, *d. l. un. §. illo. 6. C. de rei iur. ult.* Liberis autem eandem prærogativam, quam matri dedit, fervari iuffit, tanquam fi mater adhuc viveret, *d. l. ult. verf. exceptis. C. qui pot. in pign. & Nov. 91.* Itaque rectè *DD. comm. in d. l. ult. & cum iis Gomez. in l. 50. Tauri. Chriffin. vol. 4. dec. 160. n. 15.* concludunt, liberos eodẽdemque hæredes mulieris, idẽdemque privilegium prælationis habere, quod haberet mater eorum fi viveret, licet id aliis hæredibus non competat, *Diff. Ant. Fab. 8. conj. 13.* cui occurritur à *Bachov. lib. 4. de pign. c. 13. n. 2.*

TEXTUS.

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

30. *In bona fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono & æquo estimandi, quantum actori restitui debeat. In quo & illud continetur, ut si quid invicem præstare actorem oporteat, eo compensato in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed & in strictis juris iudiciis ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed nostra constitutio eandem compensationes, qua jure aperto nituntur, latius introduxit, ut actiones ipso jure minuant, sive in rem, sive in personam, sive alias quascumque; excepta sola depositi actione; cui aliquid compensationis nomine opponi, sanè iniquum esse credimus: ne sub prætextu compensationis depositarum rerum quisquis exactione defraudetur.*

NOTÆ.

30. *Libera potestas permitti iudici*] Hinc efferet quod bon. fid. iudicia paffim appellantur arbitria, & iudices additi arbitri. *l. 24. depof. l. 43. l. ult. fam. erc. l. 15. l. 17. C. eod. l. 18. comm. div. l. 38. pro soc. Cic. & Senec. ubi sup.*

*In reliquum debeat condemnari*] Aut fi nihil reliquum absolvi, *l. 4. l. 11. C. de compens.* Nam compensatio efferet debiti & crediti inter fe contributio, *l. 1. D. eod.* Unde Græcis ἀντιδοχὸν dicitur.

*Opposita doli mali exceptione*] Quæ initio litis contestanda erat. In bon. fid. vero iudiciis admittebatur compensatio ipso jure, & citra exceptionem propriè dictam.

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

COMMENTARIUS.

1. *Causa liquida. Non liquidi ad liquidum cur non admiffa compensatio.*
2. *Compensatione ipso jure actiones minui. Quid hoc; qua inde utilitas: & quid si quis compensationis usus non fuerit.*
3. *Rerum consumptibilium duntaxat compensationem esse.*

Ccccc

Ex

**E**X eo, quod in bonæ fidei judiciis libera potestas judicari est, omnia æstimandi ex æquo & bono, in strictis non item, natæ quotquot sunt inter hæc judicia differentia. Inter has & illa olim erat, quod in bonæ fidei judiciis admittebatur compensatio à iudice sola æquitate iudicii, idque citra exceptionem proprie dictam, seu ipso jure. In judiciis autem stricti juris reus, cui quod vicissim ab actore debebatur, necesse habebat id propria actione petere usque ad rescriptum D. Marci, ex quo & in strictis judiciis potestas compensandi admissa est, opposita doli mali exceptione. Cæterum constitutione Justiniani jus compensandi latius introductum, atque ipso jure admissum, modo causa, ex qua compensatio objicitur, liquida sit, in actionibus omnibus, & tam in rem, quam in personam, duabus tantum exceptis, quibus in totum nonuit compensationem opponi, actione depositi, & omni actione, qua possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur, l. ult. C. de compens. l. pen. C. de pos.

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

[*Opposita doli mali exceptio*] Itaque post rescriptum D. Marci manebat adhuc illa inter judicia bonæ fidei & stricti juris differentia, quod in his compensatio inducebatur ope exceptionis, quæ proinde initio litis contestanda erat, non contestata frustra postea objiciebatur. In illis autem compensatio admittebatur ipso jure & citra ullam exceptionem proprie dictam; quod quale sit postea audiemus.

[*Qua aperto jure nituntur*] Id est, quæ ex causa liquida objiciuntur. Causam liquidam interpretamur, cum apertum est jus debitoris, qui sibi vicissim quid deberi intendit. Id ita fit, si causa debendi & justa sit & vera, & talem esse vel in præsentia constet confessione adversarii, vel celeriter & expedite probari possit. *Cacheran. decis. Pedemon. 129. n. 13. Menoch. 2. arb. cent. 1. cas. 14.* ubi in hac re iudicis arbitrio nonnihil tribuendum existimat. Non liquidi cum liquido compensationem admitti, Justinianus noluit, sed tum alii iudicio rem seruari iussit, ne creditori fiat injuria, si debitori, qui initio tacuit, postquam jam convictus aut pene convictus est, permittatur confugere ad defensionem compensationis, ex causa, de qua non liqueat & quæ altiorum indaginem requirat, d. l. ult. vide tamen *Christin. vol. 1. dec. 231. vol. 3. dec. 38. n. 8.* Sane & si causa, ex qua compensatio objicitur, liquida non sit, si tamen reus initio litis compensationem per modum exceptionis opponat, eamque contestetur, audiendus est: nam ad hunc casum constitutio non pertinet, ut bene *Don. bic. Zanger. part. 3. de exc. c. 8. n. 104.* quorum argumentis nihil solidi ab aliis reponitur: add. quæ nos *lib. 1. sect. 1. quæst. c. 50.*

[*Actiones ipso jure minuantur*] Hoc non ita accipiendum est, quasi debitor liberetur compensatione sine facto suo, id est, non opposita defensione compensatio-

nis: nam cum iudex divinare non possit, an actor vicissim quid debeat, à reo utique hoc allegandum est, petendumque ut compensatio admittatur: quæ tamen allegatio proprie exceptio non est, licet ita vulgo appellatur; nam allegandæ compensationi quævis tempora idonea sunt ante executionem iudicatis, l. 2. C. eod. sed species defensionis, quæ actoris intentionem repellit negatione juris, qualis est allegatio solutionis, acceptilationis, novationis, &c. vid. *inf. tit. de except.* Sed ita, opposita & admissa compensatione statim ipso jure actionem tolli aut minui, reumque retroversus ipso jure usque ad concurrentem quantitatem liberatum intelligi, ex quo utrinque deberi cœpit, l. 4. C. eod. Quod nosse, cum ad alias res apprime utile est, tum ad accessiones rerum debitarum, quæ ex eo tempore sublatæ esse intelliguntur, puta fidejussores, pignora, usuræ, l. 4. ff. d. l. 4. l. invicem. 12. C. eod. Itaque cum alter pecuniam gratuitam, alter sub usuris debet, concurrentis utrinque quantitatis usuræ non præstantur, l. cum alter. 11. C. eod. Quæcumque autem via est compensationis, ea constituta est debitori, qui compensatione usus est, l. 2. l. 5. C. eod. sin minus, salva ei manet vetus petitio; nec creditor, qui totum petit, malè petiisse videtur. Unde iudicatum est interim etiam actionem à creditore alii cedi posse eo effectum, ut quæ cedenti poterat objici compensatio, ea objici non possit cessionario, utique causam onerosam habenti & actione utili suo nomine experienti, *Christin. vol. 1. decis. 252. Ant. Fab. C. suo. de compens. defin. 3. fac. l. 4. §. 28. 29. & 31. l. 5. §. pen. de dol. mal. except. adde eund. Ant. Fab. 12. Conject. 9. Naj. vqj.*

[*Sive in rem sive in personam*] Ponendi tamen sunt 3 termini habiles, nempe si res, de quibus compensandis & inter se contribuendis agitur, compensationem & mutuam contributionem admittant. Tales autem sunt illæ solæ, quæ pondere, numero, mensura constant: quod vel ipsum nomen compensationis indicat, quo nihil aliud significatur quam debitæ invicem pecuniæ aut quantitatis contributio, & apertè ostendit d. l. 4. C. de compens. fac. text. in l. 18. de pign. act. l. 22. de compens. & alias inveniam, quod iniquum est & jus non patitur, aut rem alienam emere, aut meam vendere, aut cum aliena permutare cogar, contra l. 16. C. de jur. delib. l. 5. C. de obl. & act. Denique si in aliis rebus, quam quæ functionem in genere recipiunt, compensatio admittatur, aliud cum alio compensari poterit: quod non magis licet, quam aliud pro alio invito creditore solvere: quippe cum compensatio non alia de causa debitorem liberet, quam quia pro solutione est, d. l. 4. C. de comp. junct. l. 2. §. 1. de reb. cred. Cum itaque quantitatis tantum cum quantitate seu pecuniæ cum pecunia compensatio sit, consequens omnino est, neque speciem reo debitam cum pecunia ab eo petita, neque pecuniam illi debitam cum specie ab eo petita compensari posse, multoque minus speciem cum specie: & quod Justinianus generaliter hic constituit, compensationem in omnibus actionibus opponi posse, sic perpetuo erit accipiendum, ut in actionibus tum in rem tum in personam, quibus certa species petitur, ita demum compensationi locus sit, si pro pecunia præstari debeat; ut accidit, cum re dolo aut culpa debitoris amissa aut deteriore facta æstimatio ejus deberi cœpit: alias opus est mutua petitione seu reconventionem,



tione, ut nunc loquuntur, l. 14. cum auct. soc. C. de sent. & interloc. coque pertinet l. ult. C. de commod. Quod & vulgo rectè probatum est, ut alibi demonstrabimus: nam & huic argumento proprium destinavimus tractatum. Duo omnino sunt, quibus agentibus compensatio objici non potest, fidei & respublica: sed certis duntaxat in causis ad publicam utilitatem pertinentibus; quæ comprehensa sunt l. 3. C. de compens. l. auferitur. 46. §. ut debitoribus. 5. de jur. fisc. l. ob negotium. 20. ff. de compens.

Excepta sola depositi actione] Quam ideo excepisse videtur, ne mora ulla interponeretur reddendi depositi, quod solius custodiæ causa datur, donec visum erit deponenti repetere. In l. ult. C. de compens. excipit & actionem, quæ possessio rei alienæ perperam occupatæ repetitur; quæ sanè species nullam aut retinendi aut compensandi probabilem causam habet. Cujacius excipit & actionem commodati, per l. ult. C. commod. ubi dicitur, prætextu debiti restitutionem commodati, id est, rei commodatæ, non probabiliter recusari: sed hoc non obstat, quo minus dicamus, iisdem conditionibus, de quibus supra, locum esse compensationi etiam in actione commodati, Don. hic. num. 10.

T E X T U S .

De actionibus arbitrariis.

31. Præterea actiones quasdam arbitrarias, id est, ex arbitrio judicis pendentes, appellamus; in quibus nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciatur, veluti rem restituatur, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedit, condemnari debeat. Sed ista actiones tam in rem, quam in personam inventiuntur. In rem; veluti Publiciana, Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, qua etiam hypothecaria vocatur. In personam; veluti in quibus de eo agitur, quod vi aut metus causa, aut dolo malo factum est. Item cum id, quod certo loco promissum est, petitur. Ad exhibendum quoque actio ex arbitrio judicis pendet. In his enim actionibus, & cæteris similibus, permittitur judici ex bono & æquo, secundum cuiusque rei, de qua actum est, naturam, æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

N O T A .

31. Ex arbitrio judicis pendentes] Nam si reus arbitrio judicis paret, absolvitur: si non paret, condemnatur, & plerumque gravius atque in aliud, quam quod facere iussus erat, l. 14. §. 1. quod met. ca. l. 46. & seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jur.

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

Quod certo loco] Hæc alia longe ratione arbitraria dicitur, quam ceteræ: quippe quæ origine sua est stricti juris; sed ex accidenti, quod alio loco intendatur, sic

arbitraria: & ideo sic appellatur; quia arbitrio judicis æstimandum permittitur, quanti litigatorum interfit, potius solvi loco constituto, l. 2. quod cert. loc. §. 33. vers. loco plus positur, inf. eod.

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

1. Actiones arbitrarias constituere tertium genus plane diversum à superioribus.
2. Ex quo fit, quod actio de eo quod certo loco arbitraria, &c.
3. Cæterarum arbitrariarum natura: & ratio nominis.
4. Hoc in genere duplicem intervenire sententiam: mores hodierni.
5. In ea quod certo loco una sententia rem transigi.
6. Reffere noxales inter arbitrarias numerentur: saltem interdum.
7. Inter arbitrarias esse & rei vindicationem, & confessioniam, &c.
8. Actiones quædam arbitrarias hic non nominata.
9. Bonæ fidei & arbitrariarum discrimen.

I nterpreses vulgo existimant, non proponi hic novum & tertium actionum genus, quod sit distinctum à superioribus, & earum, quæ neque bonæ fidei sint, neque stricti juris. Sed actiones arbitrarias ad unum è duobus istis generibus referendas: esse enim ex eo genere; quæ stricti juris appellantur, seu esse speciem actionum stricti juris, ac proinde bipartita illa divisione, quæ proponitur §. actionum. 28. sup. contineri. Peroz. & Corvini. in erotematisibus. Nos autem contra putamus, actiones arbitrarias tertium genus constituere plane sejunctum à superioribus, ut quæ sunt hujus generis, neque sint bonæ fidei, neque stricti juris. Tale utique hoc genus aperte hic statuit Justinianus, cum ait præterea esse quasdam actiones, quas arbitrarias appellamus. Nam illud præterea non aliud valet, quam præter superiores; ut intelligamus, præter modo memoratas actiones bonæ fidei & stricti juris esse & tertium genus earum, quæ dicuntur arbitrariæ. Quod si veterum auctoritas quæritur, non obscure Marcianus in l. 5. de in lit. jur. actiones arbitrarias ab utraque superiore specie sejungit. Nam cum initio dixisset, in actionibus in rem & ad exhibendum & in bonæ fidei judiciis in litem jurari, subjicit in calce per adversativam, Plane interdum & in actione stricti iudicii in litem jurandum. Aperte declarans, actiones in rem & ad exhibendum, quas à bonæ fidei judiciis antea distinxerat, nec stricti juris esse; sunt autem hæc arbitrariæ, ut mox audiemus. Sed & Papinianus tria hæc genera distincte posuit; & multo etiam apertius in l. 3. §. 1. de usur. ubi ita scribit, In his quoque judiciis, quæ non sunt arbitrarias, nec bonæ fidei, post litem contestatam actori causa præstanda est. Et igitur ex sententia quoque Papiniani tria hæc iudicia plane diversa sunt, arbitraria, bonæ fidei, & quæ neutrum horum sunt, quæ dicuntur stricti juris. Quid quod arbitrariæ actiones propius accedunt ad naturam bonæ fidei actionum, quam ad actiones stricti juris: nam & in arbitrariis permittitur judici facultas æstimandi ex æquo & bono, quemadmodum actori satisfieri oporteat, in fin. hujus §. & in his similiter ut in bonæ fidei judiciis juratur in litem, l. 5. de in lit. jur. ut si alterutrius speciei aggregandæ sint, potius referendæ videantur ad classem iudiciorum bonæ fidei, quam stricti juris: quod tamen & ipsum admittent-

tendum non est: & neutra harum qualitatam usquam actionibus in rem tribuitur, quæ tamen magnam partem arbitrariorum constituunt, ut vel bonæ fidei dicantur vel stricti juris: quippe quæ qualitates non aliis actionibus, quam quæ in personam sunt, competunt, & maxime iis, quæ ex conventionibus descendunt. Illud autem, quod ajunt, actiones arbitrarías natura sua & origine esse stricti juris, ex accidenti autem esse, quod in his arbitrio judicis condemnatio fiat, falsum est; præterquam in actione de eo, quod certo loco, quæ à cæteris toto genere distat, ut paulo post apparebit.

**Ex arbitrio judicis pendentes**] Actiones arbitrarie sunt, quæ ex judicis arbitrio pendunt; unde & nomen acceperunt. Et pendunt quidem omnes ex arbitrio judicis, sed non omnino eodem modo: longeque alia ratione actio de eo, quod certo loco dari oportet, arbitraria atque ex judicis arbitrio pendere dicitur, quam reliquæ, quæ idem nomen habent. Nimirum ut dux sunt causæ inter se diversæ, ob quas actio dicitur arbitraria, ita etiam duo sunt actionum arbitrariorum genera iisdem causis inter se distincta. Nam quædam ex eo arbitrarie dicuntur, quod in iis tota condemnatio ex arbitrio judicis pendet. Quo in genere sunt actiones, quæ sunt de eo, quod certo loco dari oportet, sive ex causa stipulationis, sive quia ita cautum testamento, vel quia mutua pecunia sic data, ut certo loco redderetur, *l. 1. l. 5. & l. 6. de eo quod cert. loc.* Ex his enim causis cum alio loco agitur, permittitur arbitrio judicis æstimandum, quanti litigatorum inter sit, constituto potius loco solvi, quam eo, in quo agitur: ut si rei inter sit, minuitur: si actoris, augeatur condemnatio, *l. 2. pr. & §. ult. d. tit. l. un. C. ubi conv. qui cert. loc.* Formula judicii hæc fuit; *Si paret, Titium decem Capua dare oportere, neque in eo loco pecuniam suo tempore solvisse, judex, arbitratus tuo condemna.* Hujus generis arbitrarie natura sua & origine sunt stricti juris, sed ex accidenti, quod alio loco intentantur, quam in quo dari debuit, novam qualitatem induunt, quæ ex strictis eas arbitrarías facit. Cæteræ quæ arbitrarie dicuntur, diversam naturam & rationem nominis habent. Hæc enim ideo sic appellantur, quia earum hoc proprium est, quod in iis, antequam procedatur ad sententiam definitivam, ad condemnationem vel absolutionem, judex tanquam arbiter honorarius, interloquitur, jubens rem aliquid facere convenienter naturæ actionis institutæ; ex quo porro jussu seu arbitrio pendet actionis exitus, absolutio scilicet aut condemnatio. Nam si huic arbitrio reus paret, absolvitur; si non paret, condemnatur; & quidem gravior atque in aliud, quam quod facere jussus erat, in poenam contumaciæ. Ut ecce in actione quod metus causa, probato metu, jubetur reus rem, quæ metu extorta dicitur, restituere: si jussui judicis non paret, condemnatur in quadruplum, *l. item §. 14. §. 1. & deinceps. quod met. caus.* In judicio rei vindicationis, probato dominio, jubetur possessor rem item restituere: si per contumaciæ non restituit, aut dolo fecit, quominus restituere possit, condemnatur quanti adversarius in litem juraverit, *l. ejus rei. 46. cum l. seq. de rei vind. l. 5. l. 8. de in lit. jurand.* Idem fit in actione ad exhibendum, si jussu exhibere non exhibeat, *l. 3. §. 2. ad exhib.* Formula judicii in rei vindicatione talis fuit, ut ex *Cic. 4. in Verr.* discimus; *Si paret, rem, qua de*

*agitur, Titii esse, & ea res arbitrio tuo non restituatur; judex, condemna.* Condemna scilicet in aliud, & tanti, quanti res æstimata erit jurejurando actoris. Itaque in posteriore hoc genere duplex sententia intervenit; una interlocutoria, jussus seu arbitrium de restituendo vel exhibendo; altera definitiva litem terminans absolutione aut condemnatione, prout reus præcedenti arbitrio paruerit aut non paruerit, quæ veteribus absolute sententia dicitur. Atque, ut ante diximus & probavimus, ubi reus est contumax, in aliud & gravius quid condemnatio fit, quam quod arbitrio continetur, puta vel in quadruplum, ut in actione quod metus causa, vel in id, quanti res æstimata fuerit jurejurando actoris, ut in cæteris hujus generis. Nam quod aliquando etiam in casu contumaciæ ultra non proceditur, sed arbitrium transit in sententiam definitivam, & mandatur executioni, *l. qui restituere. 68. de rei vind. extraordinarium est, arg. l. si finita. 15. §. ubi autem. 23. de damn. inf. l. 1. §. 2. si ventr. nom. mul. in possess.* quanquam moribus nostris convenit; quibus semper in rem petitam fit condemnatio & executio. Sed neque arbitrium præcedit, aut possessor victus jubetur interloquente judice rem restituere: verum statim definitive condemnatur, *art. 172. Instr. Cur. Holl. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 7. cap. 1.* In priore autem genere res una sententia transigitur, ut in aliis fere actionibus, id est, nullo jussu judicis præcedente, ex quo sententia pendeat. Arbitratur quidem judex & in actione de eo, quod certo loco, sed tunc, cum profert sententiam, nec tam quid reus faciendum habeat, quam quid ipse pronuntiandum ac postea exequendum. Non obstat, quod ait Ulpian. *l. 4. §. 1. de eo quod cert. loc.* interdum judicem, qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debere, cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda, ubi promissa est. Nam hoc singulare est, & extra casus illic propositos vix locum habet: neque jubetur ea cautio interponi per modum arbitrii aut jussus, cui si non pareatur, reus gravior condemnatur, sed ad postulationem ipsius rei mero judicis officio, æquitatem ante oculos habentis; efficitque tantum, ut actor remittatur ad locum constitutum. *Ant. Fab. dec. 90. err. 2.* Hæc notanda fuerunt, propterea quod Justinianus species five exempla utriusque generis confusim proposuit.

**Nisi arbitrio judicis satisfaciatur**] Ita hic loquitur, quasi omnium actionum arbitrariorum hoc commune sit, quod in iis judex prius quam sententiam ferat, arbitretur sive jubeat reum aliquid facere: quod tamen quarundam duntaxat est proprium, & non pertinet ad actiones arbitrarías, quæ sunt de eo, quod certo loco, ut superius demonstratum est.

**Vel ex noxali causa**] Inter actiones arbitrarías numeratur hic & actio noxalis, id est, ea, quæ ex maleficio servi adversus dominum competit, ut is damnatus aut litis æstimationem suserat, aut servum noxæ dedat, *inf. de noxal. act.* In quo quidam putant, iterum errare Tribonianum: nam actiones noxales inter arbitrarías referri non posse; quoniam in his neque condemnatio arbitrio judicis committitur, ut in actione de eo quod certo loco; neque arbitrium aliquod judicis interponitur, unde pendeat sententia, ut in cæteris: sed judici præscribitur jure, quam sententiam ferat: nimirum ut postquam probatum est, servum noxiam commisisse, domi-

dominum condemnet in decem, aut servum noxæ dedere. Quod cum statim & conjunctim facere jubeatur, judici hic adimi omnem arbitrii interponendi facultatem, cui parendo liceat condemnationem evitare. Nos tamen excusare Tribonianum malumus, hoc scilicet colore, quasi non ideo actiones noxales inter arbitrarias numeraverit, quod putarit, eas semper esse arbitrarias, sed quia tales sunt interdum. Et sane ita res habet, (quicquid in contrarium disputet *Ant. Fab. decis. 92. err. 5. & 7.*) interdum noxalis actio non est arbitraria, interdum talis est. De quo sic habendum. Ex quibus causis directa, seu ea, qua dominus ex suo maleficio convenitur, arbitraria non est, ex iisdem causis nec noxalis arbitraria erit: & contra, qua ex causa directa est arbitraria, ex eadem causa noxalis quoque talis erit. Etenim actio noxalis non est propria species actionis, sed actionis ex delicto adjectio, cujus adjectionis hic tantum effectus est, ut liceat domino deditioe corporis, quod deliquit, evitare litem æstimationem, *l. 1. de noxal. act.* Et cum igitur actiones hæc, furti, vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ, injuriarum, si ex maleficio domini adversus dominum agatur, arbitrariæ non sint, nec arbitrariæ erunt, si dominus his noxaliter conveniatur nomine servi. Ratio est, quia in noxali actione eadem domini condemnatio est, quæ in directa, nisi quod in noxali hæc disjunctio est, ut dominus solvat, aut servum noxæ dedat: at hoc fit simul & conjunctim nullo præcedente de noxæ deditioe arbitrio. Ex diverso cum actio quod metus causa & actio de dolo sint arbitrariæ, cum adversus aliquem directo & nomine suo intenduntur, etiam arbitrariæ erunt, cum intentantur nomine servi noxaliter; quod fieri posse constat, *l. quod diximus. 16. quod met. ca. l. 9. §. penult. de dol.* Tantum arbitrium judicis, quod in actione directa continet solummodo jussum de re restituenda, in noxali adjunctum habebit jussum de servo noxæ dedendo, sub disjunctioe, ut dominus rem restituat, vel servum noxæ dedat, ut si neutrum horum fecerit, sequatur condemnatio, qualis in actione directa. Ita & *D. Duar. de in lit. jur. num. 47. D. Donell hic. num. 12.*

*Veluti Publiciana, Serviana*] Duas profert species actionum in rem, Publicianam & Servianam seu hypothecariam; quas arbitrarias esse declarat. De hypothecaria etiam est textus in *l. si fundus. 16. §. 3. de pignor.* An igitur hæc solæ in hoc genere sunt arbitrariæ? Nequaquam. Nam vel maxime arbitraria censenda est actio in rem civilis sive rei vindicatio; quippe in qua præcipue arbitrium judicis de re restituenda locum habet, & re non restituta ea, quam supra diximus, in juratam litem æstimationem condemnationis, *l. ejus rei. 46. cum l. seq. de rei vindic. l. 5. & l. 8. de in lit. jur. l. ultim. de fideiuss.* nisi quod interdum, & extra ordinem nimirum, ipsum arbitrium executioni mandatur, & res possessori aufertur; juxta *l. qui restituere. 68. de rei vindic.* quod enim Ulpianus ibi ait de re æstimanda jurejurando in litem, eo casu, quo reus dolo fecit, quo minus rem restituere possit; id non ita accipiendum est, quasi hoc solo casu locus esset jurijurando in litem; sed quod isto casu jusjurandum illud fit necessarium, cum in casu prius posito, ubi res penes contumacem est, possit etiam non jurari, & desiderante actore res auferri manu militari. Sed & si quæ sunt aliæ in rem actiones, sive civi-

les, ut confessoria & negatoria; sive prætoriarum, ut rescissoria; omnes arbitrariæ habendæ; quoniam omnes eandem æquitatem arbitrii & restitutionis admittunt, eundemque exitum condemnationis habent, ut significatur regula generali tradita in extremo *d. l. qui restituere.* Itaque male nonnulli hinc removeant ipsam rei vindicationem, eamque collocant inter actiones stricti juris; quod vel ex sola formula hujus judicii intelligi potest. In summa, omnes in rem, arbitrariæ excepta petitione hæreditatis, quam placuit esse bonæ fidei: & ideo licet & ipsa eadem recipiat, quæ reliquæ in rem; tamen non dicitur arbitraria, quia bonæ fidei potestate hoc habet, non arbitrii conditione, à qua sola dicuntur actiones arbitrariæ.

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

*Quod certo loco*] Hæc actio cur arbitraria dicatur, & quantum à cæteris distet, superius expositum est.

*Ad exhibendum*] Actionem ad exhibendum esse ex numero arbitrariarum, palam est: quoniam in ea quoque fit idem, quod in superioribus. Nam postquam actor docuit, sua interesse rem exhiberi, jubetur reus exhibere: nisi exhibet, condemnatur, quanti actor in litem juraverit, *l. 3. §. 2. ad exhib. l. 2. §. 1. l. 5. in pr. de in lit. jur.* Juratur autem hic non quanti æstimetur ex affectu res, quæ exhiberi postulatur, sed quanti damnus, quod negata exhibitione oritur.

*Et cæteris similibus*] His verbis significat, non eas solas actiones, quas nominavit, arbitrarias esse, sed esse plures hujus generis, quæ hic recensitæ non sunt. Ex actionibus in rem in numero arbitrariarum tantum posuit duas prætorias, Publicianam & hypothecariam, sed ad data particula *veluti*, ut intelligeremus, præter eas, quas memorat, & alias ex eodem genere arbitrarias esse; nos autem tales esse ostendimus, quotquot sunt in rem, sive civiles sint sive prætoriarum. Ex iis, quæ sunt in personam, præter eas, quæ hic nominantur, arbitraria est actio rerum amotarum, *l. 8. §. 1. de act. rer. amot.* Eiusdem quoque generis est actio Faviana, *l. 5. si quid in fraud. patr. item Pauliana, arg. l. 8. l. 10. §. & fructus. 20. que in fraudem cred. Ant. Fab. decis. 93. err. 5 & 6.* Actio ex edicto de publicanis, *l. 1. in pr. l. 5. de publican.* Denique arbitrariæ habendæ quotquot sunt in personam ad restituendum, dum non sint bonæ fidei. Plane in actionibus quoque bonæ fidei, quæ sunt ad restituendum, quales sunt, commodati, depositi, locati, pignoratitia, eodem modo quo in arbitrariis, res transigi solet, ut prius interponatur arbitrium de re restituenda, & nisi arbitrio paritum sit, jurejurando actoris lis æstimetur, *l. 3. §. 2. commod. l. 1. §. in depositi. 26. deposit. l. 5. l. 8. de in lit. jur.* Sed tamen non ideo dicendæ sunt arbitrariæ: quoniam id non sola conditione arbitrii, ut illæ quæ arbitrariæ appellantur, sed potestate bonæ fidei habent; quæ cum omnem speciem æquitatis complectatur, etiam hanc ipsam restitutionis & arbitrii continet. Arbitrariæ vero hanc unam fere speciem æquitatis habent, ut arbitretur primo judex fieri, quod conveniat naturæ actionis institutæ; post deinde condemnet, si arbitrio non pareatur. Atque hinc explicandum, quod est in extremo *§. permittitur judici ex bono*

Et aquo, &c. Natura actionum bonæ fidei satis proluxa est. *Costal. in l. 7. de eo quod certo loco.* Inter arbitrarias perperam *Pacius in not. & D. Perez. in erotemat.* collocant actionem redhibitoriam. Magis enim est, ut hæc bonæ fidei sit, *l. 11. §. 3. de act. empt.* ubi diserte Jurisconsultus ait, redhibitionem iudicio empti contineri.

## T E X T U S.

## Quinta divisio, de incertæ quantitatis petitione.

32. *Curare autem debet iudex, ut omnino quantum possibile ei sit, certa pecunia vel rei sententiam ferat; etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est.*

## N O T A.

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

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

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

1. *Cur placeat sententiam sine certa re aut quantitate prolatam non valere.*
2. *Certitudo sententia unde metienda.*
3. *Quibus casibus fiat, ut certa sententia ferri nequeat.*
4. *Etiamsi in petitione incerta certam debere ferri sententiam.*

**P**receptum generale, pertinens ad omnes actiones & iudicia, sive bonæ fidei aut arbitraria, sive stricti juris, & sive certa quantitas petita est, sive incerta. Nam semper ita iudex pronuntiare debet, ut sententia sua finem liti imponat & controversiam dirimat, *l. 1. de rei jud.* Et si autem hoc semper fit cum reus absolvitur, non fit tamen semper cum condemnatur, nisi condemnetur in certam rem aut quantitatem, sive, quod idem valet, nisi certa sententia feratur. Etenim cum ex conceptione sententiæ non apparet, quid quantumque præstandum sit, de quo quærebatur, tantum abest, ut tolleratur controversia, ut ea etiam augeri possit. Et ideo merito placuit, huiusmodi sententiam ipso jure nullam esse, nec rei judicatæ auctoritate censi, *l. penult. & ult. C. de sentent. qua fin. cert. quant. Don. num. 2. & seq. Schneid. num. 22. Myns. num. 3. & comm. DD. hic.* Enim vero certitudo sententiæ non ex eo solo metienda, quod iudex certam rem aut quantitatem in condemnatione verbis expresserit; sed etiam ex eo, quod se referat ad certum locum aut tempus, vel ad quantitatem antea determinatam, vel denique ad certum instrumentum, veluti si dicat, *Solve quod petisum est*, referens se ad certam partem actorum, atque ex actis constet, quid quantumve petitum, aut *Solve quod illis codicillis continetur*, cum codicilli in iudicio essent prolati, *l. 5. §. 1. & ibi DD. l. in sententiis. 59. §. 1. de re jud. l. pen. C. de sent. qua fin. cert. quant. Christ. vol. 4. decis. 94. num. 10.* Sed et si dixerit, *Solve quod debes*, nec ad certam par-

tem actorum se expresse retulerit, nihilominus tamen plerique existimant valere sententiam, & ex ea parte actorum, quæ probationes continet, certitudinem recipere, quasi tacite ad eas se retulerit eas approbans pronuntiando, atque ita restringunt *text. in l. quid tamen. 21. §. 3. de rec. arb.* Sin vero id ex actis probatoriis non appareat, tunc huiusmodi sententiam non valere, etiamsi certa quantitas libello comprehensa sit: nam cum jus vetet ex assertione partis sententiam ferri, credibile non esse, iudicem se eo referre voluisse, *vid. Zas. in l. 5. §. 1. de re jud. Myns. hic. n. 12. Schneid. n. 24. Marbesian. sing. 141.* & qui omnium accuratissime distinguit, *Pet. Barbof. ad tit. ff. solus. matr. p. 5. rubr. n. 47.* Et ergo notandum nunquam sententiam à libello recipere interpretationem, nisi ad eum expresse habita sit relatio.

*Quantum possibile ei sit*] Hoc ideo addit, quia interdum rei petitiæ natura non patitur, ut certa sententia ferri possit; atque eo casu procul dubio incerta valere debet; veluti cum plures res disjunctim vel generaliter promissæ petuntur. Cum enim in his rei petitiæ præstatio pendeat ex electione debitoris, *§. seq. vers. huic autem. & seq.* non potest iudex hanc ei adimere in unam rem certam eum condemnando. Idem admittendum esse, & sententiam incertam valere, censent DD. in actione universalis, qualis est petitio hæreditatis, & actio familiaris, eriscundæ, item & maxime quando super accessionibus, puta fructibus & expensis petitis, sententia fertur, eoque jure utimur. *Christin. d. decis. 94. num. 11. vid. plene Jo. Fab. hic. n. 12. & seq.* Non idem est in actionibus generalibus, puta tutelæ, pro socio, negotiorum gestorum. In quibus quidem incerta petitio admittitur, sed quia in his res ante sententiam declarandæ sunt, *l. 2. C. de judic. Christin. d. loc. n. 6.* certa hic sententia ferri debet. Quod quomodo procedat, post *Joan. Fab. & Plat.* docet *Schneid. hic. n. 14. & n. 30.* Excipit Accursius & iudicia noxalia: sed eo nomine merito reprehenditur: quoniam facultas noxæ dedendi est à lege, *l. 6. §. 1. de re jud.* quod & ipse alibi agnoscit, *§. 1. inf. de off. jud.*

*Etiamsi de incerta quantitate*] Additum potissime propter obligationes faciendi, in quibus si factum non sit, quod fieri debuit, obligatio & petitio est in id quod actoris interest, *l. si quis. 13. §. 1. de re jud. l. si poenam. 68. l. stipulationes. 72. de verb. obl. §. ult. sup. eod. tit.* Hoc igitur vult Justinianus, et si id, quod interest, petatur, cuius quantitas incerta est; *d. l. si poenam. de verb. obl. l. quatenus. 24. de reg. jur.* nihilominus tamen certam sententiam ferendam; ut iudex prius cognoscat, quanti intersit actoris, & quantum id esse cognoverit, tantum sententia sua complectatur, in eamque summam reum condemnet, quod etiam fieri debere satis aperte præcipitur in *l. un. C. de sent. qua pro eo quod ins.* Nec est metuendum, ne hic iudex videatur reum in aliam rem condemnare, quam quæ petita est, contra quam cautum *l. ult. C. de fideic. lib.* Nam quemadmodum scite à veteribus dictum est, eum, qui frumentum ex spicis excutit, non novam speciem facere, sed eam, quæ est, detegere: *l. adeo. §. cum quis. 7. in fin. de acq. rer. dom.* ita & iudex, cum certam summam dicit ejus, quod interest, non aliam rem dicit, sed eam, quæ petita est, & quam actor intelligi voluit, explicat, ita *Don. hic. n. 5.* Vulgò autem respondent, incertum &c

& certum esse qualitates, quæ non faciunt difformitatem inter libellum & sententiam, *Mysf. hic. n. 4.* Porro & alias, quamvis incerta sit petitio, certa tamen sententia, quoad fieri potest, ferenda est, ut in actionibus generalibus, veluti pro socio, tutelæ, negotiorum gestorum, uti jam ante dictum est. In actione quoque arbitraria de eo, quod certo loco, & quodammodo etiam in actionibus bonæ fidei, atque adeo in cæteris quoque arbitrariis, incertum in petitionem deduci videtur, propterea quod in his omnibus judici permittitur ex bono & æquo æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat: sententia tamen semper certa esse debet.

T E X T U S.

De pluris petitione.

33. Si quis agens intentione sua plus complexus fuerit, quam ad eum pertineat, causa cadebat, id est, rem amittebat; nec facile in integrum restituebatur à pratore, nisi minor erat 25. annis. Huic enim sicut in aliis causis, causa cognita succurrebatur, si lapsus juventute fuerat: ita & in hac causa succurri solitum erat. Sane si tam magna causa justî erroris interveniebat, ut etiam constantissimus quisque labi posset, etiam majori 25. annis succurrebatur; veluti si quis totum legatum petierit, post deinde prolatis fuerint codicilli, quibus aut pars legati adempta sit, aut quibusdam aliis legata data sint; quæ efficiebant, ut plus petiisse videretur petitior, quam dodrantem; atque ideo lege Falcidia legata minuebantur. Plus autem quatuor modis petitur, re, tempore, loco, & causa. Re, veluti si quis pro decem aureis, quæ ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cujus ex parte res est, totam eam, vel majorem partem, suam esse intenderit. Tempore, veluti si quis ante diem vel ante conditionem petierit. Quæ enim ratione qui tardius solvit, quam solvere deberet, minus solvere intelligitur, eadem ratione qui prætature petit, plus petere videtur. Loco plus petitur, veluti cum quis id, quod certo loco sibi dari stipulatus est, alio loco petit sine commemoratione illius loci, in quo sibi dari stipulatus est. Verbi gratia, si is, qui ita stipulatus fuerit, Ephesi dari spondes? Roma pure intendat, sibi dari oportere. Ideo autem plus petere intelligitur, quia utilitatem, quam haberet promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione. Propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur; in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quæ promissori competitura fuisset, si illo loco solveret, quo se soluturum spon-

dit. Quæ utilitas plerumque in mercibus maxima invenitur; veluti vino, oleo, frumento, quæ per singulas regiones diversa habent pretia. Sed & pecunia numerata non in omnibus regionibus sub iisdem usuris fœnerantur. Si quis tamen Ephesi petat, id est, eo loco petat, in quo ut sibi detur, stipulatus est, pura actione recte agit. Idque etiam prator demonstrat, scilicet quia utilitas solvendi salva est promissori. Huic autem, qui loco plus petere intelligitur, proximus est, qui causa plus petit: ut ecce, si quis ita à te stipuletur, Hominem Stichum, aut decem aureos dare spondes? deinde alterum petat, veluti hominem tantum, aut decem aureos tantum. Ideo autem plus petere intelligitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam, an hominem solvere malit. Qui igitur pecuniam tantum, vel hominem tantum sibi dari oportere intendit, eripit electionem adversario, & eo modo suam quidem conditionem meliorem facit, adversarii vero sui deteriolem. Quæ de causa talis in ea re prodita est actio, ut quis intendat hominem Stichum aut aureos decem sibi dari oportere, id est, ut eodem modo peteret, quo stipulatus est. Præterea si quis generaliter hominem stipulatus sit, & specialiter Stichum petat; aut generaliter vinum stipulatus sit, & specialiter Campanum petat, aut generaliter purpuram stipulatus sit, deinde specialiter Tyriam petat, plus petere intelligitur, quia electionem adversario tollit, cui stipulationis jure liberum fuit, aliud solvere, quam quod peteretur. Quinetiam licet vilissimum sit, quod quis petat, nihilominus plus petere intelligitur: quia sæpe accidit, ut promissori facilis sit, illud solvere, quod majoris pretii est. Sed hæc quidem antea in usu fuerant, postea vero lex Zenoniana & nostra rem coarctavit. Et si quidem tempore plus fuerit petitum, quid status oporteat, Zenonis diva memoria loquitur constitutio. Sin autem quantitate, vel alio modo plus fuerit petitum, in omne, si quod forte damnum ex hac causa acciderit ei contra quem plus petitum fuerit, commissa triplici condemnatione, sicut supra diximus, puniatur.

NOTÆ.

33. Vel ante conditionem] Quæ modo efficiat, ut ante debeat aliquod, quo dici possit ante agendo plus peti;

peti; veluti si quis dare promiserit, si morietur. Alias pendente conditione petens, non male aut perperam agere dicitur, sed nihil agere, *l. un. in fin. quand. di. usus. leg. l. 36. de solut.*

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

*Ratio utilitatis, qua promissori*] Pluris petitio hic æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo se soluturum promisit.

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

*Specialiter Tyriam*] Quæ nobilior est. Strabo *lib. 16. Plin. lib. 5. cap. 19. & lib. 21. cap. 8. Eustath. ad Odyss. 15. ἰππιῶνται γὰρ ἢ Τυρία περὶ φῦλα.*

#### COMMENTARIUS.

1. *Qui ante conditionem petit, eum nihil consumere.*
2. *Pœna à Zenoë constituta in eos, qui tempore plus petunt; à Justiniano in eos, qui alio modo.*
3. *Quid nunc fore in praxi circa hac observatur.*

**S**uperius admonuit judicem officii sui in ferenda sententia. Hic actorem instruit ad actionem recte instituendam, formandumque libellum petitionum. Summa disputationis huc redit, ut petat actor, quod sibi debetur; ut petat, quantum sibi debetur; ut petat ex ea causa, ex qua debetur. Si secus fecerit, placet, interdum petitionem ei nocere, interdum non nocere. In quo tamen ab observatione juris veteris procul recessum, ut postea intelligemus.

*Causa cadebat*] Ut discerent omnes jus suum diligenter explorare, nec temere aliis creare molestiam, placebat olim, eum, qui plus quam sibi deberetur, petierat, graviter multari, remque totam amittere, ut passim ex Cicerone intelligi potest, præsertim ex oratione pro *Q. Roscio Comædo, sac. l. 1. de inst. in jur. l. si pater. 36. de solut.* Hinc illud apud Plautum in *Mossellaria: Vellim quidem hercle ut uno nummo plus petas.* Id veteres dicebant *causa cadere*, item *formula cadere aut excidere*, ut ex eodem Cicerone, *1. de orat. Sueton. in Claud. c. 14. Senec. epist. 48. Quintil. lib. 7. Inst. orat. discimus.*

*Nec facile in integrum restituebatur*] Adversus amissionem causæ ob pluris petitionem nemo à prætore restituebatur, nisi ex iis causis, quæ jure communi etiam in aliis rebus in integrum restitutionem præbebant. Quorum duæ hic proferuntur, ætas personæ plus petentis, & justa errandi causa. Faciliores aliquando principes fuerunt: nam de Claudio refert Suetonius *d. loc.* solitum eum fuisse restituere ex bono & æquo actiones iis, qui apud privatos judices plus petendo formula excidissent.

*Nisi minor eras viginti quinque annis*] Minori, qui errore ætatis & juvenili temeritate plus petendo causa ceciderat, prætor causa cognita subveniebat per restitutionem in integrum ex edicto generali de minoribus, *l. 1. & passim, de minoribus.*

*Etiã majori*] Ex illa parte edicti de majoribus restituendis; *Item si qua alia mihi causa justa esse videbi-*

*tur, in integrum restituam, l. 1. in fin. ex quib. ca. maj.* Juste erroris, & qui ob id merito etiam in majoribus excusetur, causa est in hac specie; Titio centum testamentato legata sunt, deinde viginti codicillis adempta. Titius codicillorum ignarus tota centum ex testamento petit. Item in hac; Testator dodrantem bonorum in testamento Sempronio legavit; post deinde in codicillis nonnihil legavit Titio. Sempronius, qui nihil de codicillis audiverat, dodrantem integrum ex testamento petit. Justus in utraque specie error est, & cui ignosci oporteat, propterea quod ex alieni facti nascitur ignorantia, *l. ult. pro suo.* Alludit huc Seneca *epist. 48. Quid enim aliud agis, inquit, cum eum, quem interrogas, in fraudem inducis, quam ut formula cecidisse videatur? Sed quemadmodum illum prætor, sic eos Philosophia in integrum restituit.*

*Atque ideo lege Falcidia legata minuebantur*] Reçtior erit sententia, si legamus, ideo quod lege Falcidia, &c. quippe ratio cur in proposito petitur plus petiisse videatur, quam dodrantem, hæc est, quod lege Falcidia legata ipso jure minuantur. Ut bene observavit D. Hotom.

*Plus autem quatuor modis*] Pœnæ plus petitionis non solum locus erat, cum quis re aut quantitate plus petiisset, sed etiam cum quavis alia ratione, puta tempore, loco aut causa seu modo. Paulus *1. sent. 10. Causa cadimus*, inquit, *aut loco, aut summa, aut tempore, aut qualitate. Loco, si alibi: summa, si plus quam damus, petimus: tempore, petendo ante tempus: qualitate, ejusdem speciei rem meliorem postulantes.* Hæc quatuor species plus petitionis plenius hoc loco explicantur à Justiniano.

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

*Tempore, veluti si quis ante diem vel conditionem*] Plus quam debetur, sine controversia petit, qui ante diem petit. Nam quod in diem promissum est, etiam ante diem debetur; ut hic subdit debitum, quod peti possit, & præmature petendo amitti, *§. 2. sup. de verb. obl. l. cedere. 213. de verb. sign. junct. §. temporales. 10. inf. de except.* Sed quod additur, etiam eum plus petere, quam debetur, qui ante conditionem petit, incaute & perperam adjectum videtur. Etenim cum conditio suspendat obligationem, ita ut pendente ea nihil dum debeatur, *§. sub conditione. sup. de verb. obl. d. l. cedere. de verb. sign. l. 8. de per. & com. rei vend.* Quomodo dici potest plus debito petere, qui ante conditionem petit, hoc est, eo tempore, quo nondum ulla nata est obligatio? Quod si ante conditionem agendo nemo plus debito petere intelligitur, consequens est, neque pœnam plus petitionis ad eos, qui ante conditionem petunt, pertinere. Et res ita habet. Qui ante tempus petebat, ideo rem consumebat, quia in iudicium eam deduxisset, *d. §. temporales. inf. de exc.* At pendente conditione cum nihil sit, quod debeatur, nihil quoque est, quod in iudicium deduci, & deducendo consumi possit. Et ideo veteres eum, qui pendente conditione petit, non male aut perperam agere dicunt, ut eum, qui petit ante diem, sed nihil agere, *l. un. in fin. quand. dies usus. leg. ced. & diserte nihil consumere, l. si pater. 36. de solut.* An igitur putamus, hæc latuisse Tribonianum? Potius est, ut dica-

dicamus, eum per conditionem intellexisse non eam, quæ vere conditio est, scilicet, quæ an extitura sit, incertum est, & quæ proinde pendente nihil debetur: sed eam, quam veteres minus proprie conditionem vocant, nimirum, quam certum est omnimodo extituram esse, veluti, si quis, si morietur, vel cum morietur, dare promiserit, & stipulator vivo promissore agat. Nam tali sub conditione quod promissum est, pendente quoque ea debetur, *l. nam si. 17. cum l. seq. de cond. ind. l. 9. §. 1. de novat.* Et igitur, ante conditionem; intellige, *qua modo efficiat*, ut ante debeatur aliquid, quo dici possit, ante agendo plus peti, quam debeatur.

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

*Loco plus petitur* ] Plus etiam petere intelligitur, qui quod certo loco sibi dari stipulatus erat, alio loco pure petit. Quæ plaris petitio æstimatur ex damno promissoris, cui pura intentione adimitur utilitas, quam habiturus esset, si eo loco solveret, in quo soluturum spondit.

*Roma pure intendat sibi dari* ] Pure intendere sibi dari oportere hic dicitur, qui intendit sibi dari oportere sine commemoratione loci, in quo dari sibi stipulatus est, & ommissa arbitrii formula, qua judici permittatur facultas æstimandi ex bono & æquo, quantum promissor solvere debeat. Nam pura intentio hic actioni arbitrariæ è regione opponitur.

*Alio loco petenti arbitraria actio* ] Alio loco, quam in quem sibi dari quisque stipulatus esset, non videbatur agendi facultas competere. Sed quia iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promississet, nunquam accederet, quod vel data operaceret, vel quia aliis locis necessario distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideo visum est, in eam rem actionem utilem sive arbitrariam comparare, *l. 1. de eo quod cert. loc.* Hac ratione & actori consulitur, data alibi agendi facultate, nec reus sit injuria; cui alibi convento arbitrio judicis salva præstatur utilitas loci constituti. Illud hic obiter monendi sumus, quod passim dicitur, eum, qui certo loco dare promisit, posse quolibet alio loco arbitraria actione conveniri, sic accipiendum, ut supponantur termini habiles, id est, modo locus sit idoneus, qualis est locus domicilii & contractus, & qui forum tribuat, *l. heres. 19. §. 1. & deinceps. de jud. l. contraxisse. 21. de O. & A. Costal. ad l. 1. de eo quod cert. loc. Perez. in C. eod. n. 1.*

*Qua utilitas plerumque in mercibus* ] Constat, varia esse rerum pretia per singulas civitates regionesque; maximè vini, olei, frumenti. Pecuniarum quoque licet videatur una & eadem potestas ubique esse; tamen aliis locis facilius & levioribus usuris pecunia invenitur, aliis difficiliter & usuris gravioribus, *l. 3. de eo quod cert. loc.*

*Proximus est, qui causa plus petit* ] Verbum causa variam admodum in jure civili significationem habet, &

quæ facilius intelligitur, quam exprimitur. Hic autem significat modum seu qualitatem obligationis, *l. obligationum. 44. in pr. & §. 3. de oblig. & act. Paul. 1. sent. 10.* Qui autem causa plus petit, idem ferè peccat, quod is, qui plus petit loco. Nam quemadmodum, qui alibi petit, quam ubi debetur, loci utilitatem adimit debitori: ita qui causa plus petit, promissori adimit utilitatem electionis.

*Hominem Stichum aut decem aureos* ] Dux sunt species plus petitionis ratione causæ: quarum altera hic proponitur, cum ex pluribus rebus disjunctim promissis una aliqua certa petitur: altera mox subjicitur, cum, genere promisso, petitur certa species. In utraque autem specie eadem ratione plus peti intelligitur, nimirum quia reo aufertur electio, quæ in utroque genere obligationis ei competit.

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

*Generaliter hominem stipulatus* ] Sicut in promissione alternativa electio reo tribuitur, ita & in promissione generis, *l. cum is. 32. in fin. de cond. ind. l. fidejussorem. 52. mand. l. qui ex pluribus. 106. de verb. obl.* ut proinde eadem ratione plus petere dicatur, qui genere promisso certam ex eo genere speciem petit, qua is plus petere dicitur, qui, pluribus rebus disjunctim promissis, unam earum petit simpliciter.

*Et specialiter Campanum petat* ] Theophilus scribit, vinum Campanum omnium aliorum esse pessimum: quod tamen Cajus & Ulpianus ejus exemplum pro eo, quod optimum est, adducunt, *l. stipulationum. 74. & l. seq. §. 2. de verb. obl.* uti hic etiam Justinianus; quod vel puer viderit. Scriptores quoque cæteri vina Campana inter generosissima numerant: qualia sunt illa carminibus Horatii celebrata, *Cæcubum, Massicum, Falernum, Formianum, Calenum.* De regione Campaniæ Italici Florus *lib. 1. c. 16.* ita scribit; *Ondium non modo Italia, sed toto terrarum orbe pulcherrima Campaniæ plaga est. Nil mollius celo: bis floribus vernat. Nihil uberius solo: ideo Liberi Cereæque certamen dicitur.* Et paulo post; *Hic amissi visibus montes, Gaurus, Falernus, Massicus, & pulcherrimus omnium Vesuvius.* Eadem ferè de ora Campaniæ habet Plin. *lib. 3. c. 5.* unde videtur Florus sua descripsisse.

*Tyriam* ] Purpuram omnium pretiosissimam, teste Strabone, *lib. 16. add. Plin. lib. 5. c. 19. & lib. 21. cap. 8.* Puniceum purpuræ colorem procreat Africa, id est, quasi violaceum: Tyros autem rubeum, auctor Vitruvius *lib. 7. c. 17.*

*Licet vilissimum sit* ] In plaris petitione, ratione causæ, plus non tantum æstimatur ex pretio & valore rei, sed etiam ex facultate solvendi, & quod addendum, ex affectione quoque debitoris. Sæpè enim homines certis rebus aliter atque aliter afficiuntur.

*Sed hac quidem antea* ] Quibuscumque modis ex quatuor, quos Justinianus exposuit, plus petitum esset, ea olim erat pœna plus petitionis, ut actor causa caderet. Sed postea ab hac pœna recessum est, & in eos, qui tempore plus peterent, alia pœna constituta à Zenone; in eos, qui alio modo, à Justiniano. Quid à Zenone cau-

D d d d d

tum



tum fuerit, exponitur *inf. de except. §. temporales. 10.* nimirum ut adversus eum, qui ante tempus petiit, duplicentur induciæ temporis, & ut his finitis non ante reus actionem suscipere cogatur, quam impensæ prioris litis ei fuerint refusæ. Constitutio ipsa desideratur. Epitomen ejus ex Basilicis eruit Cujac. *lib. 12. obs. 21.* Adversus cæteros Justinianus hanc pœnam se statuere ait, ut, si quid ex pluris petitione damni senserit adversarius, id petitor triplo compenset. Justiniani quoque hæc constitutio intercidit, & ideo multa hic nobis incerta relinquuntur. Refert se hic ad *§. tripli. 24. sup. hoc tit.* ubi nominatim agit de eo, qui majorem debita quantitatem petit, idque dolo malo, ut viatores majores exigent sportulas: hic autem loquitur, ut videatur velle pœnam tripli, etiam extra causam doli, obtinere, eademque pœna multari eos quoque, qui loco & causa plus petunt, ut hic tripletur omne damnum, quod reo per causam injustæ petitionis illatum est. In praxi neutra prædictarum constitutionum observatur, quo facilius earum jactura est. In toto enim Belgio, Gallia, aliisque regionibus eo nunc jure utuntur, ut si quantitate, aut summa, plus petium sit non dolo malo, puta pro quinquaginta, quæ liquido debentur, centum, reus si nihil obtulerit, condemnatur in omnes litis expensas; idque propter moram, cum partem, quam se debere non ignorabat, offerre debuerit. Si vero reus partem debitam offerat; actor in lite perseverans reo in expensas condemnatur. Quod si certum corpus, quod nostri speciem, Philosophi individuum appellant, petium sit, veluti fundus, & pars injustè possessa non offeratur; impensæ, quasi in mutua victoria compensantur. Idemque est, si debitum non sit liquidum: nam tum debitori imputari non potest, quod certam quantitatem non offerat. Si loco plus petatur, ita absolvitur reus, ut saluum jus actori maneat conveniendi reum in loco constituto, & in expensas illius instantiæ actor condemnatur, juxta *l. properandum. 13. §. sine autem. 6. C. de judic.* Idem est, si ante tempus agatur, aut si, quod sub disjunctione debetur, petatur simpliciter. Nam & hic solet judex reum ab observatione judicii absolvere cum expensis, salva facultate actori conveniendi reum, cum dies venerit, vel petendi disjunctim, quod simpliciter petitum fuerat. *Rebuff. ad const. Reg. proœm. tom. 1. n. 53. Imbert. lib. 2. Inst. forens. cap. 151. Papon. lib. 8. tit. 1. arrest. 2. & 3. Ant. Fab. C. suo. de plus pet. defin. univ. Tuld. & Perez. C. eod. Christin. vol. 1. decis. 266. & vol. 2. decis. 157. ubi plures alleg. add. Covar. lib. 1. var. ref. cap. 2. n. 5. Menoch. de arb. jud. lib. 2. cent. 2. cas. 177. ubi latè tractat, quæ sit justa litigandi causa, ut in lite succumbens excusetur ab expensis.*

## T E X T U S.

## De minoris summæ petitione.

34. Si minus intentione sua complexus fuerit actor, quam ad eum pertineat, veluti si quum ei decem aurei deberentur, quinque sibi dari oportere intenderit; aut si quum totus fundus ejus esset, partem dimidiam suam esse petieris, sine periculo agit: in reliquum enim nihilominus ju-

dex adversarium eodem judicio ei condemnat ex constitutione divæ memoria Zenonis.

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

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

*Sine periculo agit*] Qui minus petit, quam sibi debetur, etsi non tantum petit, quantum debetur, petit tamen quod sibi verè debetur: & quia minus petendo nulla fit reo injuria, ideo nulla quoque hujus petitionis pœna est; licetque actori comperto errore suo actionem postea mutare, & totum quod debetur, petere. Nam & alias cuilibet liberum est ab initio actionem dividere, partemque petere, salvo jure reliquum postea petendi.

*Eodem judicio*] Quomodo hoc accipiendum sit, videbimus *§. seq.*

*Ex constitutione Zenonis*] Epitome constitutionis Zenonianæ, qua Justinianus ait, potestatem judici permitti in casu proposito, etiam in reliquum quod sibi apparebit deberi, reum eodem judicio petenti condemnare, prodita est à Cujacio *lib. 12. obs. 21.* quæ novis in editionibus est, *l. 1. C. de plus pet.* Constitutionem ipsam non habemus.

## T E X T U S.

## Si aliud pro alio petatur.

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

## N O T A.

35. *In eodem judicio*] His verbis non tam denotatur judicii unitas, quam negotii apud eundem judicem sine nova interpellatione (quod olim necessarium erat) continuatio: propriè enim judicium ibi esse dici nequit, ubi nova exigitur actionis editio & litis contestatio. Bachov.

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

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

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

**Errorum suum corrigere]** Potest igitur actio semel edita postea corrigi aut mutari. Idque etiam iure veteri obtinuit. Extat de ea re constitutio Severi & Antonini in hæc verba; *Edita actio speciem futura litis demonstrat, quam emendari aut mutari licet, prout edicti perpetui monet auctoritas, vel jus reddenti decernit acquisas, l. 3. C. de edend.* Emendatur actio, cum mendum vel error tollitur, aut defectus suppletur, salva manente principali substantia conclusionis. Mutatur, cum repudiata veteri instituitur nova, veluti si actor aliud pro alio, aut idem ex alia causa petere instituat. *Perez. C. de edend. n. 7.* Sed adjectæ sunt rescripto duæ conditiones, dum id ita fiat, ut edicti perpetui monet auctoritas; & ita, ut jus dicentis decernit æquitas. Edicti perpetui monitio hæc, ut edatur actio, quacumque quis experiri velit: proinde si quis nova experiat, etiam hanc edi oportet, novumque reo spatium ad deliberandum dari, cedere, an contendere malit, *l. 1. de edend.* Jus dicentis æquitas hoc exigit, ut emendatio illa sive mutatio sine damno adversarii fiat: ideoque qui temerè adversarium suum in jus vocaverit, is ei viatica & sumptus prioris litis reddere tenetur, *l. cum qui. 79. de judic. Don. in d. l. 3. C. de edend. num. 3. & seqq. D. Perez. d. loc.*

**2** Illud quæritur, quamdiu actionem editam emendare vel mutare liceat, utrum ante litem contestatam tantum, an vero etiam postea. Ego puto, jus actori & nunc esse & olim fuisse actionem emendandi vel mutandi, non solum ante, de quo inter omnes convenit, sed etiam, quod plerique negant, respectu mutationis, post litem contestatam, *per l. fidejussor. 32. de neg. gest. l. cum indebitum. 57. §. 1. de cond. ind. l. 4. §. ult. de nox. act. l. cum fundum. 18. §. 1. unde vi.* Ea que haud dubiè est etiam sententiâ Imperatorum in *d. l. 3. C. de edend.* & Justiniani hic. Caterum iure veteri eo casu opuserat alio iudicio novaque interpellatione, *l. non potest. 23. de judic. l. ut fundus. 18. comm. divid.* Jure autem novo actori etiam post litem contestatam permittitur corrigere errorem suum, & mutare libellum petitionis in eodem iudicio, ut hic disertè cautum est, *Don. ubi sup. n. 17. Perez. d. loc. n. 7.* quanquam existimo, his verbis non tam iudicii unitatem denotari, quam negotii apud eundem iudicem sine nova in jus vocatione continuationem: ut in hoc saltem novum jus distet ab antiquo, quo nova interpellatio desiderabatur, & prætor de integro audeundus erat, ut aliud iudicium daret. Sanè non video, quomodo alioqui rectè defendi possit, idem iudicium ibi esse, ubi nova litis exigitur contestatio. Quod quidem negari non potest. Nam si reus post novam actionem editam & inducias ad deliberandum

denuo concessas ad contradicendum venerit, utique contradictione sua novam litem facit: ut etiam differit Bachovius hic. Interpretum in *l. 3. C. de edend. & ad hunc §.* communis sententia est, libellum quidem emendari posse, usque ad sententiam definitivam; mutari autem non posse, nisi usque ad litem contestatam: atque adeo ne partium quidem consensu: quoniam litis contestatio & alii actus substantiales iudicii partium consensu tolli non possunt. Quæ sententia usu quoque forensi recepta dicitur. *Gail. 1. obs. 74. n. 4. & seqq. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 5. & 6. Christin. vol. 2. decis. 88. num. 11.* quanquam de fori nostri usu contrario testetur *Groenew. de ll. abrog. hic.* Plane, si probari potest, per ignorantiam advocati in concipienda conclusione erratum esse, etiam mutatio usque ad sententiam permitti solet; sed non nisi ad postulationem litigatoris impetrata restitutione in integrum, & cum refusione expensarum, *Merul. d. cap. 6. Christin. vol. 2. decis. 104. add. Groenew. d. loc. & ad tit. C. de error. advocat.*

## T E X T U S .

## Divisio sexta. De peculio.

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

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

**R**edit hic Imperator ad institutum, quod interrumpit, *§. curare. 32. sup.* proponitur ad extremum adhuc unam divisionem, quæ ad effectum actionis pertinet, & declarat, quantum ex unaquaque actione sperare liceat. Divisio hæc est, quod quædam sunt actiones, quibus solidum quod nobis debetur, consequimur; quædam, quibus modo solidum, modo minus. Quo minus semper solidum consequamur, aut peculium facit, cujus ad modum actio constituta est; quod explicatur hoc §. aut beneficium reo tributum, ut in id tantum teneatur, quod facere potest; cujus generis actiones quædam proferuntur *§§. seqq. & ult. aut mutua creditoris obligatio; de quo §. seq. vers. propter retentionem. & §. pen. eod.*

*Si in peculium filii servive]* De peculio actio proposita est ex contractu filiorum familias & servorum adversus patrem & dominum, *§. actiones. 10. sup. eod.* Hac actione non semper solidum consequimur: quia adjectio illa de peculio significat, constitutam illam esse; quatenus est in peculio, ut siquidem non minus sit, quam persequimur, in solidum dominus & pater condemnentur: si vero minus inveniat, quatenus in peculio sit, *d. §. actiones. & §. præterea. 4. tit. seq.* Quid in peculio servi filii habendum, item de quo peculio actio adversus patrem constituta ex contractu filii, alibi expositum est.

D d d d 2

T E X .

## TEXTUS.

## De repetitione dotis.

37. *Item si de dote in iudicio mulier agat, placeat, eatenus maritum condemnari debere, quatenus facere possit, id est, quatenus facultates ejus patiuntur. Itaque si dotis quantitati concurrant facultates ejus, in solidum damnatur, sin minus, in tantum, quantum facere potest. Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur. Nam ob impensus in res dotales factas, marito quasi retentio concessa est; quia ipso jure necessariis sumptibus dos minuitur, sicut ex latioribus Digestorum libris cognoscere licet.*

## NOTA.

37. *Quatenus facultates]* Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo præstare potest honestè, deducit & alimenta, l. 29. in fin. l. 30. de rejud. l. 6. de cess. bon. l. 173. de reg. jur. & in eo tempus rei jud. spectatur, l. 15. sol. matr.

*Ob impensas]* Olim non modo necessarias, sed etiam utiles, l. 1. cum seqq. de impens. in res dot. Hodie retentio permissa ob necessarias impensas duntaxat, l. un. §. 5. C. de rei ux. act. Qualis hæc fuerit retentio, tum quæ sint istæ impensæ, cognosce ex l. 5. de imp. in res dot. l. 56. §. ult. de jur. dot.

## COMMENTARIUS.

1. Beneficium competentia quibus quas ob causas detur.
2. Quibus personis præter maritum in causa dotis idem beneficium tribuatur.
3. Rei dotalis retentio quibus ex causis marito olim concessa: & quid hic novi à Justiniano.
4. Ex quibus causis reo detur retentio extra causam dotis.

**S**unt quædam personæ, quibus humanitatis causa tributum est, ut ne conveniantur in solidum, sed in id tantum, quod facere possunt: quod beneficium vulgo vocant privilegium & exceptionem competentix. Tribuitur hoc beneficium partim ob causam, ex qua agitur, partim ob personam rei, cum qua agitur. Ob causam soli donatori ex causa donationis convento, §. seq. in fin. Ob personam rei variè, ob necessitudinem & conjunctionem personarum, unde parenti, liberis, fratribus, marito, uxori, sociis, &c. Ob solam reverentiam reo debitam, unde patrono: ob meritum in temp. unde militi, qui sub armata militia stipendia meret, l. 6. l. item miles. 18. de rejud. Denique ob solam commiserationem: unde ei, qui bonis suis cessit, tribuitur, §. ult. inf. eod. & interdum filio emancipato, l. 2. quod tum eo qui in al. pot. l. & exheredatum. 49. de rejud.

2. *Si de dote mulier agat]* Eleganter Theod. Hermopol. ad l. 173. de R. I. Αἰχμαίρεται ἔνομοι παρρησίας δέουσι τῆς χθῆς καὶ ἀπὸ τῶν συγγενῶν & βίαι, παντὸς ἀπογομῶσαι τὸ ἴδιον ἀνδρῶν. Non autem marito tantum adversus uxorem, sed etiam uxori adversus maritum hic honos ha-

betur, ut non ultra facultates damnetur. Idem tribuitur & patri mariti seu uxoris socero de dote convento, l. patronus. 17. l. non tantum. 20. cum l. seq. de rejud. l. rei judicata. 15. in fin. & l. seq. solut. matr. Et ex diverso idem quoque honos habetur patri uxoris, si ex promissione dotis à genero conveniatur, l. ex diverso. 17. solut. matr. nisi jam dissolutum sit matrimonium, l. sicut. 21. cum l. seq. de rejud. Quod autem ait, si de dote mulier agat, exempli tantum causâ dicitur. Nam non solum maritus, cum ex causa dotis ab uxore convenitur, hoc beneficium habet; sed etiam cum ex aliis contractibus: d. l. non tantum. de rejud. nisi soluto matrimonio contraxerit cum ea, quæ olim uxor fuit, l. divorcio. 35. de neg. gest. Atque hoc jure etiamnum utimur. Zypænot. jur. Belg. de jur. dot. in fin.

*Propter retentionem]* Diximus, mutuam creditoris ejusdemque actoris obligationem etiam nonnunquam efficere, ne reus in solidum condemnatur. Id consequitur non tantum per compensationem propriè dictam, cum quantitates utrimque debitz compensantur: de quo §. pen. inf. sed interdum etiam per retentionem, cum fundus aut alia species ab eo petitur, & vicissim actor ei pecuniam debet. In causa dotis tribuebatur olim marito §. variis de causis rei dotalis retentio, ob res uxori ab ipso donatas; ob res ab uxore amotas; propter liberos; ob impensas in rem dotalem factas, non modo necessarias, sed etiam utiles. Justinianus autem, sublata ex omni alia causa retentione, solam reliquit eam, cujus hic fit mentio, nempe quæ fit ob impensas necessarias, l. un. §. taceat. 5. C. de rei ux. act. Qualis hæc fuerit retentio, & quæ sint istæ impensæ, cognosce ex l. 5. de imp. in res dot. l. si is qui. 56. §. ult. de jur. dot. Extra causam dotis retentio reo tribuitur ex his & similibus causis; si rem, quæ petitur, alii pignori obligatam, pecunia sua liberaverit, l. 1. quib. mod. pign. solv. si pignus in aliquam summam nominatim acceptum, pro alia summa, quam eidem postea sine pignore credidit, retineat, l. un. C. etiam ob chir. pec. pign. ten. Item si in rem alienam, quæ petitur, sumptus fecerit, secundum distinctionem alibi traditam: vid. l. in fundo. 38. l. sumptus. 48. de rei vind. l. si in area. 33. de cond. ind. §. ex diverso. 30. cum aliquot seqq. sup. de rer. divis. Materiam retentionis distinctè tractat Joan. Fab. in d. l. un. C. etiam ob chir. pec. & Costal. in l. in rebus. 18. §. possunt. commod. add. Papin. lib. 6. arr. 4. arr. 21. Rebuff. ad l. non potest. 117. de verb. sign.

## TEXTUS.

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

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

## NOTA.

38. *Socius cum socio]* d. l. 16. Quia socii inter se quodammodo fratres sunt, l. 63. pro soc. τῆς ἐν τῷ ἐπιχώριον ἀδελφῶν. Th. Hermopol. ad l. 173. de reg. jur.

COM

COMMENTARIUS.

**C**um parente suo patronove] *l. sunt quidam. 16. & l. seq. de re jud.* Parenti hoc tributum cum propter conjunctionem, tum propter reverentiam, quam parenti liberi debent: ac proinde & matri idem concedendum. *Gutier. 2. pract. q. 28. n. 2.* Patrono datur ob solam reverentiam, quam ei debet libertus, *l. 9. de obs. par. & patr.* Addunt & hanc rationem DD. quod filius & libertus parentem & patronum inopem alere teneantur. Unde ex contrario quoque statuunt, nec liberos à parente ultra quam facere queunt, conveniri posse. Sed & liberis & parentibus patroni idem beneficium datum est, *l. patronus. 17. de re jud.*

*Item si socius cum socio iudicio societas] Igitur socio omnium bonorum semper & omnimodo hoc beneficium competit, uti parenti, patrono, conjugi, d. l. sunt quidam.* Nam omnium bonorum socio, cum convenitur iudicio societas, *l. verum. 63. in pr. pro soc.* Quo loco etiam indicatur ratio, ob quam placet socium hoc privilegio frui; nimirum quia socii inter se quodammodo fratres sunt. Quod si socii ob imaginem fraternitatis hoc privilegium indultum, multo magis veris fratribus idem concedendum: cum etiam frater fratri inopi alimenta debeat. *Tessaur. decis. 119. Christin. vol. 3. dec. 143. num. 2. D. Tulden. comm. hoc tit. c. 19.* Plane non alias socius hoc beneficio juvatur, quam si confiteatur, se socium esse: negantem, se socium, placet, in solidum condemnari, *l. si unus. 67. in fin. pro soc. l. sed hoc. 22. §. 1. de re jud.* Nostris & Gallorum moribus nulla fraternitatis inter socios habetur ratio, sed sola spectatur rerum communio, conventique in solidum condemnantur, *Gothofr. in l. 16. de re jud. Groenew. de ll. abrog. hic.*

*Ex donatione] Is quoque, qui ex liberalitate sua convenitur, in id tantum, quod facere potest, condemnatur, l. Divus. 28. de reg. jur. & quidem is solus deducto ære alieno, l. inter eos. 19. §. 1. de re jud.* Pinguis enim donatori succurrere debemus, quam qui verum debitum solvere compellitur: ne liberalitate sua inops fieri periclitetur, *l. & exheredatum. 49. cum l. seq. eod.* Et ita utimur, *consult. JC. Bat. pag. 1. conf. 269.* quamvis in Gallia nec hoc observetur. *Bugn. de ll. abrog. lib. 1. satyr. 12.*

TEXTUS.

De compensationibus.

39. *Compensationes quoque opposita plerumque efficiunt, ut minus quisque consequatur, quam ei debeatur. Nam ex bono & æquo habita ratione ejus, quod invicem auctorem ex eadem causa prestare oportet, poterit iudex in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare, sicut jam dictum est.*

COMMENTARIUS.

**E**tiam per compensationem reus consequitur, ne in solidum damnetur. Compensatio tunc proprie est, cum res, quæ numero, pondere, mensura constant, utrimque debentur; ut ostendimus ad §. in bona. 30. *sup. eod.*

*Compensationes opposita] Et si compensatio ipso jure actionem minuit, tamen in iudicio opponenda & alleganda est, ut iudex sciat, esse, quod vicissim debeat, ejusque in condemnatione rationem habeat. Hæc vero allegatio proprie exceptio non est, sed nuda defensio, quam DD. vulgo exceptionem intentionis & facti nominant, qualis est, si quis se solvisse aut sibi accepto latum dicat: quod latius explicui ad d. §. in bona.*

*Plerumque] Hæc particula fortè adjecta est propter causam depositi, vestigialium, tributorum &c. in quibus compensationi non est locus, l. 3. & l. ult. C. de compens. Fortassis etiam, quia liquidum tantum cum liquido compensatio admittitur: quod autem ex causa non liquida compensandi gratia objicitur, alii iudicio reservandum, nisi initio litis per modum exceptionis objiciatur, d. §. in bona. l. ult. C. de compens.*

*Ex eadem causa] Hæc verba Theophilus non agnoscit. Et sane etiam, quod ex diversa causa debetur, compensari posse constat; passim tit. ff. & C. de compens. Paul. 2. sent. 5.*

TEXTUS.

De eo qui bonis cessit.

40. *Cum eo quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id, quod facere potest, creditores experiantur. Inhumanum enim erat, spoliatum fortunæ suis in solidum damnari.*

NOTÆ.

40. *Qui bonis cessit] Ex Ulpiano l. 4. de cess. bon. Idoneum emolumentum] Non modicum, sed quod alicujus momenti sit, quo prætor moveri possit, l. 6. l. 7. eod.*

*Ex integro] Id est, ἐξολοκλήρως, de integro, rursus, denuo, non εἰς ἀλόκληρον, in solidum.*

COMMENTARIUS.

1. *Quid sit facere posse, & quid hoc reo tribuat.*
2. *Quibus rebus deductis id astimetur.*
3. *Quale sit hoc beneficium, persona, an rei coherens.*

**H**ic iterum proponitur species, ubi beneficium reo datum facit, ut actor solidum non semper consequatur. Omnis debitor, qui non habet exceptionem competentis, solidum quod debet, solvere compellitur; si nequit, in carcerem ire volente creditore cogitur, nisi bonis cedere malit, *l. 1. C. qui bon. ced.* nam bonorum cessione penam carceris evitare potest, utique si sua non malo more amisit, prodegit aut fraudulenter alienavit, *l. si quis dolo. 51. de re jud. l. verum. 63. §. hoc quoque. 7. pro soc. add. Gomez. 2. resol. 11. num. 52. & ad l. Taur. 79. num. 2. Ben. Stracch. de merc. tract. decoctiorib. part. 3. n. 9.* Cæterum non uti carcere, ita & obligatione debitor bonis cedens liberatur, ac proinde si postea facultates aliquas, quæ modo alicujus momenti sint, iterum adquisierit, denuo efficaciter conveniri potest: sed jam ita, ut non in solidum, quod amplius debet, sed solum in quantum facere potest, damnetur, *l. 4. l. 6. & 7. de cess. bon.* Beneficium ei tributum

butum ex sola commiseratione, ut in extremo hujus §. indicat Justinianus. De materia cessionis latè disputare non est hujus loci: videndi DD. ad tit. ff. & C. eo pertinentes. *Schneid. hic. Damhoud. præx. civ. cap. 70. Pet. Greg. 22. synt. 8. & aliquot seqq. Afflic. decis. 348. & seq. Tessaur. decis. 36. & 182. Christin. vol. 4. decis. 123.* ubi plurimos citat, qui ex professo hanc materiam tractant. Cæterum antequam hinc abeamus, quærendum est, quale sit hoc beneficium, quod competentæ vocant, & cujus toties jam facta mentio. Id autem planum fiet, si cognoverimus quid sit facere posse, quibus rebus & unde deductis id æstimandum, sitne beneficium personæ, an causæ. Facere posse civili ratione hic dicitur, qui de suo præstare potest honestè, deducto videlicet prius eo, quod illi satis sit ad victum quotidianum & alimenta, *l. inter eos. 19. in fin. l. cum ex causa. 30. de re jud. l. 6. de cess. bon. l. in condemnatione. 173. de reg. jur. & in eo tempus rei judicatæ spectatur, l. 15. sol. matr.* Non modo igitur quibus hoc beneficium competit, si solvendo non sunt, in carcerem detrudi non possunt, aut cogi, ut bonis cedant: sed ne totum quidem, quod habent, iis extorquendum, ne aut turpiter mendicare aut malis artibus victum quærere cogantur. Sed & in definiendo victu & alimentis ratio dignitatis vel conditionis personarum habenda; cum lautiori cibo nobilem vesci, quam rusticum oporteat, & alius illi, quam huic cultus corporis conveniat. De quo *Tiraq. de nobilitas. c. 20. n. 143. & seq. Coler. de process. p. 2. c. 3. n. 115. & seqq.* Utrumque contra est, cum hoc beneficium cessat, quippe omnium actionum sine hoc beneficio hæc conditio est, ut quamvis reus solvendo non sit, solidum tamen præstare compellatur, aut de suo, aut si id non potest, aliunde, unde solvat, sumere, aut postulante creditore in carcerem ire; nisi paratus sit bonis cedere, *l. 1. C. qui bon. ced.* Atque ut creditor parcat carceri: omne tamen quod habet, condemnato auferre potest, ut nihil ei, ne ad victum quidem, relinquatur: de quo vide *Christin. vol. 4. decis. 123. num. 15. & ibi alleg.* Hoc quod ita quemque facere posse dicimus, aliter in donatore æstimatur, aliter in cæteris. In donatore, deducto ære alieno: in cæteris, etiam non deducto:

pinguius enim donatori succurri placuit, quam veris debitoribus, *l. sunt qui. 16. l. inter eos. 19. in pr. & §. 1. l. & exhæredatum. 49. de re jud. l. 12. de donat.* Inter eos, quibus ex simili causa debetur, occupantis conditio melior; nec deducitur, quod ejusdem conditionis hominibus debetur, *d. l. inter eos. ubi vid. Don.* Denique si actor eadem paupertate, qua reus, prematur, non juvabitur reus hoc privilegio: quoniam in pari momento miserationis præponderat rigor juris, magisque debitorum, quam creditorum, egere convenit. *Zaf. ad l. 12. & seqq. solut. matrim. n. 20. Coler. part. 2. cap. 3. n. 121. D. Tuld. comm. in hunc tit. cap. 19.* Beneficium hoc personale est; non causæ, sed personæ coherens: & ideo nec in hæredem transit, præterquam quod in actione dotis datur filiis mulieris, qui patri hæredes extiterunt, *l. 12. & seq. l. etiam filium. 18. solut. matr. l. 24. & seq. de re jud. add. Pet. Fabr. ad l. Divus. 28. de reg. jur. Gomez. in l. Tauri. 50. & tres seqq. n. 49.* Neque fidejussori tribuitur, quamvis ita fiat, ut nec debitori hoc beneficium proficit; quippe quum fidejussor totum, quod præstitit, à reo principali repetere possit, *l. & si fidejussor. 24. de re judic.* Neque hoc iniquum aut absurdum est: quoniam relatio, quæ est inter creditorem & debitorem principalem, & propter quam beneficium tribuitur, non est inter creditorem & fidejussorem, nec rursus inter hunc & debitorem principalem. Quid quod debitor, dando fidejussorem, tacite exceptioni competentæ renuntiare videtur? utique enim hoc agimus fidejussorem accipientes, ut in omnem eventum nobis cautum sit, §. ult. inf. de replicat. Licet autem jure novo reus principalis prius conveniri & excuti debet, quam ad fidejussores perveniat: tamen quod creditor à reo consequi non potuit, rectè exiget à fidejussore: quoniam eodem jure non electione & litis contestatione, sed demum solutione obligatio perimitur, *l. ultim. C. de fidejussor. Don. add. l. 24. de re judic. Bachov. hic. fusc. Hering. de fidejussor. cap. 27. part. 4. n. 80. & seqq.* Alia causa est defensoris, cujus in omnibus rebus eadem causa esse debet, quæ domini foret, si cum ipso ageretur, *l. alia causa. 14. solut. matrim. l. verum. 63. §. 1. pro soc. l. minor. 51. §. 1. de proc.*

## TITULUS VII.

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

Dig: Lib. 14. Tit. 5. C. Lib. 4. Tit. 16.

Continuatio, &amp; summa tituli.

**N**ure civili nemo ex contractu alterius obligatur, ne is quidem qui contrahentem in potestate habet, §. actiones. 10. tit. præx. Nam etsi jus potestatis facit, ut servus domino, filius patri obligationem & actionem acquirant: non efficit tamen ex contrario, ut pater & dominus ex contractu filii aut servi obligentur, atque alteri actio adversus eos acquiratur. Cæterum

hunc juris rigorem quibusdam in casibus prætor ex æquitate relaxavit, introductis certis actionibus, vel potius actionum qualitatibus, quibus dominus & pater ex contractibus filii aut servi conveniri possunt. Hujus generis sex hoc tit. proponuntur, quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso. Sub finem adjicitur casus, quo ex contractu filii pater non obligatur, cum ex eadem causa ex contractu servi obligetur dominus.

T E X.

TEXTUS.

Scopus & nexus.

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

COMMENTARIUS.

Superius mentionem habuimus] §. actiones. 10. præc. tit. ubi obiter egit de actione de peculio; quam nunc plenius, ut & cæteras, quæ ex conventionibus filiorum & servorum adversus patrem & dominum dantur, hoc tit. explicat.

Ferè eadem jura servantur] Merito adjecit particulam *ferè*. Nam primum servi ipsi ex contractibus civiliter non obligantur, §. item inutilis. 6. sup. de inutil. stip. l. 14. de obl. & act. filii autem familias obligantur, & cum iisagi, tanquam cum patribusfam. potest, l. filiusfam. 39. d. tit. Deinde servus mutuam pecuniam accipiens obligat dominum de peculio: filius ex ea causa patrem de peculio non obligat, propter Senatusconsultum Macedonianum, §. pen. inf. eod. Præterea si servus fidejusserit rem peculiarem non agens, si liberum se mentitus judicium acceperit, compromiserit, jusjurandum detulerit, ex his causis actio de peculio in dominum non datur. Diversum est in filiofamilias, l. 3. §. si filiusfam. 5. & seq. l. 5. §. 2. de pecul. Postremo quia servi peculium simplex est & unius generis, totum in domini, à quo profectum est, potestate, dominus ex contractu servi sine distinctione tenetur: pater autem non de omni peculio tenetur, sed de eo tantum, quod ipse totum in potestate habet, cujusmodi hodie solum est profectitium; de quo plura scripsimus ad d. §. actiones. sup. titul. In cæteris omnibus eadem omnino jura ex negotio gesto cum servis & filiisfam. servantur. De servis autem quæ tractantur, satis constat, usum hodie non habere.

TEXTUS.

De servis quod jussu.

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

COMMENTARIUS.

SI jussu domini cum servo negotium gestum est, merito adversus dominum actio quod jussu datur, atque adeo in solidum: nam quodammodo cum eo ipso

contrahitur, qui jubet. Ulp. l. 1. in pr. quod juss. Ait Jurisconsultus quodammodo: verè enim non cum domino, qui jussit, sed cum servo contrahitur: & alioqui cessaret actio quod jussu: ut accidit, cum dominus servi tantum ministerio utitur, ipse autem contrahit; veluti si mutuam pecuniam accepturus eam servo numerari jubeat; quo casu quod jussu non competere, sed domino condici, scriptum est in l. ult. quod juss. fac. l. qui autem. 14. cum l. seq. de pec. const. Sic ubi pater in contrahendo, filii nudo ministerio utitur, ipse solus, non filius obligatur, l. 4. C. hoc tit. d. l. ult. quod juss. At si filius jussu patris contraxerit, uterque tenetur, pater quod jussu, filius directo, l. pen. eod. l. 3. §. sed utrum. 4. de minorib. Jussu autem domini hic accipere debemus, sive jussit, sive mandaverit, sive ratum habuerit, aut servi chirographo subscripserit, l. 1. §. 1. 3. 4. & 6. quod juss.

TEXTUS.

De exercitoria & institoria actione.

2. Eadem ratione prætor duas alias in solidum actiones pollicetur; quarum altera exercitoria, altera institoria appellatur. Exercitoria tunc habet locum, cum quis servum suum, magistrum navi præposuerit, & quid cum eo, ejus rei gratia, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem exercitoria vocatur, quia exercitor is appellatur, ad quem quotidianus navis questus pertinet. Institoria tunc locum habet, cum quis taberna forte, aut cuilibet negotiationi servum suum præposuerit, & quid cum eo, ejus rei causa, cui præpositus erit, contractum fuerit. Ideo autem institoria appellatur; quia qui negotiationibus præponuntur, institores vocantur. Istas tamen duas actiones prætor reddit, & si liberum quis hominem, aut alienum servum navi aut taberna, aut cuilibet negotiationi præposuerit; scilicet quia eadem æquitatis ratio etiam eo casu interveniat.

NOTÆ.

2. Cum quis taberna] Taberna hic est *ἱερῶσιον*, statio, officina. Gloss. juris, *taberna*, *ἱερῶσιον*. Hinc tabernarius l. 5. §. 7. de inst. act. id est, *ἱερῶσιον*. Gloss. Gr. Lat.

COMMENTARIUS.

1. Cum magistro & institore ipso etiam directo agi posse: quanquam in praxi hoc non receptum.
2. Si plures exercent, singulos in solidum teneri: sed apud nos hoc non obtinere.
3. Exercitores non habere actionem adversus contrahentes cum magistro aut institore.
4. In contractibus cum præpositis in eundem diligenter observandam legem præpositionis: ubi multa notabilia.

SI quid cum servo, quem dominus magistrum navi præposuit, contractum sit ejus rei causa, cui præpositus est, ad eam rem actio adversus dominum edicto præ-

prætoris constituta est, quæ exercitoria appellatur, *titt. ff. & C. de exerc. act.* Similiter si quid cum servo quem dominus tabernæ aut cuilibet alii negotiationi præfecit, ejus rei gratia gestum sit, in dominum eo nomine actionem prætor pollicetur, quæ dicitur infitoria, *titt. ff. & C. de infit. act.* Illa à præponente qui exercitor dicitur, nominata est; hæc à præposito seu infitore propter commoditatem sermonis. Utraque eandem æquitatis rationem habet, quam superior illa quod jussu, nimirum quia voluntate domini negotium gestum, ac proinde cum eo ipso quodammodo contractum intelligitur, §. *ult. inf. eod. l. si infitorem. 29. de reb. cred.* unde merito etiam in solidum utraque proposita est.

*Ad quem quotidianus navis quasus*] Exercitor dicitur, ad quem omnes obventiones & reditus navis pertinent, sive is dominus navis sit, sive à domino navem per averfionem conduxerit, *l. 1. §. exercitorem. 15. de exerc. act.* Magistrum autem navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est, maxime quidem cui ab exercitore, sed tamen etiam cui ab infitore, *d. l. 1. §. 1. junct. §. magistrum. 5.* ubi etiam ratio hujus rei redditur.

*Infitores vocantur*] Infitor, auctore Ulpiano, ex eo appellatus est, quod negotio gerendo instet: nec multum refert, inquit, tabernæ sit præpositus, an cuilibet alii negotiationi, *l. 3. de infit. act.* puta rebus emendis, locandis, permutandis. Ut declarant exempla *l. 5. eod.* Quamvis autem procurator qui mutuis accipiendis pecuniis præpositus est, proprie infitor non sit, placet tamen, adversus eum, qui præposuit, utilem ad exemplum infitoria actionem dari, *l. pen. eod. l. 5. C. eod.*

*Et si liberum quis hominem*] *L. 1. §. cujus autem. 4. de exerc. act. l. 7. §. 1. & 2. l. 8. de infit. act.* quibus locis traditur, nihil interesse cujus conditionis sit, qui navi aut tabernæ præponitur, masculus an femina; paterfam. an filiusfam. pupillus an adultus aut ætate major; homo liber, an servus præponentis, an alienus. Ex converso quoque parvi referre traditum est, quis præposuerit, *d. l. 1. §. parvi autem. 16. d. l. 7. §. 1. l. 1. 2. & ult. C. eod.* Nam & si is qui in potestate aliena est, ejus voluntate navem aut tabernam exerceat, & quid cum eo quem magisterio navis aut tabernæ præposuit, gestum sit, in eum, cujus in potestate est, judicium datur, *d. l. 1. §. si qui. 19. de exerc. act.* & si mulier sit, quæ navem aut tabernam exercet, tenebitur & ipsa ex contractu eorum, quos præposuit: nec juvabitur Senatusconsulto; quoniam in obligationibus principalibus viro comparatur, *d. l. 1. §. parvi autem. 16. de exerc. d. l. 7. §. 1. de infit. act. l. 4. C. eod.* nec sunt contractus hujusmodi alieni, sed ipsius mulieris. Græci in *Basilio. 53. εἰς τὸ ἀνάτορας εἶναι τὴν συναλλάξιν καὶ ἀπὸ αὐτῆς τὴν γυμνασίαν.* Enimvero pupillus ex præpositione ut obligetur, necessaria est tutoris auctoritas, *d. l. 1. §. parvi autem. l. 9. de infit. act.*

*Eadem æquitatis ratio*] Condicio personæ præpositi non debuit impedire humanitatem prætoris. Nam sive servus sive homo liber administrationi alicui præponatur, semper is, qui cum præponit, eo animo esse intelligitur, ut velit in ea administratione factum præpositi præstare, ne contrahentes, qui præponentis magis quam præpositi fidem sequuntur, decipiantur: estque hoc æquissimum, ut quorum ex contractu commoda

publice percipimus, eorum quoque in eadem causa facta agnoscamus, *l. 1. in pr. §. 2. & 4. de exerc. act. l. 1. de infit. act.* quanquam summo jure hæc causæ ad actionem adversus alium, quam cum quo revera contractum est, acquirendam non sufficiunt. Plane cum quæritur, adversus quem actio detur, interest homo liber an servus sit, cum quo ut magistro aut infitore contractum est. Nam servus ex contractu civiliter non obligatur, neque judicio agi cum eo potest, *l. 6. C. de jud. l. 14. de obl. & act.* & ideo solus dominus hic conveniendus est actione exercitoria. Si liber sit, uterque tenetur, & qui præposuit, & qui præpositus est; habetque creditor electionem, utrum cum magistro aut infitore directe agere, an cum iis, qui eos præposuerunt, exercitoria aut infitoria experiri velit, *l. 1. §. est autem. 17. & §. pen. de exerc. act. l. 6. §. ultim. nav. caup. stab.* Nec obstat *l. ult. de infit. act.* ex qua quidam adstruxerunt, infitores ipsos ex negotio infitorio nomine gesto non teneri nec conveniri posse: nam, ut recte plerique respondent, non proponitur in specie *d. l. ult. infitor*, qui cum aliquo contraxit, aut se infitorio nomine obligavit, sed qui tantum professus est, esse penes mentem præponentis certam summam pecuniæ: ex cujusmodi nuda scriptione, ad fidem mensē protestandam, *omn. credit. van de tafel te onderhouden* / mirum non est, si post mortem præponentis conveniri non possit. *Cofsal. in d. l. ult. & ad l. 1. §. est autem. 17. de exerc. act.* Ubi tamen refert, aliud placuisse Curia Parisiensi, eamque censuisse, infitores non recte conveniri ex iis contractibus, quos nomine infitorio inierunt, sed in dominos actionem esse intendendam, nisi domini eos, qui pro se gesserunt, pro infitoribus non haberent. Quæ sententia etiam in praxi recepta est. *Christin. vol. 3. decis. 33. n. 9. add. D. Coren. obs. 26. re à sup. sen. Holl. jud. unde Angelus in l. eandem. de duobus reu, ait*, quod factores licet mille literis se scribant debitores, non propterea possunt conveniri, quod videntur scribere factorio nomine. Similia & *Decius consil. 510.* Si plures navem aut tabernam exercent, placet singulos in solidum conveniri posse: ne in plures adversarios distringatur, qui cum uno contraxerit, *l. 1. §. ult. l. 2. 3. & 4. de exerc. act. l. habebat. 13. §. ultim. & l. seq. de infit. act.* Sed hoc apud nos receptum non est, ut mercaturæ noxium: sed singuli pro portionibus exercitationis tantum conveniri possunt. *Grot. lib. 3. cap. 1. & 2. de jur. bell. cap. 11. n. 13. Groenew. de ll. abrog. bic.* An igitur & ex contrario navem aut tabernam exercenti actio constituta est adversus eos, qui cum magistro aut infitore contraxerunt? Minime. Neque enim eodem auxilio indigent, cum actione ordinaria, puta mandati, locati, negotiorum gestorum, cum magistro aut infitore agere possint, *l. 1. §. sed ex contrario. 18. de exerc. act. l. 1. de infit. act.* Plane, si ab his rem suam servare nequeant, ex æquitate illis succurri solet etiam contra eos, qui cum magistro aut infitore contraxerunt, *d. §. sed ex contrario. l. 1. de exerc. act. l. 2. de infit. act.* Qui autem magistrum aut infitorem in potestate habet, actiones ex contractibus eorum sibi quæsitæ exercet. Illud porro animadversione dignum est, quod non ex omni causa ex contractu magistrum aut infitoris obligetur, qui eos præposuit: sed ex eo duntaxat negotio, quod gestum est ejus rei gratia, ad quam præpositi sunt, ut in hoc text. dicitur, & exemplis



exemplis declaratur ab Ulpiano in *d. l. 1. §. non autem. 7. & seqq. de exerc. act. l. 5. §. non tamen. 11. & seqq. de instit. act.* Proinde in contractibus cum institutoribus aliiive officio alicui præpositis ineundis lex & forma præpositionis diligenter observanda est, *d. l. 1. §. igitur. 12. de exerc. act. l. sed §. 11. §. conditio. 5. de inst. act.* adeoque ipsum genus commissionis vel officii expendendum, & persona quoque ejus, cum quo contrahitur, examinanda, *l. qui cum alio. de reg. jur. Costal. in l. 5. §. non tamen de instit. act.* Quid dicemus si præpositi mutuas pecunias stempierint? Si mandatum habeant de mutuis pecuniis accipiendis, res expedita est. Si non habent, caute creditoribus agendum. Utique præpositio ad ea quoque extenditur, quæ sæpe incidenter & per consequentiam rei principaliter commissæ veniunt. Unde si verbi gratia navis reficienda aut instruenda sit, & magister in eam rem pecuniam mutuetur, actio in exercitorem dabitur, neque creditor adstringetur ad hoc, ut ipse curam reficiendæ navis suscipiat, probeve, pecuniam in refecionem erogatum esse: *l. 1. §. quid si. 8. l. ult. de exerc. act.* Cæterum non alias utiliter aget, quam si concurrant illa omnia, quæ exigit Africanus in *d. l. ult. §. Gloss. & DD. ibidem.* Summa est, si cum crederetur pecunia, navis in ea causa fuerit, ut refici deberet: si ea lege credita, ut in refecionem navis impenderetur: si creditor sciverit, eum, cui credit, magistrum ei navî præpositum: si non majorem summam crediderit, quam ad eam rem esset necessaria: postremo si in eo loco crediderit, ubi id, propter quod pecunia creditur, comparari potest. Eademque fere dicenda, si quis institori pecuniam crediderit, & de actione institoria adversus dominum danda queratur; *d. l. ult. §. ult. eodemque jure etiam hodie utimur. Christin. vol. 3. decif. 33. n. 2. eleganter & practice Jo. Fab. hic. n. 8. & seq. Foller. ad Marant. part. 4. dist. 22. adde quæ nos ad Pet. Peck. in tit. rei naut. ad. d. l. ult.* Moribus harum regionum, ex contractu uxoris palam negotiationem exercentis, maritus obligatur, sed & uxor quoque tenetur, uti sæpissime judicatum testatur *Christin. vol. 3. decif. 27.* Non idcirco tamen minus in intercessionibus beneficio Scti utitur. *Neostad. obs. rei judic. 18. add. Sand. lib. 2. tit. 4. defn. 3. & 4. Grot. 1. introd. c. 5.* Quod autem, qui aliquam uxorem ducit, simul omnia ejus debita in se trahit, id non ideo fit, quia contractus uxoris maritum obligat, sed quia matrimonium parit communionem totius æris alieni, cujus partem dimidiam velut debitum proprium vir exsolvere cogitur, alteram dimidiam tanquam administrator totius familiæ, ac proinde & negotiorum uxoris. *Gud. lib. 3. cap. 11.*

T E X T U S.

De tributoria.

3. *Introduxit & aliam actionem prætor, quæ tributoria vocatur. Namque si servus in peculiari merce, sciente domino negotietur, & quid cum eo ejus rei causa contractum erit, ita prætor jus dicit, ut quicquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur, & ceteros creditores pro rata*

*portione distribuatur. Et ideo tributoria vocatur, quia ipsi domino distributionem prætor permittit. Nam si quis ex creditoribus queratur, quasi minus ei tributum sit, hanc ei actionem accommodat, quæ tributoria appellatur.*

N O T A.

3. *Quia ipsi domino distributionem ] Ipse dominus tribuendi facultatem habet ex prætoris edicto, l. ult. eod.*

*Quam oportuerit ] Hæc actio dolum malum coercet domini, l. 7. §. 2. eod. id est, propter iniquam distributionem datur: cogiturque dominus per hanc actionem in medium afferre, quicquid mercium occultaverit. Th.*

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

**P**roponitur hic quarta actio ex contractu servi in domino à prætorè comparata, quæ tributoria vocatur, id est, distributoria sive contributoria. Nam si quid cum servo in peculiari merce sciente domino negotiante contractum sit, jubetur dominus quod ex ea merce & quod eo nomine receptum est, æqualiter inter creditores tribuere seu parti; in quam partitionem & ipse quoque, si quid ei debetur sive mercis nomine sive alia ex causa, admittitur, *l. 1. l. 5. §. per hanc actionem. & seqq. de tribus. act.* Si autem dolo malo ejus factum sit, quominus ita tribueretur, tributoria in eum datur, ut quanto minus tributum sit, quam debuerit, præstet. Itaque hæc actio tantum dolum malum domini coercet, si videlicet malitiose in distribuendo versatus sit, merces penes se retinuerit, aut sciens prudens perire sit passus. Quod si tribuere nolit, potest evitare actionem mercibus cedendo, *l. 7. §. 1. & deinceps. eod.*

*Scientè domino negotietur ] Dominus peculium servo concedens hoc ipso etiam jus contrahendi servo concedere intelligitur, l. 1. §. item acquirimus. 5. de acq. poss. Cæterum hæc voluntas paulo generalior & aliquanto remotior est à singulis contractibus: qua de causa in actione de peculio æstimatio peculii fit deducto eo, quod domino debetur, ut audiemus §. seq. At in casu proposito voluntas domini propius ad negotium accedit: exigitur enim ut saltem non nolit, id est, sciat & patiatu servum in merce peculiari negotiari, *l. 1. §. 1. & 2. de trib. act.* Et ideo in actione tributoria placet, dominum privilegium deductionis non habere, sed æquali jure cum cæteris creditoribus in tributum vocari, *d. l. 1. in pr. add. l. 1. §. licet autem. 20. l. 6. de exerc. act.**

T E X T U S.

De peculio & de in rem verso.

4. *Præterea introducta est actio de peculio, deque eo, quod in rem domini versum erit, ut quamvis sine voluntate domini negotium gestum erit, tamen sive quid in rem ejus versum fuerit, id totum præstare debeat; sive quid non sit in rem ejus versum, id eatenus præstare debeat, quatenus peculium patitur. In rem autem domi-*

E e e e

ni

ni *versum* intelligitur, quicquid necessario in rem ejus impenderit servus, veluti si mutuatus pecuniam creditoribus ejus solverit, aut adificiarumventia fulserit, aut familia frumentum emerit, vel etiam fundum, aut quamlibet aliam rem necessariam mercatus erit. Itaque si ex decem puta aureis, quos servus tuus à Titio mutuo accepit, creditori tuo quinque aureos solverit, reliquos vero quinque quolibet modo consumpserit, pro quinque quidem in solidum damnari debes; pro cæteris vero quinque eatenus, quatenus in peculio sit. Ex quo scilicet apparet, si toti decem aurei in rem tuam versi fuerint, totos decem aureos Titium consequi posse. Licet enim una sit actio, qua de peculio, deque eo, quod in rem domini *versum* sit, agitur; tamen duas habet condemnationes. Itaque iudex, apud quem de ea actione agitur, ante dispicere solet, an in rem domini *versum* sit: nec aliter ad peculii estimationem transit, quam aut nihil in rem domini *versum* intelligatur, aut non totum. Cum autem queritur, quantum in peculio sit, ante deducitur, quicquid servus domino, eive, qui in potestate ejus sit, debet; & quod superest, id solum peculium intelligitur. Aliquando tamen id quod ei debet servus, qui in potestate domini sit, non deducitur ex peculio, veluti si is in ipsius peculio sit. Quod eo pertinet, ut si quid vicario suo servus debeat, id ex peculio ejus non deducatur.

## NOTA.

4. *Quamvis sine voluntate*] Nam si domini voluntate, potest quod jussu agi, l. 5. §. 2. de in rem vers.

*Quicquid necessario*] Vel utiliter, l. 5. §. 3. eod. quod autem magis ad voluptatem pertinet, non videtur *versum*. Hoc igitur dominus sine rei detrimento patitur auferri, l. 3. §. 4. eod. Locum hunc fuse explicat Ulpianus d. l. 3. d. l. 5. l. 7. l. 10. eod.

*Licet enim una sit actio*] Hujus loci hanc esse sententiam puto, non tantum singulis actionibus separatim, aut de peculio, aut de in rem verso, agi posse: sed etiam conjunctim, ut simul utrumque caput una formula ita, ut proponitur, in iudicium deducatur. Eamque formam agendi esse commodissimam, ut mox ostenditur. Cæterum actio de in rem verso, non minus sola & per se institui potest, quam illa de peculio, l. 1. pr. §. 1. l. 14. l. 19. in fin. de in rem vers. §. seq. & §. ult. inf. eod.

*Duas habet condemnationes*] Quando scilicet actioni de peculio illud emblema de in rem verso adjicitur. Altera enim seorsum & simpliciter intentata ad alteram ex eadem causa non datur regressus, arg. l. 9. §. 1. de trib. act. & §. seq. inf. eod.

*Aut deducitur, &c.*] Naturalia debita spectamus in peculii deductione, l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. l. 11. §. 1. de pecul. quemadmodum ex contrario quod dominus servo debet, peculium auget, l. 17. eod.

## COMMENTARIUS.

1. Notatur & refutatur error eorum, qui putant, actionem de peculio, & eam de in rem verso, non esse duas distinctas actiones.

**P**raeter superiores quatuor sunt adhuc actiones duæ, edicto item prætoris ex contractibus servorum adversus dominum prodiæ, quæ explicantur hoc loco, actio de in rem verso, & actio de peculio: quarum illa ob commodum, quod ex contractu servi ad dominum pervenit, constituta est; hæc ob domini voluntatem, uti & præcedentes; quanquam non ubique idem genus voluntatis intervenit, & ideo nec quæ hujus generis sunt, eundem effectum adversus dominum habent, l. 1. §. licet autem. 20. in fin. l. 6. de exerc. act. l. 1. per tot. de trib. act. junct. l. 1. §. item acquirimus. 5. de acq. poss.

*Et quamvis sine voluntate domini*] Actio de peculio dicitur dari ex negotio sine voluntate domini gesto, non quod nulla omnino voluntas domini præcedat: nam, ut sæpe alibi diximus, qui peculium servo concedit, hoc ipso ei etiam jus contrahendi tacite permittit intelligitur, per d. l. 1. §. item acquirimus. 5. de acq. possess. sed respectu actionum præcedentium, quæ ut competant, requiritur vel voluntas aperta, ut in actione quod jussu, exercitoria & institoria, vel præter generalem concessionem peculii saltem scientia domini & patientia, ut in tributoria, cum de peculio dominus obligetur, etiam si neficiat, servum de rebus peculiaribus contrahere. Unde etiam est, quod licet illa quod jussu, item exercitoria & institoria, in solidum dominus teneatur, in tributoria quod sibi debetur non deducatur; de peculio tamen non teneatur, nisi pro modo peculii, & cum jure deducendi, quod ipsi servus debet.

*Sive quid in rem ejus versum*] Dominus de eo, quod servus sine voluntate ejus contraxit, quatenus in rem ejus *versum* est, in solidum tenetur actione de in rem verso; idque sive habeat servus peculium, sive non habeat, aut non tantum habeat, quantum acceptum est. Nam etiam ubi cessat actio de peculio, de in rem verso locum habet, l. 1. in pr. & §. 1. de in rem vers.

*Quicquid necessario in rem ejus, &c.*] Ostendit exemplis, quid quando in rem domini *versum* intelligatur. Et quidem quicquid servus necessario in rem domini impendit, id omne citra controversiam in rem ipsius *versum* intelligitur, l. 3. §. 1. l. 5. l. 6. eod. Sed tamen & quod utiliter gessit impenditve, in eadem causa est, l. 5. §. 2. & passim. tot. tit. eod. nisi quod in non necessariis non amplius in rem *versum* intelligatur, quam est verum ipsius rei pretium, cum in necessariis spectetur pretium conventum, d. l. 5. in pr. eod. Ut ergo generaliter dicam, toties de in rem verso actio competit, quoties procurator mandati, aut negotiorum gestor negotiorum gestorum actionem habet: quotiesque servus ita impendit, ut dominus rem suam aut meliorem haberet, aut non deteriore, d. l. 3. §. 2. Quod vero in voluptariam causam impensum est, non videtur *versum*: nam nec procurator hoc imputaret: & non debet dominus ex

eo onerari, quod ipse facturus non esset, *d. l. 3. §. sed si murus. 4.* Plane impensæ honestæ & consuetae dominum de in rem verso obligant, *l. 7. §. 3. eod.*

*Licit enim una sit actio*] Ita hoc loco disputat Justinianus, quasi actio de peculio & actio de in rem verso non sint duæ distinctæ actiones, sed una tantum, quæ habeat duo capita duasque condemnationes. Unde quidam existimaverunt, actionem de in rem verso non esse propriam formulam & per se constantem, sed accessionem & appendicem duntaxat actionis de peculio institutiæ & exemptitiæ. Proinde creditorem, qui de in rem verso agere instituit, de peculio actionem postulare oportere, ita ut simul illud emblemata de in rem verso adjici postulet. *Hosom. Tuning. hic.* Quidam vero actioni de peculio etiam inesse adjectionem de in rem verso, nec actionem de in rem verso per se exerceri, nisi cum deficit actio de peculio. *D. Cujac. hic. Duar. in tit. de in rem vers.* Neutri bene, meo quidem iudicio. Nam, ut ego existimo, actio de in rem verso tam propria & per se constans formula est, quam ea de peculio: potestque non tantum cum actio de peculio deficit, sola & per se institui, veluti cum peculium servo sine dolo malo ademptum est, aut morte servi peculium extinctum, annusque, intra quem de peculio agi poterat, finitus; quibus casibus hæc actio etiam necessaria est: *l. 1. §. 1. l. 14. l. filiusfam. 19. in fin. de in rem vers.* sed etiam tunc, cum simul de peculio competit, *§. seq. in fin. & §. ult. l. 1. hoc tit. d. l. 1. in pr.* Et cur tandem quæso non liceat mihi, si velim, de in rem verso seorsum agere, quamvis & de peculio experiri queam? Cum autem simpliciter de peculio agitur, negamus, clausulam illam de in rem verso de peculio actioni inesse aut pro adjecta haberi. Æstimatur quidem tunc quoque quod in rem domini versum est, sed tanquam servo debitum, ut tanto plus in peculio esse censetur. Uti docet *d. l. 1. §. ult. & d. l. 19.* At in condemnatione seorsum ejus, quod versum est, ratio non habetur, sed universi peculii, sicut de toto deducitur, quod servus domino debet. Quod secus est, si adjecta fuerit clausula de in rem verso, ut docemur hoc text. Et ex contrario si simpliciter de in rem verso actum sit, peculii nulla ratio habetur, sed ejus tantum, quod in rem versum est. Quid igitur est, quod Justinianus hic ait, unam esse actionem, qua de peculio, deque eo, quod in rem versum sit, agitur? Nimirum ostendere voluit, non tantum singulis actionibus separatim aut de peculio aut de in rem verso agi posse, sed etiam conjunctim, unaque actione, ut caput simul utrumque ita, ut proponit, in iudicium deducatur: eamque agendi formam esse commodissimam: propterea quod tunc utriusque rei ratio habeatur, & prius dominus damnetur in solidum ejus, quod in rem ipsius versum esse probatum fuerit, de quo non deducit, quod sibi debet: & si illud non sufficiat, tum porro damnetur, quatenus est in peculio, salvo beneficio deductionis. At seorsam altera intentata ad alteram ex eadem causa regressus non datur. Per *l. 9. §. 1. de trib. & §. seq. hoc tit.*

*Ante deducitur quicquid servus domino, &c. debet*] Quemadmodum quod dominus servo debet, peculium auget, *l. si servus. 17. in fin. de pecul.* ita ex contrario quod servus domino debet, peculium minuit, atque extra peculium reputatur, quasi dominus præveniret &

cum servo egerit. Idemque est, si quid servus debeat iis, qui in potestate domini sunt, quoniam hoc quoque domino debetur, *l. 5. §. ult. l. 9. §. 2. & 3. d. tit.* Unum excipitur, si servus ordinarius quid debeat vicario suo, quod ideo placet de peculio ordinarii non deduci, quia ut ipse vicarius, ita & peculium ejus in peculio ordinarii est, *d. l. si servus.* Ordinarius vicarii veluti dominus est, vicarius δὲ ἀλλοεικίτης. Gloss. Græc. Lat.

T E X T U S.

De concursu dictarum actionum.

*5. Cæterum dubium non est, quin is quoque, qui jussu domini contraxerit, cuique institoria vel exercitoria actio competit, de peculio deque eo, quod in rem domini versum est, agere possit. Sed erit stultissimus, si omissa actione, qua facillime solidum ex contractu consequi possit, se ad difficultatem perducatur probandi, in rem domini versum esse, vel habere servum peculium, & tantum habere, ut solidum sibi solvi possit. Is quoque, cui tributoria actio competit, aque de peculio, & de in rem verso agere potest. Sed sane huic modo tributoria expedit agere, modo de peculio & de in rem verso. Tributoria ideo expedit agere, quia in ea domini conditio præcipua non est. Id est, quod domino debetur, non deducitur, sed ejusdem juris est dominus, cujus & cæteri creditores: at in actione de peculio ante deducitur, quod domino debetur: & in id, quod reliquum est, creditori dominus condemnatur. Rursus de peculio ideo expedit agere, quod in hæc actione totius peculii ratio habetur: at in tributoria, ejus tantum, quo negotiatur. Et potest quisque tertia forte parte peculii, aut quarta, vel etiam minima negotiari: majorem autem partem in prædiis, aut scænebri pecunia habere. Prorsus ergo expedit, ita quisque vel hanc actionem, vel illam eligere debet. Certe qui potest probare, in rem domini versum esse, de in rem verso agere debet.*

N O T E.

*5. Domini conditio præcipua non est*] In tributorio iudicio non melior conditio domini, quam cæterorum creditorum, *l. 1. de tribus act.*

*Ante deducitur, quod domino debetur*] Nam in actione de peculio dominus habet privilegium deductionis, *d. l. 1. & §. 4. sup. eod.*

*In hac actione totius peculii*] In actione de peculio totius peculii: in tributoria ejus duntaxat partis, de qua negotiatum est, ratio ducitur, *l. 11. de trib. act.*

*Aut scænebri pecunia*] Ergo locum non habet institoria in scænebri pecunia. Pac.

*De in rem verso agere debet*] Id est, expedit ei potius  
Eecce 2

de in rem verso agere, quam tributoria, propter solidi condemnationem. Theoph.

## COMMENTARIUS.

**L**ocus hic planus est. Docet, ex uno eodemque negotio & contractu servi plures actiones concurrere & simul competere posse. Ut ecce, si servus peculium habens negotiationi alicui præpositus sit, & quid in utilitatem domini verterit, locus est & actioni infortioræ, & de peculio, & de in rem verso. Cujus rei hæc ratio est, quod hæ actiones non sunt actiones propriæ & per se constantes, sed tantum actionis ex contractu adjectiones. Exempli gratia, si quid infortior vendiderit, pecuniamque in rem domini converterit, una tantum revera actione dominus tenetur, videlicet ex empto; sed trifariam ex ea causa conveniri potest, ex empto infortioria, ex empto de peculio, ex empto de in rem verso. Concurrunt vero hæ actiones non cumulative, ut loquuntur, ut pluribus vel simul vel successive uti liceat, sed electivæ, ut liceat unam eligere experiundi gratia: una autem electa seu in iudicium deducta aliæ consumuntur, quoniam omnes ex uno eodemque negotio descendunt, l. 9. §. 1. de tribus. act. l. 4. §. ult. hoc tit. Plane de peculio deque eo, quod in rem versum est, simul agi potest, sed una iudicii formula caput utrumque complectente, ut superius dictum est.

*Sed erit stultissimus*] Quoniam unius harum actionum electione cæteræ perimuntur, atque inter has aliæ aliis sunt uberioræ aut commodiores, monet creditorem, ut in eligendo cautionem adhibeat, simul eum docens, quænam illæ sint, quibus plenius aut facilius suum consequi possit: quod lectione, non interpretatione indiget.

## TEXTUS.

## De filiisfamilias.

6. *Qua diximus de servo & de domino, eadem intelligimus & de filio & filia, & nepote & nepte, & patre avove, cujus in potestate sunt.*

## COMMENTARIUS.

**H**oc idem in principio hujus tit. monuit, promittens, si quid proprie in patre & filio observaretur, id separatim se indicaturum; cujus rei unum exemplum mox §. seq. adducit: nos plura ejusmodi notavimus ad d. pr.

## TEXTUS.

## De Senatusconf. Macedoniano.

7. *Illud proprie servatur in eorum persona, quod Senatusconsultum Macedonianum prohibuit mutuas pecunias dari eis, qui in potestate parentis sunt; & ei, qui crediderit, denegatur actio tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem, neptemve, (sive adhuc in potestate sint, sive morte parentis, vel emancipatione sua potestatis esse cæperint) quam adversus patrem avumve, sive eos habeas adhuc in potestate, sive emancipaverit.*

*Qua ideo Senatus prospexit, quia sæpe onerati are alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vita parentum insidiabantur.*

## COMMENTARIUS.

1. *Scopus Senatusconsulti. An hodieque ei sua via conferret. An ei filius renuntiare possit. An in foro anima se ejus auxilio tueri.*

**F**iliisfam. ex contractu suo & ipse obligatur, l. filiusfam. 39. de obl. & act. & patrem obligat de peculio, §. actiones. 10. sup. de actionibus. l. 3. §. filiusfam. & deinceps. de pecul. Una tantum causa excipitur, ex qua placet nec ipsum nec patrem ejus obligari, nempe si pecuniam mutuam acceperit: quod effectum est Senatusconsulto Macedoniano; cujus sententiam breviter hic complectitur Justinianus.

*Senatusconsultum Macedonianum prohibuit*] Hoc Senatusconsultum auctoritate Vespasiani factum refert Suetonius in ejus vita cap. 11. *Auctor*, inquit, *Senatus fuit Vespasianus decernendi, ne filiorumfam. fœneratoribus exigendi crediti jus unquam esset, hoc est, ne post patris quidem mortem.* Tacitus autem lib. 11. *annal.* id Claudio tribuere videtur, dum ait, eum coërcuisse fœvitiam creditorum, ne in mortem parentum pecunias filiusfam. fœnori darent.

*Mutuas pecunias dari*] Duo hic notanda. Primum eum solum contra Senatusconsultum facere, qui mutuum filiosfam. dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit; modo ne quid factum sit in fraudem Senatusconsulti, l. 3. §. ut autem. 3. de Senatusc. Mac. Deinde solam pecuniæ numeratæ dationem Senatusconsulto prohibitam: cæteras autem res omnes utiliter filiosfam. mutuo dari, nisi & in his fraus Senatusconsulto quærat, l. 7. §. mutui. 3. d. tit. Illud non refert, utrum pecunia sub usuris mutuo data sit, an sine usuris, d. l. 7. §. sive autem. 9. quamvis senatus præcipue prohibeat filiusfam. fœnerari, l. 1. d. tit. l. 3. C. eod. Plane ejus pecuniæ repetitionem non impedit Senatusconsulti auctoritas, quæ filiosfam. studiorum vel legationis causa alibi degenti ad necessarios sumptus suppeditatur, modo ne excedat eam quantitatem, quam pietas paterna non denegaret, d. l. 7. §. quod dicitur. 13. l. 5. C. eod. Et in universum cessat Senatusconsultum, si pecunia in rem patris versa, d. l. 7. §. proinde. 12. aut voluntate patris credita sit, d. l. 7. §. interdum. 11. l. 12. eod. l. 2. l. ult. C. eod.

*Qui in potestate parentis*] Sine discrimine sexus aut gradus, l. 9. §. 2. l. 14. eod. nec refert, frugi sit filiosfam. an non; magistratus, an privatus: nisi castrense aut quasi castrense peculium habeat; ad cujus quantitatem placet cessare Senatusconsultum; quia in eo vice patrisfam. fungitur, l. 1. §. ult. l. 2. eod. In filiosfam. sub armata militia militante in totum cessat, l. ult. §. ult. C. ad senat. Maced.

*Denegatur actio*] Nempe si contra Senatusconsultum factum esse appareat. Quod si de eo ambigatur, exceptio adversus actionem dabitur, l. 1. de Senatusc. Mac. junct. l. 9. de juref. quæ est illa à Jurisconsultis toties usurpata exceptio Senatusconsulti Macedoniani.

*Vel emancipatione sua potestatis esse cæperint*] Cum scilicet pecunias mutuati essent, quo tempore adhuc in pote-

potestate erant. Nam vetat Senatusconsultum pecuniam credi filiosfam. cæterisque liberis, qui in potestate sunt, hoc text. d. l. 1. l. 14. eod. non vetat credi jam emancipatis aut aliter sui juris vivo adhuc patre effectis, l. 3. §. ult. eod.

*Qua ideo Senatus profpexit*] Non sine gravi causa Senatus cavit, ne cui qui filiosfam. mutuum pecuniam dedisset, actio petitione daretur. Nam hoc modo dum creditores à datione pecuniarum deterrentur, præcidiuntur filiisfam. materia luxuriei & occasio contrahendi res alienum, quo cum opprimi cœperunt, verendum amplissimus ordo existimavit, ne ad præmaturum atque improbum successione & mortis paternæ votum impellantur, d. l. 1. & hoc text. Simile est apud Ciceronem in defensione Sexti Roscii. D. Tuldenus in comm. ad hunc tit. cap. ult. quærit, & de eo aliquando dubitatum scribit, an etiam hodie secundum mores harum regionum vis sua Senatusconsulto constet. Et putat constare, sed certis tantum casibus, quoties scilicet creditor sciens in luxum pecuniam dedit, aut ea lege, ut post mortem patris redderetur cum fœnore. Extra hos casus, qui perpetuum æquitatis rationem habeant, Senatusconsultum mansuetudini morum & humanitati nostrorum temporum non convenire. Illud etiam tractatum est, an filiosfam. se hujus Senatusconsulti auxilio tueri possit in foro conscientiz. Wamefius cons. civ. 2. cons. 99. Tuldenus ad tit. C. ad Senatusconsf. Mac. num. 4. respondet, in judicio animæ filiosfam. utentem exceptione Senatusconsulti tutum non esse, nisi creditor ipsi pecunias ad profusionem & luxum sciens subministraverit. Ad quem ferme modum & Covar. ad cap. quamvis. de reg. jur. in 6. p. 2. §. 3. n. 5. qui illud quoque ibidem quærit, an filiosfam. exceptioni Senatusconsulti renuntiare valeat. Et recte cum DD. comm. concludit, non posse. Quid si renuntiatione juramento corroborata sit? Putat idem Covar. eod. loc. tunc validam esse renuntiationem. Sed hoc vix est, ut ex ratione juris civilis defendi possit. Unus Zasius lib. 2. sing. resp. cap. 28. etiam injuratam renuntiationem valere censuit; non utique ut filius renun-

tiatione sua patri præjudicet, sed sibi. Quam sententiam judicio supremi Senatus Mechliniensis comprobata refert *Christin. vol. 3. decis. 35. num. 10.*

T E X T U S.

De actione directa in patrem vel dominum.

8. *Illud in summa admonendi sumus, id quod jussu patris dominive contractum fuerit, quodque in rem ejus versum erit, directo quoque posse à patre dominove condici, tanquam si principaliter cum ipso negotium gestum esset. Ei quoque, qui exercitoria vel institoria actione tenetur, directo posse condici placet, quia hujus quoque jussu contractum intelligitur.*

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

C U I quod jussu vel de in rem verso, item cui exercitoria vel institoria competit, is etiam directo patri & domino condicere potest, l. si institorum. 29. de reb. cred. l. si quis. 17. §. ult. de inst. act. l. ult. pro soc. Quod ego prudentum auctoritate introductum arbitror, qui postquam à prætore obliqua agendi ratio constituta esset, etiam directam admiserint, hoc colore, quasi cum ipso patre aut domino res gesta sit, hoc text. & ad. 11. Hodie obliquæ istæ actiones, seu potius actionum adjectiones, quod jussu, tributoria, de peculio, de in rem verso, usum non habent: quoniam neque servos ullos habemus, neque liberi nostri eo jure apud nos sunt; quo apud veteres fuerunt. Tenemur quidem ex contractibus institorum nostrorum aut alias præpositorum, sive liberi nostri sint sive extranei, sed soli & directo, sicut supra quoque monuimus: ut proinde nec exercitoria nec institoria in usu amplius sit; quamvis nomina adhuc frequententur: ut merito hunc Titulum magna parte contrarium moribus nostris notet *Christin. vol. 3. decis. 34. post Bernard. Autum. in collat. jur. Gallici cum Rom. C. hoc tit.*

T I T U L U S V I I I.

DE NOXALIBUS ACTIONIBUS.

Dig. Lib. 9. Tit. 4. C. Lib. 3. Tit. 41.

Continuatio.



Superiore titulo actum de judiciis, quæ in dominos dantur ex servorum contractibus: nunc agitur de iis, quibus domini tenentur propter eorum delicta. Nam servi non solum contrahendo dominos obligant; sed etiam delinquendo. Ex delictis privatis (publica enim huc non pertinent) duplex actio est: nam & extra ordinem criminaliter eo nomine agi potest, & civiliter, l. ult. de del. priv. l. ult. de furs. l. ult. de injur. Criminaliter ex delicto servi cum domino non agitur, sed in ipsum servum eumque solum accusatio & vindicta criminis dirigitur: nisi forte jubente domino deliquit; quo casu etiam dominus tenetur, sed ex delicto

proprio, ut quilibet alius, cujus mandatu flagitium aliquod perpetratum est, uti notatum sup. ad §. illud. 7. de mand. Civiliter vero seu pecuniariè eum solo domino agi potest: & siquidem jussit dominus servum delinquere, aut cum prohibere posset non prohibuit, in solidum obligatur, perinde ac si ipse deliquisset: si vero ignoravit, aut cum sciret, prohibuit, sed frustra, noxalis actio in eum datur; cujus hæc vis est, ut si damnatus fuerit, liceat ei deditione corporis, quod deliquit, evitare litis estimationem, l. 1. cum 3. seqq. hoc tit. De peculio ex delictis prodita non est, sicut nec ex contractibus noxalis, d. l. 1. l. ex parricid. 58. de reg. jur.

## TEXTUS.

## De servis. Summa.

*Ex maleficiis servorum, veluti si furtum fecerint, aut bona rapuerint, aut damnum dederint, aut injuriam commiserint, noxales actiones prodita sunt, quibus domino damnato permittitur, aut litis æstimationem sufferre, aut ipsum hominem noxa dedere.*

## COMMENTARIUS.

**E**X maleficiis] Nomine maleficii & quasi maleficium hic accipimus, quemadmodum supra contractus appellatione & quasi contractus continetur.

*Veluti si furtum fecerint]* Noxales actiones appellantur, quæ non ex contractu, sed ex noxa atque maleficio servorum adversus dominos instituuntur, l. 1. *hoc tit.* veluti si furtum fecerint, bona rapuerint, damnum dederint, injuriam intulerint, aut qua alia ratione deliquerint: nam exempli tantum causa quatuor istæ delictorum species nominantur. Plane delicta seu noxas accipere debemus privatas; nam ad eas noxas, quæ publicam executionem habent, hæc actio non pertinet, l. *quid sit.* 17. §. *noxas.* 18. *de adil. edit.* l. *hac stipulatio.* 200. *de verb. sign.* Hinc autem apparet, actiones noxales non esse proprias & per se consistentes actiones, sed actionum ex delicto adjectiones, sicut actio de peculio adjectio est actionis ex contractu.

*Aus litis æstimationem]* Sola litis æstimatio in obligatione est: nam noxæ delendi potestatem dominus à lege accipit, l. 6. §. 1. *de ro jud.* unde intelligimus, non esse necessarium ut in judicio noxali aut actor disjunctivè petat, aut judex disjunctivè sententiam pronuntiet; quamvis ita & pronuntiare usitatum, §. 1. *inf. de off. jud.* & peti consultum; ne, dum simpliciter litis æstimationem petimus, videamur arguere scientiam domini, & malè agere.

## TEXTUS.

## Quid sit noxa &amp; noxia.

I. *Noxa autem est ipsum corpus, quod nocuit, id est, servus: noxia ipsum maleficium, veluti furtum, rapina, damnum, injuria.*

## COMMENTARIUS.

**N**on omnino abs re est, ut plerique clamitant, quod hic tradit Justinianus, vocabulo noxa significari autorem maleficii servum. Nam etsi passim non minus noxa, quam noxia, pro ipso maleficio usurpatur; l. 1. l. 2. §. 1. l. *si quis.* 24. *de nox. act.* l. *quid sit.* 17. §. *noxas.* 18. *de adil. edit.* *cum simil.* negari tamen non potest, quin aliquando veteres noxæ appellatione etiam ipsum servum, qui deliquit, intelligant: veluti cum dicunt, dominum habere noxa dedenda facultatem, l. *itam veniunt.* 20. §. *item.* 5. *de har. per.* l. 6. §. 1. *de ro jud.* item noxam dedere. l. 1. *in fin. pr. de his qui desec.* §. 1. *inf. de off. jud.* Neque enim aliud est noxam dedere, quam dedere servum noxiosum. Servius ad illud Virgilii l. *Æneid.* *Unius ob noxam, &c.* *Quidam noxa, qua*

*nocuit, noxia, id quod nocitum accipiunt.* Plane cum dicunt noxæ dedere, noxa maleficium significat: est enim imperfecta illa locutio, & vetusta consuetudine subaudiendum, *nomine*, ut noxa sit genitivi casus: eadem forma dicimus, cavere damni infecti, satis legatorum desiderare, l. 3. §. 2. *ut in poss. leg. &c.* nisi noxam pro pœna accipimus, ut noxæ dedere idem valeat, quod, dedere pro pœnâ noxæ, nam & in noxam, & ad noxam, dedere, legimus, l. 1. §. *cum arietes.* 11. *si quadr. paup. fac. l. si in re.* 19. §. *ult. hoc tit.* & veteres glossæ Philoxeni noxæ deditum interpretantur *ἐκδοταις κλάσιν*, teste Salmaf. *lib. de mod. usur. pag.* 888.

## TEXTUS.

## Ratio harum actionum.

2. *Summa autem ratione permissum est, noxæ deditioe fungi. Namque erat iniquum, nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosam esse.*

## COMMENTARIUS.

**S**icut durum atque acerbum videtur, ei, qui damnum passus est, nulla ex parte satisfieri: ita & iniquum vitium, dominum ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxæ eum dedat, l. 2. *in pr. h. tit.*

## TEXTUS.

## Effectus noxæ deditiois.

3. *Dominus, noxali judicio servi sui nomine conventus, servum actori noxæ dedendo liberatur: nec minus in perpetuum ejus servi dominium à domino transfertur. Sin autem damnum ei, cui deditus est servus, resarcierit quasita pecunia, auxilio prætoris invito domino manumittetur.*

## NOTÆ.

3. *Invito domino manumittetur]* Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. De homine libero noxæ dedito idem tradit Papinianus *apud Rufin. tit. de atroc. injur.*

## COMMENTARIUS.

**D**ominus servum noxæ dedendo liberatur ab æstimatione litis, servique dediti dominium in perpetuum ab eo discedit; quamvis non statim pleno jure migret in eum, cui deditus est: nam noxæ deditio Quiritarium dominium non transfert, sed bonitarium tantum, hoc est, facit, ut deditus in bonis esse incipiat ejus, cui deditur, l. *electio.* 26. §. *ult. hoc tit. l. 2. in fin. si ex nox. ca. ag.* Sed hac distinctione non amplius utimur, l. *un. C. de mod. jur. Quir. toll.*

*Sin autem damnum]* Singularis modus adipiscendi libertatem invito domino. Servus invito domino libertatem consequi non potest, quantamcumque pecuniam offerat: in proposito tamen placuit, eum posse, servumque noxæ deditum, si quasita aliunde pecunia damnum sarcierit, auxilio prætoris, invito domino, cui deditus est, manumitti. Cujus ego rei hanc esse rationem puto, quod causa servitutis apud hunc dominum est damnum,

nam, quod ei datum est: quæ causa cum cesset oblata damni æstimatione, cessare etiam debet effectus.

TEXTUS.

De origine harum actionum.

4. *Sunt autem constituta noxales actiones aut legibus, aut edicto prætoris. Legibus, veluti furti ex lege 12. Tabularum, damni iniuria ex lege Aquilia. Edicto prætoris, veluti iniuriarum, & vi bonorum raptorum.*

COMMENTARIUS.

**H**ic locus confirmat, quod supra diximus, actiones noxales ab actionibus ex delicto non differre specie, sed tantum qualitate adjectitia, cujus is effectus est, ut servum noxæ dedere liceat.

*Veluti furti]* Intellige nec manifesti in duplum. Nam furti manifesti actio non legitima, sed honoraria est, *inf. de perp. & temp. act. circa fin. pr. Accursi Continui, Cujac.*

TEXTUS.

Qui conveniuntur noxali actione.

5. *Omnis autem noxalis actio caput sequitur. Nam si servus tuus noxam commiserit quamdiu in tua potestate sit, tecum actio est. Si autem in alterius potestatem pervenerit, cum illo incipit actio esse. At si manumissus fuerit, directo ipse tenetur, & extinguitur noxa deductio. Ex diverso quoque directa actio noxalis esse incipit. Nam si liber homo noxiam commiserit, & is servus tuus esse ceperit, (quod quibusdam casibus effici primo libro tradidimus) incipit tecum esse noxalis actio, qua ante directa fuisse.*

COMMENTARIUS.

1. *Cum servus ex contractu ne quidem post manumissionem conveniri queat, cur placeat, eum manumissum ex delicto directa actione teneri.*

**N**oxalis actio caput sequitur] *lisdem verbis hæc regula effertur in l. qui ex pluribus. 20. hoc tit. Pleurumque autem dicitur, Noxa caput sequitur. l. ult. eod. l. 1. C. eod. l. rem mibi. 21. in fin. commod. l. 1. §. si apud. 18. de pos. l. 1. in fin. de priv. del. l. quod dicitur. 18. de furt. l. 4. C. an serv. pro suo fact. Id est, noxa aut potius noxalis obligatio & actio cum capite nocentis ambulat, comitaturque auctorem noxæ servum, quocumque eat & ad quemcumque perveniat. Unde in venditionibus servorum hæc clausula adjici solita erat, eos noxii solutos esse. l. 1. §. 1. & pass. de adil. ed. hoc est, non esse in ea causa, ut dominus eorum nomine iudicio noxali conveniri possit.*

*Si manumissus fuerit]* Huic etiam casui accommodatur regula, *Noxa caput sequitur. l. 1. §. si apud. 18. de pos. l. 4. C. an serv. pro suo fact.* Cæterum quia manumissus ipse iudicio conveniri potest, cessat actio noxalis, & cum eo directo agitur, perinde ac si, quo tempore deliquit, liber fuisset, *l. quod ab alio. 15. de cond.*

*furt. d. l. 4. C. an serv. pro suo fact.* At enim cum servus ex contractu servitutis tempore inito ne quidem post manumissionem conveniri queat, *l. 1. l. 2. & 5. C. d. tit. excepto casu specialis l. 5. C. eod. cur placet, ex delicto tempore servitutis commisso manumissum directe conveniri? Non sane quia obligatio ex delicto, quæ ante naturalis erat, post manumissionem incipit esse civilis; ut putant D. Hotomann. & Tuning. nam & ex contractibus servi naturaliter obligantur, *l. 14. de obl. & act.* Sed quia delicta domino ignorante & nolente committuntur, atque in invitos & ignorantes, ut proinde hinc nata obligatio personæ ipsius servi plane inhæreat, servumque æque ac liberum pœnæ subiciat, quæ etiam ipsi servo irrogatur, cum de coercitione corporali quaeritur. Tantum obstat conditio servi, quominus pecuniario & civili iudicio cum eo agi possit; quod obstaculum manumissione removetur. Contractum vero dissimilis ratio est. Nam servus peculium habens voluntate domini contrahere intelligitur: quippe cui domini peculium concedendo etiam jus contrahendi tacite concedit, ut qui cum servo contrahit, non tam servi, cum quo scit nullam sibi actionem esse posse, quam domini personam spectare videatur.*

*Si liber homo]* Hoc exemplum superiori contrarium est: nam ut illic actio noxalis ex postfacto incipit esse directa; ita hic directa fit ex postfacto noxalis. Nimirum semper actiones ex delicto venientes cum capite ambulat, *l. 7. §. 1. de cap. min. l. 1. in fin. de priv. del.*

TEXTUS.

Si servus Domino noxiam commiserit, vel contra.

6. *Si servus domino noxiam commiserit, actio nulla nascitur. Namque inter dominum & eum, qui in potestate ejus est, nulla obligatio nasci potest. Ideoque si in alienam potestatem servus pervenerit, aut manumissus fuerit, neque cum ipso, neque cum eo, cujus nunc in potestate sit, agi potest, unde si alienus servus tibi noxiam commiserit, & is postea in potestate tua esse ceperit, interdicitur actio: quia in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit. Ideoque licet exierit de tua potestate, agere non potes: quemadmodum si dominus in servum suum aliquid commiserit, nec si manumissus aut alienatus fuerit servus, ullam actionem contra dominum habere potest.*

COMMENTARIUS.

**Q**uod dictum est, ex maleficiis servorum noxales actiones proditas esse, noxamque sequi caput nocentis, eumque manumissum quoque teneri, id ita se habet, si servus extraneo noxiam commiserit, secus autem si domino: nam hic jus potestatis facit, ut nulla ab initio nascatur actio, *l. 1. C. hoc tit. l. ult. C. an serv. pro suo fact.* ubi facite Diocletianus & Maximianus jubent, dominum servum domi convenire, id est, verberibus castigare.



*Et ideo si in alienam possessionem*] Confectarium ex præcedenti. Nam ex eo, quod ob noxam à servo in dominum commissam nulla actio nascitur, hoc necessario sequitur. Neque enim potest actio, quæ nata non est, servum auctorem noxæ sequi, aut post ejus alienationem vel manumissionem demum nasci, *d. l. ult. C. an serv. pro suo fact. d. l. 1. C. hoc tit. l. quod dicitur. 18. de furt.*

*Unde si alienus servus*] *L. si alienus. 37. hoc tit. d. l. ult. C. an serv. pro suo fact.* Regula de extinctione obligationis postquam in eum casum recidit, à quo incipere non potest, à me exposita est ad §. *ex contrario. 14. sup. de legat.*

*Interdicitur actio*] Legendum haud dubie *interdicit*, cum Russardo, Cujacio, & Hotomanno. Theophilus reddidit *ἀποβύτου*, id est, *extinguitur*: quo verbo in eadem re utitur Triphonin. *d. l. si alienus. 37. hoc tit.*

*Licet exierit de potestate*] Quoniam actio semel extincta non restauratur, *d. l. ult. & d. l. alienus. l. qui res. 98. §. aream. 8. de solut.*

*Si dominus in servum suum*] Hoc eandem rationem habet: quia scilicet nulla ex ipso facto nata fuit actio.

## T E X T U S.

## De filiisfam.

7. *Sed veteres quidem hoc in filiis familiarum masculis & feminis admiserunt: nova autem hominum conversatio hujusmodi asperitatem recte respiciendam esse existimavit, & ab usu communi hoc penitus recessit. Quis enim patitur, filium suum; & maxime filiam, in noxam alii dari, ut pene per filii corpus pater magis, quam filius periclitetur: cum in filiabus etiam pudici-*

*tia favor hoc bene excludat. Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas: quum apud veteres legum commentatores invenerimus sæpius dictum, ipsos filios familiarum pro suis delictis posse conveniri.*

## NOTÆ.

7. *In noxam alii dari, ut pene per filii corpus*] *Cujac. ex lib. vet. dare, ut pene per corpus pater magis, &c. quomodo & Th. legisse videtur.*

*Pro suis delictis conveniri*] Etiam pecuniarie, *dd. U. Quin in patrem etiam post condemnationem actio iudicati de peculio datur: l. 3. §. 11. de pecul.*

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

**A** pud veteres non minus filiorum filiarumque familias noxæ deditio, quam servorum permittebatur: nam patri non minor in liberos, quam domino in servos potestas erat. Sed postea illud displicuit, diu tamen ante tempora Justiniani, ut alibi probavimus, *l. 33. & seqq. hoc tit. l. 1. §. 7. de his qui effud. l. 5. §. pen. de obl. & act. Paul. 2. sent. 31. Papin. apud. leg. Mos. & Rom. pariarorem. tit. 2.* Rationes displicitæ varix hic afferuntur. Prima sumitur à miseratione liberorum, qui ita in servitutem alii tradebantur, cui adjungitur alia à favore pudicitix, tangens præcipue sexum foemineum. Tertia ducitur à miseratione patris: quo facit *l. 8. in fin. quod met. ca. Chrysostr. hom. 29. in Genes. c. 9. ἵνα πῶς πατέρως ἴδῃ τὸ πατρὸς αἵματι πατρὸς ἡμετέρων, &c.* Scitis sæpe patres optare penam pro liberis sustinere. Postrema ex eo, quod ipsi liberi ex delictis suis pecuniarie quoque conveniri possint: qui si condemnati fuerint, iudicatum facere tenentur. Quin etiam in patrem quoque post condemnationem actio iudicati de peculio datur, *l. 3. §. idem scribit. 11. de pecul. l. etsi. 35. de nox. act.* Actionum noxalium hodie nullus usus est, quoniam servos non habemus.

## TITULUS IX.

## SI QUADRUPES PAUPERIEM FECISSE DICATUR.

*Dig. lib. 9. tit. 1.*

## Nexus.

**I**N numero actionum noxalium est & actio de pauperie: nam quemadmodum superiores ob noxam servi, ita hæc ob noxam animalis in dominum datur, ut aut damnum faciat, aut corpus, quod nocuit, noxæ dedat.

## T E X T U S.

De actione, si quadrupes ex l. XII. Tab.

*Animalium nomine, qua ratione carent, si qua lascivia, aut pavore, aut feritate pauperiem fecerint, noxalis actio lege 12. Tab. pro-*

*dita est: qua animalia si noxæ dedantur, proficiunt reo ad liberationem: quia ita lex 12. Tabularum scripta est, ut pnta, si equus calcitrosus calce percusserit, aut bos, cornu petere solitus, cornu petierit. Hac autem actio in iis, qua contra naturam moventur, locum habet. Ceterum si genitalis sit feritas, cessat actio. Denique si ursus fugerit à domino, & sic nocuerit, non potest quondam dominus conveniri, quia desit dominus esse, ubi fera evasit. Pauperies autem est*

est *damnum sine injuria facientis datum*. Nec enim potest animal injuriam fecisse dici, quod sensu caret. Hac quidem ad noxalem pertinent actionem.

NOTA.

*Aut feritate*] Non naturali, sed qua contra naturam generis sui animal motum pauperiem dedit, l. 1. §. 7. *hoc tit. i. §. 1. in pr.* Arist. 7. *Eth.* 7.

*Ita lex 12. tab. scripta*] D. l. 1. in pr. Legis etiam Soloniæ de pauperie meminit Plutarch. in Solon. vide & Levit. 21. *vers.* 28. & seqq. Plat. 11. *de legib.*

*Contra naturam moventur*] Quod si culpa aut instigatu hominis fera damnum dederit, damni injuriæ agatur, d. l. 1. §. 4. & 3. *seqq.*

*Si genitalis sit feritas*] Id est, genuina & naturalis, d. l. 1. §. 10.

COMMENTARIUS.

**A** Nimalium nomine] In rubr. hic & in n. quadrupedum tantum mentio fit. Nimirum lex 12. tabb. nominatim de quadrupedibus scripta fuit, quæ ferè solæ nocere solent. Placuit tamen, utilem actionem dari, etsi non quadrupes, sed aliud animal pauperiem fecerit, l. 4. *hoc tit.* Porro quadrupedum quædam sunt pecudes, nimirum quæ gregatim pascuntur, quædam non pecudes, §. 1. & §. capite. 13. *sup. de leg. Aquil.* Rursus non pecudum, quædam sunt cicures, mansuetæ, domesticæ, ut, canes, feles, l. 2. §. 2. *ad leg. Aq.* quædam feræ bestię, in quibus genitalis est feritas, ut ursi, apri, leones, l. 1. §. in *bestiis.* 10. *hoc tit.* d. l. 2. §. 2. *ad leg. Aq.* Ad solas autem pecudes, aut utique ad quadrupes mansuetas tantum hæc actio pertinet. De feris tamen bestiis utilis datur, §. 1. *inf. eod.*

*Aut pavore*] Alias *fervere*. Theophil. *καὶ ἠερόμα.*  
*Aut feritate*] Non naturali, sed qua contra naturam generis sui mota damnum dederunt: nam motus in animali non nisi qui contra naturam est, huic actioni locum facit, ut mox sequitur.

*Noxalis actio*] Id est, ita de pauperie, ut, siquidem is, cum quo agitur, damni æstimationem præstare velit, animal retinere possit; si vero noxæ dedere malit, liberetur, l. 1. *eod.*

*Quia ita l. 12. tab. scripta*] Et ideo ita scripta; quoniam iniquum erat, ferociam horum animalium ultra corpora ipsorum dominis damnosam esse, *arg.* §. 2. *sit. præc.* Sanè ex causa etiam gravius coërceri dominus poterit, velut si sciens vitium animalis, id passus sit vagari sine custode.

*Qua contra naturam moventur*] Id est, contra naturalem mansuetudinem omnium ejus generis animalium, & quasi ex contracto quodam vitio, ut exemplum equi calcitrosi, & bovis cornu petere soliti ostendunt: alioqui culpa aut instigatu hominis damnum datum credendum est, & lege Aquilia vel in factum agendum, l. 1. §. itaque. 4. cum 3. §§. *seqq. hoc tit.*

*Si genitalis sit feritas*] Id est, nativa, Gell. *lib.* 4. *cap.* 1. *Ajunt, Trebatium ex edicto apposuisse, si ea mulier à principio genitali in sterilitate esset.* Et igitur actio de pauperie ob damnum à feris bestiis illatum non conceditur, l. 1. §. in *bestiis.* 10. *h. t.*

*Denique si ursus fugerit*] Si fera nocuit, postquam fugisset, ideo de pauperie non competit, quia nullius erat, cum damnum daret: Idem est, si fugerit, postquam nocuisset; quia inftar servi manumissi est, nec dedit, quæ evasit, fera potest. Sed & si adhuc in potestate sit, tamen de pauperie in dominum non datur; quia cessat hæc actio, ubi genitali feritate animal nocuit, l. 1. §. in *bestiis.* 10. *hoc tit.* Cæterum postremo hoc casu, & si non directa, utilis tamen de pauperie competit, §. 1. *inf. eod.*

*Quod sensu caret*] Id est, non sentit aut intelligit se delinquere, quod rationis usu caret. Nam sensum utique & animam sentientem etiam animalia bruta habent. Sed & injuriam facere dici possunt, eo scilicet sensu, quo & jure uti dicuntur, *sup. de jur. nat. gent. & civ.* Unde si arietes commiserunt, & alter alterum occidit, inter provocantem ceu injuriam inferentem, & provocatum ceu injuriam illatam repellentem, distinguitur, l. 1. §. cum *aristes.* 11. *hoc tit. vid. Grot.* 1. *de jur. bell.* c. 2. n. 3.

TEXTUS.

De actione ædilitia, concurrente cum actione de pauperie.

I. Cæterum sciendum est, ædilitio edicto prohiberi nos canem, verrem, aprum, ursum, leonem ibi habere, qua vulgo iter fit: & si adversus ea factum erit, & nocitum libero homini esse dicatur, quod bonum & æquum judici videtur, tanti dominus condemnatur: Cæterarum vero rerum, quanti damnum datum sit, dupli. Præter has autem ædilitias actiones, & de pauperie locum habebit. Nunquam enim actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, aliam consumet.

NOTA.

1. *Ursum, leonem*] Aliave id genus animalia, quæ nocent, l. 41. *d. tit.*

*Et de pauperie*] Utilis sc. ut supra diximus. Utilis item datur, cum non quadrupes, sed aliud animal damnum dedit, l. *pen. h. t.*

COMMENTARIUS.

1. *An nomine damni à casu dati directa de pauperie competat: & quadam usu nunc recepta.*

**E** DICTO ædilitio vetitum est, ibi canem, verrem, aprum, lupum, aliudve id genus animal, quod nocere solet, habere, qua vulgo iter fit, l. *hi enim.* 40. §. 1. cum 2. *ll. seqq. de edil. edict.* ubi verba edicti referuntur.

*Nocitum libero homini*] Ob vulnus ab animali nocere solito in via publica homini libero inflictum actio edicto in bonum & æquum conceditur, l. *qua vulgo.* 41. *d. tit.* scilicet ut non deformitatis ratio habeatur, cum liberum corpus æstimationem non recipiat: sed impensarum in curationem factarum, & operarum amissarum, quasque amissurus quis esset inutilis factus, l. 3. *hoc tit.*

Fffff

Quod

Quod si liber homo ex ea re perit, ducentorum solidorum iudicium datur, *d. l. qua vulgo.*

*Caterarum rerum, quanti damnum datum, dupli]* Ob damnum à fera bestia aut vitioso animali aliter, quam homine libero vulnerando in via publica datum, in duplum actio datur, *d. l. qua vulgo.*

*Et de pauperie competit]* Utilis scilicet. Nam ut ante dictum est, directa non competit de damno dato à fera bestia: sed nec utilis tunc aliter locum habet, quam si fera, quæ nocuit, adhuc in potestate sit. An nomine damni in cane dati directa de pauperie competat, dubitatum est, propterea quod Solon in lege, quam de animalium brutorum pauperie tulit, nominatim canis mentionem facit, auctore Plutarcho; & similiter Plato *lib. 11. de legib.* Verisimile autem est, decemviros à legibus Atheniensium suam sumpsisse. Quod ego in medio relinquo: quoniam effectû juris nihil interest, utilem an directam competere dicamus, ut in specie *l. 2. §. 1. hoc tit.* Si pecus secundum naturam suam agendo damnum dederit, puta agrum alienum depastum sit, non agitur de pauperie, sed propria actione de pastu pecoris,

quæ & ipsa noxalis est; & simul cum de pauperie prodita lege 12. tabb. *Paul. 1. sent. 15. l. qui servandarum. 14. §. ult. de præscr. verb.* Hodie noxæ deditio non usurpatur, sed damnum datum æstimatur arbitrio iudicis. *Wesemb. par. h. t. n. 6. Bussius in l. 1. §. plane. 11. ff. hoc tit.* Grotius tamen *lib. 3. introd. c. 38.* simpliciter jus Romanum refert, quasi noxæ deditio etiamnum posita sit in arbitrio domini: quod & Groenew. *de ll. abrog. hic.* affirmat. Invaluit quoque, contra jus civile Rom. *l. Quintus. 39. §. 1. ad l. Ag.* ut pecus in alieno agro deprehensum includere liceat, quoad domino pascorum satisfiat. *Wesemb. d. loc. Baro. Tuning. hic. Grot. d. loc.*

*Nunquam actiones, præsertim pœnales]* Hoc idem traditur in *l. pen. de obl. & act. l. nunquam. 130. de reg. jur. l. 2. de priv. delict.* De concursu plurium actionum longa & perplexa, neque hujus loci disputatio est: adcantur *Pet. Fab. ad l. nemo. 43. §. 1. & d. l. nunquam. de reg. jur. Don. lib. 21. comm. 3. Hothov. illust. quest. 29. Tim. Fab. disp. anniv. 28. Bachov. hic.* qui istam materiam ex professo & plenè tractaverunt.

## TITULUS X. DE IIS PER QUOS AGERE POSSUMUS.

*Ratio ordinis.*



Precedentes tituli nos docuerunt, quibus actionibus quis alieno nomine conveniri possit. Non incommodè nunc subjicitur de personis, per quas agere cuique, litemque intendere aut excipere liceat.

### TEXTUS.

Per quos agere liceat.

*Nunc admonendi sumus, agere posse quemlibet hominem aut suo nomine, aut alieno. Alieno, veluti procuratorio, tutorio, curatorio, cum olim in usu fuisset, alterius nomine agi non posse, nisi pro populo, pro libertate, pro tutela. Præterea lege Hostilia permissum erat, furti agere eorum nomine, qui apud hostes essent, aut reipublica causa abessent, quive in eorum cujus tutela essent. Sed quia hoc non minimam incommoditatem habebat, quod alieno nomine neque agere, neque excipere actionem licebat, cœperunt homines per procuratores litigare. Nam & morbus & ætas & necessaria peregrinatio, itemque alia multa cause sæpe hominibus impedimento sunt, quominus rem suam ipsi exequi possint.*

### NOTÆ.

*Pro populo]* Pro populo agebat actor, syndicus, *ov. n. 29. 30.*, quoniam universi agere non possunt.

*Pro libertate]* Quia servo jus non erat lege agendi:

quam ob causam assertor constituebatur. *Livius lib. 3. Assertor est vindex alienæ libertatis. Don. in And. act. 2. scen. 1.*

*Pro tutela]* Id est, nomine tutorio pro pupillo; quippe qui propter ætatem ipse in iudicio consistere non potest.

### COMMENTARIUS.

*Alterius nomine agere non posse]* Antiquitus alieno nomine agere non licebat. Nam actiones omnes legitimæ erant, id est, certis ac solemnibus formulis constabant, *l. 2. §. deinde. 6. de orig. jur.* quas proinde suo quemque nomine & præsentem proponere oportebat. Cujus rei arg. est caput illud in duodecim tabulis, cujus meminit *Gell. lib. 20. cap. 1. Si morbus avisæve vitium escit, qui in jus vocabis, jumentum dato, si volet, arceramve sternito.* Sed postquam actus contentiosæ jurisdictionis qualitatem illam, ex qua olim legis actiones æstimabantur, amiserunt, cœperuntque per procuratores exerceri, soli actus jurisdictionis voluntariæ, quales sunt adoptio, emancipatio, manumissio, nomen vetus legis actionum & naturam retinuerunt, ut alieno nomine expediri nequeant: eoque refero *l. nemo. 123. de reg. jur. add. quæ scripsimus ad §. sed & §. 8. sup. quib. mod. jus pat. pot. solv.*

*Nisi pro populo, pro libertate, pro tutela]* Hæ causæ necessario exceptæ: quoniam nec universi agere possunt, nec servo jus erat lege agendi; quam ob causam assertor constituebatur, *tot. tit. C. de assert. toll. Pupillus* autem propter ætatem in iudicio consistere non poterat.

*Pro tutela]* Id est, pro pupillo nomine tutorio. Quod ideo moneo, ne quis hunc locum cum Theophilo interpretetur

pretetur de duobus inter se de tutela contendentibus, uter ipsorum tutor esse debeat: quod est ineptissimum.

*Lege Hostilia*] Pacius in notis marginalibus ait, hanc legem tulisse A. Hostilium consullem cum A. Attilio anno ab urbe condita 580. quo auctore, nescio.

*Non minimam incommoditatem*] Usus procuratorum perquam necessarius est, ut, qui rebus suis superesse vel nolunt, vel non possunt, vel non satis commodè possunt aut honestè, per alios possint vel agere vel actionem expicere, l. 1. §. 2. de procur.

*Nam & morbus & atus, &c.*] Hujusmodi impedimenta usum procuratorum initio introduxerunt, l. 1. §. 2. de procur. quo tamen semel recepto etiam extra causam necessitatis aut impedimenti per procuratores lis inferri vel suscipi coepit.

## TEXTUS.

Quibus modis procurator constituatur.

I. Procurator neque certis verbis, neque presente semper adversario, imo & plerumque eo ignorante, constituitur. Cuicumque enim permiseris rem tuam agere, aut defendere, istius procurator intelligitur.

## NOTÆ.

1. Procurator] Procurator dicitur, quisquis aliena negotia mandatu domini administrat, d. l. 1. pr. & §. 1. sed ad propositam materiam pertinent soli procuratores forenses.

*Neque certis verbis*] d. l. 1. §. 1. id est, non verbis solemnibus, aut conceptis, sed nudis. Paul. 1. sens. 3.

*Cuicumque permiseris*] Dummodo procurator esse non prohibeatur, §. ult. inf. de except. Pac.

*Istius procurator intelligitur*] Specialiter tamen procurator à reo datus, defensor dicitur; quem actor constituit, procurator, tit. de proc. & defens. qui sine mandato causam alterius defendit, idiomatus defensor dicitur, l. 28. l. 40. §. 2. l. 51. &c. d. tit.

## COMMENTARIUS.

1. Quale sit officium, & qua potestas procuratoris, maxime hodie.

**P**rocurator in usu juris dicitur, qui aliena negotia mandatu domini administrat. Nec is tantum, qui administrat forensia & judicialia, sed etiam, qui alia quævis extra iudicium, l. 1. in pr. & §. 1. de proc. vid. sup. titul. de mandat. sed de hoc genere nunc non quaeritur. Soli illi ad propositam tractationem pertinent, qui quod alienam litem procurant, procuratores ad lites vulgo appellantur.

*Neque certis verbis neque presente adversario*] d. l. 1. §. 1. Hic autem locus indicio est, olim certam fuisse formulam verbis quibusdam solemnibus conceptam, qua procuratores presentibus adversariis constituerentur.

*Rem tuam agere aut defendere*] Specialiter tamen procurator à reo datus defensor dicitur; quem vero actor

constituit, procurator, nomine generis ad speciem oppositam contracto, rubr. de procur. & def. Specialissimi autem defensor eum denotat, qui sine mandato absentis defensionem suscipit. §. si vero. 5. tit. seq.

Jure Romano procuratoris officium privatum fuit: quod & nemo subibat invito, l. invitus. 17. C. de proc. & quivis mandatu domini exercere poterat, l. 1. eod. utique si non expressè procurator esse prohiberetur, §. ult. inf. de exc. At moribus hodiernis procuratorum munus publicum est, cum in unoquoque foro certæ personæ designentur juramentoque adigantur, quæ solæ id munus obeant, singulorumque negotia exemplo advocatorum suscipere cogantur. Quod tuendæ forensis dignitatis causa institutum est, ne scilicet rerum forensium omnino imperiti negotia privatorum apud magistratum defendant, arg. l. 1. de postul. Bart. hic. comm. part. ult. & sup. de mand. Gail. 1. obs. 43. Merul. lib. 4. dist. 3. tit. 13. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. cap. 4. Christin. vol. 2. decis. 107. Zypa. not. jur. Belg. de procur. qui eodem loco etiam accuratè docet, quibus rebus advocati & procuratoris munia discrepent. Quæ sit potestas cujusque procuratoris, ex forma mandati simulque ex mente domini æstimandum est. Aliquando enim plus videri potest mandatum, quam expressum: ut ecce, ei, cui mandatum est, in rem agere, censetur quoque, si res mobilis est, mandatum, ut agat ad exhibendum, l. ad rem. 56. de procur. Nam in universum cui aliquod negotium mandatum est, cuncta simul concessa videntur, sine quibus illud negotium explicari non potest, l. 2. & ibi DD. de jurisdict. Item procurator ad agendum datus, poterit quoque dominum in mutua petitione, quæ fortè à reo adversus eum fiet, defendere; quoniam quicumque nomine alieno agit, hoc ipsum etiam cavere debet, l. servum. 33. §. ait prator. de procur. Ludovic. Rom. singul. 115. Ex contrario quamvis generale sit mandatum, tamen eo non intelliguntur contineri, quæ verisimile est non facillè quempiam mandatarum fuisse, cujusmodi sunt causa famæ, transactio, delatio jurisjurandi, & similia, quæ idcirco dicuntur speciale exigere mandatum, l. non solum. 39. §. ult. l. mandator. 60. eod. tit. cap. qui ad agendum. 2. eod. in 6. & ibi Glossa. Wesemb. par. de procur. n. 7. & 11. Merul. lib. 4. dist. 3. tit. 13. cap. 3. & 4. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. cap. 4.

## TEXTUS.

Quibus modis tutores vel curatores constituuntur.

2. Tutores & curatores quemadmodum constituantur, primo libro expositum est.

## COMMENTARIUS.

**T**utores & curatores aliis modis, quam procuratores, constituuntur, nimirum aut testamento à parentibus, aut lege, aut à magistratibus, quibus id specialiter permittitur, ut suis locis expositum est, lib. 1. tit. 13. & seqq.

TITULUS XI.  
DE SATISDATIONIBUS.

Dig. Lib. 2. Tit. 8. C. Lib. 2. Tit. 57.

Continuatio. Cautio quatuorplex.

**Q**uoniam alieno nomine sine satisfactione agi non potest, multoque minus actio alieno nomine suscipi, non intempestive tractatio de satisfactionibus superiori subicitur. Videamus igitur, quid sit satisfactio. Cautio alia dicitur nuda, quæ est promissio securitatis sine pignore aut fidejussore: cui si jusjurandum accedat, dicitur juratoria, §. 2. *inf. eod.* alia idonea, quæ satisfactio vocatur: & fit vel pignoribus datis, vel fidejussoribus, l. *promissor.* 21. §. 2. *de const. pac.* frequentissime tamen ea, quæ fit datis fidejussoribus, in specie satisfactio appellatur, l. 1. *qui satisfd.* l. 3. *C. de verb. sign.* & quoties lex aut prætor satisfactionem desiderant, regulariter fidejussoribus datis cavendum est, l. 7. *de stip. præ.* quamquam nonnunquam & pignora admittuntur, l. 1. §. *juber.* 9. *de collat.* l. 2. §. 3. *quod legat.* Finis satisfactio & cautionum, de quibus hoc tit. agitur, hic est, ut judicium, eaque, quæ in judicio usque ad sententiam aguntur, tanto magis rata sint, effectumque suum consequantur.

T E X T U S.

De judicio personali.

*Satisfactionum modus aliis antiquitati placuit, alium novitas per usum amplexa est. Olim enim si in rem agebatur, satisfdare possessor compellebatur, ut, si victus esset, nec rem ipsam restitueret, nec litis æstimationem, potestas esset petitori aut cum eo agendi, aut cum fidejussoribus ejus. Qua satisfactio appellatur judicatum solvi. Unde autem sic appelletur, facile est intelligere. Namque stipulabatur quis, ut solveretur sibi, quod fuisset judicatum. Multo magis is, qui in rem actione conveniebatur, satisfdare cogebatur, si alieno nomine judicium accipiebat. Ipse autem qui in rem agebat, si suo nomine petebat, satisfdare non cogebatur. Procurator vero si in rem agebat, satisfdare jubebatur, rem ratam dominum habiturum. Periculum enim erat, ne iterum dominus de eadem experiretur. Tutores vero & curatores eodem modo, quo procuratores, satisfdare debere, verba edicti faciebant. Sed aliquando his agentibus satisfactio remittebatur. Hac ita erant, si in rem agebatur.*

N O T A.

*Satisfactionum]* Satisfdare proprie est fidejussoribus datis cavere, l. 1. *qui satisfd. cog.* l. 3. *C. de verb. sign.* l. 7. *de præ. stip.*

*Si alieno nomine judicium accipiebat]* Quoniam nemmo alienæ litis defensor idoneus sine satisfactione, l. 46. §. 2. l. 53. *de procur.* Cæterum & de rato cavere debebat, l. 40. §. 2. *d. r.*

*Satisfdare jubebatur, rem ratam, &c.]* Nempe ubi de mandato domini non satis liquide docere poterat, arg. l. 3. §. 2. *ut in poss. leg. l. 1. C. de proc.* neque enim, qui mandatum domini ostendit, supervacua cautione onerari debet, d. l. 1. *C. de procur.*

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

1. Procuratorem, de cujus mandato constat, non cavere de rato.
2. Sed neque tutorem, quem talem esse constat.

**A**ntiquitati placuit] Antiqui hujus juris vestigia non pauca nobis in  $\pi$ . reliquerunt Compositores, uti ex iis, quæ sequuntur, apparebit. Proponitur autem hoc jus sub triplici distinctione, actionis in rem & in personam, rei & actoris, personarum principalium & pro his judicio intervenientium.

*Satisfdare possessor compellebatur]* Olim in actione in rem possessor satisfdare judicatum solvi cogebatur, l. 8. *& alib. jud. solv. l. si cum. 33. de fidei.* Patet etiam ex l. 1. *C. uti poss.* si possessor non cavisset, possessionem in adversarium translatam fuisse; nimirum quia periculum erat, ne rem faceret deteriorem: qua de causa res mobilis nonnunquam sequestrari & apud officium deponi solebat, l. 7. *in fin. qui satisfd. cog.*

*Nec rem ipsam, nec litis æstimationem]* Hic locus confirmat, quod *sup. de act. §. præterea. 31.* asseruimus, etiam civilem actionem in rem arbitrariam fuisse, id est, in ea quoque hoc observari solitum, ut primo possessor juberetur rem restituere, post deinde si non restitueret, condemnaretur in litis æstimationem.

*Cum eo, aut cum fidejussoribus]* Itaque contra quam Hotomannus existimat, reo condemnato, nec solvente, non tantum in fidejussores, fed etiam in ipsum reum agi ex hac stipulatione potuit; licet hic propria quoque actione, judicati videlicet, teneretur.

*Judicatum solvi]* Hæc stipulatio, auctore Ulpiano l. 6. *jud. solv.* tres clausulas in unum collatas habet, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo. Atque ex omnibus his causis committitur, l. 3. §. *si reus.* & l. 5. §. 2. l. *cum quarebatur.* 13. l. *ex clausula.* 17. *ood.* Prima autem clausula omnium potissima est: & ideo inde nomen accepit.

*Multo magis si alieno nomine]* Olim qui in rem judicium

cium alieno nomine suscipiebat, multo magis, quam reus satisfidare cogebatur: quoniam nemo alienæ litis defensor idoneus est sine satisfidatione, *l. qui proprio. 46. §. 2. l. non videtur. 53. de procur.* Sed & præter solitam satisfidationem judicatum solvi etiam de rato cavere debebat, *l. Pomponius. 40. §. 2. d. tit.*

*Ipse autem qui in rem*] Olim qui in rem suo nomine agebat, satisfidare non cogebatur. Quippe in cujus persona satisfidatio judicatum solvi locum non habebat, cum actor non damnetur: neque ferendum erat, ne is, qui ultro litem intendit, moras neceretur, litemve non persequeretur.

*Procurator vero si in rem*] Ait, procuratorem actoris satisfidare solitum fuisse rem ratam dominum habiturum. Falsa propositio, si de vero procuratore, seu eo, qui speciale mandatum domini profert, accipiat, *l. 1. C. de procur. l. 3. §. 2. ut in poss. leg. fac. l. si procurator. 65. de procur. l. un. in pr. C. de satisfid.* Nam stultum esset cautionem de rato exigere ab eo, qui mandatum domini ostendit; nec minus iniquum, ubi nullum periculum est, ne dominus iterum agat, procuratorem superflua cautione onerari. At, inquis, qui mandatum non habet ad agendum, pro alio non admittitur, quamvis de rato cautionem offerat, nisi admodum raro, *d. l. Pomponius. §. ult. de proc.* Quomodo igitur defendimus enuntiationem Justiniani? Nimirum inter eos, quos procuratores esse aut non esse constat, sunt intermedii, qui se procuratores esse dicunt, & de mandato domini aliquam saltem fidem faciunt, quamvis de eo satis liquide docere non possint; ac de his solis dicimus textum hunc intelligendum esse, *arg. l. 3. §. 2. ut in poss. leg. l. 1. C. de proc.* quibus locis perspicue distinguitur inter eum, cui mandatum esse constat, & de quo dubitatur, ut ille ad agendum alieno nomine admittatur etiam sine cautione, hic non aliter, quam si de rato caveat. Eadem quoque conditione admittuntur & sine mandato personæ conjunctæ, *d. l. Pomponius. §. ult. de proc.* item procurator univerforum negotiorum, *l. 5. §. qui procuratorio. 18. de nov. op. nunc.*

*Tutores & curatores eodem modo*] Ait tutorum & curatorum eandem in satisfidando conditionem fuisse, quæ procuratorum fuit: sed aliquando his agentibus satisfidationem remissam. Hæc quoque sententia falsa est. Nam non magis tutores, quos tales esse constat, de rato cavent, quam procurator, quem talem esse certum est, *l. vulgo. 23. de adm. tut.* ejusque rei perspicua ratio est, quam etiam Jurisconsultus *d. loc.* assertit, quia non minus tutor, quam procurator, rem in judicium deducit, ut metuendum non sit, ne pupillus iterum experiarur. Tunc solum cautio præstanda, cum dubitatur, an quis tutor sit, velan adhuc duret tutela, *d. l. vulgo.* Quod & in procuratore, cum de mandato dubitatur, obtinere paulo ante diximus. Itaque convertamus potius propositionem cum Ulpiano in *d. l. vulgo.* dicamusque, tutores & curatores de rato non cavere. Adjecta hac declaratione ex eodem Ulpiano, ut, si dubitetur, an quis tutor aut curator sit, tum cautio jure exigatur.

*Verba edicti*] Videtur intelligere caput edicti, quod recitat Ulpianus *l. servum. 33. §. ait prator. de procur.* ubi qui alieno nomine actionem postulat, jubetur cavere, se eum, cujus nomine agere instituit, defenditurum, si quid vice mutua ab eo reus petat, & simul eum, ad

quem ea res pertinet, ratam rem habiturum. Sed ut pars illa edicti non pertinet ad procuratorem speciale mandatum habentem, quippe quem constat de rato non cavere, ita nec ad tutorem pertinet, qui idem jus habet: ac tamen altera illa cautio de defendendo eo, cujus nomine agitur, etiam à procuratore speciale mandatum habente præstanda sit: tamen tutores & curatores ne illa quidem satisfidatione onerari placuit, *l. ult. §. 3. C. de adm. tut.* Sed de eo hic non queritur.

T E X T U S.

De judicio personali.

1. *Si vero in personam, ab actoris quidem parte eadem obtinebant, qua diximus in actione, qua in rem agitur: ab ejus vero parte, cum quo agitur, siquidem alieno nomine aliquis interveniret, omnimodo satisfidaret, quia nemo defensor in aliena re sine satisfidatione idoneus esse creditur. Quod si proprio nomine aliquis judicium accipiebat in personam, judicatum solvi satisfidare non cogebatur.*

N O T E.

1. *Si quidem alieno omnimodo satisfidaret*] Judicatum scilicet solvi, *l. 5. §. ult. quib. ex caus. in poss. Omnimodo, id est, etiam si mandatum habeat, l. 21. rat. rem hab. l. 1. in fin. C. de satisfid.*

*Nemo defensor idoneus*] Regula passim tradita. Defensor idoneus, id est, *κενος, ἀξιωματικός, locuples, ἀξιόχρητος.*

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

**A**B actoris parte eadem obtinebant] Itaque qui in personam agebat, siquidem suo nomine, non satisfidabat, sed alieno, satisfidabat, rem ratam haberi, *l. servum. 33. in fin. de procur.* nisi de mandato constaret: nam ubi mandatum apparet, non est necessaria satisfidatio de rato, ut supra probavimus.

*Ab ejus parte, cum quo agitur*] Jure antiquo qui in actione personali defensionem alterius suscipiebat, satisfidare cogebatur judicatum solvi, *l. 5. §. ult. quib. ex ca. in poss.* & uti est in textu, omnimodo, id est, si mandatum non haberet, sive haberet: quod etiam expressum in *l. 1. in fin. C. de satisfid. l. ne satisfidatio. 21. rat. rem hab.* & satis intelligitur ex generali regula passim tradita, quod nemo alienæ rei defensor idoneus est sine satisfidatione. Rationem hanc esse arbitror, quod susceptio judicii species quædam est delegationis, *l. 11. §. 1. de nov.* facitque, ut subtilitate juris reus liberatus videatur. Ut proinde merito qui in locum rei succedit, & dominus litis efficitur, hac cautione oneretur, etiam si mandatum habeat, ne invito actori alius reus objiciatur. Et inde est, quod stricta ratione juris in procuratorem sententia fertur, & actio judicati datur: quamvis ex æquitate prætor actionem in eum denegat, & in rem, cujus revera negotium gestum est, concedit, *l. 4. de re jud.*

*Quod si proprio nomine*] Qui suo nomine actionem in personam suscipiebat, judicatum solvi satisfidare non tenebatur. In actione in rem contra erat. Differentiæ

Fffff 3 ratio

ratio hæc redditur, quod in actione in personam reus non æque condemnationem evitare potest, quam in actione in rem, quippe mora obligationem perpetuat; at eandem vim adversus possessorem non habet; quem placet absolvi etiam post litem contestatam possidere rem deserit, modo dolo & culpa careat, l. *sin autem*. 27. §. 1. *de rei vind.* de quo plura scripti ad §. *sic itaque*. 14. in *fin. sup. de act.*

## T E X T U S.

## Jus novum. De Reo.

2. *Sed hodie hac aliter observantur. Sive enim quis in rem actione convenitur, sive personalis suo nomine, nullam satisfactionem pro litis æstimatione dare compellitur: sed pro sua tantum persona, quod in judicio permaneat usque ad terminum litis. Vel committitur sua promissioni cum jurejurando, quam juratoriam cautionem vocant; vel nudam promissionem, vel satisfactionem pro qualitate persone suæ dare compellitur.*

## N O T A.

2. *Pro litis æstimatione*] *Εἴρηξ & Ἀγνύσιος & Δίκης*, id est, judicatum solvi satisfidare non cogitur: quæ satisfidatio ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

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

**H**odie qui suo nomine quacumque actione convenitur, satisfidare de litis æstimatione non cogitur. De litis æstimatione dixit pro judicatum solvi, quæ olim ab eo, qui in rem judicium accipiebat, exigebatur.

*Sed pro sua tantum persona*] Cujusvis judicii reus principalis de exitu litis expectando vel satisfidare, vel jurare, vel repromittere tenetur. Juratorix cautioni committuntur pauperiores, ut jurent scilicet se facturos, quod alias, fidejussoribus datis, promittere debuissent; simul & hoc, se idoneos fidejussores reperire non potuisse, *auth. generaliter. C. de Episc. & Cler.* Personæ quoque illustres non satisfidant, sed jurant, l. *quoties*. 17. *C. de dign. lib. 12.* A reliquis exigitur satisfidatio, exceptis his, qui immobilia possident, l. *sciendum*. 15. *qui satisfid. cog.* quos nec jurare teneri arbitror; alioqui quis locus esset nudæ repromissioni, quæ hoc loco & in *rubr. qui satisfid.* opponitur cautioni juratorix? Et igitur stabitur nudæ possessoris immobilium promissioni. Interpretes in l. 1. *C. d. l. sciendum. d. tit.* ferre censent, possessorem teneri ea bona simul hypothecæ obligare. Quod mihi à mente Jurisconsulti in *d. l. sciendum*. valde alienum esse videtur. Quin cautio pignoratitia non minus idonea, imo aliquando utilior est, quam fidejussoria.

*Usque ad terminum litis*] Hæc igitur cautio plus continet, quam vetus illa judicio sisti. Nam illi satisfit, si reus judicio exhibeatur, neque necesse est litis exitum expectare. Huic vero non satisfit, nisi terminus litis expectetur. Alia cautio est, quæ novissimo jure in executores litis exponitur de contestanda lite intra duos menses, *auth. libellum. C. de lit. cont.*

## T E X T U S.

## De procuratore actoris.

3. *Si autem per procuratorem lis vel inferatur, vel suscipitur; in actoris quidem persona, si non mandatum actis insinuatum est, vel præsens dominus litis in judicio procuratoris sui personam confirmaverit, ratam rem dominum habiturum, satisfactionem procurator dare compellitur. Eodem observando & si tutor vel curator, vel alia tales persona, qua alienarum rerum gubernationem receperunt, litem quibusdam per alium inferunt.*

## N O T A.

3. *Vel alia tales persona*] Intellige syndicos vel actores municipiorum aut corporum.

*Litem per alium inferant*] Puta vel per procuratorem, l. 11. *C. eod.* vel per actorem quem ipse tutor aut curator ex sua persona constituere possunt, *leg. un. C. de act. à tut. seu cur. dand.* ipsi vero per se agentes non satisfidant, l. 23. *de adm. tut.*

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

**I**n actoris persona] Qui ad agendum alieno nomine admitti postulat, siquidem mandatum probet, vel præsentis domini habeat auctoritatem, satisfidare non cogitur rem ratam dominum habiturum, l. 1. *C. de satisfid. l. si procuratorem*. 65. *de proc. l. 1. C. eod. l. 3. §. 2. ut in poss. leg. l. ne satisfidatio*. 21. *rat. rem hab.* sin minus, sine satisfidatione non admittitur. Sed, nec omnes, qui mandatum ad agendum non habent, oblata cautione rato admittuntur, sed solæ personæ conjunctæ, l. *sed & ha.* 35. l. *Pomponius*. 40. §. *ult. de proc.* item procurator omnium bonorum, l. 5. §. *si procurator*. 18. *de nov. op. nunc.* eademque conditione admittitur, cui mandatum sit, vel non sit, dubitatur, *d. l. 3. §. 2. ut in poss. legat. d. l. 1. C. de proc.* & secundum hæc temperandi textus generales in l. *servum. §. ait prator. l. non solum*. 39. §. 1. *de proc.*

*Eodem observando & si tutor vel curator, &c. litem per alium inferunt*] Puta vel per procuratorem à pupillo vel adulto constitutum tutore vel curatore interveniente, l. 11. *C. de proc.* vel per actorem, quem ipse tutor vel curator ex sua persona constituere possunt, l. *un. C. de act. à tut. seu cur. dand. §. ult. sup. de curat.*

## T E X T U S.

## De procuratore rei præsentis.

4. *Si vero aliquis convenitur, siquidem præsens procuratorem dare paratus est, potest vel ipse in judicium venire, & sui procuratoris personam per judicatum solvi satisfactionem solemniter stipulatione firmare; vel extra judicium satisfactionem exponere, per quam ipse sui procuratoris fidejussor existat pro omnibus judicatum solvi satisfidantibus.*



tisdationis clausulis. Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur, sive in iudicio promiserit, sive extra iudicium caverit, ut tam ipse quam heredes ejus obligentur. Alia insuper cautela, vel satisfatione propter personam ipsius exponenda, quod tempore sententia recitanda in iudicium veniet, vel si non venerit, omnia dabit fidejussor, qua in condemnatione continentur, nisi fuerit provocatum.

## COMMENTARIUS.

**D**E eo, qui nomine rei iudicio intervenit, duplex tractatio est. Prima de procuratore rei, id est, eo qui mandatum defendendi habet. De quo agitur hoc §. altera de eo, qui mandatum non habet, & in specie defensor dicitur. De quo §. seq.

*Possit vel ipse in iudicium venire, &c.* Superius dictum est, eum, qui alienæ litis defensionem suscipit, teneri omnino satisfacere iudicatum solvi. Hic proponitur modus, quo reus procuratorem suum ab hoc onere liberare valeat; nimirum si ipse pro procuratore suo vel in iudicio vel extra iudicium eam cautionem exponat, atque procuratoris sui existat fidejussor.

*Pro omnibus iudicatum solvi clausulis* Nempe tribus illis, de re iudicata, de re defendenda, de dolo malo, l. 6. jud. solv.

*Ubi & de hypotheca suarum rerum convenire compellitur.* Legendum omnino, ubi & hypotheca rerum suarum cavere compellitur. Nempe quoniam ipse reus principalis hic fidejussor est, qui etiam alias tenetur, præter satisfationem hoc amplius ab eo exigitur, ut etiam bona sua hypothecæ obliget, quo certus aëtori cautum sit.

*Alia insuper cautela, &c.* Duplicem igitur cautionem in proposito reus præstat, unam pro persona procuratoris sui, alteram pro persona sua. In illa ipse fidejussor est; in hac, qua promittit, se tempore recitandæ sententiæ in iudicium venturum, fidejussor non est, nec esse potest, sed alium fidejussorem dat, qui idem adpromittat.

*Propter personam ipsius exponenda* Non à procuratore, ut male nonnulli: sc. Accurs. & Curt. Theoph. interpretes, sed ab ipso reo, à quo manifeste tam hanc, quam superiorem cautionem exigit Justinianus. Fabros. Nec minus aperte Theophilus, paraphrastes Græcus. Nam verba illa, à procuratore, non sunt Theophili, sed emblemata Curtii interpretis Latini. Quod mirum est in editione Theophili non animadvertisse D. Gothofredum.

*Omnia dabit fidejussor* A reo in causam propositam datus. Theophilus, πάντα παρὶς αὐτοῦ, ἢ τοῦ ἑαυτοῦ ἰχθυῆς, vel ipse, vel fidejussor. Et ita Cujac. in not. postor.

## TEXTUS.

De procuratore rei absentis.

5. Si vero reus præsto ex quacunque causa non fuerit & alius velit defensionem ejus subire, nul-

la differentia, inter actiones in rem vel personales introducenda, potest hoc facere: ita tamen ut satisfationem iudicatum solvi pro litis æstimatione præstet. Nemo enim secundum veterem regulam (ut jam dictum est) aliena rei sine satisfatione defensor idoneus intelligitur.

## COMMENTARIUS.

**A**D agendum alieno nomine sine mandato nemo admittitur, præterquam paucis casibus, quos supra memoravimus. At defensionem alterius suscipere nemo vetatur, qui modo paratus sit satisfationem iudicatum solvi pro litis æstimatione præstare, l. un. C. de satid. Cur tam varie? Nimirum humanum est, atque adeo publice expedit, absentes à quibuscunque posse defendi, l. servum. 33. §. 2. de proc. nulla vero aut humanitatis aut ratio publicæ utilitatis suadet, ut cuivis permittendum sit, alieno nomine agere. Sed & multum interest rei, ne conveniatur à falso procuratore, quoniam dominus iterum experiri potest: nihil autem interest actoris, à quo reus defendatur, modo idonea satisfatio ea, quam diximus, præstetur. Ex quo porro etiam hoc est, quod defensor statim atque cavit, dominus litis efficitur etiam ante litis contestationem, l. Titius. 76. de procur. & in ipsum actio iudicati datur, l. Plautius. 61. d. tit. l. 4. de re jud.

## TEXTUS.

Unde hæc forma discenda.

6. Quæ omnia apertius & perfectius quotidiano iudiciorum usu in ipsis rerum documentis apparent.

Ubi hæc forma observanda.

7. Quam formam non solum in hac regia urbe; sed etiam omnibus nostris provinciis (est propter imperitiam forte aliter celebratur) obtinere censemus: quum necesse sit, omnes provincias capere omnium nostrarum civitatum, id est, hanc regiam urbem, ejusque observantiam, sequi.

## NOTÆ.

6. *Iudiciorum usu* ] Usus est omnium rerum optimus magister.

7. *Non solum in hac regia urbe* ] Constantinopolim intellige, quæ etiam nomine nova Roma appellata est, quod in eam imperii sedes translata. Græci πάντα κερταῖο, πάντα βασιλεύουσι appellant. Byzantium ante dicta fuit.

## COMMENTARIUS.

1. *Hodiernus satisfationum modus & usus.*

**H**Æc non indigent interpretatione. Cicero lib. 1. de offic. Nec medici, nec imperatores, nec oratores, quamvis artis præcepta perceperint, quicquam magna laude dignum sine usu & exercitatione consequi possunt.

Ufus

Ufus satisfactionum hodie perexiguus, præterquam adversus debitores extraneos, quos detiaimus, qui alias etiam coguntur domicilium in territorio, ubi agitur, eligere. Actor non de alia recavet, quam de æstimatione sumptuum litis, reo forte vincenti repensanda; adeoque ad nullam cautionem tenetur, si domicilium sub jurisdictione iudicis, apud quem agitur, habeat, vel etiam bona immobilia possideat. Procurator sine mandato ad litigandum non admittitur, nisi arcto sanguinis

aut affinitatis vinculo ei, pro quo intervenit, conjunctus sit; quo casu admitti solet, cum cautione de rato. Defensor idoneum mandatum exhibens iudicatum solvi satisfacere non tenetur, *vid. Gloss. fo. Fab. hic. Tuldem. cap. 2. & 3. Merul. lib. 4. distinct. 3. tit. 13. cap. 1. & deinceps. & sect. 3. tit. 5. cap. 1. Wesemb. qui satisd. cog. num. 6. Gudelin. lib. 4. de jur. nov. cap. 4. & 5. Christin. vol. 2. decis. 145. & ibi citat. & Naj seq. Groenew. de l. abrog. hic. per tot.*

## TITULUS XII. DE PERPETUIS ET TEMPORALIBUS ACTIONIBUS, ET QUÆ AD HÆREDES ET IN HÆREDES TRANSEUNT.

C. Lib. 4. Tit. II.

Continuatio.

**Q**uoniam actio alicui constituta non semper durat, sed actiones certo temporis spatio terminatæ sunt; neque etiam omnes, quæ in defunctum competebant, æque in hæredes dantur; & aliquando nec hæredi datur, quæ competebat defuncto: non abs re est, quod hic titulus superioribus subjicitur ad tractationem de actionibus concludendam.

### T E X T U S.

De perpetuis & temporalibus actionibus.

*Hoc loco admonendi sumus, eas quidem actiones, quæ ex lege Senatusve consulto, sive ex sacris constitutionibus proficiscuntur, perpetuo solum antiquitus competere, donec sacra constitutiones tam in rem, quam in personam actionibus, certos fines dederunt: eas vero, quæ ex propria prætoris jurisdictione pendunt, plerumque intra annum vivere: nam & ipsius prætoris intra annum erat imperium. Aliquando tamen & in perpetuum extenduntur, id est, usque ad finem constitutionibus introductum: quales sunt ea, quas bonorum possessori, cæterisque, qui hæredis loco sunt, accommodat. Furti quoque manifestæ actio, quamvis ex ipsius prætoris jurisdictione proficiscatur, tamen perpetuo datur. Absurdum enim esse existimavit anno eam terminari.*

### N O T A.

*Prætoris intra annum erat imperium*] Prætores in annum creabantur. Liv. 31. Tac. ann. 1. Prætorum anniversariorum edicta erant annua, quæ quisque proponebat initio magistratus sui ex lege Cornelia. Dio 36.

*Quas bonorum possessori*] Bonorum possessor & fideicommissarius Trebellianus præhæredes sunt. Fabrot.

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

1. *Rectene intra actiones prætorias numeretur fideicommissaria hereditatis petitio.*

**E**x lege, &c.] Actiones, quæ ex lege, Senatusve consulto, aut ex principum constitutionibus proficiscuntur, olim perpetuo solebant competere: nimirum cum legis & similium juris constitutionum vis esset perpetua, consentaneum videbatur, actiones ex his juris partibus perfectas nullo tempore finire.

*Donec sacra constitutiones actionibus certos fines dederunt*] Quod publicæ utilitatis causa constitutum est, ut litium aliquis esset finis, tandemque aliquando possessores & debitores securi forent, *arg. l. 1. de usuc.*

*Certos fines dederunt*] Ut scilicet actiones triginta & ad summum quadraginta annorum præscriptione excluderentur, l. 3. & 4. C. de præscr. 30. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. exc. quod tempus nunc abusive perpetuum dicitur! Pauca sunt, quæ demum 40. annorum spatio finiuntur. Tantum tempus durat actio hypothecaria, sed uno duntaxat casu, videlicet cum ipse debitor hæresve ejus obligatæ possessioni incumbunt, l. 7. §. 1. C. de præscr. 30. ann. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc. Nam extranei possessores bona fide possidentes decem aut viginti annorum, mala fide tenentes 30. annorum præscriptionem opponere possunt, l. 1. & 2. C. si adv. cred. præscr. d. l. 7. in pr. C. de præscr. 30. annor. Tuldem. ad d. tit. C. Christin. vol. 4. decis. 81. num. 9. quanquam & ubi bona fide possidetur 30. annorum spatium requiri, Senatus hujus provinciæ judicavit, *decis. Cur. Holl. 8.* Ad hæc actiones omnes iudicio semel inclusæ non nisi 40. annorum præscriptione excluduntur, d. l. 1. §. 1. in fin. C. de ann. exc.

*Tam in rem*] Actiones in rem non minus quam actiones in personam olim perpetuæ fuerunt: utræque autem nunc eodem temporis spatio, id est, triginta annis terminantur. Neque enim illæ, quæ in rem sunt, simplici exceptione temporis decem annorum inter præsentis, viginti

viginti inter absentes excluduntur, sed propter possessionem alterius conjunctam cum titulo & bona fide, & tanto tempore continuatam, prioris domini jus extinguitur, & alteri dominium rei possessæ jure civili acquiritur.

*Qua ex prætoris jurisdictione pendens* ] Ait actiones quæ ex jurisdictione prætoris veniunt, plerumque unum duntaxat annum durare, & subjicit pro ratione, quod prætoris edictum, unde proficiuntur, diuturniorem vim non habet. Quæ ratio si bona est, dicendum erat actiones prætorias non plerumque, sed semper anni spatium finire; & credibile quoque est, initio nullas diuturniorem vim habuisse, quam habebat ipsum edictum, ex quo descendebant: sed postea nonnullas cepisse perpetuo competere, postquam non tam prætorem, quam præturam spectari placuit atque ex edictis, maxime quæ evidens commendabat æquitas, perpetuo jus dici. De quo vid. *Ascon. in orat. Cic. pro Corn. Balbo. & Augustin. de legib. pop. Ro.*

*Aliquando in perpetuum extenduntur* ] Imo sæpe. Nam honorariæ actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, veluti Publiciana, de constituta pecunia, ex jurejurando, exercitoria, infortiora, de peculio, &c. perpetuæ sunt, id est, 30. annos durant, nisi sit quæ rescindat quod jure civili ratum est, *l. in honorariis. l. 35. de obl. & act.* Sed & ex pœnalibus quædam perpetuo competunt, ut mox audiemus.

*Bonorum possessori ceterisque, qui hæredis loco* ] Significat duas hæc in rem actiones de universitate, possessionariam hæreditatis petitionem, & fideicommissariam hæreditatis petitionem. Has actiones ait esse perpetuas, licet jure prætorio constitutæ sint. Perpetuas esse constat, priore quoque, prætoriam utpote, proditam bonorum possessoribus, quos prætor velut hæredes facit, *l. 1. de poss. har. pet.* Sed altera illa, quæ proponitur iis, quibus ex fideicommissario restituta est hæreditas, non videtur esse juris prætorii, sed actio civilis, quippe iis competens, qui pro hæredibus sunt ex Senatusconsulto. Nisi distinguendum putamus inter petitionem hæreditatis & actiones hæreditarias, *arg. l. 2. de fid. har. pet.* Sed dixerim potius, eo loco jus civile in specie per excellentiam accipi pro jure antiquo legis 12. tabularum, & opponi petitionem hæreditatis civilem petitioni fideicommissariæ, non ut actioni prætorix, sed ut novo jure civili introductæ, nimirum Senatusconsulto Trebelliano. Nam minime novum est, ut hoc sensu jus civile opponatur iis juris partibus, quæ postea accesserunt, puta Senatusconsultis aut principum constitutionibus, §. 4. & 6. *sup. de fideic. hered. §. 3. sup. de testam. ord.*

*Furti quoque manifesti actio* ] Actiones prætorix pœnales regulariter tantum intra annum dantur, *l. in honorariis. 35. de oblig. & act.* Excipitur actio furti manifesti, quæ, quamvis & ipsa prætorica sit & pœnalis, perpetua tamen est. Quod hanc forte rationem habet, quia non primus prætor pœnam furtibus manifestis constituit; sed eam, quæ lege 12. tabb. constituta erat, mitigavit, atque ex corporali fecit pecuniariam, vid. *sup. §. pœna. 5. de obl. qua ex del.* Actio quoque de furto aut damno in navi, caupona aut stabulo factæ, item actio adversus publicanos, quamvis & hæ prætorix sunt & pœnales, perpetuo tamen competunt, *l. ult. §. ult. navt. caup. stab. l. sed & hi. 13. §. ult. de publican.* Judicia crimina-

lia regulariter viginti annis finiuntur. *l. 12. C. ad leg. Corn. de fals.* sed ea huc non pertinent.

T E X T U S.

De actionibus quæ in hæredes transeunt vel non.

1. *Non autem omnes actiones, quæ in aliquem aut ipso jure competunt, aut à prætore dantur, & in heredem æque competunt, aut dari solent. Est enim certissima juris regula, ex maleficiis pœnales actiones in heredem rei non competere; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum, damni, injuria. Sed heredibus hujusmodi actiones competunt, nec denegantur; excepta injuriarum actione, & si qua alia similis inveniat. Aliquando tamen etiam ex contractu actio contra heredem non competit; veluti cum testator dolose versatus sit, & ad heredem ejus nihil ex eo dolo pervenit. Pœnales autem actiones, quas supra diximus, si ab ipsis principalibus personis fuerint contestata, & heredibus dantur & contra heredem transeunt.*

N O T A.

1. *Aut ipso jure* ] Id est, jure civili, ut §. 10. *sup. de act. l. 9. §. 1. usufr. quem cav. Th. ἡ δὲ τοῦ πολιτικῆ.*  
*Excepta injuriarum actione* ] Quia vindictæ magis, quam pecuniæ persecutionem habet, *l. 2. §. 4. de collat.*  
*Aliquando ex contractu actio, &c.* ] Sensus hic esse videtur, etiam aliquando ex contractu actionem adversus heredem non dari, cum testator dolose versatus est, & nihil ad heredem ejus ex dolo pervenit, contra regulam *l. 12. l. 49. de obl. & act. l. 152. §. 3. de reg. jur.* De deposito miserabili hoc plerique putant accipiendum, *l. 1. §. 1. de pos.*  
*Fuerint contestata* ] *l. 26. l. 58. de obl. & act. l. 139. l. 164. de reg. jur.* quod ex eo est, quia judicio accipiendo nova contrahitur obligatio judicati, *l. 3. §. 11. de pecul.*

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

1. *Actiones omnes, quæ rei persecutionem continent, & heredibus & in heredem dari, etiam si qua ex delicto.*
2. *Ostenditur perspicuo, conditionem furtivam, & actionem rerum amotarum, contra heredem etiam dari in solidum.*
3. *In heredem non dari ullam pœnalem, licet ex contractu.*
4. *Actiones, quæ pœnales habeantur, quamvis nihil amplius persequantur, quam quod abest.*
5. *Cur actiones pœnales in heredem non dantur, cum dantur heredibus.*
6. *Cur actio injuriarum non heredibus quidem datur.*
7. *Quibus casibus ex contractu actio non comparat in heredem, ad quem ex dolo defuncti nihil pervenit.*

Ggggg

8. Actio-

8. *Actiones omnes iudicio inclusas perpetuari: & quid hic juris bodie.*

**A**ctionum quædam & hæredibus & contra hæredes dantur: quædam hæredibus quidem, sed non contra hæredes: quædam denique neque hæredibus, neque contra hæredes. Et hæredibus & contra hæredes dantur, quæcunque rei tantum persequendæ causâ comparatæ sunt: nisi quod actio in rem tantummodo respectu possessionis in hæredem datur: quippe quæ possessorem semper sequitur, *l. si in rem. 42. de rei vind. l. actionum. 25. de obl. & act.* Dum autem actio præter rei persecutionem nihil contineat, non distinguimus in proposito, utrum ea sit ex contractu an ex maleficio: sed utroque casu non minus in hæredes, quam hæredibus actionem dari contendimus: & quidem in hæredes in solidum: hoc enim semper intelligendum est, cum simpliciter dicitur actio in hæredem dari. De actionibus quæ ex contractu descendunt, res est expedita, *l. 1. & tot. tit. C. de hered. act.* adeoque passim veteres definiunt, actiones ex contractibus venientes, licet delictum quoque versetur, in hæredes in solidum dari, *l. 7. §. 1. de pos. l. 12. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. de reg. jur.* De iis vero, quæ rei persecutorix sunt ex delicto, quales esse constat conditionem furtivam & actionem rerum amotarum, *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier. 21. §. pen. de act. rer. amot.* ambigitur, non utique an hæredibus aut contra hæredes aliquatenus dentur, sed an dentur contra hæredes in solidum. Nam hoc negat *Cujac. 7. obs. 37. & 13. obs. 39. Lyclam. 1. membran. 18. & lib. benedict. passim.* Ego vero existimo, etiam his actionibus hæredem teneri in solidum. Moveor primum eo, quod hæc duæ actiones absolute dicuntur dari in hæredem, *l. 2. l. 7. §. 2. de cond. furt. §. ult. sup. de obl. qua ex del. l. 6. §. 4. de act. rer. amot.* Ex eo enim colligo dari eas adversus hæredem furis aut mulieris in solidum. Nam quotiescunque actio simpliciter in hæredem dari dicitur, toties intelligitur dari in solidum: cum vero in solidum non datur, sed quatenus ad hæredem pervenit, aut hoc adjicitur, aut dari simpliciter negatur. Ut patet ex *l. Julianus. 16. de iudic. l. indo Nervatius. 23. §. hanc actionem. 8. ad l. Aquil. l. hac actio. 13. de serv. corr. l. 9. §. 1. quod fals. sur. l. 3. §. pen. si mens. fals. mod. l. 1. de priv. del. l. 2. §. ult. vi bon. rapt. l. in honorariis. 35. de obl. & act. l. pupillum. 111. §. 1. de reg. jur. §. his autem. sup. de leg. Aq. §. ult. de obl. qua quasi ex del. item hoc text. & innumeris aliis locis. Secundo, quia regulæ earum actionum, quæ in hæredes non dantur, de pœnalibus ex maleficio conceptæ sunt, *l. 1. de privat. del. l. ficut. 38. l. pupillum. 111. §. 1. de reg. jur. l. indo Nervatius. §. hanc actionem. ad leg. Aquil. & hoc text. l. pen. de op. nov. nunc.* Hinc enim evincitur, si quæ sunt ex maleficio non pœnæ, sed rei persecutorix, eas in hæredem dari: quoniam contrariorum contraria sunt consequentia. At conditio furtiva & actio rerum amotarum non pœnam, sed rem persequuntur, ut jam probavimus. Et secundum hæc Imperator in *§. his autem. 9. sup. de leg. Aq.* negat, actionem legis Aquilix in hæredem transire, non quia ex delicto est, sed quia pœnalis, addens, transiuram eam fuisse, si ultra damnatum datum nunquam lis æstimaretur. Dicitur sane nonnunquam, actiones ex delicto venientes adversus hæredes non dari, nisi quate-*

nus ad eos pervenit, nec adjicitur pœnales, ut in *l. un. C. ex del. def.* Sed quid prohibet hujusmodi definitiones accipere, si agatur de eo, quod defunctus deliquit, id est, ad pœnam? At in conditione furtiva & actione rerum amotarum de delicto aut pœna delicti non agitur: sed tantum de eo, quod ex patrimonio nobis abest, nec quoquam amplius persequuntur, *l. 7. §. 2. de cond. furt. l. si mulier. 21. §. pen. de act. rer. amot.* Jam vero ob hoc solum actio pœnalis non habetur, quod constituta est adversus eum, ad quem ex delicto defuncti nihil pervenit, nisi & factum puniat, & in dolum concepta sit, *l. 9. §. 1. quod fals. sur.* de quo amplius postea. Postremo movet me locus expressus in *l. 9. de cond. furt.* ubi diserte J. C. ait, in conditione ex causâ furtiva hæredem, non pro parte quæ pervenit, sed in solidum teneri; si vero plures sint hæredes, singulos pro partibus hæreditariis. Quod si hoc obtinet in conditione furtiva, procul dubio etiam in actione rerum amotarum locum habet, cum aperte testetur Paulus, in *l. 6. §. item bares. 4. de act. rer. amot.* ex causâ rerum amotarum teneri hæredem mulieris perinde ac tenetur hæres conditionis nomine ex causâ furtiva, ac proinde quod rescribunt Imp. in *l. ult. C. rer. amot.* actionem rerum amotarum adversus hæredes dari non in solidum, sed in quantum ad eos pervenit, necessario sic accipiendum est, in quantum ad eos pervenit de hæreditate, non autem de rebus amotis; ut si plures sint hæredes, non singuli in solidum tenentur, sed universi, singuli autem pro ea parte, pro qua hæredes extiterunt; secundum *d. l. 9. de cond. furt.* aut si cum Ant. Fabro. 4. *conj. 1.* de rebus amotis rescriptum intelligi volumus, supponendum erit, totum ad hæredes pervenisse, non ad unum aliquem, sed ad singulos pro parte. Quæ actiones hæredibus competant, in hæredes autem non dentur; tum quæ neque hæredibus neque adversus hæredes competant, docebit nos textus, ad cujus explicationem tempus est ut accedamus.

*Aus ipso jure*] Ipso jure aliquando idem valet, quod jure solo, sine aliquo facto nostro, veluti cum sui hæredes dicuntur ipso jure hæredes existere: aliquando idem, quod jure civili, non jure prætorio, ut in *§. actiones. 10. sup. de act. l. 9. §. 1. ususfr. qu. cav. & hoc loc.* Itaque ipsum jus hic excellentiam notat.

*Ex maleficiis pœnales*] Actiones ex maleficiis pœnales hæredibus dantur; at in hæredes non competunt. Ait, *pœnales ex maleficiis*, uti & alibi regula concepta est, *l. 1. de priv. del. l. ficut. 38. l. pupillum. 111. §. 1. de reg. jur.* Quid ergo si qua sit pœnalis ex contractu? Et hic idem juris esse evincit actio depositi miserabilis; quæ in eum, qui tumultus, incendii, ruinx, naufragii causa depositum inficiatur, in duplum constituta est, in hæredem vero ex dolo defuncti in simplum, *l. 1. §. 1. l. de eo. 18. de pos.* Plane huc non pertinet actio, qua petitur pœna conventionem promissa: nam pœnam stipulamur loco ejus, quod interest, *§. ult. sup. de verb. obl. vid. §. sequens. 16. sup. de act.* Excludit autem regula eas, quæ sunt ex maleficio rei persecutorix, quas etiam adversus hæredes dari paulo ante probavimus. Illud ignorandum non est, esse quasdam actiones, quæ pœnales habentur, quamvis nihil amplius, quam quod abest; persequantur, de quibus hæc notio tenenda. Quoties actio factum punit.

punit, & in dolum concepta est, constituiturque adversus eum, ad quem ex dolo res non pervenit, quamvis propofita fitei, cui eo facto quid abest atque ita à parte actoris rei persequutionem contineat: pœnalis tamen habetur ob vindictam delicti, quam eo amplius persequitur: ac proinde in hæredem non datur, l. 9. §. 1. quod fals. tut. Talis est actio de dolo, l. in hæredem. 26. de dol. mal. item ea quæ adversus falsum tutorem datur, d. l. 9. §. 1. quod fals. tut. Talis quoque est adversus mensorem, qui falsum modum dixit, l. 3. §. pen. si mens. fals. mod. item quæ proponuntur in l. 7. §. ult. de trib. act. l. 1. §. ult. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. l. 1. §. ult. de eo per quem fact. eris, quo min. qui in jud. l. pen. §. 1. ne quis eum, qui in jus voc. l. 4. in fin. l. 6. & 7. de alien. jud. mut. ca. ubi actio in factum ex illo edicto dicitur pertinere ad rei persequutionem; nimirum quia actor per eam id tantum quod sibi abest, persequitur: à parte autem rei revera pœnalis est, quia factum punit, & in dolum concepta est. At cum hæres in universum jus defuncti succedat, & regulariter tam in incommoda, quam in comoda, quæ ratio est, quod in proposito tantum commodum actionum pœnalarum ad hæredes transire placet, incommodum autem earum ad eos non pertinere? Nimirum quia æquum visum est, pœnam ex hac successione excipere, ne ibi pœna sit, ubi noxia non est, l. pen. de op. nov. nunc. l. sicut. 38. de reg. jur. l. sancimus. 22. C. de pœn. Illud æquissima ratione placuit, turpia lucra etiam hæredibus esse extorquenda: ideoque actiones, quamvis pœnales, catenus saltem in hæredes dandas esse, quatenus ad eos pervenit, ne ex delicto defuncti lucrum sentiant, l. 5. de calumn. l. 16. §. ult. & l. seq. quod mes. caus. l. in hæredem. 26. de dol. l. un. C. ex del. def. cum similib.

6 Excepta injuriarum actione] Actio injuriarum neque hæredibus, neque in hæredes datur, l. injuriarum. 13. in pr. de injur. Quod non datur in hæredes, hoc commune habet cum cæteris pœnalibus: quod hæredibus non datur, ejus proprium est, & hanc rationem habet: quod in ea non principaliter de damno faciundo, sed de contumelia vindicanda agitur, l. 7. §. 1. eod. quam vindictam, si injuriam passus lite non instituta decesserit, tacite remisisse intelligitur: de quo dixi ad §. ult. sup. de injur. & hinc est, quod actio injuriarum in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur, l. injuriarum. 28. eod.

Si qua alia similis] Similes habes in l. pen. de injus voc. l. pen. §. ult. ne quis eum qui in jus voc. l. 4. de calumn. l. 7. C. de rev. don. Huc etiam referri potest querela inofficiosi testamenti: nam & hæc injuriam exheredato aut præterito illatam quasi ulciscitur. Nov. 115. cap. 5. & non nisi præparata ad hæredes transit, l. 6. §. ult. cum l. seq. de inoff. test.

Aliquando etiam ex contractu actio in hæredem non 7 competit] Puto, intelligi actiones ex contractu, quæ ob delictum concurrentes ex parte rei pœnales habentur, eo quod factum puniunt & in dolum conceptæ sunt: quales sunt: actiones in factum adversus falsum tutorem, & adversus mensorem, qui falsum modum dixit: item actio tributaria quæ dolum malum domini coercet maleficiose in distribuendo versati: nam hæ actiones licet ex contractu sint, tamen in hæredem rei, quia hac parte pœnales, non dantur, nisi de eo quod ad eum perve-

nit, l. 9. §. 1. quod fals. tut. l. 3. §. pen. si mens. fals. mod. l. 7. §. ult. de trib. act. Alias ex contractibus successores ex dolo eorum, quibus successerunt, non tantum in id, quod pervenit, sed in solidum tenentur, l. 12. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. de reg. jur. l. 7. §. 1. de pos. ubi Jurisconsultus cum dixisset, actionem depositi ex dolo defuncti in solidum in hæredem dari, hanc rationem subjicit, *quanquam enim inquit, alias ex dolo defuncti non solemus teneri, nisi pro ea parte, qua ad nos pervenit: tamen hic dolum ex contractu rei que persequutione descendit, ideoque in solidum hæres tenetur; plures vero pro ea parte, qua quisque hæres est, qui locus sententiam nostram mire confirmat.* Ex his autem apparet, insigniter errare Theophilum; qui pro exemplo adducit actionem depositi, quam ex dolo defuncti negat in hæredem dari, si nihil ex eo dolo ad eum pervenit; contra tot expressos textus. Nec excusari potest hoc obtentu, quod intellexerit actionem depositi miserabilis. Nam & hæc actio ex dolo defuncti in hæredem datur, etsi nihil ad eum pervenit: & quamvis non in duplum, in solidum tamen: quoniam utique simpliciter solidum est, & pœna alterum tantum, l. 1. §. 1. l. de eo. 18. de pos.

Veluti] Hanc particulam Cujac. & Pac. auctoritate quorundam Codicum delendam censent: quod mihi non videtur necessarium, cum & retenta ea constet, & recta sit loci sententia.

Fuerint contestata] Omnes actiones, quæ morte aut tempore pereunt, si semel inclusæ judicio fuerunt, quod sit litis contestatione, salvæ permanent, l. omnes. 139. de reg. jur. Morte dicuntur perire pœnales, propterea quod in hæredes rei non dantur, licet activè transeant: at lite contestata & activè transeunt & passive, l. omnes. 26. l. sciendum. 58. de obl. & act. l. pœnalia. 164. de reg. jur. l. un. C. ex del. def. quod ex eo est, quia judicio accipiendi nova contrahitur obligatio judicati, l. 3. §. idem scribit. 11. de pecul. Postea constitutionibus placuit, pœnæ persequutionem transmitti, si modo reus vivus conventus fuerit, quasi lite cum eo contestata, l. 33. de obl. & act. Apud nos pœnales actiones nullæ sunt, si injuriarum actionem excipias; quoniam, ut sæpe alibi diximus, pœnæ legitimæ, quæ privatis litigatoribus applicabantur, exoleverunt. Cæterum hæres ex delicto defuncti, etiam si lis à defuncto contestata non sit, tenetur non id tantum, quod ad eum ex delicto defuncti pervenit, secundum scita juris civilis, sed damnum à defuncto datum sarcire cogitur, quatenus facultates defuncti patiuntur: quod cum jure Canonico primum cautum esset, c. in literis. de rapt. c. ult. de sepult. propter æquitatem etiam in foro civili receptum videtur. Joh. Fab. hic. Covar. lib. 3. ref. 3. n. 7. Imbert. in enchirid. Papon. lib. 24. arrest. tit. 11. arrest. 3. & ult. De quo plura Christ. vol. 3. dec. 22. n. 2. & seqq. add. Groenew. de ll. abrog. ad tit. C. ex delict. defunct. in quant. hered.

T E X T U S.

Si pendente judicio, reus actori satisfecerit.

2. Superest, ut admoneamus, quod, si ante rem judicatam is, cum quo actum est, satisfaciat actori, officio judicis convenit eum absol-

re; licet in ea causa fuisset iudicii accipiendi tempore, ut damnari deberet: & hoc est, quod antea vulgo dicebatur, omnia iudicia absolutoria esse.

NOTA.

2. *Convenit eum absolvere*] Quod Th. interpretatur, liberatum ab actione dimittere. Alii, officio iudicii convenire, ut etiam sententia sua eum absolvas: quod & ratio juris exigere videtur, l. 1. de re jud. & reo utilius est propter exceptionem rei iudicatz.

*Omnia iudicia absolutoria*] Locus singularis.

COMMENTARIUS.

Quemadmodum debitorem ante acceptum iudicium bonam fidem agnoscentem & paratum solvere di-

mitti placet, eique diem dari, cum competenti cautione ad solvendam pecuniam: l. si debitori. 21. de iudic. l. ex iudicat. 17. iud. solv. ita etiam æquum est audiri eum, qui post acceptum iudicium ante rem iudicatam satisfactionem offert, modo id omne offerat, quo jus actoris deterius factum est, & in quod alias fieret condemnatio, fac. l. si rem. 73. de proc. l. 5. de publ. & vici. l. ult. qua in fraud. cred.

*Eum absolvere*] Hæc verba duplicem admittunt interpretationem: vel ut simpliciter reus satisfaciens dimittendus sit ab instantia, & liberandus molestiis iudicialibus, quomodo Theoph. & Hotom. interpretantur: vel ut absolvendus sit etiam sententia iudicis: quod posterius & rationi juris magis convenire videtur, cum iudici incumbat aut damnare reum aut absolvere, l. 1. de re jud. & reo longè utilius est, quoniam alias non haberet exceptionem rei iudicatz.

## TITULUS XIII.

### DE EXCEPTIONIBUS.

Dig. Lib. 44. Tit. 1. C. Lib. 8. Tit. 36.

*Ratio dispositionis. Omnem reum ad defensionem suam vel inficiatione uti, vel depulsi-  
sione: & quid utraque. Quid sit exceptio: unde hoc nomen natum:  
& alia observatu digna.*

**Q**uicquid in iudicium deducitur, aut actio est, aut exceptio; actio à parte actoris, cuius in omni iudicio sunt partes primæ; exceptio à parte rei, quæ sunt secundæ. De actionibus hætenus quæsitum est: de exceptionibus adhuc cognoscendum: & quidem de his solis: nam præter has, si ab actione discesseris, nulla alia res in iudicium principaliter deducitur. Id quod ita liquere poterit. Omnis reus, qui iudicio contendere paratus sit, ad defensionem suam aut inficiatione utitur, aut depulsiōne. Inficiatio est, cum negat, ullam actori esse actionem de eo, quod petitur. Ea vero aut simplex est, aut cum novi facti affirmatione conjuncta. Simplex, cum reus simpliciter negat, id factum quo nomine agitur, puta, mutuam pecuniam, quæ ab actore petitur, sibi datam esse. Cum affirmatione novi facti conjuncta, cum confitetur quidem, actionem aliquando actori competiisse, sed eam nunc ei competere negat, utpote novo aliquo facto postea amissam: exempli gratia; si actorem dicat ideo agere non posse, quia actio ipso jure sublata sit, puta solutione, acceptilatione, rei interitu. Simplex inficiatio apertè nihil in iudicium deducit, neque ulla hic neganti incumbit probatio: tantum quæritur de actione & intentione actoris, quæ in dubium vocatur; id est, solum tractatur in iudicio, an verum sit, quod actor in propriam intentionem deduxit: nec de alicujus exceptionis vi à reo oppositz disputatur: ac probante actore reus condemnatur; non probante, simpliciter absolvitur. *Covar. in c. possessor. mal. fidei. de reg. jur. in 6. p. 1. relit. in 1. n. 5. Wes. par. hoc tit. n. 2.* In conjuncta autem affirmatio illa novi facti hand dubiè in iudicium deducitur, ac proinde à reo probanda est,

l. 1. C. de prob. sed deducitur per consequentiam duntaxat: principaliter enim eo spectat, ut ostendatur, vere negare reum, actionem actori competere. Depulsiō est, cum reus de actione actoris confitens tam in jure, quam in facto, ea defensione utitur, quæ actionem removeat. Hæc defensio usu juris exceptio appellatur. Si quis hic mihi Rhetorum libros adire velit, poterit fortassis non nihil lucis etiam inde sibi ad hæc melius intelligenda sumere. Exceptio igitur est defensio rei, quæ actioni, alioqui jure constitutz, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludit: hic in *pr. l. 12. de dol. mal. exc. l. 2. h. t.* Exceptio omnis rectè defensio dicitur, utpote comparata defendendorum reorum causa, *h. t. in pr.* At non omnis defensio exceptio est, sed ea tantum, quæ actionem jure constitutam repellit. Quæ vero allegationes ostendunt, actionem ipso jure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat, defensionis dici possunt, exceptiones non possunt. Pugnantis sunt Jurisconsultis, liberari ipso jure & liberari per exceptionem, *l. qui servum. 34. §. 1. de oblig. & act.* quanquam usu interpretum jam obtinuit, ut omnis generis defensio, quæ modo agentis intentionem repellit sive juris sive facti negatione, exceptio dicatur. Unde DD. exceptiones alias esse juris tradunt, alias facti & intentionis. *Mysf. ad rubr. hic. n. 12. Greg. Thol. 21. synt. 17. n. 5. vid. Covar. d. loc. n. 4. & 5.* Sed quomodo reus exceptioe utetur ad excludendam actionem? Id indicant verba definitionis, si exceptio actioni opponatur; unde passim legimus, exceptionem opponi, objici, obstarè, exceptione occurrere, &c. Etenim omnis defensio exceptionis in facto rei posita est, omiffa ad liberationem reo non prodest. De tempore opponendæ exceptionis dicemus infe-

inferius. Nomen exceptionis natum ex formula iudicii, quod sub exceptione dabatur: sic enim prætor subiciebat, *nisi, si non, extra quam si*, illud aut illud factum erit; aut si quæ particulæ eandem vim habent. Atque hinc item factum, ut exceptio omnis conditio appellaretur, *l. exceptio. 22. hoc tit.* ubi quæ extat definitio exceptionis, à conceptione sumpta est, sicut Ulp. in l. 2. eod. ab effectu & utendi modo. *v. Duar. ad l. 7. §. 2. de pact. Cujac. 5. obs. 34. P. Fab. ad l. 154. de reg. jur.* Sed & exceptio omnis præscriptio dicta: & inde Græcis *παρηγορησι*. *l. pen. b. t. l. 8. l. pen. Gult. & in rubr. C. eod. l. iudicati. 29. de exc. rei jud. l. si debitor. 91. de solut. cum similib. de cuius verbi ratione conf. Alc. de quinq. pod. præscr. Don. in rubr. C. b. t. n. 15. Revard. 1. de præjud. 8. Pet. Fab. 1. semestr. 21.*

TEXTUS.

Continuatio. Ratio exceptionum.

*Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparata autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpè enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.*

NOTÆ.

*Ut de exceptionibus]* Exceptio est defensio rei, quæ actioni, alioqui iure constitutæ, opposita, hanc ipsam æquitatis ratione excludit, *l. 2. b. t.* alias præscriptio dicitur, *l. 8. C. tit. 35.* Græcis *παρηγορησι*.  
*Iusta sit]* Inspecta scilicet stricta ratione & rigore juris: iniqua autem, inspecta summa ratione & naturali æquitate. Quæ autem allegationes ostendunt actionem ipso iure sublatam esse, veluti cum debitor solutionem allegat, exceptiones propriæ non sunt, sed aliæ species defensionum.

COMMENTARIUS.

**D**efendendorum eorum gratia] Unde vulgo notant, exceptiones esse juris naturalis & gentium, cuius scilicet juris defensio est, *Wes. par. hoc tit. n. 8.* Ob eandem causam nonnulli censent, verbum excipere translatum esse ab armis militaribus ad forensia, puta clypeo aut scuto, quibus tela in nos directæ excipiuntur & retunduntur. Non malè fortassis, sed non ex usu auctorum juris.

*Ipsa persecutio iusta sit]* Non continuo, si actio iusta sit, id est, ipso iure comparata, seu summo iure constituta, iusta est in eum, qui cum agitur: verbi gratia, si quis dolo inductus stipulanti promiserit, is quidem subtilitate juris ex promissione sua obligatur: sed quoniam per machinationem adversarii obligatus est, iniquum est, eum condemnari, ac proinde contra agentem exceptio doli ei proposita est, ne cui dolus suus per occasionem juris civilis contra naturalem æquitatem proficit, *l. 1. §. 1. de dol. mal. exc.* Quod si nulla subsit actio iure civili constituta, vel quia reus dicit, nullam unquam actori competiisse, vel eam quæ fuit, ipso iure sublatam, hæc allegatio exceptio propriæ non est, sed alia species defensionis, ut jam ante ostendimus.

TEXTUS.

Exempla. Quod metus causa, de dolo, in factum.

*1. Verbi gratia, si metu coactus, aut dolo inductus, aut errore lapsus stipulanti Titio promissisti, quod non debueras promittere, palam est, iure civili te obligatum esse, & actio, qua intenditur, dare te oportere, efficax est: sed iniquum est, te condemnari. Ideoque datur tibi exceptio, quod metus causa, aut doli mali, aut in factum, composita ad impugnandam actionem.*

NOTÆ.

*1. Iure civili te obligatum]* Id est, subtilitate juris civilis, *d. l. 36. de verb. obl.* Dolus metusve adhibitus, non impedit, quo minus actio nascatur, *l. 5. C. de inus. stip.* Verum enim utique est alterum stipularum esse, & te promississe, atque ita contractam verborum obligationem.

*Datur tibi exceptio]* *d. l. 36. d. l. 5. & tot. tit. de dol. mal. & met. exc.* & ita evento inspecto inanis efficitur actio opposita exceptione, *l. 102. de reg. jur.*

COMMENTARIUS.

1. *Cur qui metu coactus promissit, ipso iure obligetur.*
2. *Quæritur idem de eo qui dolo inductus.*
3. *De quo genere erroris hic locus accipiendus.*
4. *Exceptio in factum qualis, & unde.*

**I**llustrat exemplis, quod dixit sæpè accidere, ut actio, qua quis experitur, summo iure teneat, sed iniqua sit adversus eum, cum quo agitur. In universum autem id accidit dupliciter, vel quia jam à principio iniqua est, vel quia postea vinculum æquitatis tollitur, ita ut tantum supersit solius vinculum juris civilis; quod quidem ita nos astringit, ut summo iure in nos sit actio, sed quæ propter defectum æquitatis sit inefficax ad condemnationem, si exceptio opponatur.

*Metu coactus]* Qui metu coactus aliquid promittit, ipso iure obligatur propter consensum; quia voluntas, licet coacta, voluntas tamen est, *l. si mulier. 21. §. pen. quod met. ca.* nimirum utrum quid voluntarium sit, an involuntarium, ex eo tempore æstimatur, quo geritur. Jam vero illud, quod eligitur, quo tempore metus infertur, respectu majoris mali, quod vitatur, boni rationem habet, & ea consideratione objectum est voluntatis: de quo conf. *Aristot. 3. eth. 1.* Cæterum naturaliter obligatus dici revera non potest ob defectum vinculi æquitatis: quoniam consensus & voluntas ista non fuit libera; neque promississet aut voluisset extra metum majoris mali positus. Atque hinc explicandi loci, in quibus traditur vim atque metum consensui esse contrarium, *l. nihil. 116. de reg. jur. cum simil.*

*Dolo inductus]* Etiam qui dolo inductus stipulanti promissit, quod alias non promississet, subtilitate juris obligatur; quia utique verum est, eum promississe: sed & hæc obligatio naturali æquitatis vinculo destituitur propter dolum & machinationem stipulatoris aliud agentis, aliud simulantis, *l. si quis. 36. de verb. obl. l. 1.*



§. 1. de dol. mal. exc. Circa dolum, qui causam contra-  
ctui præbet: videlicet si quis in hoc circumscriptus sit,  
ut contraheret, cum alias contracturus non fuisset, re-  
cepta est vulgaris distinctio inter contractus bonæ fidei  
& stricti juris, quod illi hoc casu ipso jure nullius mo-  
menti sint, arg. l. 7. in pr. de dol. l. in causa. 16. §. 1. de  
minor. hi ipso jure subsistant, & actionem producant,  
ut proinde hic semper excipiendum sit, sive dolus cau-  
sam contractui dederit, sive inciderit, d. l. si quis. 36.  
de verb. oblig. l. 5. C. de inutil. stipul. de quo proluxè Ba-  
chov. disp. 6. de act. thes. 17.

3. *Errore lapsus*] Quod hic dicitur, etiam eum, qui  
errore inductus stipulanti promisit, jure civili obligari,  
id non videtur convenire cum eo, quod passim tradi-  
tur, eos, qui errant, non consentire, consensui nihil  
magis esse contrarium errore, l. non consentiunt. 15. de  
jurisd. l. 2. de judic. Nam sine consensu nullus contractus  
ac ne stipulatio quidem consistit, l. 1. §. 3. de pact. Resp.  
Error non est unius generis. Si in persona aut re promissa  
erratum sit, cum de alia stipulator, de alia promissor  
sentiret, fateor, nullam contrahi obligationem, quia  
talis error consensum non habet. At error in causa pro-  
mittendi, de quo hic agitur, non omnino consensu de-  
stituitur, & ideo summo jure hic nascitur obligatio,  
d. l. si quis. 36. de verb. oblig. l. Julian. 7. de dol. mal. exc.  
vid. not. ad §. si de alia. 22. sup. de inut. stip.

*Efficax est*] Per se scilicet ac vi sua, hoc est, si pura  
esset, neque exceptione corrigeretur. Jam autem ex-  
ceptio efficit, ut ad condemnationem sit inefficax, l. ni-  
hil interest. 112. de reg. jur.

*Exceptio quod metus causa*] Exceptio quod metus  
causa in rem scripta est, si in ea re nihil metus causa fa-  
ctum est: ut non inspicimus, an is, qui agit, metus  
causa fecerit, sed an omnino metus causa factum sit in  
ea re à quocumque, non tantum ab eo, qui agit; l. 4.  
§. pen. de dol. mal. exc.

*Aut doli mali*] Exceptio doli mali personam comple-  
ctitur ejus, qui dolo fecit. Itaque in hac exceptione spe-  
cialiter exprimendum est, de cujus dolo quis queratur  
non in rem, si in ea re nihil dolo malo factum est: sed  
sic, si in ea re nihil dolo malo actoris factum est, l. 2. §. 1.  
d. l. 4. §. pen. de except. dol. mal.

4. *In factum*] In factum hæc exceptio dicitur nomine  
generali, quia variis modis accidere potest, ut error in-  
terveniat; quemadmodum & actiones, quæ proprio no-  
mine carent, in factum appellari solent, uti illæ, quæ  
dantur ex contractibus innominatis, item utiles, & præ-  
cipuè subsidiariæ, de quibus explicatum §. ult. sup. de  
leg. Aquil. Et sicut ob qualitatem personæ, quæ conve-  
nitur, in factum agendum; quo casu adversus alios est  
actio de dolo: l. non debet. 11. §. 1. de dol. ita agente hu-  
jusmodi persona, quo casu adversus alios exciperetur  
de dolo, in factum excipiendum est, l. 4. §. adversus. 16.  
de dol. exc. Opponitur autem hoc loco exceptio in fa-  
ctum exceptioni doli mali non generali, sed speciali,  
quæ nascitur ex eadem causa, ex qua actio de dolo, nempe  
ex dolo inter initia adhibito, l. 5. C. de inut. stip. sive  
ut est in textu nostro, si quis dolo inductus stipulanti  
promiserit. Nam generalis exceptio doli, sicut cum  
aliis exceptionibus omnibus, ita & cum hac in factum,  
concurrit; quoniam datur ex omni causa ob quam id,  
quod petitur, exceptione elidi potest, quamvis inter

initia nihil dolo factum sit. Ut in summa exceptio doli  
generalis toties competat, quoties actor per occasionem  
juris civilis æquitatem naturalem infringere conatur,  
l. 1. §. 1. l. 2. §. & generaliter. 5. l. 4. §. pen. l. 7. l. 12.  
de dol. exc. l. si quis. 36. de ver. obl. l. 5. C. de pact. cum  
similib.

## T E X T U S.

## De non numerata pecunia.

2. *Idem juris est, si quis quasi credendi causa  
pecuniam à te stipulatus fuerit, neque numeraverit.  
Nam eam pecuniam à te petere posse eum,  
certum est: dare enim te oportet, quum ex stipu-  
latione tenearis. Sed quia iniquum est, eo nomi-  
ne te condemnari, placet, exceptione pecunia non  
numerata te defendi debere: cujus tempora nos  
(secundum quod jam superioribus libris scriptum  
est) constitutione nostra coarctavimus.*

## N O T A.

2. *Cum ex stipulatione tenearis*] Igitur quod Paulus  
respondet, te nondum obligatum esse, l. 30. de reb. cred.  
de exitu intelligendum est, cum habeas exceptionem  
peremptoriam.

*Exceptio pecunia non numerata*] l. 2. §. 3. de dol.  
mal. exc. Hinc patet exceptionem hanc non modo actio-  
ni ex chirographo opponi posse, sed etiam actioni ex sti-  
pulatione.

*Constitutione nostra coarctavimus*] Exceptio non nu-  
meratæ pecuniæ cum antea quinquennis esset, à Justi-  
niano facta est biennis, sup. de lit. obl.

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

Q U I quasi credituro stipulanti pecuniam spondit,  
jure civili obligatus est; sed adjuvatur exceptione  
non numeratæ pecuniæ, l. 2. §. 3. in fin. de dol. exc. ubi  
Ulp. ait, ei, qui crediturus pecuniam stipulatus est,  
nec credit, etsi certa fuit causa stipulationis, quæ ta-  
men aut non est secuta, aut finita est, nocere pecuniæ  
non numeratæ exceptionem. Unde patet, hanc excep-  
tionem non tantum actioni ex chirographo, sed etiam  
actioni ex stipulatione opponi. Solebant quippe creditores  
pecuniam sæpè stipulari prius, deinde stipulationis im-  
plendæ causa adnumerare; qua ratione una ex stipulatu  
nascetur obligatio, l. 6. §. 1. & l. seq. de nov.

*Cujus tempora*] Exceptio non numeratæ pecuniæ cum  
antea quinquennis esset, à Justiniano biennis tantum fa-  
cta est, sup. tit. de lit. obl. ubi fuscè de hac exceptione  
differimus.

## T E X T U S.

## De pacto.

3. *Præterea debitor si pactus fuerit cum credi-  
tore, ne à se pecunia peteretur, nihilominus obli-  
gatus manet; quia pacto convento obligationes non  
omnino dissolvuntur: quia de causa efficax est ad-  
versus eum actio, quam actor intendit, si paret  
eum*

eum dare oportere: *sed quia iniquum est, contra passionem eum condemnari, defenditur per exceptionem pacti conventi.*

COMMENTARIUS.

**S**pecies exceptionum, quæ præcesserunt, jam à principio nascuntur in re contrahenda; quæ sequuntur, ex causa postea interveniente emergunt.

*Nihilominus obligatus manet*] Qui cum creditore pactus est, ne à se pecunia peteretur, is nihilominus ipso jure obligatus manet: nam ut pacti nudi ea vis non est, ut ullam civilem obligationem pariat, ita nec eam, quæ constituta est, sive re, sive verbis, ipso jure tollere potest, *l. 7. §. sed cum. 4. l. si unus. 27. §. 2. de pact. l. 5. l. 10. & l. 13. C. eod.* Plane nudi consensus obligatio, ubi res adhuc integra est, pacto convento tollitur etiam ipso jure, *§. ult. sup. quib. mod. toll. obl. ubi ejus rei ratio à me exposita est.*

*Sed quia iniquum est*] Quamvis debitor, qui pactus est, ne à se pecunia peteretur, non liberatur jure civili, liberatur tamen interventu prætoris, qui vel actionem denegat, si de pacto constat; vel si non constat, addit exceptionem, *extra quam si pactum sit, ne pecunia petatur*: quo apud judicem datum probato, debitor absolvitur, effectuque idem consequitur, quod liberati ipso jure: eoque pertinet *l. nihil interest. 112. de reg. jur.*

TEXTUS.

De jurejurando.

4. *Æquè si debitor creditore deferente juraverit, nihil se dare oportere, adhuc obligatus permanet: sed quia iniquum est de perjurio quæri, defenditur per exceptionem jurisjurandi. In iis quoque actionibus, quibus in rem agitur, æquè necessaria sunt exceptiones; veluti si petitore deferente possessor juraverit, eam rem suam esse, & nihilominus petitor eandem rem vindicet. Licet enim verum sit, quod intendit, id est, rem ejus esse: iniquum tamen est, possessorem condemnari.*

NOTA.

4. *Juraverit*] Aut cum jurare paratus esset, remissum ei fuerit jusjurandum, *l. 9. §. 1. de jurejur.*

*Juraverit rem suam esse*] Aut petitoris non esse, *l. 3. §. 1. l. 11. pr. d. sit.*

COMMENTARIUS.

**E**xceptioni pacti conventi affinis est exceptio jurisjurandi: nam & jusjurandum, de quo hic quæritur, in se conventionem habet, propter quam non minus servatur, quam propter religionem, *l. sed & si. 25. & l. seq. in fin. de jurejur.*

*Creditore deferente juraverit*] Verba edicti, quo prætor jusjurandum rei tuetur, hæc sunt; *Si is, cum quo agitur, conditione delata juraverit, ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad*

*quem ea res pertinet, actionem dabo, l. 3. in pr. junct. l. 7. de jurejur.* Ait *conditio delata*: unde intelligimus, si reus juravit nemine ei conditionem jurandi deferente, prætorum id jusjurandum non tueri, *d. l. 3.* Quod negat, se in eum, qui juraverit, actionem datum, id sic acceptum est, ut in re certa, si prætori constet reum prius conditione delata jurasse, actio simpliciter denegatur: sin autem de eo controversia sit, ambigaturque an reus juraverit, tum locus fit exceptioni jurisjurandi, *l. 9. in pr. eod.* Neque hoc proprium est jurisjurandi, ut nonnulli putant; sed locum habet etiam in causis aliis, unde exceptiones nascuntur. Perriculè enim jubet prætor de eo apud judicem quæri, quod sibi exploratum, & inter litigatores confessum est.

*Adhuc obligatus permanet*] Nam jusjurandum non magis, quam pactum, modus est dissolvendæ obligationis jure civili constitutæ: sed tantum naturalem obligationem tollit, *l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. de sol.*

*Quia iniquum est de perjurio quæri*] Dicendum potius fuerat, meo judicio, quia jusjurandum ex conventionem proficitur, & speciem transactionis continet, *l. 2. l. sed & si. 25. & l. seq. §. ult. de jurejur.* Nam illa alia quæstio est, an exceptio jurisjurandi replicatione perjurii excludatur.

*Si petitore deferente possessor juraverit*] Etiam is, qui actione in rem conventus petitore deferente juravit, actione jurisjurandi, si petitor eandem rem iterum vindicet, adjuvatur, *l. 3. §. 1. d. sit.* sive juraverit rem suam esse, sive petitoris non esse: quanquam hoc amplius ei, qui juravit, rem suam esse, amissa possessione etiam actio in factum datur ad rem recuperandam, si is, qui jusjurandum detulit, possessionem nactus est. Cæterum adversus alium possessorem prærogativa jurisjurandi non utitur: quoniam non debet alii nocere, quod inter alios actum est, *l. 9. in fin. l. 10. l. 11. in pr. & §. 1. d. t.*

TEXTUS.

De re judicata.

5. *Item si judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat: & ideo ipso jure de eadem re postea adversus te agi potest: sed debes per exceptionem rei judicata adjuvari.*

COMMENTARIUS.

**N**on ut quisque judicio absolutus est, ita statim & ipso jure tollitur jus actoris. Quid enim si judex perperam pronuntiaverit? Tantum propter auctoritatem rei judicatæ statuerentur sententiæ, à qua appellatum non est: quam auctoritatem rebus judicatis dari, publica sua utilitas, alioqui modus litium multiplicatus inexplicabilem afferret difficultatem, *l. 6. de exc. rei jud.* Comparata est autem rei judicatæ exceptio tuendi ejus rei causa, qui sententia judicis absolutus est, sive debitor sit, sive possessor: ei vero, contra quem judicatum est, hæc exceptio nunquam datur, *l. evidenter. 16. eod. sit.* Cui non obstat *l. 4. C. de pos.* nam qui in fortem tantum reum condemnat, vi ipsa de usuris absolvit.

*Obligatio durat*] Aut hoc referendum est ad actionem in

in personam, quoniam in rem actio non descendit ex obligatione; aut verbum obligationis contra usum veterum, qui eo in vendicationibus nunquam utuntur, lazius accepit. Theophilus videtur legisse; *actio durat*. Sicenim hunc locum convertit: *αι ψη άγωγαι ψδισον*, eaque lectio Hotomanno & Tuningio magis probatur: in quos cur tam vehementer invehatur Christoph. Riccius in vendic. jur. præmess. c. 19. nullam equidem causam video.

*Per exceptionem rei judicata*] Hæc autem exceptio non aliter agenti obstat, quam si eadem quaestio inter eandem personas revocetur, l. 3. *de exc. rei jud.* Itaque ita demum nocet, si omnia sint eadem, idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem causa petendi, eademque conditio personarum: quæ qualia sint, latè explicatur in l. *cum quaritur*. 12. *cum seqq. eod.*

## T E X T U S.

## De cæteris exceptionibus.

6. *Hac exempli causa retulisse sufficiat: alioqui quam ex multis variisque causis exceptiones necessariae sint, ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libri intelligi potest.*

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

Justinianus non putavit operæ pretium, exceptiones omnes earumque causas proximas, quæ multæ & variæ sunt, singulatim recensere: sed celebrioribus tantum exempli loco propositis, de reliquis jubet consuli volumen *π. lib. D. 44. tit. 1. cum seqq.*

## T E X T U S.

## Divisio prima.

7. *Quarum quaedam ex legibus, vel iis, qua leges vicem obtinent, vel ex ipsius pratoris jurisdictione substantiam capiunt.*

## N O T A.

7. *Et pratoris jurisdictione*] Veluti quod metus causa, de dolo, pacti, jurisjurandi, &c.

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

**H**æc exceptionum divisio sumpta est à causa efficiente remota, ut & obligationum illa in §. i. *sup. de oblig. & actionum*, §. 3. *sup. de act.*

*Ex legibus*] Exceptionum ex legibus propriè dictis descenditium nulla mihi occurrit. Arbitror tamen, exceptionem rei judicatæ esse ex lege 12. tabularum.

*Qua leges vicem obtinent*] Intelligit Principum constitutiones & Senatusconsulta. Ex Principum constitutionibus sunt exceptiones divisionis & ordinis, item præscriptiones illæ temporales quadriennii, re aliena à fisco vendita, *tit. C. de quadriennii præscr. quinquennii adversus querelam inofficiosi testamenti: triginta annorum in actionibus personalibus*, item in rebus, quæ ufucapi, aut longo tempore acquiri non possunt, l. 3. *et 4. C. de præscr. trig. ann. decem dierum in causa appellationis, &c. auct. hodie. C. appell.* Ex Senatusconsultis sunt dux, exceptio Senatusconsulti Macedoniani de pecunia filiosam, credita, & exceptio Vellejani de intercessione mulieris.

## T E X T U S.

## Divisio secunda.

8. *Appellantur autem exceptiones alia perpetua & peremptoria, alia temporales & dilatoria.*

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

**Q**uarundam exceptionum hæc vis est, ut rem, de qua agitur, perimant, atque objectæ efficiant, ne amplius de ea re agi possit: aliz vero ad tempus tantum nocent, & in id tempus duntaxat actionem differunt. Unde aliz dictæ sunt perpetuæ & peremptoriæ, aliz temporales & dilatoriæ. l. 2. §. *ult. l. 3. hoc tit.* Est igitur hæc divisio sumpta ab effectu.

## T E X T U S.

## De peremptoriis.

9. *Perpetua & peremptoria sunt, qua semper agentibus obstant, & semper reus, de qua agitur, perimunt: qualis est exceptio doli mali, & quod metus causa factum est, & pacti conventi, cum ita convenerit, ne omnino pecunia peteretur.*

## N O T A.

9. *Doli mali*] Quamvis actio de dolo sit temporalis: differentiz rationem indicat Paul. l. 5. §. *ult. de dol. mal. exc.*

*Et pacti conventi*] Huc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, transactionis, non numeratæ pecuniæ, &c.

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

1. *Perpetua exceptiones unde dicta.*

2. *Exceptio doli cur perpetua, cum actio de dolo temporalis.*

**Q**ue semper agentibus obstant, &c.] Vis exceptionum perpetuarum & peremptoriarum, quam ipsam & nomina indicant, hæc est, quod oppositæ & probatæ semper agentibus obstant, & rem, de qua agitur, perimant: unde alibi dicuntur totius negotii cognitionem tollere, & vires principalis negotii exhaurire, l. 2. *C. de præc. imp. off.* non enim actionem solum, sed etiam obligationem tollunt, idque non minore cum effectu, quam si sublata esset ipso jure: ut non abs re scriptum sit, nihil interesse utrum actionem quis non habeat, an eam, quæ per exceptionem perpetuam infirmetur; & pro indebito haberi id, cujus petitio ita repelli potest, l. *nihil interest*. 112. *de reg. jur. l. 3. §. 1. de const. pec. l. qui exceptionem*. 40. *de cond. ind.* Dictæ igitur sunt perpetuæ non à tempore proponendi, quod quacunq; judicii parte opponi possunt, ut male DD. & Mynf. *hic. num. 2.* nam & dilatoriæ quoad post litem contestatam objici possunt, ut postea ostendemus: sed à tempore, quo effectus propositarum durat; eoque sensu etiam exceptio non numeratæ pecuniæ vere perpetua est. *Bronch. 2. misc. 52.* Cajus sic definit, *Perpetua atque peremptoria sunt, qua semper locum habent, nec evitari possunt*, l. 3. *hoc tit. sc. semel oppositæ.*

Exceptio

2. *Exceptio doli mali*] Obiter hic notandum, exceptionem peremptoriam, quamvis nascatur ex causa, ex qua actio nata esset temporalis, non solum eo sensu perpetuam esse, quo diximus, sed etiam lapsu temporis non interire: verbi causa, actio de dolo temporalis est, exceptio autem doli perpetuo competit. Hoc ideo, quia actor in sua potestate habet, quando jure suo utatur; at in rei potestate non est, quando conveniatur, l. 5. §. ult. de dol. exc. Secus tamen est, cum quis jus suum, intra certum tempus lege definitum per modum actionis in judicio proponere potest: quia tunc illa ratio cessat. Hinc exceptio non numeratæ pecuniæ biennio, querelæ inofficiosi quinquennio finitur. *Gomez. 1. var. res. 11. n. 20. Costal. in l. 8. §. si filius. 13. de inoff. testam.*

*Quod metus causa, &c.*] Tres hæ exceptiones, doli mali, quod metus causa, & pacti conventi perpetui, exempli tantum causa proferuntur. Sunt enim longe plures exceptionum peremptoriarum species. Nam hæc etiam pertinet exceptio erroris, item jurisjurandi, rei judicatæ, transactionis; item non numeratæ pecuniæ; liberationis legatæ, rei venditæ, quæ vendicanti objicitur, tit. de exc. rei vend. item Senatusconsulti Macedoniani, & Vellejani, trium conformium sententiarum; l. un. C. ne lic. in un. aad. ea. quam exceptionem hodie non attendunt suprema tribunalia. *Myns. 1. obs. 15. Gail. 1. obs. 72. Christin. vol. 4. dec. 122. Imb. lib. 2. inf. for. Bugnon. lib. 1. leg. abrog. ars. 253.* denique præscriptiones omnes, quæ reo ex tempore nascuntur, & si quæ sunt aliæ, quæ rem, de qua agitur, perimunt.

T E X T U S.

De dilatoriis.

10. *Temporales atque dilatoria sunt, quæ ad tempus nocent, & temporis dilationem tribuunt: qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, ne intra certum tempus ageretur, veluti intra quinquennium: nam finito eo tempore non impeditur actor rem exequi. Ergo ii, quibus intra certum tempus agere volentibus objicitur exceptio aut pacti conventi, aut alia similis, differre debent actionem, & post tempus agere. Ideo enim dilatoria istæ exceptiones appellantur. Alioquin si intra tempus egerint, objectaque sit exceptio, neque eo judicio quicquam consequerentur propter exceptionem, neque post tempus olim agere poterant, cum temere rem in judicium deducebant & consumebant; qua ratione rem amittebant. Hodie autem non ita strictè hoc procedere volumus; sed eum, qui ante tempus actionis vel obligationis litem inferre ausus sit, Zenoniana constitutioni subjacere censemus, quam sacratissimus legislator de iis, qui tempore plus petierint, prouulit: & inducias, quas ipse actor sponte indulsit, vel quas natura actionis continet,*

*si contempserit, in duplum habeant ei, qui talem injuriam passi sunt: & post eas finitas non aliter litem suscipiant, nisi omnes expensas litis antea acceperint: ut actores tali pœna perterriti tempora litium doceantur observare.*

COMMENTARIUS.

1. *Præscriptio moratoria, & alia dilatoriarum numero.*
2. *Exceptio excussionis an dilatoria.*
3. *Dilatoria propter diem initio obligationi adjectum.*

**E**Xceptiones temporales & dilatoriz sunt, quæ ad tempus nocent, & in id tempus actionem differunt. Quia rem differunt dilatoriz, quia ad tempus id faciunt, temporales appellantur. Cajus sic eas definit; *Temporales atque dilatoria sunt, quæ non semper locum habent, sed evitari possunt, l. 3. hoc tit.*

*Qualis est pacti conventi, cum ita convenerit, &c.*] Hæc ab effectu appellari potest solutionis dilatoria. Cui similis est præscriptio moratoria à Principe impetrata, l. 2. & l. 4. C. de præc. imp. off. l. in fraudem. 45. §. fiscalibus, de jur. fisc. Solent enim principes humanitatis causa dilationem alicujus temporis indulgere debitoribus, qui fortunæ injuria facultatibus exuti, aut magnum aliquod damnum rei familiaris passi, spatium aliquod ad solvendum petunt, quo se interim tueantur adversus creditores, ne in carcerem ire aut bonis cedere cogantur. Vulgo appellantur literas salvi conductus, gratiz, securitatis. Noltrates, *Wieden van attermintatie of resppt.* Qua de re consulendi *Afflic. decis. 377. & seq. Surd. decis. 301. 307. 322. Boër. decis. 96. Tessaur. decis. 186. Rebuff. de lit. dilat. ars. 1. gloss. 1. num. 9. Christin. vol. 2. decis. 70. & seq. Kinschot. tract. de solut. induc.* Dilatoriarum numero sunt & exceptiones, quæ dicuntur procuratoriz; l. 2. §. ult. l. 3. in fin. hoc tit. §. ult. inf. eod. item præscriptiones fori, l. ult. C. eod. ut exceptio incompetentiæ, recusationis judicis. Hæ sunt, quæ vulgo appellantur judicii declinatoriz. *Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 4. cap. 2. 3. & 4.* Dilatoriz quoque exceptiones sunt, quæ adversus inhumanam solidi petitionem conceduntur, l. 16. & seq. de re jud. §. item si. 37. & seq. & §. ult. sup. de act. ubi vid. Item quæ ideo objiciuntur, quod actione qua agitur, præjudicium fit rei majori, tit. C. de ord. jud. Item exceptio cedendarum actionum, non impleti contractus, libelli generalis & obscuri; item exceptio sub & obreptionis; quæ tamen quatenus negotium principale concernit, peremptoriis annumerari potest. *Christin. vol. 4. decis. 174. num. 5.* Denique exceptiones loci non tuti vel inhonesti, termini angusti, feriarum, & simil. de quibus late *Zanger. de except. part. 2.* Plerique etiam exceptionem divisionis & dilatoriam esse statuunt: sed rectius alii ad peremptorias eam referunt. *Sichard. ad l. 10. C. de fidejuss. Broch. 2. misc. 52. Zanger. de exc. part. 3. cap. 19.* Exceptio quoque excussionis quibusdam dilatoria est, quoniam ajunt, litem tantum differt, non perimit, siquidem creditor excusso debitore potest redire ad fidejussorem sine metu hujus exceptionis. *Auth. presente. C. de fidej. Fachin. lib. 8. cap. 52. Ant. Fab. C. suo. hoc tit. def. 1.* Verum ego & hanc ad classem peremptoriarum potius referendam

H h h h

dam

dam arbitror: nam utique actionem perimit, quod ad fidei ius attinet, si debitor solvendo esse reperiat. Hoc vero sufficit, ut pro perpetua & peremptoria haberi debeat, *l. sufficit. 56. de cond. ind. D. Tuld. comm. hic. cap. 6.* Aliis hæc exceptio dicitur anomala.

3 *Aut pacti conventi aut alia simili*] Puta, quod pecuniæ petitæ dies non venit. Nam & cum obligatio ab initio in diem contracta est, ipso jure actio statim nascitur, ut abunde probavimus ad §. 2. *sup. de verb. obl. sed præmature seu ante diem agens exceptione cujus pecunia dies non venit*, repellatur: & quia perperam agebat, tempore plus debito petens, *l. 2. §. qui ita. 6. de eo quod cert. loc. l. un. §. ult. quand. di. usus. leg. ced. l. liber. 118. §. 1. de verb. obl. causæ amissione multabatur. Quæ pœna erat cujuslibet plus petitionis, §. si quid agens. 33. sup. de act.* Cæterum ex constitutione Zenonis, confirmata à Justiniano, actor ante tempus pactionis aut obligationis litem inferens non amplius rem consumit, sed hanc pœnam suffert, ut cogatur reliquas inducias rei conduplicare, iisque finitis non ante audiatur, quam sumptus omnes prioris litis refuderit, *hoc text. in calce. Quid hodie juris sit, exposui ad d. §. si quis agens.*

## T E X T U S.

## De dilatoriis ex persona.

II. *Præterea etiam ex persona sunt dilatoria exceptiones, quales sunt procuratoria, veluti si per militem, aut mulierem, agere quis velit. Nam militibus nec pro patre, vel matre, vel uxore, nec ex sacro rescripto, procuratorio nomine experiri conceditur. Suis vero negotiis sumperesse sine offensa militaris disciplina possunt. Eas vero exceptiones, quæ olim procuratoribus propter infamiam vel dantis, vel ipsius procuratoris opponebantur, cum in judiciis frequentari nullo modo perspeximus, conquiescere sancimus; ne dum de his altercatur, ipsius negotiis disceptatio proteletur.*

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

1. *Varia exceptionis dilatoria genera ratione objecti.*
2. *Exceptio procuratoria quotuplex.*
3. *Licet ut pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti.*
4. *Usus exceptionum peremptoriarum in bona fidei judiciis: in his contestationem earum non fuisse necessariam.*
5. *In strictis judiciis initio litis contestanda.*
6. *Quid ex interpretum sententia hic receptum.*
7. *Vis exceptionum rei iudicata, jurisjurandi, & transactionis.*
8. *Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse.*
9. *Quibus exceptionibus uti liceat etiam in executione rei iudicata.*
10. *Usus dilatoriarum, hæc regulariter inter exordia litis opponi, disceptari, &c. oportere: & quæ hinc excipienda.*

11. *Quæ exceptiones dilatoria etiam post sententiam re-He opponuntur.*
12. *Mores hodierni plerorumque tribunalium circa usum exceptionum.*

**E**Xceptionum dilatoriarum quædam tangunt negotium ipsum & causam principalem, ut exceptio pacti temporalis de non petendo, præscriptio moratoria, &c. Quædam constitutionem judicii. Atque ex his quædam personam judicis, ut exceptio suspecti, & exceptio præventionis, de qua in *l. 7. de jud.* item ea, quæ specialiter dicitur exceptio incompetentiæ, si videlicet apud eum agatur, cujus de ea re, de qua agitur, aut in personam, cum qua agitur, jurisdictionis non est. Quædam personam adversarii, puta quod idoneam personam standi in judicio non habet, *tit. C. de his qui pers. legis. &c.* Quædam personam procuratorum, vel quia procuratores non sunt, vel quia procuratores esse non possunt, quæ dicuntur procuratoriæ, *l. 2. §. ult. l. 3. hoc tit.* Sed nec incommode quis dixerit, dilatorias omnes comparatas esse adversus quamcunque perversam judicii institutionem; siue quia persona judicis, aut adversarii, aut procuratoris, idonea non est ad judicium exercendum; siue quia actio, quæ intenditur, non competit, aut alia prius intendi debet, ne per eam graviori causæ præjudicium fiat; & generaliter quæcunque judicium transferunt, vel commutant in alias personas, in aliam actionem, in alium locum, in aliud tempus: unde à Cicerone *lib. 1. & 2. de invent.* appellantur translationes, & judicii commutationes.

*Quales sunt procuratoria*] Exceptiones procuratoriæ ex persona dilatoriæ sunt, quia rem differunt: nam qui dicit, non licere procuratorio nomine agi, non proflus inficiatur litem, sed personam evitat, *l. 2. in fin. hoc tit.* Exceptio autem procuratoria duplex est: nam aut omnino procurator esse negatur, veluti si dicatur mandatum non habere: *l. inter quos. 39. §. pen. de damn. inf. l. licet. C. de proc.* aut à pupillo sine auctoritate tutoris constitutus: *l. in exceptionibus. 19. §. 2. de prob.* aut esse non posse contenditur, veluti si miles sit, aut mulier; cujusmodi exceptionum vix ullus hodie usus est, ut liquet ex iis, quæ *sup. ad §. 1. de iis per quos ag.*

*Mulierem*] Mulieres ab omnibus officiis civilibus pudor & naturalis verecundiæ ratio prohibet, *l. 1. de reg. jur. l. 1. de postul.* quamobrem nec alienam litem procuratorio aut defensorio nomine suscipere possunt, *l. neque femina. 54. de proc. l. alienum. 18. C. eod.* ubi Imp. ajunt, alienam suscipere defensionem virile esse officium, & ultra sexum muliebrem. Plane alias actiones in rem suam & proprium lucrum sibi mandatas exercere non prohibentur, *l. 4. C. eod.*

*Militibus nec pro patre*] Milites ne pro patre quidem aut matre aut uxore, quamvis rescriptum impetraverint, procuratores esse possunt, *l. 8. §. 2. de proc. l. 7. C. eod.*

*Suæ negotiis*] *L. 9. C. de proc.* ubi Imp. militibus non tantum suas causas agere, verum etiam si in rem suam procuratores constituti sint, alienas actiones persequi permittit.

*Propter infamiam*] Apparet ex hoc loco, olim infames neque procuratores esse, neque procuratorem dare potuisse, quanquam per se agere poterant. Justinianus autem

autem exceptiones de agentis aut procuratoris infamia quiescere jubet. Utique ubi de infamia non aperte constat, & ob id disceptatio negotii protelanda. Operæ premium facturum videor, si hic aliquid subjecero de recto usu exceptionum exercendarum. De eo duplex fere quæstio est; una de numero objiciendarum, altera de tempore objiciendi. De numero hoc quæsitum, liceat pluribus exceptionibus ejusdem rei nomine simul uti. Movet exemplum plurium actionum de eadem re concurrentium, quarum constat una tantum eodem tempore experiri licere. Sed quod actori non licet, id placuit licere ei, unde petitur, ut pluribus exceptionibus, quamvis diversis, modo ne se invicem destruant, eodem tempore uti possit, hoc effectu ut si in una probanda defecerit, ad aliam recurrere non prohibeatur, *l. 5. l. 8. hoc tit. l. nemo. 43. de reg. jur. cap. nullus. eod. in 6. DD. comm. in d. l. 8. Zas. ibid. n. 4. Covar. 1. var. ref. 2. n. 2.* Differentiæ ratio est, quod agere actori liberum est, defendere reo non item. Non iniquum in actore laessendi libertatem uno genere armorum circumscribere: reo vero, cui non semper sui defendendi facultas, omnia ad defendendum arma suppeditare, humanum est. De tempore objiciendæ exceptionis ita in peremptoriis jus olim fuit, ut in bonæ fidei judiciis necesse non esset exceptionem initio litis contestari, sed eam quandoque ante rem judicatam opponere liceret. Cui non obstat, quod dicitur, ultra id quod in iudicium deductum est, excedere potestatem iudicis non posse: nam in bonæ fidei judiciis verba ipsa iudicii dati exceptionem tacite includunt, cum in his jubetur iudex judicare ex æquo & bono: idque veteres significant, cum ajunt, exceptiones inesse bonæ fidei judiciis, his contineri; etsi non excipiatur, satis tamen per officium iudicis consuli, *l. 3. de resc. vend. l. hujusmodi. 84. §. qui servum. de leg. 1. l. plano. 38. l. ult. de her. pet.* In strictis vero judiciis exceptionem in principio litis nominatim contestari necesse erat, & vel à reo agnoscente intentionem actoris statim probari, vel à dubitante tantisper omisam, donec actor intentionem suam probasset, antequam sententia ferretur, ad disceptationem opponi. Textus clari in *l. 9. C. de præs. long. temp. l. 8. & l. 9. C. hoc tit.* Cæterum non contestatam postea objicere nego pro arbitrio licuisse. Cujus ego rei fortissimum hoc argumentum habeo. Certum est, ultra id, quod in iudicium deductum est, iudicis potestatem non excedere, *l. 18. comm. div.* Atqui in strictis judiciis nihil in iudicium deductum intelligi potest, de quo lis non aperte contestata sit. Nam sive veterum iudiciorum rationem considerare volumus, palam est, exceptiones in iure apud prætorem proponi debuisse, qui deinde formulæ eas includebat; sive mutatam postea iudiciorum formam, constat, eandem iudicis potestatem mansisse liberam in bonæ fidei judiciis, in contrariis adstrictam iis rebus, quæ nominatim in iudicium deductæ sunt, ut proinde in his nihilominus necesse fuerit exceptionem in exordio litis contestari. Atque ita sæpissime rescriptum est, postquam jam à Diocl. *l. 2. C. de ped. jud. sublata esset iudicis dandi licentia, l. 8. l. 9. C. hoc tit. l. 9. C. de præs. long. temp.* Quibus non obstat *l. 2. C. sens. resc. non poss.* Nam omisissæ ibid. *ex d. l. 8. & 9. hoc tit.* accipere debemus: non quarum nulla mentio initio facta: sed quæ contestatæ postea omisissæ, id est, dilatae sunt ad proba-

tionem & disceptationem. *Don. ad d. l. 8. num. 7. Gudelin. lib. 4. cap. 8.* Cæterum plurium suffragiis probatum, usuque receptum est, ut hujus generis exceptiones etiam non contestatæ usque ad sententiam recte objiciantur, vid. *Myns. 1. obs. 24. Marant. §. 6. num. 12. Gail. 1. obs. 74. num. 13. Wes. par. n. 7.* quod eo facilius nunc admittendum, quia discrimen iudiciorum bonæ fidei & stricti juris pene sublatum est, ut alibi demonstravi. Exceptiones rei judicatæ, jurisjurandi, & trans-7 actionis hoc speciale habent, quod impediunt litis ingressum, modo paratam earum reus probationem habeat: unde & litis finitæ appellatur. *Christin. d. decis. n. 7. Gudelin. lib. 4. cap. 7. sect. 1.* quanquam si initio oppositæ non sunt ad impediendum processum, nihilominus postea opponi possunt ad justitiam causæ. *Christ. d. dec. num. 18. & seq.* Sciamus autem, ea, quæ de contestatione harum exceptionum diximus, dicta esse de exceptionibus facti, quibus aliquid factum esse intendimus, quod proinde & probare debemus, ut intelligitur *ex l. in exceptionibus. 19. de prob.* quæ enim quæstionem facti habent, non possunt intelligi in iudicium deduci, nisi facta contestatione. Diveria autem causa est 8 exceptionum juris, id est, earum, quæ alicui conditione ipsa personæ jure tribuuntur, qualis est exceptio divisionis epistola D. Hadriani fidejussoribus tributa. Nam hoc genus contestari necesse non est, sed sufficit quandoque, ante sententiam allegari, *l. 10. C. de fidejuss. & ibi D. Ant. Fab. C. suo. hoc tit. desin. 1. num. 3.* Nimirum auxilium divisionis satis sub appellatione & persona fidejussoris in iudicium deduci intelligitur, cum fidejussori jure tribuatur, hoc ipso quod fidejussor est. Dux omnino exceptiones peremptoriæ sunt, quas non 9 solum necesse non est initio litis contestari, sed quibus etiam non allegatis uti licet in executione rei judicatæ, nempe exceptio Senatusconsulti Macedoniani & Vellejani, *l. 11. de SC. Mac.* Id quod mirum videri non debet placuisse in iis exceptionibus, quæ publicæ utilitatis causa maximè introductæ sunt. DD. nostri etiam plures hujus generis referunt in *l. 1. C. de re jud. l. 1. C. de jur. & fact. ign. Gail. 1. obs. 113. num. 5. & seqq. Zas. in l. 2. hoc tit. num. 16. Marant. part. 2. memb. 9. num. 18. Merul. lib. 4. distinç. 4. sect. 3. tit. 4. cap. 14.* Exceptiones dilatoriæ, cujuscunque ex generis sunt, si pauca dempseris, inter exordia litis, hoc est, ante litem contestatam, opponi debent. Quin & disceptari, probari & decidi, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Excipitur dila- 10 toria solutionis, non defugiendi iudicii, sed solutionis differendæ gratia objecta, seu, ut vulgo loquuntur, non ad impediendum processum, sed ad merita causæ opposita, cujus initio contestatæ probatio demum à reo exigitur, postquam actor intentionem suam probavit, quo refero *l. exceptionem. 19. C. de probat. cum Gudelin. lib. 4. cap. 7. sect. 1.* Sed & si quæ hujus generis demum post litem contestatam nata sit, veluti si novæ causæ postea emerferint, ob quas iudicem tanquam suspectum recusare liceat, non est ambigendum, quin hujusmodi exceptio post ceptum iudicium objici possit, *cap. 15. de off. deleg. Richard. ad l. 13. C. de proc. n. 5.* quanquam in privilegio fori superveniente hoc locum non habet, *l. 7. de judic.* Item juris esse interpp. nostri volunt, si exceptio gravamen successivum, ut loquuntur, habet: cujusmodi est exceptio loci non tuti vel suspecti. *Myns. 2. obs. 74.*

obf. 74. Gail. 1. obf. 52. num. 3. Sichard. d. loc. num. 6. Item si reus exceptionem sibi competere in facto errans ignoraverit, cap. 4. ꝛ. hoc tit. Covar. pr. quæst. 26. num. 2. Illud certum est, exceptiones dilatorias, quæ adversus inhumanam solidi petitionem comparatæ sunt, non solum post litem contestatam ante sententiam objici posse, sed etiam post rem judicatam in ipsa executione, l. 15. l. 17. §. ult. sol. matr. l. item. 18. l. Nefennius. 41. §. ult. de re jud. Rationem reddunt, quia hoc genus exceptionis non impugnat sententiam, sed moderatur vires judicati. Idem obtinet & in exceptione restitutionis, l. divus. 33. de re jud. & in exceptione cedendarum actionum, l. si fidej. 41. §. 1. de fidej. Item in exceptione non impleti contractus, veluti pretii non soluti. De qua DD. in l. 1. C. de jur. & fact. ign. Gail. 2. obf. 17. Zang. de exc. part. 4. cap. 28. num. 88. Tantundem dixerit, si exceptio iudicium retro reddat nullum, qualis est exceptio falsi procuratoris, l. licet. 24. C. de proc. si modo hæc vera exceptio. Moribus multorum tribunalium nunc ita comparatum est, ut reus omnes exceptiones, quas habet, simul & conjunctim initio litis pro-

ponere debeat, peremptoriasque una cum dilatoriis. Quod vocant procedere ad omnes fines. Cæterum protestari consuevit reus, se hac exceptionum cumulatione nihil damni habiturum, sed ex illis sibi defensionem recte atque ordine velle tribui. Damhoud. prax. civ. cap. 139. Imbert. inst. for. lib. 1. cap. 51. Adyns. 4. obf. 89. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 4. cap. 1. Christin. vol. 4. decis. 174. n. 15. Gudelin. lib. 4. c. 7. sect. 1. & cap. 8. sect. 1. in fin. ubi etiam docet, quam rationem hoc institutum habeat, nimirum ut cunctis rei defensionibus initio allegatis, iudex ex iis statum causæ eliciat. Variatur enim status causæ, cum intentione actoris probata exceptio postea opponitur. Et quid opus est actorem longum tempus magnosque labores & sumptus probandæ intentioni suæ impendisse, si ea exceptio tandem objiciatur, quæ initio objecta cum statim à lite retraxisset? Tres tamen sunt exceptiones, quæ in tribunalibus nostris solæ & per se proponi possunt, exceptio declinatoria fori, litis pendentiæ, & litis finitæ, juxta instr. Cur. Holl. art. 88. junct. art. 10. Ampliat. & art. 12. ord. Just. Groenew. de ll. abrog. ad hunc tit. Inst.

## TITULUS XIV. DE REPLICATIONIBUS.

*Replicatio quid sit.*



Exceptio actorem excludit, ita replicatio reum, l. 2. §. 2. de exc. estque nihil aliud replicatio, quam secunda actoris allegatio ad firmandam actionem suam adversus exceptionem à reo oppositam. Itaque & replicatio quædam exceptio est, sed quæ à parte actoris venit, d. l. 2. §. 1. unde à Paulo dicitur contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio, l. exceptio. 22. §. 1. eod. quanquam proprie exceptio appellatur ea defensio, qua reus utitur ad excludendam actionem.

### TEXTUS.

#### De replicatione.

*Interdum evenit, ut exceptio, qua prima facte iusta videtur, tamen inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi actoris gratia: qua replicatio vocatur; quia per eam replicatur atque resolvitur jus exceptionis. Veluti cum pactus est aliquis cum debitore suo, ne ab eo pecuniam petat, deinde postea in contrarium pacti sunt, id est, ut creditori petere liceat: si creditor agat, & excipiat debitor, ut ita deum condemnetur, si non convenerit, ut eam pecuniam creditor petat, nocet ei exceptio: convenit enim ita. Namque nihilominus hoc verum manet, licet postea in contrarium pacti sint. Sed*

*quia iniquum est, creditorem excludi, replicatio ei dabitur ex posteriore pacto convento.*

### NOTÆ.

*Quæ prima facte iusta]* Κατὰ τὴν ἀρχὴν, secundum jus strictum: iniqua autem, si ex æquitate putetur.

*Adjuvandi actoris gratia]* Exceptio est subsidium rei, replicatio actoris, l. 7. l. 10. C. de exc. l. 2. §. 2. D. eod.

*Replicatio vocatur]* Quæ & ipsa quædam exceptio est, sed quæ à parte actoris venit, d. l. 2. §. 1.

*Nocet ei exceptio]* Quia pactum prius per posterius non tollitur ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum est. Quia in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur, l. 27. §. 2. de pact. id est, quia pacto non liberamur nisi contestatione pacti: at per stipulationem novantem, per stipulationem Aquilianam & subsecutam acceptilationem etiam sine aliqua defensionis contestatione.

### COMMENTARIUS.

1. Explicatur l. si unus. 27. §. 2. de pact. & conciliatur cum l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. de solut.

Cum exceptio in speciem iusta, vera iniqua est, opus est alia defensione adjuvandi actoris gratia. Ut ecce, Creditor, qui decem mutuo dederat, pactus est cum debitore, ne ab eo peteret. Postea cum quereretur creditor, nullam fuisse causam debiti remittendæ, obtinuit, ut nova conventio interponeretur, qua placeret, rursus ei petere licere. Hic si creditor agat, & excipiat debitor, obstabit agenti exceptio: nam prius pactum non tollitur per posterius ipso jure, sicut stipulatio per stipulationem, si hoc actum sit, puta si novandi animo



animo posterior interposita sit, *l. si unus. 27. §. 2. de pact.* Cæterum quia iniquum est, creditorem excludi, alia defensione adjuvatur ex posteriore pacto convento, quæ exceptioni opposita eam elidat, & nostris replicatio dicitur, propterea quod per eam replicatur & resolvitur jus exceptionis, *hoc text. l. 2. §. 1. & 2. eod.* Theophilus reddidit, ἀπαλύεται ἡ τὴν ἀδυναμίαν ἰσχύς. *Vu exceptionis resolvitur.* Rhetores firmamentum appellant. Nam defensore Cicerone in *partis. Firmamentum est, quod ad labefactandam rationem* (ea nostris est exceptio) refertur. At enim, inquis, obligatio naturalis ipso jure per pactum tollitur, *l. Stichum. 95. §. naturalis. 4. de solut.* cui consequens videtur, quod pacti etiam hæc vis sit, ut ipso jure obligationem priorem reponat in pristinum statum, perinde ac si pactum prius interpositum non fuisset. Minime, inquam: nam cum non obstante priore pacto de non petendo obligatio & actio ipso jure adhuc competat, fieri nequit, ut exceptio debitori priore pacto quæ sita posteriore pacto ita tollatur, ut ea agenti creditori in iudicio opponi non possit. Atque hoc significat Jurisconsultus in *d. l. si unus. 27. §. 2. de pact.* cum ait, in pactis factum versari. Antea dixerat, in stipulationibus jus contineri. Ait, *in pactis factum versatur*; id est, ut ego interpretor, pacta quidem nobis profunt ad liberationem, sed facti nostro, si quis initio litis pactum sit contestatus, ejusque pacti exceptionem in iudicium deduxerit. Hæc enim contestatio & defensio cum in facto rei posita sit, recte dicitur, in pactis factum ad liberationem versari: eademque hic exceptionis & replicationis ratio. *In stipulationibus*, inquit, *fus continetur*: id est, per stipulationem novantem, per Aquilianam eamque secutam acceptilationem, hoc assequimur, ut ipso jure liberemur, non facto aliquo nostro, id est, non defensionis contestatione, aut acceptilationis exceptione & objectione. Huc pertinet, quod idem Jurisconsultus in *l. qui servum. 34. §. 1. de obl. & act.* scribit, eum, qui rem sibi commodatam furripuerit, teneri quidem & commodati actione & conditione, sed alteram actionem per alteram perimi aut ipso jure aut per exceptionem. Significat enim, cum quis ipso jure liberatus est, posse eum tuto negare se debere; & quamvis exceptionem in iudicio non proponat, absolvi debere, si ex pristina actione solviffe se, quandoque, apud judicem doceat. Si vero per exceptionem actio tollatur, non debere reum negare se teneri: sed cum hoc confessus fuerit, ejus quod præcesserit, exceptionem opponere posse, per quam consequatur idem, ne teneatur. Hoc vero inquit facere est tutius; quia scilicet, dabitari possit, an eo modo prior actio sublata sit jure, *add. Cujac. & Ant. Fab. ad d. l. 27. §. 2. de pact. Dam. ad h. s. C. eod. Bachov. de pact. cap. de eff. pact. lib.*

TEXTUS.

De duplicatione.

1. *Rursus interdum evenit, ut replicatio, qua prima facie justa est, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjuvandi rei gratia; qua duplicatio vocatur.*

De triplicatione.

2. *Et si rursus ea prima facie justa videatur, sed propter aliquam causam auctori inique noceat, rursus alia allegatione opus est, qua auctor adjuvetur; qua dicitur triplicatio.*

De cæteris exceptionibus.

3. *Quarum omnium exceptionum usum interdum ulterius, quam diximus, varietas negotiorum introducit, quas omnes apertius ex Digestorum latiore volumine facile est cognoscere.*

COMMENTARIUS.

1. *Hodie ultra duplicationem non procedi nisi ex gravi causa: nec in statu juridiciali exceptionum aut replicationum usum esse.*

**S**I replicatio & ipsa prima fronte justa, revera autem iniqua sit, contra eam datur reo duplicatio: & rursus contra duplicationem auctori triplicatio: & sic deinceps nomina multiplicantur, quoties vel auctor vel reus objicit, allegationumque ultro citroque modus est infinitus, *l. 2. §. 3. hoc tit.* Verum hanc licentiam posteritas merito refrænandam putavit, ne modus allegationum nimium multiplicatus non tam explicet causam, quam implicet. Itaque hodie in bene constitutis Curii placet, non procedi ultra duplicationem; nisi ex gravi causa iudex aliter decernat, puta ob novi, & ad statum causæ pertinentis facti allegationem. *Vid. Ordin. Cam. Imp. p. 3. tit. 20. Imbert. 1. Inst. for. 36. Ampliat. Instr. Cur. Holland. art. 12. D. Tuld. in comm. ad hunc tit. c. 1. & 2.* ubi exemplo hanc rem illustrans ostendit, cur necesse non sit ultra duplicationem progredi. Concessa autem ex causa auctori triplicatione, reo simul concessa intelligitur quadruplicatio, & ita deinceps. *Morul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 10. cap. 1.* In statu causæ juridiciali exceptionibus aut replicationibus non utimur: sed iudex appointteert partpen te bescheyven by memorien en advertissementen van rechtten / &c. In statu conjecturali appointteert arten te maechen / en daer van te dienen / indien geen productie van noode is; ofte in septen contrarie / indien productie vereyscht woordt. Ende woordt in beyde geschreyven by eysch / antwoordt / replijc / duplijc, by intervallen van tijdt / sonder meer. *Morul. d. dist. 4. sect. 4. tit. 10. & seq.*

TEXTUS.

Quæ exceptiones fidejussoribus profunt vel non.

4. *Exceptiones autem, quibus debitor defenditur, plerumque accomodari solent etiam fidejussoribus ejus: & recte: quia quod ab eis petitur, id ab ipso debitore peti videtur: quia mandati iudicio redditurus est eis, quod ei pro eo solverint. Qua ratione & si de non petenda pecunia pactus*

Hhhhh 3

quis

quis cum eo fuerit, placuit, perinde succurrendum esse per exceptionem pacti conventi illis quoque, qui pro eo obligati sunt, ac si etiam cum ipsis pactus esset, ne ab eis pecunia peteretur. Sane quaedam exceptiones non solent his accommodari. Ecce enim debitor, si bonis suis cesserit, & cum eo creditor experiat, defenditur per exceptionem, si bonis cesserit. Sed hac exceptio fidejussoribus non datur: ideo scilicet, quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab iis, quos pro eo obligavit, suum consequi.

## COMMENTARIUS.

1. Qua exceptiones ad alios transeant, aut non transeant.
2. Exceptio lationis ex causa status cuius generis.

**U**trum exceptio, quæ debitori competit, ad alios, puta hæredes, fidejussores, transeat, nec ne, ex genere exceptionis definiendum est. Nam quædam exceptiones in rem sunt, quædam in personam; sive, quod idem est, quædam causæ seu rei, quædam personæ cuiusque coherent. Rei coherentes exceptiones, sunt, veluti rei iudicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa, pacti conventi in rem, Senatusconsultorum Vellejani & Macedoniani, &c. l. 7. §. 1. hoc tit. Personæ coherent, exceptio pacti, quo nominatim convenit, ne à solo debitore peteretur, l. nisi. 22. de pact. ne quis ultra quam facere potest, conveniatur, d. l. 7. in pr. item præscriptio moratoria, utpote beneficium Principis personale, l. 1. §. 2. de const. Princ. l. privilegia. 196. de reg. jur. Primi generis exceptiones etiam successoribus & fidejussoribus, reliquisque accessionibus dantur, d. l. 7. §. 1. l. omnes. 19. hoc tit. de except. l. si tibi. 17. §. pactum. 5. cum aliquot ll. seqq. de pact. l. ex persona. 32. de fidejuss. l. 9. §. ult. l. si u. 25. §. ult. de exc. rei iud. l. 7. cum seq. de jurejur. l. 9. §. pen. de sen. Mac. l. 16. §. 1. ad sen. Vellej. l. 8. C. de non num. pec. l. emptori. 28. C. de evict. Secundi generis personam debitoris non egrediuntur, l. 12. & l. seq. sol. matr. l. esst. 24. cum seq. de re jud. l. nisi. 22. l. idem. 25. §. 1. de pact. cum similibus.

[Quia mandati iudicio] Hæc ratio est, ob quam placet, exceptionem, quam reus habet, etiam fidejussori prodesse, nimirum quia alioqui nec ipsi reo profutura

esset; quippe à quo fidejussor, quod solvit, iudicio mandati repetere potest, §. si quid. sup. de fidejuss. l. mandati. 14. C. eod. Hinc quod à fidejussore petitur, non dicitur à reo exigi, scribit Ulpian. l. adversus. 29. de recept. arb. Quod si nulla sit mandati actio, puta si donandi animo fidejusserit, exceptio reo competens fidejussori non proderit, l. quod dictum. 32. de pact. l. 9. §. pen. de sen. Mac.

[Si de non petenda pecunia] Nisi nominatim id actum, ne à solo debitore peteretur, non etiam à fidejussoribus: nam tale pactum, quia personale est, ad fidejussorem non pertinet, quemadmodum nec ad hæredem, l. nisi. 22. l. idem. 25. §. 1. de pact. Putarem tamen, hodie etiam tale pactum fidejussori prodesse debere propter beneficium ordinis novissimo jure fidejussoribus tributum, quod alioqui facile per collusionem reorum eis auferri posset. Hoc & D. Cujacius in d. l. 22.

[Debitor si bonis suis cesserit] Debitor, qui creditori suo bonis cessit, si iterum conveniatur, tueri se potest exceptione cessionis bonorum; neque tenetur, nisi quid alicujus momenti postmodum acquisierit: quo tamen casu adhuc in solidum conventus exceptionem competentis habet, ne ultra quam facere possit, condemnetur, l. 4. & pass. de cess. bon. Hæc autem exceptio, uti & cæteræ omnes, quæ adversus solidi petitionem comparatæ sunt, personalis est, non causæ, sed personæ coherentis: & ideo ad alios non transit, l. 7. pr. de except. De quo plura sub §. ult. de act.

[Qui alios pro debitore obligat] Cum fidejussor suam personam, tanquam magis idoneam, substituatur pro persona debitoris principalis, merito arcetur ab iis defensionibus, quæ propriæ sunt personæ rei, & specialiter tribuuntur. Exceptio lationis ex causa status, quæ minori in integrum restituito datur, mixti generis esse videtur, & partim pro beneficio causæ habenda, quia etiam hæredibus minoris datur, etsi ipsi sint majores, l. 6. de restit. in integ. l. minor. 18. §. ult. de minor. partim pro beneficio personæ, quia denegatur fidejussoribus ejus, l. in causa. 13. pr. eod. l. 7. in fin. de except. l. 1. l. 2. C. de fidej. min. nisi forte salva sit creditori iudicii in alium translatio, l. minor. 51. de procur. add. Myns. 4. obs. 18. Mauris. tract. de rest. in int. c. 13. Gomez. 2. resol. 14. n. 6. & 9. Plane, si quis pro minore dolo adversarii circumvento intervenerit, ex hac causa quæ minori competit exceptio, ea pro beneficio causæ omni ex parte habetur, ut etiam pro fit fidejussori. Nec mirum, cum etiam majoribus ex eadem causa eadem exceptio detur, d. l. 7. §. 1. de except. l. ult. C. de fidej. min. Mauris. cap. 14. Odd. tract. de rest. in int. 1. quest. 48. Dur. ad d. tit. C.

## TITULUS XV.

## DE INTERDICTIS.

Dig. Lib. 43. Tit. I. C. Lib. 8. Tit. I.

Ratio ordinis, &amp; summa tituli.

**P**ostquam de actionibus earumque ordine, progressu, & cum exceptionibus congressu dictum est, non inconvenienter subjicit tractatio de interdictis; quippe quæ & ipsa actionum instar obtinent, & si vim eorum ac potestatem spectes, id est, quod iis consequi volumus, re ipsa actiones sunt: unde & actionis verbo contineri dicuntur, *l. actionis. 37. de obl. & actionibus*. Denique & olim ex causa interdicti adversus non parentem actio dabatur, & postea ambagibus interdictorum sublatis placuit, ut recta & protinus actio possessoria proponeretur, *l. pen. & ult. C. hoc tit.* Unde & compositores titulum *interdictis sive extraordinariis actionibus*, &c. Docemur primum hoc titulo, quid sit interdictum, & quæ ratio nominis; deinde varix traduntur divisiones, quæ genera, eorumque species ostendunt.

## TEXTUS.

Continuatio &amp; definitio.

*Sequitur, ut dispiciamus de interdictis, seu actionibus, qua pro his exercentur. Erant autem interdicta forma atque conceptiones verborum, quibus prætor aut jubebat aliquid fieri, aut fieri prohibebat, quod tunc maxime fiebat, cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contendebatur.*

## NOTÆ.

*Maxime cum de possessione*] Ait *maxime*, quia quædam interdicta proprietatis aut quasi proprietatis causam continent: vid. *l. 2. §. 2. hoc tit. l. 3. §. 11. cum seqq. de itin. act. priv.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita, ut hujusmodi controversiæ, in quibus ut plurimum ultra jurgium proceditur, & manibus non temperatur, quam celerrime componerentur, *l. 13. §. 2. de usufr.*

*Quasi possessione*] Rerum scilicet incorporalium puta usufructus & servitutem, quæ quasi possideri dicuntur, *l. 18. §. 1. de har. pet. l. 23. §. 2. ex quib. ca. maj.*

## COMMENTARIUS.

1. Quid sit interdictum juxta veterem formulam, & quid hodie: observatur error Theophili.
2. Qua interdicta causam proprietatis aut quasi continent.
3. Cur potissimum de possessione proposita.

**S**eu actionibus, qua pro his exercentur] Nam tempore Justiniani necesse non erat interdictum reddi & impetrari, sed loco interdictorum actiones recta introducebantur, ut docet *§. ult. hujus tituli*.

*Forma atque conceptiones verborum*] Interdicta certis verborum formulis constabant: id quod ex singulis fere titulis libri 43. *interdictis* cuivis licet animadvertere. Ita- que interdictum, si veterem formulam spectemus, sic recte definitur. Decretum Prætoris certis verbis conceptum, quo in causis possessionum vel quasi possessionum jubebat, aliquid fieri, aut fieri vetabat, prout id rei, de qua agebatur, conveniebat. Nam alias petitur, ut possessio restitueretur, aut res exhibeatur: hic prætor restitui aut exhiberi jubebat. Alias qui rem tenet aut ea fruitur, petit, ne sibi tenenti aut fruenti vis fiat: hanc prætor fieri vetabat.

*Aut jubebat aliquid fieri*] Sine constitutione judicii. Nam prætor ad postulationem interdictum petentis adversario ad se vocato sine forma judicii interdictum reddebat, certa verborum formula jubens aut vetans aliquid fieri. Quod si interdicto paritum non esset, tum aut manu ministrorum decretum suum exequeretur, aut civilius ex causa interdicti actionem & judicium dabat, *l. 1. §. 2. si vent. nom. mul. l. 3. pr. ne vis fiat ei, qui in poss.* Totoque judicio fallitur Theophilus, interdictum definiens enuntiatum prætoris non decidens hypothesein, sed quomodo de ea judicandum sit, judicem informans. Postea placuit actionem sine isto circuitu recta proponi: ut hodie interdicta nihil aliud sint, quam actiones, quibus de possessione disceptatur.

*Tunc maxime cum de possessione*] Ait, *maximè*: quia quædam interdicta proprietatis aut quasi proprietatis causam continent; veluti de itinere actuque privato, de qua quotidiana & æstiva, de locis sacris & religiosis, *l. 2. §. 2. hoc tit. l. 3. §. ait. 11. cum §. seqq. de itin. actuque priv. l. 1. §. ult. de aq. cott. & est.* quanquam hæc non ideo dicuntur causam proprietatis continere, quod non sint de possessione aut usu rei tuendo: sed quia cum sint de his rebus principaliter, per consequentiam adjunctam habent causam proprietatis, aut velut proprietatis, dum placet eum vincere in hoc usu, qui jus de cujus usu agitur, ad se pertinere ostenderit, *d. l. 3. §. hoc autem. 13. Don. ad hunc tit. C. n. 6. Tuld. n. 2.* Et hoc est, quod dicitur in *d. l. 1. §. ult.* in hujusmodi interdictis totam questionem finire, id est, & possessionis & proprietatis; cum illa, quæ sunt de sola possessione vel quasi possessione, tantum sint præparatoria, & ubi desierint, incipiat secunda actio, *l. ult. C. quor. bon. quæ & principalis dicitur in l. nulli. C. de judic.* Ideo autem de causa possessionis potissimum interdicta proposita fuisse videntur, ut hujusmodi controversiæ quam celerrimè imperio prætoris transigerentur, ne in pacata & libera civitate, dum unusquisque possessionem rei sibi asserere conatur, vis interrim fiat: quod cum in causis proprietatis, ubi de possessore jam constat, non metuetur, illarum cognitio sine periculo ad privatos judices delegari potest: quam etiam ob causam nunc ferè suprema tribunalia in prima instania

ria de causis possessionum cognoscunt, *Gail. 1. obs. 5. uti apud nos Curia Provincialis art. 39. & seqq. instr. Cur. Holl. aut supremus Senatus art. 19. supr. senat.* Sed & pleraque interdictiona de iis rebus competunt, quarum nulla proprietas est, sed usus tantum, quædam velut possessio privatorum; nempe de locis sacris, religiosis, publicis, hominibus liberis, *l. 1. pr. hoc tit. & exponuntur singulis tit. seorsum.*

## TEXTUS.

## Divisio prima.

**I. Summa autem divisio interdictionum hæc est, quod aut prohibitoria sunt, aut restitutoria, aut exhibitoria. Prohibitoria sunt quibus prætor vetat aliquid fieri; veluti vim sine vitio possidentis, vel mortuum inferenti, quo ei jus erat inferendi; vel in sacro loco adificari, vel in flumine publico ripam ejus aliquid fieri, quo pejus navigetur. Restitutoria sunt, quibus restitui aliquid jubet: veluti bonorum possessori possessionem eorum, qua quis pro hærede, aut pro possessore possidet ex ea hereditate: aut cum jubet ei, qui vi de possessione dejectus sit, restitui possessionem. Exhibitoria sunt, per qua jubet exhiberi; veluti eum, cujus de libertate agitur, aut libertum, cui patronus operas indicere velit; aut parenti liberos, qui in potestate ejus sunt. Sunt tamen qui putent, interdictiona ea proprie vocari, qua prohibitoria sunt, quia interdiceret sit denunciare & prohibere: restitutoria autem & exhibitoria proprie decreta vocari. Sed tamen obtinuit, omnia interdictiona appellari; quia inter duos dicuntur.**

## COMMENTARIUS.

**D**ivisio interdictionum, quæ hic proponitur, à forma ducitur, complectiturque genera omnia interdictionum, tam quæ de rebus divinis, aliisque commercio hominum exemptis, proposita sunt, quam quæ de rebus privatis. *Ulpian. l. 1. §. 1. hoc tit.* addit, quædam interdictiona & mixta esse, quæ & prohibitoria sunt & restitutoria. In quo genere est interdictionum, ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit, *l. 3. §. 2. eod. tit.* item interdictionum de liberis exhibendis & ducendis, *l. 3. §. 1. illo tit. vid. Cujac. 4. obs. 11.*

**Vetat aliquid fieri**] Unde in formulis edictorum prohibitoriorum prætorem passim usurpare videmus verbum *veto*.

**Vim sine vitio possidentis**] Intelligit interdictionum *Uti possidetis*: quod plenius explicabitur §. *retinenda. inf. eod.* *Sine vitio possidentis*, id est, nec vi, nec clam, nec precario possidentis ab adversario: nam alias etiam vitiosum possessorem interdictionum tuetur; *l. 1. §. ult. uti possid.*

**Mortuum inferenti**] Significat interdictionum de mor-

tuo inferendo quod in aliorum ordinem sub *lib. 43. π.* non refertur: sed *tit. ult. lib. 11.* his verbis: *Quo quæve illi mortuum inferre invito te jus est, quominus illi eo carne mortuum inferre & ibi sepelire liceat, vim fieri veto.*

**In loco sacro adificari**] De quo in *l. 1. & passim, ne quid in loco sacro.*

**In flumine publico**] De quo sub *tit. de fluminib. & tit. ne quid in flum. publ.*

**Restitutoria, quibus restitui**] Qua de causa ita semper concepta sunt, ut verbum *restituas* addatur, *l. 1. quor. bon. l. 1. quod vi aut clam: l. 2. de precar.*

**Bonorum possessori**] Significat interdictionum quorum bonorum, de quo copiosius explicabitur §. *proximo.*

**Qui vi de possessione**] Unde apparet, significari interdictionum unde *vi. §. inf.* cui explicando alius item locus infra destinatus est.

**Exhibitoria, per qua jubet exhiberi**] Quapropter verbum *exhibere* in his addi solet, *l. 1. de tab. exhib. l. 1. de hom. lib. exhib. l. 1. de lib. exhib.* Inter actionem ad exhibendum & interdictiona exhibitoria hoc principaliter interest, quod hæc tantum ad causam possessionis pertinent, illa iis fere datur, qui de proprietate litigaturi sunt, *l. 1. ad exhib.* Quod vero nonnulli ajunt, actionem ad exhibendum competere de eo, quod privatim cujusque interest, interdictiona autem hæc magis publicam causam spectare, id non esse perpetuum, ostendit interdictionum de tabulis exhibendis.

**De cujus libertate**] Significatur interdictionum de homine libero exhibendo; quod tuenda libertatis causa propositum est, ne videlicet homines liberi à quoque retineantur, *l. 1. de hom. lib. exhib.*

**Cui patronus operas**] Quam ad rem comparatum idem edictum de *hom. lib. exhib.*

**Aut parenti liberos**] Cujus rei causa propositum interdictionum sub *tit. de lib. exhib.*

**Proprie interdictiona vocari, qua prohibitoria**] Atque hoc quoque mihi admodum verisimile videtur: nam interdiceret omnibus Latine loquentibus idem est, quod vetare, prohibere: ut existimandum sit, ex productione & quasi abusione ejus verbi esse, quod decreta quoque restitutoria & exhibitoria interdictiona appellata sint.

**Quia inter duos dicuntur**] Hoc plane ineptum videtur. Proinde *Alciat. in l. pecunia. 178. de verb. sign.* pro his verbis, *inter duos dicuntur*, reponit *interim dicuntur*. Quæ allusio naturæ rei non malè convenit. Nam interdictiona totam litem non perimunt, sed tantum possessorem interim dicunt, quoad questio principalis de proprietate, de qua adhuc cognoscendum est, terminetur, *l. 3. C. hoc tit. l. 2. in fin. C. ubi in rem act. l. 13. C. de rei vind.* Isidorus quoque & Anianus ad *Paul. lib. 5. sent.* interdictionum definiunt sententiam interim dictam, *add. Covar. pract. quest. 17.*

## TEXTUS.

## Divisio secunda.

**2. Sequens divisio interdictionum hæc est, quod quædam adipiscenda possessionis causa comparata sunt, quædam retinenda, quædam recuperanda.**

NOTA.

NOTÆ.

2. *Sequens divisio*] Ex Paulo l. 2. §. ult. hoc tit. Superior à forma, hæc à fine sumpta est; & ea duntaxat interdicta complectitur, quæ ad rem familiarem spectant, d. l. 2. §. ult.

*Quadam adipiscenda*] Omnis de possessione rei privatæ contentio eo spectat, ut aut possessionem adipiscamur, aut adeptam retineamus aut amissam recuperemus. Aufon. Id. 11. *interdictorum trinum genus: unde repulsus. Vi suero, aut utrobi fueris, quorumve bonorum.* Interdictum unde vi comparatum est recuperandæ possessionis causa: utrobi retinendæ, quorum bonorum adipiscendæ.

COMMENTARIUS.

Secunda hæc divisio non complectitur omnia interdicta, sed ea tantum, quæ ad rem familiarem pertinent, l. 2. §. ult. hoc tit. ac proinde tantum subdivisio quædam est, non secunda totius divisio. Est autem à fine sumpta: nam omnis de possessione rei privatæ controversia eo spectat, ut aut possessionem nunc primum adipiscamur, aut adeptam retineamus, aut amissam recuperemus.

TEXTUS.

De interdicitis adipiscendæ.

3. *Adipiscenda possessionis causa interdicitum accommodatur bonorum possessori, quod appellatur, Quorum bonorum: ejusque vis Et potestas hac est, ut quod ex iis bonis quisque, quorum possessio alicui data est, pro hærede aut pro possessore possideat, id ei, cui bonorum possessio data est, restituere debeat. Pro hærede autem possidere videtur, qui putat se hæredem esse. Pro possessore is possidet, qui nullo jure rem hereditariam, vel etiam totam hereditatem, sciens ad se non pertinere possidet. Ideo autem adipiscenda possessionis vocatur interdicitum, quia ei tantum inutile est, qui nunc primum conatur adipisci possessionem. Itaque si quis adeptus possessionem amiserit eam, hoc interdicitum ei inutile est. Interdicitum quoque Salvianum adipiscenda possessionis causa comparatum est: eoque utitur dominus fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori futuras pepigisset.*

NOTÆ.

3. *Appellatur quorum bonorum*] A primis verbis interdicti, ut pleraque alia.

*Pro hærede possidere, &c.*] Vid. l. 11. cum seqq. de har. pet.

*Primum conatur adipisci possessionem*] Non enim petitur hoc interdicitum, ut res restituantur, quæ aliquando ab hærede possessæ, sed quæ nunquam. Itaque sic restitutorium est, ut sit adipiscendæ possessionis, d. l. 1. in fin. hoc tit.

*Appellatur Salvianum*] Lib. 43. tit. ult. §. 8. C. tit. 9.

COMMENTARIUS.

1. *Qua interdicitæ adipiscenda possessionis causa comparata.*
2. *Quorum bonorum cui adversus quem competat: & cui bono comparatum.*
3. *Quis hic dicatur pro hærede prove possessore possidere, tum cur bonorum possessori petitio hereditatis non sufficere visa: & in quo illa cum hoc interdicitum conveniat.*
4. *Quibus propositum remedium l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll.*
5. *Cui adversus quos interdicitum Salvianum datur.*
6. *Interdicitum huic affine remedium actio Serviana: & cur interdicitum experiri utilium.*

**A**dipiscendæ possessionis interdicitæ dicuntur, quæ comparata sunt ad possessionem, quam antea non habuimus, nunc primum acquirendam: cujus generis duo hic proponuntur & explicantur; interdicitum Quorum bonorum, & Salvianum. In eodem genere sunt & interdicitæ. Quod legatorum; ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est, de tabulis exhibendis, & de glande legenda: quæ extant & explicantur in 7.

*Accommodatur bonorum possessori*] Competit hoc interdicitum ei, cui ex edicto prætoris bonorum possessio data est, l. 1. quor. bon. uno verbo, hæredi prætorio. Obtinuit tamen, ut etiam iis utique utile datur, qui jure civili hæredes facti sunt, per l. 1. C. quor. bon. Gloss. comm. approbata ad rubr. C. eod. Schneid. hic. n. 13. Ant. Fab. C. juo. eod. tit. defm. un. Quamquam hoc displicet Baroni hic. Don. ad. d. tit. C. n. 3. Cujac. in par. C. eod. Sed quid opus est, inquis, hoc interdicitum ad novam possessionem adipiscendam, si jam bonorum possessio alicui à prætore data est? Eo opus est, quod bonorum illa possessio, quam prætor tribuit, non corporis, sed juris est; hoc est, prætor dando bonorum possessionem, tribuit tantum jus perfequendi & retinendi patrimonii defuncti: corporum autem possessionem aut detentionem non tribuit, l. 3. §. 1. de bon. poss. Hæc igitur adhuc restat, atque hoc interdicitum petitur, l. ult. C. quor. bon.

*Ut quod ex iis bonis*] Competit hoc interdicitum de iis bonis; quæ in hereditate defuncti, cum moreretur, fuerunt; atque etiam de iis, quæ ex his bonis usucapta sunt: id enim significant verba interdicti, *possidereve, si nihil usucaptum esset*, l. 1. quor. bon.

*Pro hærede aut pro possessore*] Datur hoc interdicitum adversus duo genera possessorum: primum adversus eum, qui pro hærede prove possessore possidet; quod etiam hic expressum est: deinde adversus eum, qui dolo malo fecit, quominus pro hærede prove possessore possideret: quod nominatim adjectum est in l. 2. C. quor. bon. & comprehensum illis verbis interdicti, *Quodque dolo malo fecisti, uti desineres possidere*, d. l. 1. eod. Estque hoc omnibus regulis juris consentaneum, l. parem. l. qui dolo. cum similit. de reg. jur. Hinc autem intelligimus, eum qui titulo singulari possidet, puta pro emptore, pro donato, hoc interdicitum non teneri, sicut nec petitione hereditatis, l. 7. C. de pet. har. l. 4. §. in quib. ca. cess. long. temp. præcr. Esset enim iniquum, eum quem dominum esse non constat, sed qui tantum se hæredem esse dicit,

rem auferre ei, qui pro domino bona fide & iusto titulo possidet. Ajo, iusto titulo: nam titulus iniustus aut iure invalidus possessorem non tuetur, quominus aut interdicto cum eo agi, aut hæreditas ab eo peti possit, arg. l. nec ullam. 13. §. 1. de her. petis. Covar. pract. quest. cap. 12. Cachéran. decis. 56.

*Restituere debent*] Restituendi verbum propriè referatur ad ea, quæ à nobis profecta restituantur. Sed interdum & de his accipitur, quæ nunc primum nobis præstantur: quod fit in hoc interdicto. Non enim petit hæres eas res sibi restitui, quas aliquando possedit, sed quas nunquam. Itaque sic restitutorium est, ut tamen sit adipiscendæ possessionis, l. 1. in fin. quor. bon.

- 3 *Pro hæredo*] Id dicitur hoc loco pro hærede possidere, qui se hæredem dicit, cum non sit, sive sciat se hæredem non esse, sive se esse putet. Pro possessore autem, qui nullam causam possidenti aliam habet, quam quod possidet; unde & nomen natum, l. 11. cum seqq. de her. pet. Putaverit aliquis, hoc interdictum inutile esse & otiosum, propterea quod hæredibus & bonorum possessoribus aliud remedium plenius & efficacius competit, petitio scilicet hæreditatis; quippe qua non tantum corporum possessores, ut interdicto l. 2. quor. bon. sed etiam possessores juris & debitores hæreditarii tenentur, si se hæredes esse contendant, l. 9. l. 13. in fin. l. si debitor. 42. & ibi Barr. de her. pet. Sed neque majora onera esse videntur in iudicio petitorio, quam in interdicto: nam & qui interdicto experitur, probare debet se hæredem esse, l. 1. C. quor. bon. Resp. eadem inter hæc remedia differentia est, quæ inter cætera iudicia possessoria & petitoria: nimirum interdictum hoc, utpote remedium possessorium, non habet longas litis moras, sed brevis in eo est & expedita via ad possessionem adipiscendam. In petitione autem hæreditatis plena de omnibus inquisitio & efficacior probatio requiritur, d. l. 1. junct. l. iudices. C. de jud. add. Affl. decis. 14. Menoch. de adip. poss. rem. 1. n. 97. & seq. Ant. Fab. C. suo, tit. quor. bon. desin. unie. Plane in eo hæc iudicia conveniunt, quod utrumque ad universitatem pertinet, non ad res singulares, l. 1. in pr. de rei vind. l. 1. §. 1. quor. bon. idque duplici respectu dicitur. 1. ratione intentionis actoris, qui universa bona ad se pertinere dicit. 2. ratione tituli, quo reus possidet: neutro enim iudicio alius tenetur, quam qui pro hærede vel pro possessore possidet. Cui non obstat, quod dicitur petitione hæreditatis teneri etiam, qui rem unam hæreditariam, licet minimam, possidet, l. 9. & seq. de her. pet. nam qui vel unam rem hæreditariam pro hærede possidet, is totam hæreditatem & universi juris
- 4 successionem sibi asserit. Consule Cachéran. decis. 74. Est & aliud remedium possessorium hæredibus propositum sed scriptis tantum, constitutione Justiniani, l. ult. C. de edict. D. Hadr. toll. quo ille, qui testamentum profert, non laborans conspicuo aliquo vitio, quale est cancellatio, item defectus testium, signorum, subscriptionis, auctoritate magistratus mittitur in possessionem rerum hæreditarum, dilata tantisper inquisitione super vitiis occultioribus, puta falsitatis, injustæ exheredationis aut præteritionis. Succedenti autem ab intestato hoc remedium non datur: sed nec hæredi instituto testamento nuncupativo, nisi illud in scripturam, ut fieri assolet apud nos, redactum sit, aut petente hærede nuncupato publicatum: de quo Vigl. in prat. d. l. ult. Si-

chard. ibid. n. 4. & 5. Menoch. de adip. poss. rem. 4. num. 648. & 726. Ant. Fab. C. suo. ad eundem titul. de fin. 3. & 4. Christin. vol. 4. decis. 30.

*Interdictum quod Salvianum*] Salvianum quoque interdicitum adipiscendæ possessionis causa comparatum est. Ait Justinianus, hoc interdictum dari domino fundi de rebus coloni, quas is pro mercedibus fundi pignori obligavit. Existimare autem licet, interdictum hoc nominatim conceptum fuisse non tantum de rebus coloni pro mercede locationis obligatis, sed etiam in ipsum colonum solum, ad hunc modum; *Quod tu illi pro mercede fundi oppignerasti, qua de re agitur, id illi restituas.* Unde adversus extraneum possessorem, licet titulum & causam à colono habentem, non nisi utile interdictum ex productione redditur, l. 1. in pr. de interd. Salv. Porro ex communi interpp. sententia latius hoc interdictum extenditur, & utiliter accommodatur cuilibet creditori, non modo adversus debitorem, qui oppigneravit, per l. 1. C. de prec. & insord. Salv. sed etiam contra quemlibet tertium ejus rei possessorem: quamquam adversus hunc probationem desiderant, nimirum non solum rem obligatam esse, sed etiam in bonis debitoris, cum obligaretur, fuisse. Ang. Jaf. & alii in §. item Serviana. sup. de act. Wesemb. par. de Salv. interd. n. 2. Scheid. hic. n. 7. Fach. 8. contror. 92. & plerique etiam censent, prius excutiendum esse principalem debitorem, quam adversus extraneum possessorem interdicitum intentetur, arg. Nov. 4. cap. 2. Fachin. ubi sup. c. 93. D. Tulden. ad d. tit. C. num. 2. Divortium à communi sententia facit D. Ant. Merenda §. cons. 37. & seq. Affine huic interdicto remedium est actio Serviana; quæ & ipsa primum locatori de rebus coloni pro pensione fundi obligatis proposita fuit, & postmodum ad alias causas & species pignoris per interpretationem producta, d. §. Serviana. Sed inter hæc remedia eadem quoque differentia est, cujus ante memini. Utilius est experiri interdico, quam actione Serviana. Nam interdico, in quo de possessione momentaria tantum agitur, ad adipiscendam possessionem sufficit probare rem, de qua agitur, pignori obligatam fuisse: at in actione Serviana, quæ iudicii petitorii est, hoc amplius probare creditor, contra tertium possessorem agens, debet rem, quam persequitur, in bonis debitoris fuisse, cum de pignore convenit, l. & qua. 15. §. 1. de pign. l. ante omnia. 23. de probat. quod fusius à me explicatum sub d. §. Serviana. Wesemb. d. loc. Menoch. de adip. poss. rem. 3. n. 8. & seqq.

## T E X T U S.

### De interdicitis retinendæ.

4. *Retinenda possessionis causa comparata sunt interdicitis, uti possidetis & utrubi: cum ab utraque parte de proprietate alicujus rei controversia sit, & ante queratur, uter ex litigatoribus possideat, & uter petere debeat. Namque nisi ante exploratum fuerit, utrius eorum possessio sit, non potest petitoria actio institui: quia & civilis & naturalis ratio facit, ut alius possideat, & alius à possidente petat. Et quia longè commoda-*

dius

dus est & potius, possidere, quam petere; ideo ple-  
rumque, & fere semper ingens existit contentio de  
ipsa possessione. Commodum autem possidentis in  
eo est, quod etiamsi ejus res non sit, qui possidet,  
si modo actor non potuerit suam esse probare, re-  
manet in suo loco possessio: propter quam causam,  
cum obscura sunt utriusque jura, contra petito-  
rem judicari solet. Sed interdicto quidem uti pos-  
sidentis de fundi vel adium possessione contenditur:  
Utrubi vero interdicto de rerum mobilium posse-  
sione. Quorum vis ac potestas plurimam inter se  
differentiam apud veteres habebat, nam uti possi-  
detis interdicto is vincebat, qui interdicti tempore  
possidebat; si modo nec vi, nec clam, nec pre-  
cario nactus fuerat ab adversario possessionem:  
etiamsi alium vi expulerat, aut clam arripuerat  
alienam possessionem, aut precario rogaverat ali-  
quem, ut sibi possidere liceret. Utrubi vero in-  
terdicto is vincebat, qui majore parte anni nec  
vi, nec clam, nec precario ab adversario posside-  
bat. Hodie tamen aliter observatur. Nam utrius-  
que interdicti potestas (quantum ad possessionem  
pertinet) exaequata est, ut ille vincat & in re soli,  
& in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam,  
nec precario ab adversario, litis contestata tempo-  
re, detinet.

## NOTA.

4. Ab adversario] Si vero alter non ab altero, sed ab  
extraneo possideat, licet vi, clam, aut precario, ni-  
hilominus prætor possessorem tuetur, l. 1. §. ult. & l.  
seq. eod. & hoc est, quod dicitur, etiam vitiosam pos-  
sessionem adversus extraneos prodesse solere, l. ult. de  
acq. poss.

Majore parte anni] l. un. utrubi, retrorsum numera-  
ti. Paul. 5. sent. 6. *ὡς τῆς πλείων ἀνακλιῶντος*. Th. Majore  
autem parte anni possedisse, quis intelligitur, etiamsi  
duobus mensibus possederit: si modo adversarius ejus  
aut paucioribus diebus, aut nullis possederit, l. 156. de  
verb. sign.

Utriusque interdicti potestas exaequata] d. l. un. §. 1.  
utrubi, quem locum apparet à Compositoribus interpola-  
tum esse.

## COMMENTARIUS.

1. Actionem in rem institui non posse, nisi certus sit possessor: & quare.
2. Qui fieri possit, ut duo de possessione retinenda litigent, cum duo in solidum eandem rem possidere nequeant.
3. An qui vindicare rem instituit, interdicto adhuc agere possit; & de judicii possessorii cum petitorio cumulatione.
4. Vetus differentia inter interdicta uti possidentis & utrubi: ejus differentia sublatio, tum quid hic jus Cænonum, & mores hodierni.

Retinendæ possessionis gratia ea interdicta compara-  
ta dicuntur, per quæ eam possessionem, quam  
jam habemus, retinere volumus. Cujus generis interdi-  
cta sunt *uti possidetis* & *utrubi*. Prius est de rebus soli,  
posterior de rebus mobilibus, l. 1. *uti poss.* l. un. de *utrubi*.  
Utriusque causa olim non nihil dissimilis: nunc &  
causa & vis eadem, ut si à rebus discesseris, quarum no-  
mine hæc interdicta competunt, unum atque idem vi-  
deri possit; ut declaratur in calce hujus §.

De proprietate alicujus rei] Hæc interdicta locum habent,  
cum de proprietate inter aliquos lis est, & quaeritur,  
uter ex litigatoribus possideat, uter petere debeat,  
l. 1. §. 3. *uti poss.* ubi Ulp. ait, si inter litigatores  
contendatur, uter possideat, quia alteruter se magis  
possidere affirmat, tum ad hæc interdicta remittendos  
esse.

Nisi exploratum fuerit, utrius possessio sit] Actio in  
rem institui non potest, nisi certus sit possessor, l. ordi-  
nariis. 13. C. de rei vindic. Nam, ut alibi demonstra-  
vimus, ad fundandam actionem in rem duo extrema  
ponenda sunt, à parte actoris dominium, à parte rei  
conventi possessio. Quamdiu igitur incertum est, quis  
possideat, & commodo possessionis frui debeat, judi-  
cio petitorio de proprietate locus esse non potest, l. in-  
ter. 62. de jud. Ubi Ulp. scribit, inter litigantes de pro-  
prietate non aliter litem expediri posse, quam si alter  
petitor, alter possessor sit: esse enim debere, qui onera  
petitoris sustineat, & qui commodo possessoris fun-  
gatur. Sed qui fieri potest ut duo de retinenda posses-  
sione litigent, cum duo in solidum eandem rem possidere  
non possint? l. 3. §. ex contrario. 5. de acq. poss. Ni-  
mirum accidere potest, ut duo in speciem videantur  
possidere, cum tamen revera unus tantum possideat.  
Varii enim sunt actus possessorii, & ex quibusdam eo-  
rum usurpatis plures sibi possessionem asserere possunt;  
ut proinde de qualitate hujusmodi actuum sit cognoscendum,  
explorandumque, cujus causa potior sit. Alii  
respondent, absurdum non esse, ut etiam duo dicantur  
eandem rem simul possidere, diverso tamen genere pos-  
sessionis, puta alter naturaliter, alter civiliter; aut al-  
ter iuste, alter injuste, l. 6. §. 1. de acq. poss. l. 3. pr.  
*uti possid.* Quæ & sententia Sabinii fuit, d. l. 3. §. 5. de  
acq. poss. cujus vestigia cernimus in l. 3. pr. *uti poss.* l. &  
habet. 15. §. eum qui. 4. de precar. Cujac. 5. obs. 22.

Commodum possidendi in eo est] Possessoris multo melior,  
quam petitoris conditio est: nam possessor non  
cogitur probare rem ad se pertinere, sed petitori incumbit  
necessitas probandi, rem suam esse, atque in ea proba-  
tione cessante petitore res apud possessorem remanet,  
licet ipse nihil probaverit, l. 2. C. de prob. l. ult. C. de  
rei vind. l. 4. C. de edend. facit l. 118. de reg. jur. Quam  
ob causam ei, qui detinuit rem petere, hoc consilium  
dat Jurisconsultus, in l. is qui. 24. de rei vind. ut videat,  
num aliquo interdicto nunciari possit possessionem, at-  
que ita onus probationis in adversarium derivare. Quid  
ergo, si quis non observato hæc consilio Jurisconsulti  
rem vindicare instituerit, an ob id interdicto agere non  
poterit? Præna fronte videtur dicendum, non posse,  
quasi consilium Jurisconsulti contempserit, & renun-  
taverit possessioni. Contraria tamen sententia placuit:  
quoniam potius ex ignorantia & justo errore id factum  
præsumendum est, quam animo renuntiandi possessioni



aut interdicto, l. 12. §. 1. de acq. poss. Similiter qui rem vindicare cepit, non censetur renuntiasse interdicto unde vi. l. cum fundum. 18. §. 1. de vi & de vi arm. ubi expressè traditur, pendente iudicio petitorio posse nihilominus interdicto agi: non sane ut utrumque simul cumuletur, & una sententia terminetur, ut falso multi existimaverunt, decepti d. l. 12. §. 1. & d. l. 18. §. 1. sed ut interim dum de possessione cognoscitur, suspendatur & differatur iudicium petitorium, l. ordinarii. C. de rei vind. l. 1. C. de appell. l. 3. C. hoc sit. quæ verissima præd. ll. sententia est, Joanni & Azoni jam olim probata, à quibus malè major pars secessionem fecit. Et quamvis Bartolus in d. l. 12. §. 1. aliique citati à Menoch. de retin. poss. rem. 3. n. 511. cum seqq. & Nic. Tuld. in annot. ad præx. civil. Damhonderi. c. 45. lit. B. cum Martino Glossatore, excipiant interdictum *uti possidetis*, quod & ipsi propter contrarietatem cum iudicio petitorio cumulari posse negant; plures tamen Petrum secuti contendunt, omne possessorium cum petitorio concurrere posse, vid. Menoch. de rem. n. 539. & seqq. Nic. Tulden. d. loc. Fachin. 8. contr. 6. Diod. Tuld. comm. hic c. 3. & 4. Christin. vol. 4. decis. 130. n. 3. & seqq. convenit c. cum dilectus x. de caus. poss. & propr. & hanc sententiam usu receptam tradit Christin. d. loc. quamquam non in omnibus tribunalibus, vid. Papon. lib. 8. tit. 12. arref. 4. Charond. 4. resp. 28. Nos hanc quaestionem plenissimè excussimus lib. 2. select. quest. c. 39.

4 Quorum vis ac potestas plurimam differentiam] Nam alia conditione proponebatur interdictum *uti possidetis* ei, qui rem soli possideret; alia utrubi ei, qui possideret rem mobilem. *Uti possidetis* ad præsens tempus referebatur, l. 1. §. 2. hoc sit. id est, interdicti redditus, hoc modo; *Uti eas ades, quibus de agitur, possidetis, &c.* l. 1. in pr. *uti possid.* & videtur huic interdicto adjecta fuisse particula *nunc*. *Uti nunc possidetis eas ades, &c.* l. 3. §. Labeo. l. 6. eod. ad quem modum etiam formulam edicti conceptam apud Ælium Gallum Festus prodidit in verb. *possessio*. *Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, &c.* Utrubi vero in præteritum referebatur; *Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit, &c.* His jam consequens erat, ut interdicto *Uti possidetis* is vinceret, qui interdicti tempore possidebat; *Utrubi is*, qui majore parte anni possederat; quod explicatur in l. majore. 156. de verb. sign. add. Paul. 5. sent. 6.

Nec vi, nec clam, nec precario ab adversario] L. 1. & passim, *uti possid.* l. 1. C. eod. His autem verbis excluditur vitiosa possessio, non quævis, sed quæ vitiosè, id est, vel vi, vel clam, vel precario ab adversario obtinetur: nam si alter non ab altero, sed ab extraneo possideat, licet vi, aut clam, aut precario, nihilominus prætor possessorem tuetur, l. 1. §. ult. & l. seq. eod. Et hoc est, quod dicitur in l. ult. de acq. poss. etiam vitiosam possessionem adversus extraneos prodesse solere.

Utriusque interdicti potestas exaquareta est] Justiniani tempore utriusque interdicti eadem vis ac potestas erat, ut is utroque vinceret, id est, ei possessio interim adjudicaretur, qui tempore litis contestatæ sine vitio ab adversario possidebat, ut hic declarant Compositores, à quibus probabile est interpolatum esse responsum Ulpiani in l. un. §. 1. de utrubi. Jure autem Canonico aliud observatur: nam hoc jure ad victoriam in his interdictis

obtinendam non sufficit possidere tempore litis contestatæ: sed is obtinet, eique adjudicatur possessio, qui antiquiorem possessionem probaverit, tanquam qui iustitiam possessionis causam habeat, cap. licet. x. de probas. Eoque jure nunc ferè utimur, ut post alios testantur Damhoud. præx. civ. 34. Menoch. de retin. poss. rem. 3. n. 714. & seqq. Wesemb. par. uti poss. n. 5. & eleganter in not. ad Schneid. in §. pen. b. t. D. Tulden. comm. hic. cap. 3. Quod si æquè obscura sint utriusque litigatoris jura, ut iudici non appareat, uter possideat, possessio sequestrari solet. Schneid. ad d. §. pen. n. 6. & ibi Wesemb. in not. Ant. Fab. C. sui lib. 8. tit. 3. defn. 1. Solent autem hodie partes hoc interdicto, quod pragmatici *maintenuu* seu *manutentionem* vocant, contententes, petere, ut interim dum de principali lite possessionis cognoscitur, sibi *recredentia* adjudicetur, id est, momentanea aut fiduciaria possessio. Covar. pr. q. 17. Aufser. in syl. Parlam. tit. de caus. novit. Massuer. in præf. tit. de possess. Ant. Fab. C. sui lib. 8. tit. 4. defn. 1. Formulam conclusionis habes apud Merulam lib. 4. diff. 4. sect. 3. tit. 1. cap. 2. num. 7. In multis locis duplici possessorio retinendæ utuntur: quorum alterum plenarium vocant, quoniam plena in eo super possessione cognitio adhibetur; alterum summarium, & summarissimum, quia in hoc tantum summatim iudex cognoscit, uter possideat, quo tempore lis movetur, vid. Gail. 1. observ. 5. & 2. seqq. Menoch. retin. poss. rem. ultim. Fachin. 8. controvers. 15. Christin. vol. 4. decis. 142. n. 7. & seqq.

## TEXTUS.

### De retinenda vel acquirenda possessione.

5. Possidere autem videtur quisque, non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subiectus non sit: qualis est colonus & inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione. Quinetiam animo quoque solo retineri possessionem placet: id est, ut quamvis neque ipse sit in possessione, neque ejus nomine alius; tamen si non relinquenda possessionis animo, sed postea reversurus inde decesserit, retinere possessionem videatur. Adipisci vero possessionem per quas aliquis potest, secundo libro exposuimus. Nec ulla dubitatio est, quin anima solo adipisci possessionem nemo possit.

## NOTA.

5. Deposuerit aut commodaverit] Item per procuratorem, hospitem, amicum, l. 3. §. 12. l. 9. & seq. l. 30. §. 6. & seqq. d. sit. per fructuarium, l. 6. §. 2. de prec. sed hic propter jus, quod in re habet, in interdictis *uti possidetis*, & unde vi pro possessore habetur, l. ult. *uti possid.* l. 3. §. 13. & seq. de vi & de vi arm.

## COMMENTARIUS.

1. *Quid proprie sit possidere: & cur etiam fructuario interdicta retinenda possessionis accommodentur.*
2. *Vetus controversia circa retentionem & amissionem possessionis: qua à Justiniano sublata.*
3. *Etiā solo animo possessionem retineri: & quamdiu.*
4. *Indicatur & refutatur insignis DD. error.*
5. *Dejectum non posse interdicto retinenda agere: qui agit, quid probare debeat.*
6. *Ad possessionem acquirendam opus esse & animo acquirendi, & simul actu aliquo corporali.*
7. *Amitti possessionem etiam nobis inuitis, idque plurifariam.*
8. *Volentibus nobis amitti etiam solo animo.*

Quoniam superiora interdicta solum tuentur possessorem, nec magis ei competunt, qui possessionem semel quaesitam amittit, quam ei, qui nunquam possedit, ideo Justinianus hoc loco obiter ostendere voluit, quis intelligatur possidere, quomodo possessio acquiratur, acquirita quomodo retineatur.

*Non solum si ipse possideat, sed & si ejus nomine.]* Possidere auctore Theophi. §. *propem. sup. per quas pers. cuiq. acq.* est, animo & affectu dominantis, ψυχῆ δὲ κυριότητος, rem tenere. Itaque qui alieno nomine in possessione sunt, huc non pertinent, veluti conductor, commodatarius, depositarius, procurator, amicus, hospes, l. 3. §. 12. l. 9. & seq. l. *qui universas.* 30 §. *quod per colonum.* & seq. de acq. poss. l. 6. §. 2. de precar. Atque ex eo intelligimus, si hi controversiam possessionis patiantur, interdicto, ad retinendam possessionem experiri non posse, l. 3. §. *creditorum.* 8. *uti possid.* vid. tamen Menoch. *retin. poss. rem. ult. Joan. à Sande lib. 5. tit. 4. defn. 2.* Fructuarii quoque non magis possident, quam superiores, §. *idem placet. sup. per quas pers. cuiq. acq. d. l. 6. §. de precar.* Placuit tamen, inter fructuarios interdictum *uti possidetis* reddendum, itemque inter fructuarium, eumque, qui sibi usum defendat, l. *ult. uti possid.* Sed non est novum, ut fructuario propter jus, quod in re habet, plus tribuatur, quam aliis, qui possessores non sunt, et si rem similiter tenent. Nam & fructuario vi dejecto datur interdictum unde vi, l. 3. §. *unde vi.* 13. & seq. de vi & de vi arm. quod argumentum est, eum, licet non possideat, tamen pro possessore in his interdictis haberi, quamdiu usufructus perseverat. Cujac. 9. obs. 33. Don. ad l. *un. C. uti poss. n. 5.* Joan. à Sande d. defn. 2. In summa vero, possessionis parum interest, utrum quis iuste, an iniuste possideat, l. 3. §. *ex contrario.* 5. de acq. poss. nam & possessori iniuste interdicta retinendae possessionis dantur, modo ne iniuste possideat ab adversario, l. 1. §. *ult. & l. seq. uti possid.*

*In possessione sit.]* Recte in possessione. Nam aliud longe est possidere, aliud in possessione esse, l. 10. §. 1. de acq. poss. sicut aliud est servire, aliud in servitute esse, §. *ult. sup. de ingen.* Is possidet, cujus nomine possidetur: qui autem in possessione sunt, alienae possessioni praestant ministerium, l. *quod meo.* 18. pr. de acq. poss.

*Retinere possessionem posse aliquem per quemlibet.]* Per eos, qui nostro nomine in possessione sunt, puta per servum, colonum, inquilinum, procuratorem, &c. possessio nobis retineri potest. Sed nec illis vita decedentibus possessio amittitur: inque eo veteres omnes consen-

tiunt. Hoc amplius Proculus putabat, etiam si sponte à possessione discessissent, videlicet animo eam derelinquendi, nihilominus possessionem à nobis retineri, l. *cum quis.* 31. de dol. mal. Sabinus contra, spontanea illa discessione interpellari. Sabini sententiam secutus est Africanus l. *si de eo.* 40. §. 1. de acq. poss. sententiam Proculi Paulus l. 3. §. *si quis.* 8. eod. Ceterum si alii possessionem tradiderint, possessionem amitti etiam Paulus concedit, d. l. 3. §. *sed etsi.* 9. quod & apud Julianum relatum est, l. *non solum.* 33. §. *qui pignori. de usuc.* Papiasianus hoc amplius, discessit eorum possessionem amitti, si alius eam ingressus fuerit, l. *peregre.* 44. §. *ult. de acq. possess.* Hanc autem veterum controversiam sustulit Justinianus l. *ult. C. eod.* ubi generaliter constituit, ut sive dereliquerint possessionem & alius eam occupaverit, seive possessionem alii prodiderint, nihil penitus ex ea re praedicti dominis generetur. Et quamquam recentiores nonnulli, ut Cujac. par. C. eod. Don. 5. comm. 12. Ant. Fab. dec. 4. err. 2. & seq. existimant, constitutionem illam non pertinere ad casum, quo in possessione relicta alii eam tradit, quorum sententiam aliquando in iudicando secuta est Curia provincialis Frisiae, teste D. Joan. à Sande lib. 5. tit. 4. defn. 1. verius tamen esse, quod his constitutionis verbis, *vel alii prodiderit*, tradens aequae ac deferens comprehendatur, evincit ratio, quae mox subjicitur, ne ex aliena malignitate alienum damnum emergat. Quomodo & vulgo interpretes, quos laudat & sequitur Menoch. *rec. poss. rem.* 14. n. 17. & seq. Eleganter D. Joan. Deckher. lib. 1. diff. 3. n. 25. Illud constat, possessionem amitti, si in possessione relicta vi dejecti fuerint, l. 1. §. *quod servus.* 22. unde vi.

*Animo solo retineri possessionem.]* Etiam solo animo retineri possessio potest, l. 4. C. de acq. poss. Itaque licet corpore quis è fundo exierit, quamdiu animus amittendae possessionis abest, possessio rebus integris retinetur, l. 3. §. *sed & si.* 7. & seq. l. 6. in fin. eod. quamvis neque servum, neque colonum, &c. in fundo reliquerit, l. *peregre.* 44. §. *ult. eod.* idque ex jure possessio mutuata est, ut pleraque alia, l. *possessio.* 49. eod. & utilitatis causa receptum, ne testudinis more perpetuo domi nos continere, aut possessionem amittere cogamur. Enimvero quod dicitur, animo solo possessionem retineri, id ita temperandum est, si facultas nobis relicta sit, eam, cum velimus, iterum corpore apprehendendi: ea autem facultate sublata etiam inuiti possidere definimus, d. l. 3. §. *Nerva.* 13. Hic autem locus occasionem Doctoribus praebuit, ut eum, qui discessit, civilem tantum possessionem retinere, non autem naturalem, existimaverint, sed hanc demum iterum ingresso acquiri. Falso, ut mihi videtur. Nam hoc posito, necessario sequitur, eum qui è fundo egreditur, priorem possessionem non retinere, sed ea amissa novam acquirere, & mox regressum hac iterum amissa recuperare priorem. Quod sane à ratione nimis alienum est. Neque possessio, quae corpore tenetur, & ea, quae animo, sunt duae diversae species possessionum, sed una & eadem possessio: unde & in proposito nunquam nova acquiri dicitur, sed prior retineri. Tantum modus tenendi & possidendi diversus est, alius jure, alius corpore consistens, l. *memo.* 10. C. de acq. poss. Illud à vero abest quam longissime, quod quidam asserunt, civilem, quam vocant, possessionem reti-

retineri, ejusque beneficio interdictum *uti possidetis* competere, etiam si ab alio possessio vi occupata sit. *Coar. pract. q. 17. n. 5.* & alii citati apud *Christ. vol. 4. decis. 142. n. 4.* Nam possessio plane amissa intelligitur, quæ nobis dejectis aut repulsis vi ab alio occupata est, *l. 6. §. 1. l. 25. §. ult. de acq. poss.* Neque hic animus ad retinendam possessionem sufficit: quoniam, ut maximum velimus, eam repetere non possumus, *d. l. 3. §. Nerva. 13. eod.* Et ergo si dejectus nullam prorsus possessionem habet aut retinet, nec retinendæ possessionis remedium juvari potest: sed necessarium ei erit interdictum *unde vi* quod possessionis recuperandæ causa comparatum est. Cæterum si vetere possessore non dejecto, & in possessione adhuc manente, possessio ei minuatur vel turbetur, seu vis ei fiat, quominus, uti possidet jure, ita plene possideat, tunc locus est interdicto *uti possidetis*. *Vid. Joan. Fab. ad prac. §. Menoch. rem. ult. verin. poss. n. 17. Christin. d. decis. n. 6.* ubi refert, non semel supremam Curiam Mechliniensem censuisse possessorem ætually esse oportere, qui interdicto *uti possidetis* experiri cogitat. In summa, qui agit interdicto retinendæ possessionis, duo probare debet, possessionem ex parte sua, & turbationem ex parte adversarii. Turbationem, inquam, non spoliationem: quia si se diceret spoliatum, sibi esset contrarius, ob idque repellendus, & interdicto recuperandæ, non retinendæ possessionis, agere deberet. *Ant. Fab. lib. 8. C. sui. tit. 4. defin. 8.*

*Secundo libro exposuimus* Tit. per quas pers. cuiq. acq. ubi docuit, non solum per nosmetipsos, sed etiam per eos, quos in potestate habemus, non minus possessionem nobis acquiri, quam proprietatem; adeoque possessionem per extraneam quoque personam, veluti per procuratorem nobis acquiri posse: quod singulare est, & utilitatis causa receptum, *l. 1. l. 8. C. de acq. poss.*

6 *Animo solo adipisci possessionem nemo possit* Acquisitio possessionis consistit in apprehensione rei, conjuncta cum affectu eam pro sua tenendi, *d. l. 1. §. 3. de acq. poss.* Itaque nec animus solus ad eam acquirendam sufficit, nec solo corpore acquiri sine affectione tenendi potest: sed utrumque hic concurrat necesse est, & animus acquirendi & simul actus aliquis corporalis, *l. 3. §. 1. & 3. l. 8. l. cum heredes. 23. eod.* Et si autem necesse non est, ut opera manuum aut pedum semper interveniat; quæ quidem ratio acquirendæ possessionis maxime naturalis est, & necessaria in iis rebus, quæ ab aliis nobis traduntur; *d. l. 1. §. 1. d. l. 3. §. 3. d. l. 23. eod.* semper tamen requiritur actus aliquis præter animum possidendi, qui vice corporalis apprehensionis fungatur, *d. l. 1. §. pen. l. quod meo. 18. §. 2. l. quarundam. 51. eod. l. 9. §. irem. si. 6. de acq. rer. dom. l. 1. C. de donat.* Fallunt enim qui hujusmodi casus à regula exceptos putant, quasi hinc nudo animo citra ullum actum corporalem possessio acquiratur, quamvis ita fere loquantur Jurisconsulti in *d. l. 1. §. pen. & d. l. 51.* Sed illi cum ita loquuntur, non excludunt omnem actum corporis, sed duntaxat crassiorum illam apprehensionem, quæ manuum aut pedum opera interveniente fit. Cur igitur placet possessionem solo animo retineri posse? Quoniam possessio semel quaesita etiam jus possidendi parit, quo retento possessio quoque retinetur. Atquisitio possessionis tota pene facti est. Sed & alias quod semel acquisitum est, facilius retinetur, quam initio quid acquiratur. Animo posses-

sionem acquirere non possumus, nisi nostro: quippe ut nos velimus, in aliis esse non potest. At corpore etiam alieno, *d. l. 3. §. ceterum. 12. d. l. quod meo. 18. de acq. possess. l. ea qua. 53. de acq. rer. dom.* quoniam in iis, quæ corporis ministerio geruntur, nihil interest, nostrò corpore, an alieno utamur. Amittendæ possessionis alia ratio est: nam non solum volentibus, sed etiam invitis nobis possessio amittitur; & invitis plurifariam; veluti si res commercio exempta sit, aut in aliam speciem transformata, *l. qui universus. 30. §. 1. & 4. de acq. poss. si amplius, cum velimus, naturalem ejus possessionem nancisci non possumus, l. 3. §. quod Nerva. 13. eod. si locum possessum flumen aut mare occupaverit, d. l. 3. §. Labeo. 17. si prædones prædium invaserint, qui nos deiciant, aut redeuntes repellant, aut quorum metu terri accedere nolimus, *tot. tit. unde vi. l. 3. §. si quis. 8. l. 6. in fin. l. si id quod. 25. §. ult. de acq. poss.* si furto aut rapina res mobilis ablata sit, *l. 15. si in flumen deciderit, ut mergeretur, l. 13. eod.* Volentibus autem nobis uno tantum modo possessio amittitur, nempe si hoc animo simus, ut nolimus possidere: idque etiam procedit, quamvis corpore, verbi causa, in fundo maneamus, ut constanter à veteribus traditum est *l. 3. §. in amittenda. 6. l. si quis. 17. §. 1. & l. seq. l. peregre. 44. §. 2. eod.* Neque obstat huic sententiæ, quod Paulus scribit, possessionem non amitti nisi eo modo, quo acquiritur, seu non amitti nisi animo & corpore, *l. 8. eod. l. fere. 153. de reg. jur.* Nam & qui in fundo adhuc manens constituit nolle possidere, is non animo tantum, sed ob defectum animi corpore quoque possidere definit: neque enim dici potest, corpus possidere remoto animo, in quo solo est affectio tenendi. Itaque in amittenda possessione, quod quidem volentibus nobis fiat, semper utrumque in contrarium agitur. *Duar. ad d. l. 3. §. in amittenda. Donel. lib. 5. comm. cap. 13.**

## TEXTUS.

## De interdicto recuperandæ, &amp; affinibus remediis.

6. *Recuperandæ possessionis causa solet interdicti, si quis ex possessione fundi vel adium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum unde vi: per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, clam, vel precario possideat. Sed ex constitutionibus sacris (ut supra diximus) si quis rem per vim occupaverit, siquidem in bonis ejus est, dominio ejus privatur: si aliena, post ejus restitutionem eam estimationem rei dato vim passim compellitur. Qui autem aliquem de possessione per vim dejecerit, tenetur lege Julia de vi privata, aut de vi publica. Sed de vi privata, si sine armis vim fecerit: sin autem armis eum de possessione vi expulerit, de vi publica tenetur. Armorum autem appellacione non solum scuta & gladios & galeas, sed & fustes & lapides significari intelligimus.*

NOTA.

6. *Fundi vel adium*] Hoc interdictum ad res mobiles non pertinet; Cum eo casu sufficiat actio furti aut vi bon. raptorum, l. 1. §. 3. & seqq. de vi & de vi arm. quanquam lege Attica pertinebat, ut scribit Suidas in *ἔξωλος*. 2. & jure Romano ad eas quoque res mobiles pertinet, quas quis eo in loco, unde dejectus est, habuit, l. 1. pr. §. 32. & seqq. l. pen. d. tit.

*Ex sacris constitutionibus*] L. 5. l. 7. C. unde vi. vid. sup. §. 1. de vi. bon. rapt.

*Tenetur lege julia, &c.*] L. 1. §. 2. de vi & de vi arm. l. 3. §. 2. de vi publ. l. 5. de vi priv. De poena harum legum est in §. 8. inf. de publ. jud.

*Sine autem armis*] Vis armata ideo publica habetur, quod solius recip. est armis uti.

COMMENTARIUS.

1. Interdictum unde vi, quibus, quantum rerum nomine datur.
2. Dejici quis intelligatur.
3. Etiam fructuario & usufructuario hoc interdictum dari.
4. Quibus quo casu ex constitutione Constantini datur.
5. In hoc interdicto vincere etiam eum, qui clam, vi, vel precario ab adversario possidet. Licere autem dejicientem in continenti rursus dejicere. Vestigium juris veteris apud Paulum.
6. Quatenus Canones hoc interdictum extenderunt: & de remedio can. redintegrandæ: tum quomodo hic apud Barabos procedatur.
7. Poena invasionis ex sacris constitutionibus, & legibus Julis.

**A**D recuperandam possessionem unde vi interdictum proditum est ei, qui vi de possessione dejectus est, quod fusc declaratur ab Ulp. l. 1. & l. 3. de vi, & de vi arm. Pertinet autem hoc interdictum ad eos tantum, qui de fundo & ædibus dejiciuntur: ad rerum vero mobilium possessionem recuperandam non pertinet: quoniam hic sufficit actio furti aut vi bonorum raptorum, *U. l. 1. §. 3. & seqq.* Idemque est, si quis de nave aut vehiculo dejectiatur, *d. l. 1. §. si quis. 7. Paul. 5. sent. 6.* videlicet si navis aut vehiculum simul abducatur: alias dejecto injuriarum duntaxat actio datur. Plane de rebus mobilibus, quas quis eo in loco, unde vi dejectus est, tunc cum deiceretur, habuit, placet etiam hoc interdictum reddi; quia verum est vi de eo loco dejectum esse, *l. 1. pr. §. si fundus. 32. & seqq. l. pen. eod.* Et quoniam difficulter à dejecto probari potest, quæ & cujus æstimationis res direptæ & deperditæ fuerint, cautum est, ut ei de qualitate & æstimatione earum rerum juranti fides habeatur, hoc adjecto, ne liceat ei jurare ultra taxationem factam à judice, qui recte facturus sit, si prius quam jusjurandum deferat, pro personarum & negotii qualitate modum statuatur; quem jurando non liceat excedere, *l. si quando. 9. C. eod.* Hoc interdicto ex constitutione Justiniani etiam is tenetur, qui rei alienæ vacuum possessionem sciens occupavit, *l. ult. C. eod.* cum jure veteri non aliter hoc casu interdicto locus esset, quam si reversus dominus ab ingressu prædii prohiberetur, *l. 6. in fin. de acq. possess. d. l. 1. §. si vero autem. 24. unde vi. Don. ad d. l. ultim. n. 8. D. Tulden. ad eund. tit. C. n. 4. Menoch. recup. poss. rem. 3.*

*Dejectus fuerit*] Dejici intelligitur is solus, qui possidet: unde & huic soli interdictum unde vi competit, *d. l. 1. §. non alii. 45. unde vi.* & ideo si colonus, inquilinus, procurator, hospes, aut alius, qui nostro nomine in possessione est, dejectus sit, interdicto nos soli experiemur. Nam ut isti non possident, sed nos per eos possidemus; sic iis dejectis, non ipsi dejecti intelliguntur; sed nos, qui per eos possidebamus. *d. l. 1. §. quod servus. 22. l. ult. eod.* Plane fructuario & usufructuario etiam hoc interdictum datur, licet & ipsi non magis, quam superiores, possideant. *l. 3. §. unde. 13. & seqq. eod.* Sed his plus tribui solet, quia emolumentum rei suo jure percipiunt, quam aliis, qui possessores non sunt, ut demonstratum §. *præced.* Constantinus autem, dum vult reprimere eorum audaciam, qui, absentia dominorum confidentiores facti, dejiciunt eos, qui absentis nomine in possessione sunt, spe impunitatis sibi proposita, eo quod neque dominus absens subvenire poterat, neque dejecti interdicto agere, ultro omnibus, qui absentis nomine in possessione fuerunt, & inde dejecti sunt, hoc interdicto sive actione ad possessionem recuperandam, nomine domini absentis, experiri permisit; & quidem nullo expectato domini mandato: cui nihilominus actiones suas integras conservavit, *l. 1. C. si per vim vel aliam mod. poss. add. Menoch. recup. poss. rem. 6.*

*Cogitur restituere possessionem*] Et præter possessionem occupatam fructus quoque, omnemque utilitatem, quæ ad eum, qui dejectus est, venire potuisset, si dejectus non foret, *d. l. 1. §. ex dir. 40. & seq. l. si vi me. 15. unde vi. l. 4. C. eod.*

*Licet is ab eo, qui vi dejecerit*] In interdicto uti possidetis succumbit, qui ab adversario vel vi, vel clam, vel precario possidet, §. *retinenda, sup. eod.* In interdicto autem unde vi etiam ille vincit. Nimirum in hoc interdicto visum est dejectum statim & sine exceptione restituendum esse, ne occasio detur tumultus. Enim vero qui dejectus, non ex intervallo, sed in continenti & servente adhuc congressu, dejicientem rursus dejecit, is non tenetur hoc interdicto; quia, quod licet, vim vi repulit, *l. 3. §. eum. 9. eod.* ac proinde possessio in pristinam causam potius reversa, quam ille vi possidere intelligendus est, *l. qui possessionem. 17. eod.* Cujac. Hotom. *hic.* Duar. 1. *disp. 20.* id quod hic Justinianus ait, referunt ad vim armatam seu publicam: nam quod ad vim privatam seu quotidianam attinet, existimant, posse me hac vi adhibita, eum, qui à me vi, clam, vel precario possidet, impune etiam ex intervallo dejicere: idque Paulum *lib. 5. sent. 6.* significare his verbis; *Qui vi, aut clam, aut precario possidet ab adversario, impune dejicitur.* Sed hoc parum convenit menti Justiniani: & hodie sic obtinet auctoritate hujus textus, ut indistincte vincat hoc interdicto, qui vi quacunque à quocunque dejectus est, teste *D. Menoch. recup. poss. rem. 1. n. 7.* Jure civili hoc interdicto tantum tenetur, qui dejecit, non alius, qui rem postea possidere cepit, *l. 7. unde vi.* Canones autem id extenderunt etiam adversus tertium spoli possessorem, dummodo sciatur vim factam esse: quoniam hoc ipso se socium delicti facit, *cap. sap. de reb. spol.* Qui autem bona fide & justo titulo possessionem nactus est, non tenetur. *Menoch. recup. poss. rem. 15. quæst. 13.* Idem Canones & pinguius remedium possessionis recuperandæ introduxerunt *cap. redinte-*

gram

*granda. 3. quest. 1. nempe etiam rei mobilis per vim amissa. Quod hodie frequenter est, & in foro quoque seculari obtinet. De quo vid. Menoch. d. rem. Gail. 2. obs. 75. Mynf. 3. obs. 85. Cacheran. decif. 93. Ant. Fab. C. sui lib. 8. tit. 3. defn. 1. & passim. Christin. vol. 4. decif. 135. n. 17. & seqq. item decif. 140. n. 4. & seqq. & decif. seq. n. 4. & deinceps. Quomodo apud nos procedatur in causa interdicti unde vi. sive complaincte, ut vocant, docet Merula lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 3. cap. 5. & sect. 3. tit. 1. c. 2. ex Instrum. Cur. Holland. art. 39. & 3. seqq.*

7. *Ex sacris constitutionibus] Qui violenter possessionem rei apud alium constitutam invasit, is non tantum tenetur interdicto unde vi, sed alias etiam poenas sustinet. Tum ex sacris constitutionibus, tum ex legibus Julii de vi publica & de vi privata. Constitutionibus hæc poena inavatori imponitur, ut si rei dominus est, dominium ejus amittat: si aliena est, cum re alterum tantum vim passio restituat, l. 5. l. 7. C. unde vi. Eademque poena postea placuit etiam multandos conductores ceterosque alienæ possessionis detentores, qui sine justa causa recusant rem restituere iis, à quibus acceperunt, in eaque recusatione perseverant, donec à judice condemnentur, l. non abs re. 10. C. eod. de quo plura dixi sup. ad pr. de locat.*

*Ut supra diximus] §. 1. vi bon. rapt. ubi didicimus, eandem quoque poenam in rebus mobilibus vi ereptis locum habere. Genera quoque violentiæ distinximus, & qua quæque poena coercetur, tum à prætoribus, tum legibus & Principum constitutionibus, obiter notavimus sub rubr. eod.*

*Lege Julia de vi] Ne quid per vim admittatur, etiam legibus Julii de vi publica & de vi privata prospectum est, l. 1. §. 2. unde vi. Lege Julia de vi publica tenetur, qui aliquem armis de possessione expulit, l. 3. §. 2. de vi publ. De vi privata, qui sine armis, l. 5. de vi priv. Vis armata ideo publica habetur, quod folius reipubl. est, armis uti. De poena harum legum est in §. item lex. 8. inf. de publ. jud.*

*Armorum appellatione] Vid. l. armorum. 41. de verb. sign. l. armatos. 9. de vi publ. l. 3. §. 2. unde vi. Cicero- nem in ea pro Cacinna.*

### TEXTUS.

#### Divisio tertia.

*7. Tertia divisio interdictorum est, quod aut simplicia sunt, aut duplicia; simplicia sunt, veluti in quibus alter actor, alter reus est: qualia sunt omnia restitutoria, aut exhibitoria. Nam actor is est, qui desiderat aut exhiberi aut restitui: reus autem is est, à quo desideratur, ut restituat, aut exhibeat: Prohibitoriorum autem interdictorum alia simplicia sunt, alia duplicia. Simplicia sunt, veluti cum prætor prohibet in loco sacro, vel in flumine publico, riparum ejus, aliquid fieri. Nam actor est, qui desiderat, ne quid fiat: reus est, qui aliquid facere conatur. Duplicia sunt, veluti uti possidetis interdictum,*

*& utrubi. Ideo autem duplicia vocantur, quia par utriusque litigatoris in his conditio est: nec quisquam præcipue reus, vel actor intelligitur: sed unusquisque tam rei, quam actoris partes sustinet.*

### NOTA.

7. *Cum prætor prohibet in loco sacro, &c.] Simplicia quoque sunt prohibitoria de arboribus cædendis, & de itinere actiueque, d. l. 2.*

### COMMENTARIUS.

1. *An dentur interdicta duplicia tam recuperanda, quam adipiscenda possessioni.*

**T**ertia hæc divisio sumpta est à personis litigantium. Quædam enim interdicta sunt, in quibus uterque litigator unam tantum personam sustinet, nempe vel actoris vel rei: qualia sunt, in quibus prætor singulari numero utens unum tantum alloquitur, veluti, *Unde vi tu illum deiecasti, eo illum restituas. Ne quid in loco sacro facias, inve eum locum immittas. Quem liberum dolo malo retines, exhibeas.* Quædam in quibus uterque sustinet personam duplicem, & actoris scilicet & rei: qualia sunt, in quibus verba interdicti ad utrumque dirigit; veluti, *Uti possidetis, quominus ita possideatis, &c. Uti alter ab altero fruamini, quominus ita fruamini, l. 1. in pr. de superfic.* Hinc illa simplicia, hæc duplicia dicta sunt. Extat hæc divisio apud Paulum, l. 2. pr. hoc tit.

*Duplicia sunt, veluti Uti possidetis & Utrubi] Ejusdem generis interdictum est, quod de superficiebus proponitur, l. 1. pr. & §. 2. de superfic. Alibi hæc interdicta eodem sensu dicuntur mixta, l. actionis. 37. §. 1. de obl. & act. Paulus l. 2. hoc tit. in fin. scribit, etiam esse quædam interdicta duplicia tam recuperandæ quam adipiscendæ possessionis. Sed Cujacius 4. obs. 11. negat, ullum hujusmodi interdictum dari. Quippe fieri non posse, ut quis simul agat & ad possessionem jam primum adipiscendam & ad amissam recuperandam: hæc enim repugnantia esse; ac proinde verba illa *tam recuperanda quam adipiscenda possessionis*, vel transferenda esse in l. seq. vel potius omnino expungenda. At enim illud fieri potest, ut idem interdictum accommodetur & ei, qui jam primum possessionem adipisci studet, & illi item, qui de amissa recuperanda sollicitus est. Cujusmodi est interdictum, Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est. Nam hoc interdicto tenetur, & qui prohibuit aliquem in possessionem venire; & is, à quo quis possessione pulsus est, l. 1. §. 3. illo tit.*

*Par utriusque litigatoris conditio] Eum tamen actoris partes obtinere in his interdictis plerique sentent, qui prior ad judicium provocavit, arg. l. in tribus. 13. de judic. idque non tantum quoad litis ordinationem, sed etiam quoad litis definitionem: ac proinde non probante eo, qui provocavit reum absolvi. DD. comm. in d. l. 13. Schneid. hic. n. 5. & ibid. in not. Wesemb. Christin. vol. 4. decif. 142. num. 6.*

## TEXTUS.

De ordine &amp; vetere exitu.

8. De ordine & vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere. Nam quoties extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse reddi interdictum: sed perinde judicatur sine interdictis, ac si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.

## NOTA.

8. Qualia hodie omnia judicia] Olim interdicta erant formulæ & conceptiones verborum. Hodie judicia omnia sunt extraordinaria, in quibus formularum conceptio non observatur.

## COMMENTARIUS.

1. Qua judicia ordinaria, qua extraordinaria olim dicta.

Hic locus à me expositus est *sup. pr. hujus tit.* Pro exitu. Hotomanno legendum videtur ritu; ut agendi, sive ut nunc loquuntur, procedendi formam intelligamus. Quod non placet: quia tunc bisidem diceret Imp. nam ordinis appellatione nihil aliud hic significatur, quam ritus, & modus procedendi. Igitur de or-

dine, id est, de ritu & conceptione formularum, de exitu, id est, de effectu. Sic exitus actionis. l. 10. §. 14. qua in fraud. cred. exitus controversiæ possessionis. l. 35. de acq. poss. Theoph. *ἔξις τῆς κλήσεως καὶ τῆς ἀποκρίσεως*.

Qualia sunt hodie omnia judicia] Ait, suo tempore judicia omnia extraordinaria fuisse. Ordinaria judicia dicebantur, in quibus ordine & more usitato veterum judiciorum lis agebatur: quo more prætor aditus non ipse judicabat, sed quibusdam præparatoriis in jure apud eum tractatis, actionem & formulam dabat, missis porro litigatoribus ad iudices pedaneos, qui de re cognoscerent & judicarent. Atque hoc idem etiam in interdictis observari solebat, l. 1. §. 2. *si ventr. nom.* Exceptæ erant quædam causæ de quibus ipse prætor ex officio cognoscere debebat: quod quia præter morem judiciorum ordinarium fiebat, & ab ipso prætore, inde illæ causæ dictæ sunt prætoricæ & extraordinariæ, *sic. de extraord. cogn.* Postquam autem vetus ille mos dandorum iudicum sublatus est, magistratibusque injunctum, ut ipsi de causis cognoscant & judicent, l. 2. C. de pedan. jud. omnes actiones extraordinariæ dici cœperunt: eoque sensu ac respectu puto Justinianum quoque hic dixisse, judicia omnia nunc extraordinaria esse. Alioqui certe postquam ordinarium esse cœpit, ut ipsi magistratus judicent, non possunt judicia, quæ à magistratibus exercentur, extraordinaria vocari. Rep. *qua scripsimus ad princ. sup. de actionibus.*

## TITULUS XVI.

## DE POENA TEMERE LITIGANTIUM.

Continuatio.

**C**ognito jure tum actoris tum rei, non inconveniens Justiniano visum est, aliquid subungere de pœna, qua coercerentur, qui eo jure abutentes, vel temeritate & inconsiderata audacia, vel dolo & malitia, negotium alicui comparant, sive intendendo litem, sive excipiendo.

## TEXTUS.

De pœnis in genere.

Nunc admonendi sumus, magnam curam egisse eos, qui jura sustinebant, ne facile homines ad litigandum procederent: quod & nobis studio est. Idque eo maxime fieri potest, quod temeritas tam agentium, quam eorum, cum quibus agitur, modo pecuniaria pœna, modo jurisjurandi religione, modo infamia metum coercetur.

## NOTA.

Qui jura sustinebant] Id est, legumatores, magistratus, jurisperiti, l. 21. de reb. cred. l. 13. C. de jud. c. 2. x. de sent. & reju. Suct. in Vesp. c. 10.

Modo pecuniaria pœna] Reus in iis causis, quæ inficiando crescunt, §. 19. 23. & 26. *sup. de act.* actor pœna plus petitionis. §. 33. *sup. d. s.*

Infamia metum] Ut in judiciis famosis, §. 2. *inf. eod.* Sed & *φροδίκης* infamia sequebatur apud Cyrenæos, Heraclid. *de polit.* Fabrot.

## COMMENTARIUS.

1. Causa litium præcidenda: lites exorta statim sopienda: temere litigantes coercendi.

Legislatores, auctore Platone, in id unice incumbere oportet, ut civitatem quoad fieri potest, redigat quasi ad unitatem, hoc est, ad concordiam & unitatem. Itaque cum nulla sit res, quæ concordiam & civium inter se consensum magis turbat, quam litium multitudo & frequentia, danda opera est, non tantum ut causæ litium præcidantur, lites exortæ confestim dirimantur; cujus rei ut in legibus ferendis rationem haberet, regem suum monuit Isocrates: sed etiam, ut à litigando homines deterreantur, & pœnarum comminatione tam temere litigantium confidentia, quam improbe calumniantium malitia compescatur. In hunc finem quoque institutæ fuerunt sponiones illæ, quibus litigatores se mutuo provocabant, *si veram bonamque causam haberent*; quarum frequens mentio apud Ciceronem: tum etiam sacramenta, bonæ fidei & causæ pig-

Kkkkk

gnora,

gnora, inter quæ & sponfiones quid interfit, ex Varone, Fefto, Afconio docet Hotomannus in Quintiana.

Modo pecuniaria pœna ] Temeritas litigandi, & multa pecuniaria, & jurisjurandi & infamiæ metu, coercetur. Multam intelligit, fi reos fpectemus in iis caufis, quæ inficiando crefcunt; quales funt, damni injuria dati, depofiti miserabilis, piorum legatorum. Si auctores, pœnam plus petitionis; de qua explicatum sub §. *fi quis agens. fup. de aâion.* Jusjurandum autem calumniæ fignificat, de quo mox dicitur. Infamiæ metu terret litigatores improbos, *δὲν τὸ μὴ ἀπωθῆναι πῶς ἐν τῆν δὲ καλῶς πολιτεύει, ἢ πρὶ κερδῶς, μίχα κ' φοβέειν.* Theod. Hermop. ad l. 104. de reg. jur. Intelligit autem infamiam ex judiciis famofis. De quibus explicabit inferius §. 2. hoc tit.

TEXTUS.

De jurejurando & pœna pecuniaria.

I. Ecce enim jusjurandum omnibus, qui conveniuntur, ex constitutione nostra defertur. Nam reus non aliter suis allegationibus utitur, nisi prius juraverit, quod putans se bona instantia uti ad contradicendum pervenit. At adversus inficientes, ex quibusdam caufis dupli aâio constituitur, veluti si damni injuria, aut legatorum locis venerabilibus relictorum nomine agatur. Statim autem ab initio pluris quam simpli est aâio; veluti furti manifesti, quadrupli; nec manifesti, dupli. Nam ex his, & aliis quibusdam caufis, sive quis neget, sive fateatur, pluris quam simpli est aâio. Item auctoris quoque calumnia coercetur. Nam etiam auctor pro calumnia jurare cogitur ex nostra constitutione, quod non calumniandi animo litem movisset; sed existimando, se bonam causam habere. Utriusque etiam partis advocati jusjurandum subeunt, quod alia nostra constitutione comprehensum est. Hæc autem omnia pro veteri calumnia aâione introducta sunt: qua in desuetudinem abiit; quia in partem decimam litis auctores multabat; quod nusquam factum esse invenimus: sed pro his introductum est & prefatum jusjurandum, & ut improbus litigator & damnus & impensas litis inferre adversario suo cogatur.

NOTÆ.

1. Constitutione nostra ] Extat in l. 2. C. de jurejur. prop. calum. dand.

Putans se bona instantia uti ] Id est, reus jurat se *δικαίως νομίζεν τὴν ἀντίρρῳσιν εἶναι τ' δίκης.* Nov. 49. cap. ult. §. 1. Est igitur instantia, sive ἔνστασις, defensio, seu contradictio rei. Instare, *καίτησθαι*, contradicere, *ἀντιλέγειν.* Th.

Vel tripli ] Th. *εἰς τὸ τετραπλῆν, in quadruplum.* Sed hæc verba *vel tripli*, & apud Th. *εἰς τὸ τετ.* expungenda sunt. Nulla enim in inficientem tripli vel quadrupli aâio est, Cujac. Hotoman. Fabrot.

Auctoris quoque calumnia ] Jurat auctor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet se bonam causam habere, *d. l. 2. C. de jur. prop. cal.* Hinc apparet hoc genus jusjurandi magis esse opinionis, quam assertionis: nec perjurum dici posse, qui non obtinuit.

COMMENTARIUS.

1. *Jusjurandum calumnia, à Justiniano revocatum, qui præsent, & quale id sit.*
2. *Jusjurandum advocatorum & procuratorum in singulis caufis.*
3. *Victum in lite etiam in impensas & damna condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit: & damnandum, etiamsi hac nominatim petita non fuerint.*
4. *Mores hodierni circa superiora omnia.*

Jusjurandum calumniæ, quod apud veteres usurpatum; *l. inter coheredes. 44. §. qui familia. fam. etc.* in desuetudinem postea abiisse videtur, Justinianus revocavit, *l. 2. C. de jurejur. prop. cal. dand.* ubi sancit, ut uterque litigantium in exordio litis juret: primum auctor, se non calumniandi animo litem intendere, sed quod existimet, se bonam causam habere: deinde reus, se non dolo malo, aut negotii facessendi causa auctori contradicere; sed quod putet, se bona instantia uti, & jure ad inficias ire. *Nov. 49. cap. ult. §. 1.* ubi jubetur reus jurare se, *δικαίως νομίζεν τὴν ἀντίρρῳσιν εἶναι τῆς δίκης.* Unde apparet, hoc jusjurandum magis esse opinionis, quam assertionis, nec perjurum dici posse, qui non obtinuit. *Perez. ad d. tit. C. n. 3.* Ex constitutionibus novellis jurant pariter ambo, nihil se prorsus differendi vel corrumpendi judicii causa fecisse facturosque esse. *Nov. 49. auct. hoc Sacramentum, & auct. in isto. C. eod. Nov. 124. c. 1. auct. principales. C. eod.* Pro iis, qui in tutela aut curatione sunt, jurant tutores curatoresve, non pupilli aliive, quorum res geritur. Idemque obtinet & in cæteris rerum alienarum legitimis administratoribus. *d. l. 2. §. 2. & seq. junct. d. auct. principales.* Jurandum autem est apud judicem, qui de causa cognoscit. Cæterum si vel personæ dignitas, vel sexus verecundia, vel morbus non patiatur litigatorem ad tribunal venire, mittitur aliquis, qui juramentum domi litigantis excipiat, præsentem adversario ejusve procuratore, *d. Nov. 124. c. 1. d. l. 2. §. 1. C. eod.* Jure pontificio etiam permissum est, per procuratorem in animam domini jurari; ad quod tamen speciale mandatum exigitur, *c. cum causam. 6. de jur. calum. c. 3. §. pen. & ult. eod. in 6. & hoc modo frequentius nomine absentium jurari solet. Gudelin. lib. 4. de jur. noviss. cap. 8. in fin. Gail. 1. obs. 83. 88. & seqq. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8. cap. 4.*

Aversus inficientes ex quibusdam caufis ] Ex damni injuria dati, depofiti miserabilis, & piorum legatorum causa lis inficiatione dilatur, §. *sed furti. 26. fup. de aâ.* ubi hæc de re satis copiose dictum est. Pertinet autem hoc eo, ut intelligamus, jusjurandum calumniæ pœnam hanc pecuniariam non abrogare.

Vel



*Vel tripli]* Hæc verba tollenda sunt. Nulla enim in inficiantem tripli actio est. Sed neque in vetustis codicibus ea reperiri testantur Cujac. Hotoman. Pacius.

*Pluris quam simpli actio est]* Ex furti causa lis etiam sine inficiatione poenam affert. Sed hæc poena huc non pertinet: quoniam temeritatem litigantis non coercet: voluitque Justinianus tantum obiter indicare dissimilitudinem causarum.

2 *Utriusque etiam partis advocati]* Etiam à patronis causarum seu advocatis jusjurandum simile superiori, & in causa qualibet exigitur, ut scilicet jurent, se integro animo causam clientis sui suscipere, nec falsi patrocinii sibi confcios esse; nullam se operam nullumque studium in causa clientis sui intermissuros: denique si quid malitiose aut improbe fingi in ea postea deprehenderint, ejus se patrocinium protinus omisuros, l. 2. *pr. C. de jur. propt. cal. l. rem non novam. 14. §. 1. C. de judic.* De procuratoribus nihil simile jus civile disposuit: sed jure pontificio cautum, ut non obitante præcedente reorum juramento, procuratores ad exemplum advocatorum similiter suo nomine jurent, *cap. cum causam. 6. de jur. calum. c. 2. eod. in 6.*

*Pro veteri calumnia actione]* Fuit vetus quædam calumniæ actio, qua improbi litigatores in partem decimam æstimationis litis, expensarum nomine, multabantur; l. ult. *C. Hermog. de calumniis.* quam hic abrogat Justinianus, licet deluetudine jam obliteratedam. Eandem tamen restituit, atque in usum revocare conatus est *Nov. 112.* hoc etiam addito, ut cautio decimæ non remissione sed satisfactione fieret.

3 *Dammum & impensas]* Appendix sententiæ est condemnatio in sumptus & expensas litis. Constitutum namque est, victum in lite in expensas quoque & cætera damna victori condemnandum esse, l. *eum quem. 79. de judic. l. properandum. §. sive autem. 6. C. de judic. l. 4. C. de fruct. & lit. expens. Nov. 82. c. 10. & hoc text.* Nec victo prodest ejurasse calumniam; ut enim vere de calumnia juraverit, nihilominus tamen ei imputari potest, quod temere adversarium suum in jus vocavit, d. l. *eum quem. de judic.* Plane, si quis justam causam litigandi habuisse videatur, quod interdum accidit, vel quia res obscura est, vel ex probabili ignorantia facti, vel etiam ex incertitudine juris nata ex discrepantibus Doëtorum sententiis, placet hunc, etsi victus est, ab onere expensarum excusari, d. *Nov. 82. c. 10. aush. post jusjurandum. in fin. C. de judic.* idque iudicis religioni & prudentiæ æstimandum relinquitur: neque tam ex jure scripto, quam ex usu iudiciorum peti debet, *cons. DD. in d. l. eum quem. de judic. & d. l. properandum. C. eod. Covar. pr. q. 27. n. 5. Viru. lib. 1. opin. 425. Menoch. arbit. lib. 2. cent. 2. cas. 177. & 1. præsumpt. 35. Gail. 1. obs. 151. & seqq. Gudelin. lib. 4. de jur. noviss. cap. 13. D. Tuld. comm. hic. c. 3. Christin. vol. 1. dec. 266. & vol. 4. dec. 97. cum ibi citat. Sichard. in d. l. properandum. §. sive autem. & in l. sancimus. 15. C. de judic.* Porro præter impensas in ipsam litem factas etiam cætera damna adversarii in condemnationem veniunt, ut hic textus expresse docet: sed intrinsicæ tantum, non extrinsecæ, ut vulgo distinguunt. *Sichard. ad d. l. sancimus. n. 9. & seq. Tessauro. decif. 67.* Quid si victor propriam causam egerit? etiamne hic salarii ratio habenda? *vid. Myns. 1. obs. 2. Gail. 1. obs. 151. n. 16. Tremsac. 2.*

*pr. ref. tit. de postul. n. 3. Gudelin. d. c. 13. Christin. vol. 2. decif. 102. num. 1.* Illud etiam tenendum est, quamvis expensæ nominatim petiti non sint, nihilominus tamen victum causa cognita victori in eas condemnandum esse, usque adeo ut si iudex hanc condemnationem omiserit, rem periculi sui faciat, d. l. *properandum. §. sive autem. d. Nov. 82. c. 10. Nic. Vallæ de reb. dub. tract. 1. n. 18. Gudelin. d. cap. 13. vers. cæterum. Sichard. ad d. §. sive autem. n. 18.* ubi hanc sententiam in puncto juris veram esse fatetur post *Salic. ibid.* licet *Barr. & comm. DD.* contrarium teneant. Facta autem impensarum declaratione, iudex eas taxare, & super iis juramentum victori deferre debet. *Sichard. in d. §. sive autem. n. 16. Gudelin. d. cap. 13.*

Atque hæc quidem jure scripto sic obtinent: cæterum moribus hodiernis magnam partem exoleverunt. Nam neque lis ulla nunc inficiatione duplatur: & vix jurisjurandi calumniæ in plerisque tribunalibus usus est. *D. Gudelin. lib. 4. de jur. noviss. c. 8. in fin. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 8. c. 1. Wesemb. par. de jurejur. n. 9. Christin. vol. 2. decif. 147. de quo queritur D. Diod. Tuld. lib. 4. de caus. corrupt. jud. c. 14.* Loquor de juramento calumniæ, quo de hic agitur, quod in exordio iudicii à litigatoribus super tota lite jure communi præstandum est: nam quod interdum postea in parte aliqua litis exigitur, veluti ab eo, qui jusjurandum judiciale defert, l. *jusjurand. 34. §. 4. de jurej. id mribus adhuc obtinet. Wesemb. d. n. 9.* Sed neque advocati aut procuratores amplius in singulis causis jusjurandum præstaut; verum semel in universum, cum designantur sive ad postulandum agendumve pro aliis admittuntur. *Perex. ad tit. C. de jur. propt. cal. Gudelin. d. c. 8. in fin. Merul. d. tit. 8. c. 3. & 4.* quod tamen jusjurandum quotannis statis temporibus apud nos renovare tenentur, *art. 71. Instr. Cur. Holl.* Jure communi ipsi quoque iudices in singulis causis sacramenti religione obstringuntur, ut jurent, se ex vero & legibus iudicatos, l. *rem non novam. 14. in pr. C. de jud.* Sed & illi hodie unicum tantum jusjurandum dant in ingressu muneris, quod in causis singulis pro repetito habetur, *arg. auth. hoc sacramentum. C. de jurejur. propt. cal. Wes. ad tit. C. de ord. jud. num. 5.* Porro nec usu hodierno recepta est actio illa decimaria, quam diximus Justinianum, obliteratedam antea & hic repudiatam, postea in usum revocare studuisse. *Nov. 112. Gudelin. d. lib. 4. c. 13. in fin.* Quæ vero dicta sunt de condemnatione in expensas litis & cætera damna adversarii, ea ferè hodieque obtinent; nisi quod victus non aliter in hæc condemnari nunc solet, quam si petita fuerint: non quod iudex non possit ex officio victori impensas adjudicare, etiamsi petiti non sint; sed quia, ut *Barr. Bald. & DD. comm. in d. l. properandum. §. sive autem. C. de judic.* censent, & usus iudiciorum recepit, non tenetur. Cæterum impensæ satis petiti intelliguntur secundum plerisque, si libello, ut fieri solet, adjecta sit clausula, *ut super omnibus optimo quoquo modo jus & justitia administratur. Gail. 3. obs. 151. Myns. 4. obs. 55. Damhoud. prax. civ. c. 108. & ibi in annot. Nic. Tuld. Merul. d. sect. 3. tit. 1. c. 2. n. 15. Gudelin. d. cap. 13.* Victor quas fecit impensas libello complectitur, & adversarius quantitatem earum deminuit; ac demum iudex vi taxationis in sententia sibi reservatæ, utraque parte audita modum earum constituit,

stituit, *art. 95. & seq. Instruct. Cur. Holl. Moral. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 15. & seq. Gudolin. d. c. 13. vers. ult.* Temerarii litigatores apud nos multantur hoc modo. Qui in oppidis aut apud Baillivum & Pares Curiae litem temerè aut intendit aut suscipit, præterquam quod causam amittit, & impensarum damnum sentit, jubetur condemnari in actionibus realibus in summam trium florenorum, in personalibus in tricesimam partem ejus, quod petitum est, ut tamen hæc pœna non excedat summam sex florenorum. In pagis eadem temeritas coercetur in actionibus realibus pœna unius floreni & decem assium, in personalibus pœna quinquagesimæ æstimationis rei petitiæ, quæ tamen pœna non egrediatur summam trium florenorum, *art. 22. Ordin. Iustit.* Quod si quis ab inferiore judice ad Curiam provincialem temerè provocet, is jubetur condemnari in florenos triginta, *art. 211. Instruct. Cur. Holland.* & à Curia temerè appellans supremum Senatam, in florenos quinquaginta, *art. 232. Instruct. Supr. Senat.* quæ pœnæ sisco cedunt, uti superiores officario, *add. noviss. ampliat. Instruct. Cur. Holl. edit. ann. 1644.*

## T E X T U S.

## De infamia.

2. *Ex quibusdam judiciis damnati ignominiosi fiunt; veluti furti, vi bonorum raptorum, injuriarum de dolo; item tutela, mandati, depositi, directis, non contrariis actionibus: item pro socio; quæ ab utraque parte directæ est: & ob id quilibet ex sociis eo judicio damnatus, ignominia notatur. Sed furti quidem aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum damnati notantur ignominia, sed & pacti: & rectè: plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit.*

## N O T A.

2. *Directis, non contrariis actionibus] d. l. 1. Nam in contrariis judiciis de dolo aut perfidia non agitur: sed tantum de calculo & supputatione ejus, quod contrario judicio agenti abest, d. l. 6. §. ult. l. 5. depof. Nemo autem notatur, nisi qui ex his causis ob dolum ac perfidiam damnatus sit, d. l. 6. §. ult. d. l. 5. depof.*

*Sed & pacti] d. l. 1. l. 4. §. ult. d. t. Ratio est, quia intelligitur confiteri erimen, qui paciscitur, l. 5. eod. utique si cum pretio quantumque pactus sit: non si gratis remissa sit actio. Inhumanum enim esset, veniæ nullum locum dari d. l. 6. §. 3.*

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

1. *Judicia civilia ex delicto, quæ, quæ conditione concurrente, famosa.*
2. *Famosam non esse actionem quod met. ca. neque interdicta, neque condicione, quamvis ex famosis causis.*
3. *Ex contractu quæ, quibus conditionibus concurrentibus, judicia famosa.*
4. *Cur non omnia judicia bonæ fidei famosa.*
5. *In actionibus famosis ex delicto, etiam pactos, infamia notari: in iis, quæ ex contractibus, non item: & cur tam variè.*

Pœna infamiæ non tam temeritatis pœna est, quam doli: & certis duntaxat ex causis judicio civili damnatis infligitur: quales sunt illæ quatuor ex delicto, & totidem ex contractu, quæ hic recensentur. Judicia quidem criminalia & ipsa ut plurimum famosa sunt: sed ea huc non pertinent.

*Veluti furti, &c.] Furti, rapinæ, injuriarum, de dolo malo damnati, edicto notantur infamia, l. 1. de his qui nos. inf. Damnatio ea accipienda est, vel à qua non est provocatum, vel quæ confirmata est, l. 6. §. 1. eod. Addit prætor in edicto, si damnati sint suo nomine, d. l. 1. l. 4. §. ult. eod. Conditio addita propter procuratores, tutores & curatores, qui alieno nomine conventi, tamen ipsi condemnantur, infamiæ tamen notam non subeunt, d. l. 6. §. 2. Famosa quoque sunt judicia, sepulchri violati, l. 1. de sepulchr. viol. & expilatæ hæreditatis, quod est gravius judicio furti, l. 16. 12. C. ex quib. ca. infam. item actio, quæ est adversus mulierem, quæ ut in possessionem bonorum ventris nomine mitteretur, prægnantem se adleveravit, cum prægnans non esset, aut ex alio concepisset, l. notatur. 15. cum 4. seqq. eod. Actio autem quod metus causa famosa non est, 2 quoniam in hac satis visum quadrupli pœna contumaciam coerceri. Don. 15. comm. 40. Sed neque ulla interdicta famosa sunt, quamvis sint ex causa delicti, l. neque. 13. unde vi. Postremo nec inter causas famosas ex delicto numeratur damnum injuria datum: nimirum quia etsi ponamus, consulto & malo animo damnum datum esse, tamen quia hoc factum contumeliam conjunctam non habet (alioqui & injuriarum actio competet) non videtur tam atrocem pœnam mereri. Horom. hic. Illud constat, in conditionibus cessare ignominiam, quamvis ex famosis causis descendant, l. cessat. 36. de obl. & act. veluti in conditione furtiva & actione rerum amotarum, per l. pen. de cond. furr. l. rerum. 26. de act. rer. amot.*

*Tutela, mandati, depositi, pro socio] Etiam quatuor hæc judicia ex contractu proficiscentia, tutelæ, mandati, depositi, pro socio, famosa sunt, notanturque his judiciis damnati, si tres hæc conditiones concurrant; si quis suo nomine; si de dolo ac perfidia sua; si directo judicio condemnatus fuerit. Prima conditio cum causis superioribus communis est, l. 1. l. 4. §. ult. de his, qui nos. inf. Ex qua intelligimus, notari eos solum, qui suo, non qui alieno nomine damnantur, veluti procuratores, tutores, curatores, hæredes. Itaque si quis judicio famoso conventus curet, ut per procuratorem defendatur, hic futurum est, ut & ipse infamiam effugiat, quia non condempnabitur, sed procurator ejus; l. 1. C. de sens. & interloc. neque tamen notetur procurator, quia condemnatur alieno nomine, d. l. 6. §. 2. De hærede quoque idem eodem loco dicitur: nimirum etsi hæres actionibus ex contractu venientibus etiam ob dolum defuncti in solidum teneatur, & lite contestata pœnales quoque ex delicto contra eum transeunt; l. 12. l. omnes. 26. l. ex contractibus. 49. de obl. & act. l. ad ea. 157. §. ult. l. pœnalia. 164. cum siml. de reg. jur. neutro tamen casu ita tenetur ut damnatus infamiæ notam subeat, cum non suo nomine, nec ex suo dolo & delicto, sed ex alieno conveniatur. Hodie autem exiguum hæc usum habent, quoniam non amplius sententia in procuratorem, sed in dominum dirigitur. D. Tulden. in tit. C. de*

*C. de sent. & interloc. num. 4. Christin. vol. 4. decis. 91. num. 16. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 1. cap. 1.* Neque privata judicia pœnalia habemus, quæ dici possunt lite contestata in hæredes transire, nisi fortè injuriarum. Illud adhuc manet, quod licet successores etiam obdolum defuncti ex contractibus in solidum teneantur, nunquam tamen ita tenentur, ut damnatos sequatur infamia. Secunda conditio est, si quis ex his causis obdolum ac perfidiam damnatus sit, *l. 6. §. ult. de his qui not. infamia. l. 5. de pos. §. suspectus. 6. de susp. sut.* Neque enim convenit, infamiam notam cuiquam inuri, qui nihil turpe admittit, sed culpa tantum imperitiave aut solita negligentia peccavit: quoniam hoc etiam in hominem idoneum & frugi cadere potest, *l. probrum. 42. de verb. sign.* Tertia & postrema conditio est, si quis condemnatus fuerit iudicio directo, *d. l. 1. de his qui not. inf.* Nam in contrario de dolo aut perfidia non agitur, sed tantum de calculo & supputatione ejus quod contrario iudicio agenti abest, *d. l. 6. §. ultim. eodem titul. d. l. 5. de pos.* Hæc autem conditio addita non propter actionem pro socio, quippe quæ utrinque directa est: sed propter tres reliquas, quarum quædam directæ, quædam contrariæ. Plane in causa mandati interdum etiam contrario iudicio de fide violata agitur, & damnatus notatur infamia: ut in specie *d. l. 6. §. antepen. de his qui not. infam.*

4. *Tutela, mandati, depositi, pro socio*] Quid ergo? an reliquis bonæ fidei iudiciis, puta empti, venditi, locati, conducti, commodati, actione pigneratitia, obdolum & perfidiam damnati, infames non erunt? Et cum prætor quatuor illa, quæ hic proponuntur, nominatim exceperit notaveritque, haud dubie in cæteris integram existimationem servari voluit. Neque vero defuit prætori sua ratio, cur quatuor illa à cæteris segregaret. Licet enim in omnibus, qui se malitiosè gerit, fidem ex æquo violet, in solis tamen illis quatuor eam violat specie amicitia; quod majoris est improbitatis: nam quod de mandato non ex fide gesto ait M. Tullius *pro Rosc. Amerin.* eo nomine non minus turpe iudicium constitutum esse, quam furti; propterea quod hæc culpa duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem; id non magis ad mandati iudicium, quam ad tria reliqua, tutelæ, depositi, pro socio, pertinet, *add. Coras. 4. misc. 19. Don. 18. comm. 8.* Hodiernis moribus nulla iudicia civilia famosa esse dicuntur, & non tam ex causa, quam ex genere pœnæ infamiam irrogari, *vid. Bern. Autumn. confer. ad rubr. C. ex quib. caus. infam. Zypa. not. jur. eod. tit. Groenew. de ll. abrog. bic.*

5. *Sed & pacti*] Non solum damnati ex superioribus delictis, sed & pacti infamia notantur, *d. l. 1. l. 4. §. ult. de his qui not. inf.* Ratio est, quia intelligitur confiteri crimen qui paciscitur, *l. 5. eod.* confessus autem pro iudicato est, *l. 1. de confess.* Quod tamen ita acceptum est, si quis cum pretio quancumque pactus sit, non si gratis remissa sit actio: nam inhumanum esset, veniæ nullum locum dari, *l. 6. §. 3. de his qui not. inf.* In actionibus vero, quæ famosæ sunt ex contractibus, paciscens infamia non notatur: quoniam in his causis non tam turpis est pactio: & potius hic de eo, quod adversarii interest, interposita præsumitur, quam ex conscientia doli, *l. 7. eod.* Atque ad has causas tantum illud quoque pertinet, quod traditur in *l. si reus. 73. de procur. reum* actione famosa conventum infamiam declinare posse, si

tantam pecuniam, quanta petitur, actori solverit, aut eo recusante accipere, si oblatam apud acta deposuerit: quanquam DD. vulgo hoc etiam ad causas famosas ex delicto referunt: *vid. quæ notamus sup. §. in summar. de injur.*

## TEXTUS.

## De in jus vocando.

3. *Omniun autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua prætor indicit de in jus vocando. Utiqne enim in primis adversarius in jus vocandus est, id est, ad eum vocandus, qui jus diciturus sit. Qua parte prætor parentibus & patronis, item parentibus liberisque patronorum & patronarum, hunc præstat honorem, ut non aliter liceat liberis libertisque eos in jus vocare, quam si id ab ipso prætore postulaverint & impetraverint. Et si quis aliter vocaverit, in eum pœnam solidorum quinquaginta constituit.*

## NOTÆ.

3. *Actionum instituendarum*] In jus vocatio principium est iudicii instituendi, & prima ordinis iudiciarii pars, *l. 1. C. de exc. rei jud.*

*Parentibus & patronis*] *l. 4. cum seqq. de in jus voc. §. 12. sup. de act. Macrobr. 7. Saturn. 5. Ab auctoritate vestra tanquam ab edicto prætoris impetrata venia.*

*Solidorum quinquaginta*] *l. pen. d. 2. quod si libertus inopia labore, à præfecto urbi, quasi inofficiosus castigatur, l. ult. eod.* Unde vulgo dici solet, *qui non habet in are, luat in pelle.*

## COMMENTARIUS.

1. *Partes processus iudiciarii.*
2. *An in jus vocatio pars sit iudicii.*
3. *Effecta in jus vocationis.*
4. *Omissa in jus vocatione nihil cognosci aut statui posse.*
5. *Quid intersit inter citare, & in jus vocare.*

**C**oncluditur hoc loco tractatio de actionibus, ad quam omnia, quæ hæctenus dicta sunt, pertinent; doceturque, actionem omnem instituendam esse apud magistratum, cujus de ea re iurisdictio est, vocato prius ad eum adversario.

*Actionum instituendarum principium*] Processus iudiciarii partes sunt quatuor, quarum ordinem & progressum natura ipsa ostendit, & eleganter expresserunt *Impp. in l. 1. C. de execut. rei jud.* in jus vocatio, litis contestatio, causæ cognitio, sententia. Additur & quinta, sententiæ executio, quæ tamen ab ordine, quo ad eam pervenitur, secerni potest. Prima ordinis iudiciarii pars est in jus vocatio: ab ea enim, ut hic dicitur, omnium actionum instituendarum initium proficiscitur. Quidam & iudicii partem esse contendunt: sed hoc alii & plures negant; quoniam iudicium non ante ceptum dicitur, quam lis est contestata, *l. un. C. de lit. contest. l. amplius. 15. ratam rem hab. Gail. 2. obs. 48. & 74. Wesemb. par. de jud. n. 6. Christin. vol. 2. decis. 149. n. 12. & dec. 155. n. 9.* Diffiduum non difficile compositum.

Kkkkk 3

Nam

- 2 Nam aut vocem iudicii latius accipimus pro toto litis tractu ab in jus vocatione usque ad executionem, quæ processus iudicarii est pars ultima. *Wesemb. ad rubr. C. de jud. n. 19. Cagnol. ad rubr. C. de edend. n. 21. & 24.* aut pressius, ut ea tantum contineat, quæ olim apud iudices pedaneos expediebantur, nempe pro progressu iudicii à lite contestata usque ad sententiam, qui instantia dici solet. *Marant. spec. aur. p. 5. num. 2.* Priore sensu non minus in jus vocatio propriè & verè pars iudicii est, quam litis contestatio, &c. Posteriore propriè iudicii pars non est: quanquam nihil vetat, partem iudicii etiam propriè dicti vocare id principium, quod iudicium ita antecedit, ut sine eo ad illud non perveniatur. Unde etiam, qui partem esse iudicii negant, eam vocant principium, basin & fundamentum processus. *Gail. d. obs. 48. & dict. obs. 74. num. 1.* Effecta in jus vocationis hæc ferè sunt. 1. Ut si quis postea quam in jus vocatus est, alterius fori esse cœperit, puta mutatione domicilii, aut privilegio proprii iudicis quæsito, is in ea causa jus forum revocandi non habeat, quasi vocatione præventus, *l. 7. de judic. 2.* Quod perpetuat jurisdictionem iudicis delegati, hoc est, uti is delegante post propositum citationis edictum mortuo, nihilominus in causa procedere possit & debeat, *c. gratum. 20. de off. deleg. 3.* Quod post citationem in actionibus in rem res, de qua agitur, litigiosa esse incipit, *auth. litigiosa. C. de litigios. vid. Covar. præf. qu. 15. n. 6.*

*In primis adversarius in jus vocandus est* Qui iudicio cum aliquo contendere constituit, is ante omnia adversarium suum in jus vocare debet, eique actionem edere, quo is secum interim deliberet, utrum cedere velit, an iudicio contendere; & si contendendum putet, ut veniat instructus, *l. 1. de edend. auth. offeratur. C. de lit. 4. cont.* Unde intelligimus, hunc actum omnino necessarium esse, eoque omisso nihil cognosci, nihil statui posse: & si contra factum sit, id pro infecto habendum,

nec rei iudicatæ auctoritatem obtinere, *fac. l. 4. C. de sent. & interloc. & merito:* quoniam sic deficit una ex personis, quæ ad constitutionem iudicii necessario requiruntur: neque iudex contra jus naturale & divinum reum privare debet defensione, quæ naturalis est. *Clement. pastoralis. de re jud. Pet. Gregor. 48. synagm. 2. n. 28. Damboud. præf. civ. cap. 54. n. 3. Gail. 1. obs. 48. & de pac. publ. 5. n. 6. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. cap. 1. Christin. vol. 2. decis. 89.*

*Qui jus diciturus sit* In jus vocare, est ad eum vocare, qui jus diciturus est, juris experiundi gratia, *l. 1. de in jus voc. & hoc text.* Iudicem igitur, ad quem vocatio fit, oportet aut tribunali præesse; aut aliam jurisdictionem habere. Ad eum, qui nudam duntaxat notionem habet, hoc est, ad iudicem pedaneum vocatus, impune non parebit, *l. 3. §. 1. ne quis eum qui in jus voc.* Additur in *d. l. 1. juris experiundi causa.* qui finis est vocationis. Non enim vocatur quisquam in jus, nisi ea gratia, ut cum eo liceat jure iudicioque experiri, sive agere de re, quæ in iudicium vocatur. In jus vocatio vulgo nunc citatio appellatur, & promiscuus etiam horum verborum usus est in constitutionibus Justiniani, contra quam veteres, qui verbo *citare* nunquam utuntur pro in jus vocare. Sanè verbi *citandi* latior etiam nunc usus est, quam in jus vocandi: quippe citationi locus est etiam post cœptum iudicium, & in quavis parte iudicii; veluti cum quis citatur ad audiendam sententiam, ad videndum jurare testes, &c. cum in jus vocatio de prima illa citatione, quæ iudicium præcedit dicitur duntaxat. Quomodo nunc citatio seu in jus vocatio fieri soleat, quibus partibus constet, & quam vim habeat, cognosces ex *Merul. lib. 2. tit. 1. & lib. 4. dist. 4. sect. 1. tit. 4. c. 1. & seqq. Gail. 1. obs. 48. & seqq. & obs. 74. num. 16. & seqq. Myns. 6. obs. 10. Christ. vol. 2. dec. 89.*

*Parantibus & patronis* Hac de re copiosè explicatum est sub §. *pœnalis. 12. sup. de actionib.*

## TITULUS XVII.

### DE OFFICIO IUDICIS.

*Continuatio. Quid sit litis contestatio. An ea à parte rei aliquando per affirmationem aut confessionem inducatur: ejus effecta & quibus in causis non necessaria.*



**S**is, qui in jus vocatus est, neget, quod intenditur, & cum actore paratus sit contendere, negatio ejus rem dubiam, contentio utriusque litem facit, & à veteri ritu testationis in lite instituenda, litis contestatio dicitur: de quo ritu vid. *Pet. Fab. 2. semestr. 24. Revard. pro tribun. 11. Cujac. 9. obs. 21.* Per litis contestationem potestas fit iudici de re cognoscendi & iudicandi: ante nihil cognosci, aut definiri potest. *Nov. 53. c. 4. eos. tit. x. ut lit. non cont. non proc.* Eaque sic rectè nunc definitur (nam vetus contestatio sublata est, licet nomen manserit) negotii hinc inde apud iudicem facta narratio, continens petitionem actoris, & ad eandem rei conventi responsum per contradictionem, *l. un. C. de lit. cont. l. rem non novam. 14. §. 1. C. de judic. l. 2. C. de jurejur. propt. calum.* Enimvero non quælibet petitio actoris & responsum seu con-

tradictio rei litis contestationem inducit, sed distincta, & quæ statum causæ iudici demonstrat. Cumque lis esse non possit, nisi unus affirmet, alter neget, apparet, litis contestationem non fieri, nisi quemadmodum definiti, per contradictionem ejus, quod petitur; ac proinde ex parte rei non nisi negative, *d. l. 14. §. 1. C. de judic. Vigl. de lit. contest. cap. 1. Obrecht. c. 2. n. 16. & seqq. D. Perez. ad tit. C. eod. n. 3. & 4.* Et malè igitur Glossa in *cap. unic. x. eod. Sichard. in rubr. C. eod. n. 5. Merul. lib. 4. dist. 4. sect. 3. tit. 6. cap. 1.* statuunt, etiam per confessionem rei litis contestationem induci: nam qui hosti se dedit, certare dici non potest. Lite contestata, (*soo haest de gedaegde geantwoordt heeft / ende conclusse genomen / dat den impetrant sijnen epsech ende conclusse sal sijn ontsepd*) iudicium constitutum esse intelligitur, *d. l. un. C. de lit. cont. l. 15. rat. rem hab. l. lite. 35. de usur. junct. l. 1. C. de judic.* Est

Est enim litis contestatio, ut dictum est superiore titulo, prima judicii pars, si vocem judicii propriè & strictè accipimus, & à DD. appellatur judicii principium formale: cujus effecta congesserunt, *Gail. 1. obs. 76. & 2. seqq. Merul. d. tit. 6. c. 2. Perez. in C. de lit. cont. n. 8. Tuld. ib. n. 3.* Sunt autem fere hæc. 1. Per litis contestationem statim res subjicitur cognitioni judicis. 2. Actiones omnes, quæ alias tempore aut morte perituræ essent, semel judicio inclusæ, salvæ permanent, §. 1. *sup. de perp. & tem. act. l. omnes. 26. l. sciendum. 58. de obl. & act. l. nemo. 87. l. omnes. 139. de reg. jur.* 3. Actiones, quæ alias triginta annorum spatio circumscriptæ, post litis contestationem omisæ, intra quadraginta annos repeti possunt, *l. ult. C. de præscr. trig. ann. l. 1. §. 1. C. de ann. exc.* 4. Litis contestatio inducit præstationem fructuum in strictis judiciis, quibus agitur ad consequendum, quod nostrum non fuit, *l. videamus. 38. §. si actionem. 7. de usur.* 5. Excludit exceptiones dilatorias, *l. pen. & ult. C. de exc. & in univ. act. conditionem meliorem facit, l. non solet. 86. cum l. seq. de reg. jur.* 6. Litigatores in eodem judicio retinet, *l. ubi acceptum. 30. de judic. & retinet in conjuncto, ne causæ continentia dividatur, l. nulli. 10. C. d. tit.* adeoque actorem petitioni mutux (reconventionem vocant pragmatici) obnoxium reddit, *l. qui non cogitur. 22. eod. tit. l. 14. & auth. & consequenter. C. de sentent. & interloc.* Illud omnes passim notant, omisæ litis contestatione processum vitari: quanquam sunt quædam causæ, quæ contestationem non desiderant; quales sunt causæ appellationis, summarix, notoriæ, & ubi periculum in mora. *Myns. 1. obs. 1. & 38. & 3. obs. 74. Gail. ad loc. Merul. d. tit. 6. c. 2. Christin. vol. 2. decis. 155. n. 2.* Constituto sic per litis contestationem judicio statim res ad cognitionem judicis pertinere incipit; de cujus officio porro videndum.

TEXTUS.

De officio judicis in genere.

*Supereft, ut de officio judicis dispiciamus. Et quidem in primis illud observare debet judex, ne aliter judicet, quam legibus, aut constitutionibus aut moribus proditum est.*

NOTÆ.

*De officio judicis*] Aliud veteribus est officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis est, cui cohæret potestas exequendi, quæ mixtum imperium nostris dicitur, *l. 1. in fin. l. ult. §. 1. de off. ejus, cui mand. jurisd. l. 3. de jurisd.* alterum nudæ notionis, causæ cognitione, & sententiæ dicendæ potestate circumscriptum, *l. 5. l. 15. l. 55. de re jud.*

*Ne aliter, quam legibus*] *l. 13. C. de sent. & interloc. auth. jubemus. C. de judic.* Quippe judex legum minister, non arbiter est. *Augustin. c. 3. dist. 4. Postquam leges latae sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas judicandum est, & Nov. 126. cap. 1.* jubentur iudices νόμοις ἐπινοοῦσθαι δίδουσαι ψήφου, legibus cognitam edere sententiam, in quas jurabant Athenis & Romæ.

*Aut constitutionibus*] Sententia, quæ expressim lata est contra legum, constitutionum, morumve præscri-

pta, adeo inutilis est, ut ne appellatio quidem necessaria, *leg. 19. de appell. l. 1. §. 2. qua sent. fin. prov. l. 2. C. quand. prov. non est nec.*

COMMENTARIUS.

1. Aliud esse officium jus dicentis, aliud judicis: illi respondere, quod vulgo vocatur officium judicis nobile; huic, quod mercenarium: & in quibus hæc consistant.
2. Causæ cognitio quid & quibus in rebus consistat.
3. Officium judicis in judicando quale.
4. Quæ sententia nullius momenti: qua item, licet injusta, valeant, nisi provocetur: & quid circa hæc in Belgio.
5. Utrum judex secundum conscientiam suam, an secundum acta & probata judicare debeat.
6. Omnes iudices, etiam supremos, secundum leges & mores judicare debere: & secundum quæ jura judicatur in his provinciis.

**A**liud est veteribus officium jus dicentis, aliud officium judicis, de quo hic quæritur: alterum enim jurisdictionis est, alterum nudæ notionis. Illud interpres vulgo officium judicis nobile vocant, hoc mercenarium, verbis magis, quam sensu inconcinno. Ad officium jus dicentis hæc pertinent: minores facilitate suas los in integrum restituere; *l. 1. §. 1. de minor. bonorum possessionem dare; in possessionem mittere; pupilis minoribus tutores curatoresve non habentibus constituere; iudices litigantibus dare, jubere cavere prætorica stipulatione; l. 1. l. 4. de jurisd. sententiam judicium à se datorum exequi; l. à Divo. 15. de re judic. multam dicere; pignora capere; l. 1. si quis judic. non obtemp. l. 4. §. 2. de damn. inf.* Sic hodie cum magistratus, non servato judicii ordine, reum nec auditum ad folius actoris supplicationem jubet superfedere facto aliquo, puta cæsione sylvæ, cultione agri, &c. idque sub pœna, addita clausula, quæ & necessario addenda, ut si gravatum se sentiat mandato pœnali, certo die veniat se defensurus; quo veniente mandatum illud resolvitur in simplicem citationem: hoc item proficiscitur ab auctoritate prætorica & officio judicis nobili. *Oldend. in præfat. Class. c. de off. jud. D. Tuld. hic. c. 1.* ad officium judicis pertinet, causam cognoscere; *l. 9. C. de jud. dare & moderari dilationes; l. 7. de fer. & dilat.* jubere cavere stipulatione judiciali; §. 1. *sup. de div. stip.* denique de re cognita pronuntiare: nam & sententiæ officio judicis, quod mercenarium vocant, pronuntiantur, tam super re principali, quam super usuris, fructibus, sumptibus litis, aliisque accessionibus, *l. de quare. 74. de judic. l. qui per collusionem. 49. §. ult. de act. empt.* dicta autem semel sententia, cessant partes judicis, & succedunt magistratus, *l. judex. 55. de re jud.* Igitur ad officium judicis duo hæc maxime spectant; causæ cognitio, & judicatio. Causæ cognitio, quæ & disquisitio, & examen, & disceptatio, est corpus & substantia judicii, nec ullus potentior judicii defectus. *Vestr. 3. pr. aul. Rom. c. 2. n. 7. & Gravas. ad Vestr. ibid.* Consistit autem in his rebus; ut judex negotii veritatem examinet, deinde & justitiam; quorum alterum ad factum refertur, alterum ad jus, *l. 3. de in int. rest.* Cognoscitur autem causa ex iis, quæ à litigatoribus allegantur probanturque. Primo igitur litigatores audiendi; inde expendenda,

denda, quæ ad probationem afferuntur; neque id perfunctoriè aut summarium, ut interdum fit, cum de re aliqua non ex professo agitur, sed duntaxat per occasionem, ubi iudex præsentem probationem sequens, id quod contra assertur, si altiore quæstionem habeat, in aliud tempus rejicere solet; l. 3. §. 4. de Carb. edict. l. 15. §. 4. de re jud. (consule de causis summarii iudicii & perfunctoriæ cognitionis Vestriumi præf. anl. Rom. lib. 5. cap. 1. & seq. Damhoud. prax. civ. cap. 22. & seq. Mysf. 3. obs. 70. & 6. observ. 16.) verum ut in iusto iudicio, adhibita plena & iusta inquisitione. Est autem plena & iusta inquisitio ac cognitio, cum iudex nihil eorum, quæ ad intentionem actoris & defensionem rei pertinentia afferuntur, quæque iudicii natura non repudiât, prætermittit, quin audiat cognoscatque, l. 9. C. de iudic. & ib. DD. Causa sic disceptata ac cognita, superest, ut iudex, qui de re cognovit, etiam iudicet seu sententiam ferat, l. de qua. 74. de iudic. in qua ferenda quid pro officio observare debeat, docet deinceps Justinianus.

3 Nec aliter iudicet, quam legibus ] Iudici permissum non est, quo velit modo, ita iudicare: quippe qui legum minister, non arbiter est. Sed cavere debet, ne aliter iudicet, quam legibus aut moribus est proditum, hoc text. l. nemo. 13. C. de sent. & interloc. auth. jubemus. C. de iudic. Nov. 126. cap. 1. ubi jubentur iudices *vivus ἐγνωσθησαν διδόναι ψήφου*, legibus cognitam edere sententiam. Cui consentaneum est, quod principes humanæ sapientiæ Plat. & Arist. non uno loco tradiderunt, iudicem legibus alligatum esse oportere. Et illud August. c. 3. dist. 4. Postquam leges latæ sunt, non de ipsis, sed secundum ipsas iudicandum. Potest sane iudex verba legis, si duriora videantur, æquitate quadam flectere, ut voluntatem legislatoris conservet: quinimo id facere jubetur, l. benignius. 18. de legib. atque in re omni æquitatis potius, quam stricti juris rationem habere, l. 8. C. de iudic. *Scriptum sequi*, ait M. Tullius in ea pro Cæcilio calumniatoris est: *boni iudicis, scriptoris voluntatem auctoritatemque defendere*. Atenim vero si & ipsa legis verba, & simul mens legislatoris perspicua sint, quamvis à generali illa æquitate, quæ communiter in omni lege inesse putatur, dissideant, cujus rei exemplum habemus in l. prospexis. §. 1. qui & à quib. man. hic iudex non potest prætextu æquitatis à verbis legis recedere, ne simul faciat contra legis sententiam, nec tam interpretet legem, quam tollat; quod solius est Principis, hoc est, ejus cujus est & legem condere, l. 1. 4. ult. C. de legib. Gudolin. lib. 5. de jur. nov. c. 2. Sententia contra formam juris lata nullius momenti est: veluti quæ causa non cognita, aut non publicè & palam, ac more majorum, aut non præsentibus iis, inter quos res agitur, dicta, tit. C. quom. & quand. iud. quæ ex scripto recitata non est, C. de sens. ex brev. voc. quæ absolutionem aut condemnationem non continet, l. 3. C. de sent. & interl. quæ sine certa quantitate prolata. C. de sent. qua sine cors. quant. quæ lata est contra rem iudicatam, à qua provocatum non est, l. 1. C. quand. prov. non est nec. quæ expressim contra leges, Senatuseonsulta, aut constitutiones data, l. si expressim. 19. de appell. l. 1. §. 2. qua sent. sin. app. l. 2. C. quand. prov. non est nec. & si quæ sunt similes. Cumque hujusmodi sententiarum auctoritatem iudicati non habeant, etiam sine appel-

latione causa denuo induci potest, dd. U. Sed quid si horum nihil objici possit, & tamen sententia injusta dicatur? Placet, sententiam valere, & standum esse rei iudicatæ, si appellatum non erit, aut non intra tempora ad appellandum constituta, l. præses. 27. l. cum prolatis. 32. de re jud. d. l. 2. C. quand. prov. non est nec. usque adeo, ut nec rescriptum Principis contra sententiam recipiatur, l. ult. C. sent. rese. Verum hoc ita est, si nihil amplius proponatur, quam, sententiam in hypothesi injustam esse; quia de jure litigatoris iudex pronuntians eum condemnnavit, quem absolvere debebat, aut contra. Ut ecce, actor centum nomine sortis & viginti usurarum nomine petit: reus negat, usuras usurarum à se peti posse ex constitutionibus: iudex reum in eam quantitatem, quæ petita est, condemnnavit, existimans, eas constitutiones nihil ad rem facere: Quamvis iudex id imperitè & injustè faciat, rei tamen iudicatæ standum esse responsum est, d. l. præses. junct. d. l. cum prolatis. de re jud. Diversa causa est, si pronuntiaffer, usuras usurarum peti posse: tunc enim una cum reo constitutiones ipsas damnaret: qualis sententia cum non solum *ἀδικη* sit, sed etiam *παρανομία*, de lege ipsa & contra eam directo lata, ipso jure nulla est: & ideo nec provocationis auxilium in hac specie necessarium, d. l. si expressim. 19. de app. d. l. 1. §. 2. qua sent. sin. app. ubi & aliud exemplum habes ad utramque partem hujus distinctionis accomodatam, d. l. 2. C. quand. prov. non est nec. ubi item exemplum aliud. Adi de tota hac re Vaur. de null. ex defect. proc. n. 118. & n. 122. & seq. Zaf. Duar. & DD. in d. l. præses. de re jud. ubi rectè observant, verba condemnnavit contra leges & sacras constitutiones, non esse iudicis pronuntiantis, sed Jurisconsulti casum referentis. Add. D. Christif. vol. 4. dec. 117. ubi post D. Leonin. conf. 3. n. 7. notat, rubr. C. quand. prov. non est nec. in hisce partibus non observari. Sed appellationem necessariam esse, etiam cum sententia ipso jure nulla est, uti & moribus Gallorum, ut idem eodem loco & vol. 1. dec. 16. n. 6. ex Imbert. Rebuff. Bugnion. & aliis refert. Rectius videtur dicere D. Diod. Tuld. ad d. rit. C. in fin. sententias iudicum in his regionibus ipso jure irritas aut nullas non esse. Et igitur in statu iudiciali seu quæstione juris, quod iudicem sequi oporteat, in medio positum est: si quidem ex jure, quod certum est, & notum ei esse debet, sententiam feret, tamen si à litigatoribus, aut eorum advocatis non allegetur aut probetur, l. un. C. ut qua def. adv. jud. supp. & ibid. DD. In statu autem conjecturali, seu cum de facto ambigitur, plus difficultatis res habet. Nam cum facta plerumque incerta sint, probationibus eruenda veritas, & secundum acta & probata iudicandum, l. 6. §. 1. de off. præf. Proin reus convictus condemnandus; non convictus, etsi ipse nihil præstiterit, absolvendus, l. 4. C. de edend. l. 9. C. de obl. & act. nec quod deest in facto, iudex supplebit, arg. d. l. un. C. ut qua def. advoc. ubi Glossa & DD. nisi factum actis continetur, puta exceptio aliqua, quæ non fuit allegata ex instrumento, quo probatur obligatio & actio, apparet. Ranchin. in not. ad Guid. Pap. q. 221. Christif. vol. 2. decis. 165. num. 1. Quoniam autem iudex in iudicando sequi jubetur rerum probatarum fidem, d. l. 6. §. 1. de offic. præf. plerique censuerunt, etiam si liquido iudici conitet, falsitate aliqua vel testimonium vel instrumentorum bonam causam lædi, tamen secundum

Jam acta & probata, ut loquuntur, eum judicare debere, non secundum privatam conscientiam; adeoque in foro animæ excusatum esse, qui secundum probata eum, quem scit esse innocentem, condemnat. Canonistæ in *c. Pastoralis*. 28. §. *quia vero. x. de offic. deleg. Cyn. in l. un. C. ut qua def. adv. Covar. 1. ref. 1. Clar. lib. 5. §. fin. pr. crim. q. 66. n. 2. Cacheran. doc. 79. n. 43. & seqq. Christin. vol. 2. decis. 148. n. 21. & vol. 1. dec. 4. ubi plures citantur. Mihi vero longe tutius videtur, ut dicamus, ita ex actis & probatis judicem judicare debere, ut tamen nunquam judicet contra conscientiam. Etenim jubetur. *judex judicare secundum ea, quæ probantur. At qui hoc facit, non potest non judicare secundum conscientiam. Quippe probare Latinis est fidem facere. Cui autem fides facienda, nisi judici? Huic enim eorum, quæ allegantur, examen mandatum est, & ita mandatum, ut ex animi sui sententia æstimare eum oporteat, quod aut credat, aut parum probatum sibi opinetur, l. 3. de testib. & prout religio suggerit, sententiam proferre, l. eum quom. 79. §. 1. de judic. Jam vero si ea, quæ allegantur, pugnent cum scientia judicis, fidem judici facere non poterunt, cum falsa sint, & religione metuque justissimi Numinis prohibebitur secundum ea judicare. Una enim & simplex est veritas: ac proinde dividi conscientia aut scientia judicis in publicam aut privatam non debet. Neque obstat *d. l. 6. §. 1. de off. pres. nam & ibi jubetur præses, non tam instrumentis, quæ vitiosa & falsa esse possunt, quam rei veritate, quæ ex iis, quæ probantur, perspicitur, moveri. Itaque arbitrari, & divino & humano juri consentaneum esse, ut judex in quæstione facti ex animi sui sententia, religione & conscientia pronuntiet, veritatemque asserat, spretis testimoniis, quamvis ille solus falsa ea esse sciat: maxime si talis est judex, ut ab eo nulla sit provocatio, nec veritati nisi in fide illius ullum præsidium. Sin vero is judex est, à quo provocari potest, satius est, eum à judicando abstinere & testimonio suo, quantum in se est, causam ejus, cui injuria fit, apud judicem superiorem adjuvare: ne temerè publica testimoniorum spernatur auctoritas, aut fenestra aperiatur pravis hominibus, passim gratificandi cui velint, obtentuque ac colore scientiæ aut conscientiæ id ipsum excusandi aut defendendi. Consent. *foro Coras. 4. misc. 20. Horom. illustr. q. 27. D. Tulden. 3. de princ. jurispr. 6. & in comm. hic. c. 3. eoque etiam inclinare videtur Costal. ad d. l. 6. §. 1. de off. pres. Cæterum est hæc quæstio de raro contingentibus, cum difficulter contingere possit, ut vera judicis scientia pugnet cum testimoniis aut instrumentis quibus nihil obijci queat.****

6. *Legibus, constitutionibus, aut moribus proditum.]* Preceptum hoc ad omnes judices ex æquo pertinet, sive magistratum gerant, sive aliter judicent: quanquam sunt, qui id pertinere negant ad summas præfecturas seu Curias ultimæ jurisdictionis. Nam Justinianus generaliter loquitur, & in *Nov. 8. c. 12. nominatim de prædibus provinciarum: omnemque dubitationem tollit Nov. 82. c. 13. In his provinciis qui judicant, primum jura municipalia & constitutiones provinciales, tum mores ac consuetudines locorum spectant, quibus si controversia dirimi non possit, ad jus commune, id est, Romanum, apud bonam partem Europæ observatum, tanquam ad *europæum*, confugiunt. Gudelin. lib. 1. de jur.*

*noviss. Christin. vol. 1. decis. 343. Grot. 1. mandata. ad jurispr. Batav. c. 2.*

## TEXTUS.

## De judicio noxali.

1. *Ideoque si noxali judicio aditus est, observare debet, ut, si condemnandus videtur dominus, ita debeat condemnare, Publium Mævium Lucio Titio in decem aureos condemnno; aut noxam dedere.*

## NOTÆ.

1. *Noxali judicio aditus.]* Cujac. *additus*, vel *aditus*: sed hujusmodi verba parum conveniunt moribus sæculi Justiniani, quo impetrationes actionum jam sublatæ erant. Wef.

## COMMENTARIUS.

UT sententia judicis valeat, & res judicata esse intelligatur, necesse est reum aut absolvi aut condemnari, *l. 1. de re jud. l. 3. C. de sent. & interloc.* Condemnatio autem incertam rem vel quantitatem fieri debet: incerta & vaga vim sententiæ non habet, §. *curare. 32. sup. de act.* nisi natura rei petitiæ obstet, quominus certa sententia ferri possit; veluti in judiciis universalibus, qualia sunt petitio hæreditatis & actio familiæ eriscundæ; aut si plures res generaliter aut disjunctim promissæ petantur: nam eodem modo condemnatio faciendâ, ne per sententiam reo auferatur jus electionis, *vid. not. sub d. §. curare.* Quod autem Justinianus hic scribit, judicio noxali convictum ita condemnandum esse, ut aut pecuniam solvat, aut servum noxæ dedat, id non videtur esse necessarium; quoniam pecunia tantum in actionem judicati venit: dedendi autem facultas non à judice, sed à lege est, *l. 6. §. 1. de re jud.* quod alibi quoque monuimus *sub §. 2. de noxal. act.*

*Aut noxam dedere.]* Τὸν βλάπτουσα, corpus ipsum, quod nocuit, §. 1. *sup. de nox. act.* Similis locutio est in *l. 1. in fin. pr. de his qui effud.*

## TEXTUS.

## De actionibus realibus.

2. *Et si in rem actum sit coram judice, sive contra petitorum judicaverit, absolvere debet possessorem: sive contra possessorem, jubere ei debet, ut rem ipsam restituat cum fructibus. Sed si possessor neget, in presenti se restituere posse, & sine frustratione videbitur tempus restituendi causa petere, indulgendum est ei; ut tamen de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit. Et si hereditas petita sit, eadem circa fructus interveniunt, qua diximus intervenire de singularium rerum petitione. Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, sive illorum,*



quos perceperit, in utraque actione eadem ratio pene habetur, si prado fuerit. Si vero bona fidei possessor fuerit, non habetur ratio neque consumptorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumpti sunt.

## NOTÆ.

2. Et sine frustratione] Th. & d. *inchoatam* non moræ aut frustratoris dilationis causa. Reus igitur frustrator non auditur.

Indulgendum est.] In actionibus in personam quadrimestres induciæ condemnato jure publico indulgentur, l. ult. C. de usur. rei jud. quod tamen non puto pertinere ad actiones depositi, commodati, aut similes, quibus certa species petitur, extra quam si reus damnatus sit in rei petitione æstimationem: neque enim malitiis indulgendum est.

Eadem ratio pene] Tò pene additum propter causam, quam modo dixi. Forte etiam, quia in actione in rem speciali officio judicis fructus veniunt: in petitione hæreditatis jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, l. 20. §. 3. l. 40. §. 1. d. tit. l. 1. C. 2. C. eod. Cujac.

Si prado] L. 25. §. 3. & seq. d. tit. l. 22. C. de rei vind. l. 33. D. eod. nec interest ab initio mala fide possederit, an postea possidere cœperit, leg. 23. §. 1. l. 48. §. 1. de acquir. rer. dom. d. l. 25. §. 5. de har. pot.

Post inchoatam petitionem] D. l. 22. C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & lit. exp. l. 4. §. 2. D. fin. reg. Quoniam post motam controversiam omnes possessores pares sunt, d. l. 25. §. 7. l. 10. C. de long. temp. præscr.

## COMMENTARIUS.

1. Tempus judicis indulgentur in actionibus in personam: & hoc jure apud Batavos.
2. Qui possessores quos fructus quatenus restituere debeant, summariis.

**H**oc §. agitur de officio judicis in actione in rem, tum singulari, seu rei vindicatione, tum universali, sive petitione hæreditatis: doceturque, officium illud versari partim circa res petitas, partim circa fructus.

Ut rem ipsam restituat cum fructibus] Plenius dicendum erat, ut rem petitam restituat cum omni causa, id est, id omne, quod habiturus foret petitor, si tempore litis contestatæ res ei restituta fuisset, l. Fulianus. 17. §. 1. l. præerea. 20. de rei vind. & porro si possessor restituere jussus arbitrio judicis non pareat, tum eum, ut in actionibus arbitrariis, qualis est rei vindicatio, fieri solet, condemnandum quanti petitor in litem juraverit; l. ajm rei. 46. de rei vind. l. 5. l. 8. de im lit. jur. Nonnunquam & possessori ob contumaciam, manu militari seu per executores litem rem auferri, puta si id petitor maluerit, & sua interesse doceat, l. qui restituro. 68. de rei vind. quomodo apud nos semper proceditur, art. 172. Instr. Cur. Holland. add. nos. sub §. præerea. 31. sup. de act. Postremo & victum victori in expensas litis condemnandum, nisi justam causam litigandi habuerit, l. 13.

§. si vero autem. 6. C. de judic. de quo explicatius tit. præc. sub §. 1.

Cum fructibus] Etiam si expresse petiti non sint, l. & ex diverso. 35. §. 1. de rei vind. idque vel ex eo satis intelligitur, quod officio judicis continetur, ut jubeat fructuum restitutionem fieri: judicis enim officio proprie id contineri dicitur, quod ei tacite suo jure permisum est; quamvis prætor nullam ejus in formula mentionem fecerit, l. plano. 38. de har. pet. l. si reus. 73. de procur. l. 9. §. 1. de furt. l. qui per collusionem. 49. §. 1. de act. empt. add. Myns. 4. obs. 55. Christin. vol. 2. decis. 105. n. 2. Vant. de nullis. sent. ex defect. proc. n. 97. ubi ait petitionem fructuum tacite & virtualiter petitioni rei inesse. Dissent. D. Tulden. comm. bic. cap. 8. & D. Perez. ad tit. C. de rei vind. num. 16.

Sed si possessor] Si possessor causetur, se non posse in præsentem rem restituere, & sine fraudatione tempus ad restituendum petat, potest judex ex humanitate ei gratificari, & moderatum tempus concedere, intra quod restituat. Dissimilis ratio est in actionibus in personam, in quibus condemnato quadrimestres induciæ indulgentur, l. ult. C. de usur. rei jud. Quippe res aliena, quam quis penes se habet, facilius restitui potest, quam pecunia explicari. Et ideo dixerim, interdum nec in actione personali damnato quadrimestre tempus concedendum, nempe si certa species petita sit, veluti actione depositi, vel commodati, cujus & præstandæ facultatem reus habeat: neque enim malitiis indulgendum est: & contra nonnunquam tanti temporis laxamentum reo dandum in actione in rem, nempe si damnatus sit in rei petitione æstimationem. Apud nos locum quodammodo habent induciæ triginta dierum; quod spatium judicatis largiebatur lex duodecim tabularum, teste Aulo Gellio lib. 20. c. 1. Idque adeo obtinere videtur in utroque genere actionum: nam utique victor saltem tam diu expectare, partim ex humanitate, partim ex necessitate juris debet, donec tempus appellationi constitutum præterierit: appellationi inquam tam interponendæ, quam introducendæ. Nam interponendæ appellationi decem dies, auct. hodie. C. de appell. introducendæ viginti apud nos constituti sunt. Instr. Cur. Holl. ars. 198. & 206. Notat hoc D. Mevul. lib. 4. dist. 4. sect. 5. tit. 6. cap. 7.

Eadem circa fructus] Est tamen nonnihil differentiæ. 2. Nam in singularum rerum petitione bonæ fidei possessor fructus omnes consumptos lucratur: l. 4. §. 2. fin. reg. in petitione hæreditatis etiam consumptorum nomine tenetur, in quantum locupletior factus, l. 25. §. 1. de har. red. passim. In illa officio judicis fructus veniunt, in hac jure & potestate ipsius actionis, ut cætera corpora hæreditaria, l. 20. §. 3. l. 40. §. 1. d. tit. quam ob causam forte mox additur *in pene*. Malæ autem fidei possessor fructus omnes, etiam qui consumpti sunt, una cum restituere debet, d. l. 40. §. 1. l. 22. C. de rei vind. teneturque adeo non de perceptis tantum, sed etiam de iis, qui non percepti honeste percipi potuerunt, hoc text. l. fructus. 33. de rei vind. nec refert, ab initio quis mala fide possederit, an postea possidere cœperit, l. bona fidei. 48. §. 1. de acq. rer. dom. Denique possessores omnes post litem contestatam pares sunt, & tanquam malæ fidei possessores tenentur, l. sed est. 25. §. si ante. 7. de har. pet. d. l. 22. C. de rei vind. l. 2. C. de fruct. & lit. expens. Fufius hæc explicui sup. §. 35. de rer. divis. & lib. 1. sel. quest. cap. 25. & seq.

TEX

TEXTUS.

De actione ad exhibendum.

3. Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est; sed opus est, ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset. Ideoque si inter moras exhibendi usucapta sit res a possessore, nihilominus condemnabitur. Præterea fructuum medii temporis; id est, ejus, quod post acceptum ad exhibendum iudicium, ante rem iudicatam, intercesserit, rationem habere debet iudex. Quod si negat reus, cum quo ad exhibendum actum est, in presenti se exhibere posse, & tempus exhibendi causa petat, idque sine frustratione postulare videatur, dari ei debet, ut tamen caveat, se restitutum. Quod si neque statim jussu iudicis rem exhibeat, neque postea se exhibiturum caveat, condemnandus sit in id, quod actoris intererat, si ab initio res exhibita esset.

NOTA.

3. Ut etiam rei causam] Id est, commoda rei externa, puta, foetus animalium, partus ancillarum, utilitates amissæ, &c. l. 9. §. pen. & ult. ad exhib.

Usucapta sit] d. l. 9. §. 6. Usucapio ex ratione juris veteris non interruptitur litis contestatione, l. 10. l. 20. de rei vind. sicut præscriptiones temporum, l. 1. l. 2. l. 10. C. de long. temp. præsc. At hodie discrimen istud non obtinet, l. 2. l. 3. C. de annal. exc.

Sine frustratione] Id est, iusta ex causa, l. 5. §. ult. ubi & iustæ causæ hujus generis indicantur, l. 12. §. 5. ad exhib.

Ab initio res exhibita] Quod declaratur l. 9. §. pen. & ult. l. 10. & seqq. eod. atque ob contumaciam damnatur, quanti actor in litem juraverit: alias quanti res vere est, l. 3. §. 2. d. l. 9. §. ult. l. 5. de in lit. jur.

COMMENTARIUS.

Actio ad exhibendum præcursorio quædam est, & præparatio actionis in rem de re mobili: nam propter vindicationes potissimum introducta est, l. 1. ad exhib. quanquam aliquando & personali actione & interdicto experiri volenti competit, l. 3. §. 1. §. sciendum. 9. cum seqq. & passim eod. sit. Est autem exhibere, rei in publico potestatem facere tum videndæ tum contrectandæ, ut experiundi sit copia, l. 2. ead. experiundi non actione ad exhibendum, qua jam satis actum est, sed principali, quam actor re exhibita exequi constituit, l. 9. §. quantum. 5. eod.

Ut rei causam] Actione ad exhibendum damnatus non rem tantum, sed etiam causam rei exhibere debet. In re hæc sunt, ut exhibeatur res eadem, ut exhibeatur eodem jure, quo fuit cum petita est. Eadem res exhibita videtur, si exhibitum est idem corpus eadem specie, qua fuit tempore litis contestatæ, d. l. 9. §. 3. Quid si deterior facta? Ad exhibendum possessor absolvi debet. Cæteram si dolo aut culpa ejus deterior facta sit,

tenebitur actione legis Aquiliæ de damno, l. si quis. 17. eod. l. 7. C. eod. & ibi Sich. n. 5. & seq. Eodem jure, si re exhibita actori integra sit actio principalis, ut initio fuit, in nullo causa, quam intendit, læsa, d. l. 9. §. quantum. l. 10. & seq. eod. Per causam rei significantur commoda rei externa, puta foetus animalium, partus ancillarum, denique id omne, quod habiturus esset actor, si litis contestatæ tempore res illi exhibita fuisset, l. cum fundus. 31. de reb. cred. l. præterea. 20. de rei vind. & hoc text. De quo mox plura.

Inter moras iudicii res usucapta] L. 9. §. proinde. 6. ad exhib. Nam ex ratione juris veteris per litis contestationem usucapio naturaliter non interruptitur, sed pendente etiam lite impleri potest, l. 18. d. l. 20. de rei vind. quamvis effectu juris, victo possessori non profit. Quippe qui nihilominus rem restituere tenetur. Secus erat in præscriptione longi temporis: nam quia præscriptiones temporum factæ sunt, placebat eas per litis contestationem plene interrumpi, l. 10. C. de acq. possess. l. 1. l. 2. l. 10. C. de long. temp. præsc. Sed hodie hæc differentia non obtinet, l. 2. & l. 3. C. de annal. exc. vid. sup. de usuc. §. diutina.

Fructuum medii temporum] Commoda quoque rei externa, ut fructus, puta foetus animalium, item partus ancillarum, una cum exhibitione in hoc iudicio veniunt, d. l. 9. §. pen. Quod tamen haud dubie sic accipiendum, si possessor hac actione victus de re ipsa, porro contendere iudicio directo supersederit; cum Accursio in d. §. pen. ubi recte monet, eodem modo accipiendos esse locos omnes, qui de restitutione ex hac actione facienda loquuntur. Nam qui rem ipsam restituere non debet, utique nec accessiones debet. Possæ autem hanc actionem una cum principali eodem libello proponi, quia id ad compendium litis tendit; ita tamen ut iudex non unâ cognitione utramque expediat, sed prius cognoscat & pronuntiet de præparatoria, docent Oldend. Class. 3. n. 1. q. 7. Sich. in rubr. C. ad exhib. n. 8.

Tempus exhibendi causa petat] Si possessor in præsentia facultatem exhibendi non habeat, interdum ei ex causa tempus à iudice indulgetur, nempe petenti sine fraudatione, & cautionem offerenti de re, cum poterit, exhibenda. Causæ hujus generis indicantur, l. 5. §. ult. ad exhib.

Quod si neque statim] Si possessor exhibere jussus, neque exhibeat, neque se exhibiturum caveat, placet eum condemnandum esse in id, quod actoris interest, hoc est, in id omne, quod vel habere potuit, si res ab initio exhibita fuisset. Quod declaratur, d. l. 9. §. pen. & ult. l. 10. & seqq. ad exhib. Harum autem rerum duplex officio iudicis æstimatio; adversus contumacem, quanti actor, utique qui jure domini exhiberi desiderat, in litem juraverit; adversus cæteros, quanti res vere est, l. 3. §. 2. d. l. 9. §. ult. eod. l. 5. de in lit. jur. Usus hujus actionis hodie rarior est. De quo Christ. vol. 2. dec. 191. n. 3.

TEXTUS.

Familie erciscundæ.

4. Si familia erciscunda iudicio actum sit, singulas res singulis heredibus adjudicare debet: & si in

si in alterius persona pręgravare videatur adjudicatio, debet hunc invicem cohęredi certa pecunia (sicuti jam dictum est) condemnare. Eo quoque nomine cohęredi quisque suo condemnandus est, quod solus fructus hęreditarii fundi perceperit, aut rem hęreditariam corruperit, aut consumpserit. Quę quidem similiter inter plures quoque quam duos cohęredes subsequuntur.

## NOTA.

4. *Aus rem hęreditariam corruperit*] Vel quod cohęres in rem communem necessarias impensas fecerit: quę sunt hujus judicii pręstationes personales, de quibus dictum *sup. §. 3. de obl. quas. ex contr.*

## COMMENTARIUS.

**T**ritum est, sententiam debere respondere petitioni, & conformem esse libello: quod à jure non abhorret, si sane accipiatur. Neque enim extra fines petitionis vagari sententia debet, aut condemnatio in rem aliam fieri, quam quę in judicium deducta est, & cujus judicatio judici permissa, *l. ut fundus. 18. comm. div. l. ult. C. de fideic. libert. Gail. 1. obs. 66. Schneid. in §. curare. 32. sup. de act. n. 4.* Sed tamen in duplicibus judiciis id non usquequaque observatur, ut intelligemus ex adjudicationibus & mutuis condemnationibus, quę in his judiciis permittuntur.

*Singulas res singulis hęreditibus*] Judicium familię erciscundę duo continet, rerum hęreditariarum divisionem, & qualdam pręstationes personales, quibus scilicet hęres hęredi propter communionem rerum obnoxius est. In rerum divisione hęc observare judex familię erciscundę debet, ut res singulas singulis hęreditibus adjudicet, ut hic ait Justinianus. Quod tamen non ita accipiendum est, quasi semper & necessario hęc ratio divisionis ineat: nam si fundi hęreditarii commode per regiones dividi possunt, nihil impedit, quo minus ita dividantur; sed quoniam in plerisque rebus hęc divisio commodissima est.

*Debet hunc invicem*] Cum impar adjudicatio est, is cujus pars pręponderat, vicissim in certam pecuniam consorti damnandus est, ut æqualitas per omnia conservetur, *l. Marcius. 52. §. 2. l. si familia. 55. fam. ercisc.*

*Eo quoque nomine*] Hęres cohęredi eo quoque nomine judicio familię erciscundę condemnandus est, quod solus fructus fundi hęreditarii perceperit, vel rem hęreditariam corruperit, consumpseritve, vel quod cohęres in rem communem impensas fecerit, quas propter partem suam necesse habuit facere, *l. & puto. 16. §. non. l. hic consequens. 18. §. 3. l. hęredes. 25. §. si unus. 15. §. item culpa. 18. l. inter cohęredes. 44. §. quod ex factis. 5. fam. erc.* Atque hęc sunt hujus judicii pręstationes personales, de quibus fufius alibi explicatum est, *sup. de obl. qua. ex contr. §. 3. & sup. de act. §. quodam. 20.*

## TEXTUS.

Communi dividundo.

5. Eadem interveniunt, etsi communi divi-

dundo de pluribus rebus actum sit. Quod si de una re, veluti de fundo: siquidem iste fundus commode regionibus divisionem recipiat, partes ejus singulis adjudicare debet; & si unius pars pręgravare videtur, is invicem certa pecunia alteri condemnandus est. Quod si commode dividi non possit, vel si homo forte, aut mulus erit, de quo actum sit, tunc totus uni adjudicandus est, & is invicem alteri certa pecunia condemnandus est.

## NOTA.

5. *Partes ejus singulis*] Divisio prędii sine cujusquam injuria commode fieri possit, cuique sua portio certis finibus adjudicanda, *l. 1. C. comm. div.*

*Veluti si homo*] Hotom. Theoph. *vel si homo*, quod magis placet. Ut sit scisus, si res aut non commode, aut non omnino partes pro diviso recipiat, veluti si agatur de fervo, aut jumento, totam uni adjudicandam, cumque alteri certa pecunia condemnandam, *l. 3. C. eod.*

## COMMENTARIUS.

**J**udicium communi dividundo, ut sine eodem, ita iidem rebus constat, quibus judicium familię erciscundę, rerum scilicet communium divisione & iidem pręstationibus personalibus, *l. 3. comm. div.* Atque hinc & in divisione rerum, in earum adjudicatione & condemnatione mutua, & in pręstationibus personalibus, idem in hoc quoque judicio observatur, *d. l. 3. l. 6. §. 1. & seq. eod.*

*Quod de una re*] Cum de re una dividenda agitur, siquidem ea commode dividi potest, veluti fundas per regiones, singulę singulis portiones adjudicandę & si cujus portio major esse videbitur, is vicissim socio in certam pecuniam condemnandus, *l. 1. C. comm. div.* quod si reus partes pro diviso non recipiat, veluti si agatur de fervo aut equo, aut non commode recipiat, tota uni adjudicanda est, & is alteri certa pecunia damnandus, *l. 3. C. eod. tit.*

## TEXTUS.

Finium regundorum.

6. Si finium regundorum actum fuerit, dispicere debet judex, an necessaria sit adjudicatio: quę sane uno casu necessaria est, si evidentioribus finibus distingui agros commodus sit, quam olim fuissent distincti. Nam tunc necesse est, ex alterius agro partem aliquam alterius agri domino adjudicari. Quo casu conveniens est, ut is alteri certa pecunia debeat condemnari. Eo quoque nomine condemnandus est quisque hoc judicio, quod forte circa fines aliquid malitiose commisit: verbi gratia, quia lapides finales furatus est, vel arbores finales excidit. Contumacia quoque nomine

*mine quisque eo judicio condemnatur; veluti si quis jubente judice metiri agros passus non fuerit.*

N O T A.

6. *Furatus est*] Vel terminos ejecit, locoque movit, aut exaravit. Et potest judex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, l. 4. §. 4. eod.

*Contumacia quoque nomine*] d. l. 4. §. 3. Condemnabitur autem contumax in id, quod adversarii interest. Nam multam irrogare magistratus est, non pedanei judicis.

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

Judicium finium regundorum rarius admittit adjudicationes & condemnationes mutuas, quam judicia superiora: quia in judicio finium regundorum de agris tantum & fundis agitur, qui facile per regiones dividi possunt. Deinde quia apud judicem finium regundorum non agitur de re communi, ut ea dividatur, sed de re, quam quisque suam esse contendit, ut finibus ad normam suam redactis, quod quisque intra fines istos habet, id totum retineat; si quid amplius, id vicino restituitur, l. 4. pr. l. 8. pr. §. 1. fin. reg. quo intuitu actio finium regundorum dicitur pro vindicatione esse, l. 1. eod. & causæ proprietatis coherere, l. 3. C. eod.

*Uno casu necessaria est*] Si de finibus constat per evidentes & manifestos limites, judicis officium est eos custodire. Si turbati sunt aut obscurati, ita tamen ut eorum vetera vestigia appareant, à judice renovandi & evidentius distinguendi sunt, l. 3. de term. mot. C. ex lit. riv. x. de probat. Quod si nulla veterum finium vestigia appareant, nec probari possint, novi fines ex consilio agrimensorum constituendi, l. 2. §. 1. l. 3. l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod. Myns. 6. obs. 27. Uno autem casu permittitur adjudicatio, si videlicet fines recte dirigi non possunt vel propter loci inæqualitatem, vel propter veterum finium incertitudinem; & ideo aliis finibus evidentioribus agrum distingui expediat. Nam cum hic necesse sit ex unius agro partem aliquam detrahi, & alterius agri domino adici, res transigenda adjudicatione & condemnatione, d. l. 2. §. 1. l. 3. l. 4. eod. De probatione finium adeundi Hieronym. de Monte tract. fin. reg. cap. 50. & seqq. Myns. 6. obs. 25. Wesemb. par. hoc tit. n. 7. Christin. vol. 2. decif. 183. n. 5. & seqq.

*Evidentioribus finibus*] Quippe publice interest, evidenter distinctos esse agrorum terminos. Ovidius 3. fastor. de Deo Termine: *Omnis eris sine te litigiosus ager.*

*Circa suos aliquid malitiose*] Duo hic ait Justinianus: primum, eum quoque hoc judicio condemnandum, qui quid malitiose circa fines admisit, puta lapides finales furatus est, arbores finales excidit: deinde hoc eodem judicio etiam contumaciæ nomine condemnationem fieri, veluti si quis mensorem missum ad declarandos terminos metiri agrum non patiar. Solent enim judices in lite finium dirimenda uti arte & opera agrimensorum, l. 8. fin. reg. l. 3. C. eod. Hieron. de Monte d. tract. c. 31. & seqq. Myns. 6. obs. 27. Christin. vol. 2. decif. 184. & seqq. Quod de contumacia hic dicitur, idem traditur apud Ulpian. l. 4. §. 3. eod. In quid igitur condemnabitur contumax? In id scilicet, quod adversarii interest. Nam multam irrogare, quæ poena esse solet contumaciæ, non

pedanei judicis, sed magistratus est. De delictis admis-  
sis circa fines, veluti de terminis dejectis, vel exaratis, lapidibus amotis, arbore terminali excisa, judicium criminale constitutum est de termino moto, tit. de term. mot. Et potest quidem judex, qui de hujusmodi crimine cognoscit, etiam de finibus cognoscere, l. 4. §. si dicantur. 4. fin. reg. Sed è converso judex, qui cognoscere cœpit de finibus, non poterit cognoscere de crimine, & delinquentem extra ordinem coercere. Juxta l. 1. §. l. 3. de term. mot. Neque ea mens Justiniani est; sed hæc, delinquentem etiam hujus admitti nomine à judice finium regundorum civiliter adversario suo condemnandum esse, quanti is sua interesse juraverit; vel etiam, ut, quod pendente quæstione finali ex fundo vicini occupavit prolatis finibus, id ei cum altero tanto de suo agro reddat, l. 4. C. fin. reg. Atque hæc civilis condemnatio non impedit, quominus adhuc criminaliter atque extra ordinem agi possit de termino moto. Hieronym. de Monte d. tract. cap. 34. & seqq. D. Tulden. Comment. hic. cap. 6.

*Lapides finales*] Sive terminales, qui & grumi: οἱ ἄρον λίθοι, οἱ διορίζοντες τοὺς ἄρουροι λίθοι, qui fines & terminos distinguunt.

T E X T U S.

De adjudicatione.

7. *Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum fuerit, id statim ejus sit, cui adjudicatum est.*

N O T A.

7. *Ejus sit, cui adjudicatum*] Adjudicatio modus est acquirendi dominii jure Quiritium. Ulp. tit. 19. §. 15. Quod si per errorem de fundo alieno, quasi de communi actum, & ex adjudicatione possidere cœpero, procedit mihi usucapio, l. 17. de usuc.

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

Q uod in tribus istis judiciis, familiaræ eriscundæ, communi dividendo, finium regundorum, uni ex coheredibus, sociis aut vicinis adjudicatum est, id illi statim acquiritur, ut hic scribit Justinianus, & diserte quoque testatur Ulpianus in fragm. tit. 19. §. adjudicatione. 15. Quæ res magni erroris causam præbuit interpretibus. Hinc enim inferre & probare vulgo solent, ex sententia judicis dominium transferri: quod à veritate abest quam longissime: neque aliunde apertius hic error convincitur, quam ex hoc ipso & d. Ulpiani loco. Nam cum tam Imperator, quam Jurisconsultus scribat, in tribus istis judiciis quod adjudicatum fuerit, statim ejus fieri, cui adjudicatum est, hoc ipso satis uterque significat, in aliis judiciis non idem juris esse, neque eam esse auctoritatem cujusvis sententiæ judicis, ut dominium in aliquem transferat. Quid enim habereat speciale tria ista judicia, si idem jus esset in omnibus cæteris? Sed neque existimandum est; in istis tribus vi & potestate sententiæ fieri, ut dominium in unum transferatur, sed totum hoc pendet à potestate adjudicationis, quam lex duodecim tabularum unum esse voluit ex modis acquirendi dominii jure Quiritium relatis, apud Ulpian. d. tit. 19. Cum vero extra ista judicia adjudicationi locus non sit, sequitur, nec in aliis judiciis dominium per sententiam transferri. De quo late Ant. Fab. dec. 98. err. 7. & seqq.

TITULUS XVIII.  
DE PUBLICIS JUDICIIS.

Dig. Lib. 48. Tit. 1.

Ratio hujus tractationis.

**A**bsoluta pro modo instituti operis ea parte juris, cujus solius tractatio suscepta est, scilicet tractatione juris privati, attextit Imperator auctarii vice particulam aliquam decerptam ex jure publico, ea videlicet illius juris parte, quæ leges continet publicorum judiciorum. Voluit nimirum aliquid accessionis nobis dare: quanquam parce dedit, indicatis tantum fontibus, unde plura haurire liceat: nec largius dare debuit, quia est præter institutum, & velut quidam excessus. Quamobrem & nos in hac appendice explicanda solito erimus breviores; maxime cum jam commentarii nostri in satis magnam molem excreverint.

T E X T U S.

De differentia à privatis.

*Publica judicia neque per actiones ordinantur, neque omnino quicquam simile habent cum ceteris judiciis, de quibus locuti sumus: magnaue diversitas eorum est & in instituendo & in exercendo.*

N O T A.

*Neque per actiones ordinantur]* Id est, non constituuntur & exercentur per actiones ordinarias, sicut judicia privata.

*Magna diversitas & in instituendo]* De veteri ordine exercendorum judiciorum publicorum. Car. Sigon. lib. singul. Nic. Gruch. 1. de com. Rom. 2. Brisson. 2. solo. Ant. 1. Postea extra ordinem exerceri cœperunt, durante tamen legum poena, l. 8. de publ. jud. l. 1. §. ult. l. 13. de pœn. & in crimen subscriptione, l. 3. §. 2. de accus. l. ult. C. eod. Cujac. 8. obs. 33.

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

**J**udicia privata quomodo constituentur & exercentur, intelligi potest ex iis, quæ dixi sub pr. & §. 1. de action. Publicorum judiciorum exercendorum longe alia ratio est, & longe alia hæc etiam apud veteres fuit, quam tempore medix Jurisprudentiæ. De veteri forma & ordine adeant antiquitatis studiosi Carol. Sigon. lib. sing. Nicol. Gruch. lib. 1. de comit. Rom. c. 2. Barn. Brisson. lib. 2. select. antiquit. cap. 1. qui de eo ex professo scripserunt. Postea vetus ille ordo exercendorum judiciorum publicorum in usu esse desit, & de criminibus publicis, extra ordinem, præfecti vel præsides cognoscere cœperunt, durante tamen poena legum, l. 8. de publ. judic. l. in Senatusconsultum. 15. §. 1. ad Senatusconsultum. Turpill. l. 1. §. ult. l. hodie. 13. de pœn. Illud etiam manifestum, ut is, qui accusare paratus est, ad eam, cui iudicii publici exercitio obtigit, rei nomen deferat, idque re-

cipi postulet, & quæ lege eum reum faciat, profiteatur; deinde & in crimen subscribat, id est, interprete Ulpiano l. 3. §. 2. de accus. libello subscribat, se professum esse: quæ res similitudine supplicii eum obstringit, l. ult. C. d. tit. l. ult. C. de calumni.

T E X T U S.

Etymologia.

*I. Publica autem dicta sunt, quod cuius ex populo executio eorum plerumque datur.*

N O T A.

*I. Quod cuius ex populo]* Exceptis iis, quibus hæc potestas jure publico adempta, l. 43. §. 10. de rit. nupt. junct. l. 8. l. 9. & seqq. de accus. Addendum, & quia causæ sunt publicæ. Nam & popularis actio publica dicitur, eo quod cuius est populo patet: privata tamen est respectu causæ, l. 30. §. 3. de jurejur. junct. titul. de pop. action.

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

*1. Libertatem accusandi hodie sublatam.*  
*2. Criminalia iudicia nunc omnia publica facta.*

**C**uius ex populo] D. Hotomannus contra idem hæc judicia publica dici existimat, quia causæ publicæ sunt, quæ æquæ & universæ ad omnes pertineant. Sanè, si ratio quaeritur, cur hæc potissimum judicia publica facta sint, eorumque persecutio cuius est populo permissa, probabile est, id ex eo natum, quod in his judiciis agitur de delictis, quæ maxime ad læsionem & turbationem status publici pertinent. Duar. lib. 1. disp. 37. Charond. 3. verisim. cap. ult. add. Cujac. 8. obs. 33. Bene Chrylost. Homil. ad Antioch. Καὶ οὐκ ἐστὶ τὸ ἐγκλημα, δημοσίον τὸ ἀδικημα, ἔστιν ἰσότηρ τὸ βυλομῆρον κτηνηροῦ.

*Plerumque]* Pro fore dixit, illud significans, quod Ulpianus l. palam. 43. §. senatus. 10. de rit. nupt. scribit, publico iudicio cuius ex populo experiri licere, nisi si cui lege aliqua accusandi publico iudicio non est potestas. Intelligit autem eos, qui enumerantur l. 8. l. 9. & seqq. de accus. Hodie hæc libertas accusandi sublata est, neque amplius quilibet est populo ad accusationem admittitur, sed soli advocati procuratoresve fisci aut Balivi jus accusandi & crimina persequendi habent, ubi vindicta publica agitur. Quod politici iudicant rectius constitutum esse ad retinendam civium inter se concordiam. Nam nullus privatus civis potest accusatoris personam sibi sumere absque maxima invidia & odio ejus, cui diem dixerit: ex qua re facile seditiones oriuntur inter cives. Quod incommodum præclare vitatum est, universo hoc accusandi munere demandato publicæ alicui per-

personarum. Sed & hodie omnia judicia criminalia publica videntur: nam videmus, in omnibus fere criminibus nunc per inquisitionem procedi, quæ nota videtur publicorum judiciorum; & accusantibus procuratoribus fieri aut Balivis crimina quævis exerceri, veluti furti, bonorum raptorum, &c. *Clar. lib. 5. §. 1. n. 6.* idem de jure Canonico affirmat ex *Gloss. in cap. infames. 6. quest. 1.*

## TEXTUS.

## Divisio.

2. *Publicorum judiciorum quadam capitalia sunt, quadam non capitalia. Capitalia dicimus, qua ultimo supplicio afficiunt homines, vel etiam aqua & ignis interdictione, vel deportatione, vel metallo. Cætera si quam infamiam irrogant cum damno pecuniario, hæc publica quidem sunt, sed non capitalia.*

## NOTÆ.

2. *Ultimo supplicio*] Ultimam supplicium mortem solam interpretatur, *l. 21. de pæn.*

*Cum damno pecuniario*] Aut in corpus aliqua coercitione, *d. l. 2. hoc sit.* Exempla sunt in §. 4. & §. 8. *inf. eod.*

## COMMENTARIUS.

**C**apitalia dicimus] Quamvis caput in jure civili alias vitam, alias libertatem, alias civitatem, alias familiam, alias existimationem significet, *l. licet. 103. de verb. sign.* in hoc tamen argumento capitis verbo tantum vita, civitas & libertas continetur. Itaque quorum judiciorum publicorum pœna damnatum civem vel morte afficit, vel de civitate tollit, servitute, exilio, sive deportatione, ea capitalia recte nominantur, *l. 2. h. t.* Ultimam autem supplicium esse mortem solam interpretatur, *l. ultimum. 21. de pæn.* Sane interdum etiam nostri id solum capitale vocant, cujus non alia pœna, quam mors est; sed *non est ex h. l. l. 4. de pæn. l. transigere. 18. C. de transact.* Qui gradus sint capitalium criminum, docet *l. capitalium. 28. de pæn.*

*Infamiam cum damno pecuniario*] Tale judicii publici non capitalis exemplum est in §. 4. & item in §. *item lex Julia. 8. §. inf. eod.* Interdum & in corpus aliqua coercitio pœna est, *d. l. 2. hoc sit. in fin.* Sive autem capitalia sint, sive non sint, famosa semper sunt, hoc est, damnatum publico judicio semper sequitur infamia.

## TEXTUS.

## Exempla; de læsa Majestate.

3. *Publica autem judicia hæc sunt. Lex Julia majestatis, qua in eos, qui contra Imperatorem vel rempublicam aliquid moliti sunt, suam vigorem extendit. Cujus pœna anima amissionem sustinet, & memoria rei etiam post mortem damnatur.*

## NOTÆ.

3. *Anima amissionem*] *ψυχῆς ἀπώλειαν.* Anima pro vita. Sallust. *Catil. Libertas & anima vestra in dubio est.*

*Memoria rei post mortem damnatur*] Rei sc. perduellionis, qui quid hostili animo adversus remp. vel Principem machinatus est: secus est, si quis ex alia causa majestatis reus sit, *l. ult. eod. l. 24. de pæn.*

## COMMENTARIUS.

1. *Quadruplex differentia inter crimen perduellionis & majestatis in specie.*

2. *Specialia circa pœnam hujus criminis.*

**D**E solo crimine perduellionis videtur hic agere Tribonianus. Etenim duo sunt genera criminis læsæ majestatis: unum perduellionis, quod est crimen imminutæ majestatis & gravissimum & atrocissimum, puta si quis hostili animo quid machinetur adversus Principem aut rempublicam: alterum, quod generis nomen retinet, & majestatis vocatur, si quis ex alia causa legis reus sit. Utriusque exempla suppeditat *l. 1. cum 3. l. seqq. ad leg. Jul. majest.* Quadruplicem autem inter majestatis & perduellionis crimina differentiam notat D. Hotomannus. Prima est, quod majestatis crimine tenentur ii, qui vel partem aliquam reipub. læserunt; veluti si quis duces hostium accepta pecunia liberavit, aut privatus duces hostium domi suæ occultavit, (quod tamen merito perduellioni adscribendum putat vir cl. Ant. Matth. *de læs. majest. c. 2. num. 3. lib. de crimin.*) aut si quis magistratui pro officio suo aliquid agenti officiat. Perduellionis autem crimen in eos cadit, qui summam reipub. labefactare conati sunt. Altera differentia est, quod majestatis crimen in foro apud suum prætorum pro tribunali judicio certa lege constituto agebatur, ut ex *Verrin. 3. & 7. cognoscitur.* Perduellio vero primis quidem temporibus à Duumviris data opera creatis: post autem à Populo Rom. Comitibus centuriatis in campo Martio cognoscebatur, ut ex eo pro C. Rabirio perduellionis reo constat. Et Livius *lib. 6. de Manlio Capitolino regnum affectante refert: Duumviros, qui de perduellione inquirerent, creatos.* Tertia, quod majestatis crimen non morte, sed exilio multatur, *l. eorum. 24. de pæn.* Perduellionis vero damnatus in crucem in campo fixam tollebatur, ut ex ead. orat. Ciceronis, & ex *Dione lib. 37. cognoscitur.* Quartam differentiam Ulpianus ostendit *l. ult. ad leg. Jul. majest. ubi ait, majestatis imminutæ crimen rei morte obliterari: perduellionis autem memoriam etiam post mortem damnari.* Hodie hoc discrimen appellationis non ita striete observatur; sed omnes, qui adversus principem aut statum reipublicæ quibuscunque modis aliquid moliverunt, promiscue rei majestatis dicuntur, & omnium eadem est pœna, nimirum capitis. *Myns. hic. num. 5. & 6.*

*Et memoria rei*] Multa circa pœnam hujus criminis propter atrocitatem specialiter constituta sunt, quæ passim ab aliis congeruntur. Unum illud est, quod mortuo quoque reo, & nondum postulato, crimen hoc inchoari & peragi possit, damnataque rei memoria bona fisco vindicentur, *l. ult. ad leg. Jul. majest. l. ult. C. eod. l. antepen. de accus. cum regulariter, qui in reatu decedunt, integri status decedant, & crimen mortalitate*

extin-

extinguatur. Eadem quoque severitate voluntas seu conatus hujus sceleris, qua effectus, punitur, l. 5. C. eod. & conficii, qua auctores ipsi, l. 3. C. eod. Illud autem durum & crudele videtur, quod ob paternum crimen etiam liberi plectantur, perpetua nimirum egestate & infamia, d. l. 5. C. eod. Sanè legi divinæ & veræ justitiæ hoc repugnat, per c. 14. lib. 2. Reg. & c. 25. lib. 2. *Chronic.* nec omnino temerè est, quod D. Budæus in *annotat. in tit. π. ad leg. Jul. majest.* existimat, auctores d. l. 5. Arcadium & Honorium poenitentia postea duæros promulgasse sanctissimam illam constitutionem, quæ extat in l. *sancimus. C. de poen. add. Pet. Fab. 3. semestr. 8. Covar. 2. resolut. 8. & Noj vaj D. Anton. Matth. de criminib. ad tit. D. ad leg. Jul. majest. cap. 3. n. 10.*

## T E X T U S.

## De adulteriis.

4. *Item lex Julia de adulteriis coercendis, quæ non solum temeratores alienarum nuptiarum gladio punit, sed & eos, qui cum masculis nefandam libidinem exercere audent. Sed eadem lege etiam stupri flagitium punitur, quam quis sine vi vel virginem, vel viduam honestè viventem stupraverit. Pœnam autem eadem lex irrogat stupratoribus, si honesti sunt, publicationem partis dimidia bonorum: si humiles, corporis coërcitionem cum relegatione.*

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

1. *Inser stuprum & adulterium quid inserfit.*

**A**dulterium est alieni thori violatio, sive coitus cum aliena uxore factus. Nam adulterium jure civili cum nupta tantum committitur, l. 6. §. 1. l. *stuprum. 34. §. 1. hoc tit. ad leg. Jul. de adult. fac. l. 1. C. eod. l. inser stuprum. 101. de verb. sign.* & hoc textu adulteri *επιφροσύνης* dicuntur alienarum nuptiarum temeratores: nec hoc à sacra scriptura veteris testamenti abhorre quidam existimant, per text. *Levit. 20. vers. 10. Deut. 22. 22. Genes. 23.* Jure autem Canonico adulterium committi intelligitur, sive solutus cum conjugata rem habeat, sive conjugatus cum soluta, aut conjugatus cum conjugata, *can. nemo. 34. quest. 4. can. non mœchaberis. can. preceptis. cum sequentibus quest. 5.* & hanc sententiam omnes ferè Theologi amplectuntur, per text. *Matth. 19. vers. 9. Marc. 10. Luca 16. 18.*

*Gladio punit*] Hæc pœna non est ex lege Julia, sed ex l. *quamvis. 30. C. hoc tit.* quæ Constantini est. Pœna autem legis Julæ relegatio fuit, ut constat ex Tacito *lib. 1. 2. & 3. annal.* & non obscure probat l. 5. *de quest. certè capitalem non fuisse, arguunt l. 6. de divor. l. 11. hoc tit. l. 14. de testib. l. 13. de hiis que ut indign.* & ipse Justinianus hanc pœnam Constantino tribuit *Nov. 134. cap. 10.* Divus Augustinus *lib. 3. de civ. Dei.* disertè scribit, Romanos adulteras fœminas, quamvis aliqua damnatione, nullas tamen morte multasse. Ut dubitandum non sit, quin l. *transigere. 18. C. de transact. & l. 9. C. hoc tit.* interpolatæ sint à Triboniano. Cæterum ad-

scribitur legi Julæ etiam ea pœna, quæ postea sancta est, quia ea lex primum de crimine & pœna adulteri serio & plenè caverat. Legibus Mosaicis adulterium item capitale est, & tam mœchus, quam adultera morte puniuntur. *Levit. 20. 10. Deut. 22. 22.* Apud nos qua pœna adulteri afficiantur, discas ex ordinat. *Polis. art. 15. & seqq. add. Groenew. de ll. abrog. hic.*

*Cum masculis nefandam libidinem*] L. *cum vir. 31. C. hoc tit.* quæ est Constantii & Constantis. Præposteræ Veneris seu *αιδουσις*, & Sodomiticæ turpitudinis pœna nunc ferè concrematio est. *Dambond. prax. crim. c. 96. Clar. §. sodomia. n. 4. Gudelin. de jur. nov. lib. 5. c. 18.*

*Stupri flagitium*] Lege Julia non modo de adulteriis, sed etiam de stupris cavetur, l. 6. §. 1. *hoc tit.* ubi Papinianus ait; legem stuprum & adulterium promiscuè appellare: sed propriè adulterium in nuptam committi: stuprum vero in viduam virginemve, quod Græci *φρογν* appellant: & ita quoque ferè Modestinus in l. *inser stuprum. 101. de verb. sign.* Idem Modestinus in nupta admitti ait, stuprum in vidua, vel virgine, vel puero. Quod autem Papinianus d. l. 6. §. 1. & Modestinus, d. l. *inser stuprum.* ajunt, legem Juliam promiscuè & indifferenter his appellationibus uti, hoc non ita accipiendum est, quemadmodum accepit D. Hotomannus, quasi & verbum adulteri extra conjugatos usurpatum esset: sed quod stupri nomine etiam adulterium notatum: nimirum stuprum & generis nomen est, & speciei: quod in nuptam committitur, etiam proprium nomen habet, & adulterium dicitur: quod in virginem, viduam, puerum, generis nomen retinuit, & stuprum propriè dictum est.

*Honestè viventem*] *σπουδω.* nam consuetudo cum ea, quæ corporis sui copiam passim facit, stuprum non est, sed simplex *πορνεία* sive fornicatio, quæ Romanis legibus non puniebatur, l. 22. *C. hoc tit.* Pro stupro quoniam non habebatur consuetudo cum concubina, propterea quod concubinatus jure Romano permissus erat. Et hoc est, quod Modestinus scribit, stuprum committere, qui liberam mulierem consuetudinis causa, non matrimonii secum habet, excepta concubina, l. *stuprum. 34. pr. hoc tit. fac. l. 3. pr. de concub.*

*Stupratoribus, si honesti sunt*] Stupri damnatus, si honestæ existimationis fuit, dimidia parte bonorum multatur: sin turpis, verberatus relegatur. Sic cum D. Hotomanno interpretor illud, quod de honestis, aut humilibus hic dicitur, propter *leg. 7. C. de incest. nupt.* Lex Attica stupratorem ita multabat, ut vel duceret puellam, vel dotaret. Lex Mosaicæ, ut & duceret & dotaret. *Deut. 22. 29.*

## T E X T U S.

## De Sicariis.

5. *Item lex Cornelia de sicariis, quæ homicidas ultro ferro persequitur, vel eos, qui hominis occidendi causa cum telo ambulant. Telum autem, ut Cajus noster ex interpretatione legum duodecim tabularum scriptum reliquit, vulgo quidem*



quidem id appellatur, quod arcu mittitur, sed & nunc omne significat, quod manu cujusque jacitur. Sequitur ergo, ut lignum & lapis, & ferrum hoc nomine contineantur; dictum ab eo, quod in longinquum mittitur, à Græca voce τὸν figuratum. Et hanc significationem invenire possumus & in Græco nomine: nam quod nos telum appellamus, illi βέλῳ appellant, ἄπὸ τῆς βάλειναι. Admonet nos Xenophon. nam ita scribit: ἢ τὰ βέλη ὅμῃ ἐφέρετο, λόγχαι, πῆδιματα, σφενδόνας, ἀλκίνοι δὲ ἢ λίθοι. Sicarii autem appellantur à sica, quod significat ferreum cultrum. Eadem lege & venefici capite damnantur, qui artibus odiosis, tam venenis, quam susurris magicis, homines occiderint; vel mala medicamenta publicè vendiderint.

NOTA.

5. *Ulsore ferro*] Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad sui temporis rationem: & exigit hoc lex Divina. Exod. 21. 12. Lev. 24. 17. Pœna autem legis Cornelie deportatio fuit, & bonorum omnium ademptio: quanquam postea humiliores capite puniti, l. 3. §. pen. l. pen. hoc tit.

*Admonet nos Xenophon*] Ita rectè legitur, ut & in d. l. 233. §. 2. de verb. sign. unde hic locus descriptus est. Th. τὸν ἢ μὲν τῶν ἐπιφάνων ἔτι γὰρ φαν. Denique subiecta verba Xenophontis esse agnoscuntur ex lib. 5. ἀναβάς. Haloander in Xerolopho. Ἐνεγλοφῶ locus erat celeberrimus urbis Constantinopol. de quo digna quædam notatu Petr. Gyll. lib. 4. de topograph. Constantinop. c. 8.

*A sica*] Romani, teste Suida, τὰ ἐπιματῆ ἔριον, incurvos gladios, ficas appellant. Per abusionem tamen ficiarios omnes vocamus, qui eadem telo quocumque commiserunt. Quint. lib. 10. cap. 1.

*Susurris magicis*] Incantationibus, γυνταίαις. Nov. 115. c. 4. quo referenda illa legis duodecim, *Qui malum carmen incantassit. Qui fruges excantassit*, &c. vid. Plin. lib. 28. c. 2. Augustin. 8. de civ. Dei. 19.

COMMENTARIUS.

Justinianus hoc loco pœnam mortis tribuit legi Corneliæ de ficiariis; ut superiore §. legi Juliæ de adulteriis. Pœna enim legis Cornelie deportatio fuit in insulam, & omnium bonorum ademptio. Sed, more judiciorum temporibus Marciani & Modestini, honestioris loci homines deportabantur: sequenti gradu qui erant, capite puniebantur, id est, morte: humiliores etiam bestiis subiciebantur, l. 3. §. pen. in fin. §. pen. l. pen. hoc tit. ad leg. Corn. de ficiar. Paul. 5. sent. 23.

*Ulsore ferro*] Scriptum hoc à Triboniano accommodatè ad sui temporis rationem: nam pœna capitis jam tum indistinctè homicidæ puniebantur: quæ pœna hodieque manet, quod eam etiam exigit lex divina. Exod. 21. 12. Levit. 24. 17.

*Qui hominis occidendi causa*] Lege Cornelia de ficiariis non tantum homicidæ, sed etiam qui hominis occidendi causa cum telo fuerint, tenentur, l. 1. pr. eod.

Existimare licet, Cornelium Syllam hanc legem tulisse post sævissimam civium proscriptionem, atque ut tandem finem imponeret cædibus, quæ tum passim impunitæ, gravitate pœnæ etiam à conatu homines deterere voluisse. Hodie generali consuetudine huic parti legis derogatum est, nec jam conatus aut delictum non consummatum amplius pœna legis ordinaria plectitur, teste Claro lib. 5. §. ult. q. 92. Ant. Matib. de crim. c. 3. n. 10. & seq. D. hoc tit. Sand. lib. 5. tit. 9. desin. 11.

*Telum autem*] Hic locus descriptus est ex Cajo l. si calvitur. 233. §. 2. de verb. sign. & est satis planus. Cæterum non dubito, quin lex Cornelia teli appellatione etiam gladium, & vel maxime intellexerit: quamvis propria teli significatio, quæ hic indicatur, gladio non conveniat.

*A sica, quod significat ferreum*] Romani, teste Suida, τὰ ἐπιματῆ ἔριον, incurvos gladios, ficas vocant. Erat autem sica genus gladii brevioris, Perfici ferè acinacis magnitudine, ut commodè sub vestibus occultari potuerit: quod ex Josepho lib. 1. Antiq. discimus. Per abusionem autem omnes ficiarios vocaverunt, qui eadem telo quocumque commississent, auctore Fab. l. 10. c. 1.

*Venefici*] Venefici dicuntur, & qui veneno homines occidunt, quod plus est, quam occidere gladio, l. 1. C. de malefic. & qui artibus, sive, ut hic ait Justinianus, susurris magicis: ad cujusmodi susurros referenda illa legis duodecim tabularum; *Qui malum carmen incantassit. Qui fruges excantassit. Nove alienam segetem palleverit*: item illud Virgilii,

*Atque satius alio vidi traducere messes.*

& id genus alia, quæ superstitione mortalium vi magici carminis effici posse credidit, vid. l. 4. C. l. 6. C. de malefic. Plin. lib. 28. c. 2. August. lib. 8. de civ. Dei. c. 19. Sed verissimè Seneca lib. 4. nar. quest. 7. Rudis, inquit, adhuc antiquitas credebat, & attrahi imbres canibus & repelli; quorum nihil posse fieri tam palam est, ut hujus rei causa nullius philosophi schola intranda sit. Ego sanè sic persuasum habeo, multa nimis temerè credi, & veneficis sagisve falso affingi; multa per tormenta exprimi, quorum nihil unquam factum, atque incantationum prætextu plerumque homines insontes ignibus tradidi; quo supplicii genere pridem sage affici cœperunt. Extat memorabile arrestum Senatus Parisiensis pro Valdensibus Atrebatensibus, les Vaudois d'Arras, editum 20. die Maji 1491. quo amplissimus ordo testatur, nihil se in accusatione eorum animadvertere potuisse præter meras lycophantias.

TEXTUS.

De parricidiis.

6. *Alia deinde lex asperrimum crimen nova pœna persequitur, qua Pompeja de parricidiis vocatur: qua cavetur, ut, si quis parentis aut filii, aut omnino affectionis ejus, qua nuncupatione parentum continetur, fata preparaverit, (sive clam, sive palam id ausus fuerit) nec non is, cujus dolo malo id factum est, vel conscius criminis existit, licet extraneus sit, pœna parricidii puniatur: & neque gladio, neque ignibus, neque ulli solemn*

M m m m m

pœna

pœna subjiciatur, sed insutus culleo cum cane, & gallo gallinaceo, & vipera, & simia, & inter eas ferales angustias comprehensus (secundum quod regionis qualitas tulerit) vel in vicinum mare, vel in amnem projiciatur: ut omnium elementorum usu vivus carere incipiat, & in cœlum superstiti, & terra mortuo auferatur. Si quis autem alias cognatione vel affinitate personas conjunctas necaverit, pœnam legis Cornelia de sicariis sustinebit.

## NOTE.

6. *Asperrimum crimen*] Nefas ultimum vocat Seneca 1. de Clement. 23.

Neque gladio] Legis tamen Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit, nisi quod hæc etiam conscios sceleris puniret, l. 1. l. 6. eod.

Insutus culleo, &c.] d. l. un. C. de his, qui par. vel lib. occidit. Prius tamen virgis sanguineis cælus, l. pen. eod. De pœna culci Cic. in ea pro Sexto Roscio. Sen. 1. de clem. 15. Juven. satyr. 8. Etiam aliud supplicii genus usurpatum invenio apud Paul. 5. sent. 24.

## COMMENTARIUS.

**H**æc quoque idem ferè accidit, quod superius, nimirum ut pœna cullei adscribatur legi Pompejæ, quæ tamen moribus majorum instituta est, l. 9. pr. hoc tit. de legat. Pompej. de parricid. adeoque diu ante legem Pompejam, ut ex oratione Ciceronis pro Roscio Amerino constat, atque in eum tantum, qui patrem, matrem, avum, aviam occidit: si quis alios occiderit, pœna legis Corneliæ de sicariis plectitur, l. 1. d. l. pen. §. 1. hoc tit. Constantinus & filios adjecit, l. un. C. de his qui par. vel lib. occidit. quod & ipsum Imperator hoc loco attribuit legi Pompejæ. Legis autem Pompejæ eadem pœna, quæ legis Corneliæ fuit: nec alia inter personas, quæ utraque lege continentur, differentia fuit, nisi quod lex Cornelia omnes homines, Pompeja certas personas coerceret, & quod hæc etiam conscios sceleris, quamvis nihil fecerint, puniret, l. 6. eod. & hoc text.

De parricidii] Parricida propriè dicitur, teste Charisio lib. 4. qui patrem occidit, quasi patricida, aut per syncopen quasi parenticida. Sæpè tamen idem verbum pro quavis aude & pœna Romani usurpant: quod & Plutarchus in Romulo observavit. Sic quaestores parricidii, appellati quaestores rerum capitalium: & clausula, Parricida esto, in omni re capitali ponebatur. Cicero 2. de legibus. Sacrum, sacrove commendatum qui clepserit raptive, parricida esto, id est, capital esto. Sed fortassis hic consuetudo scribendi R geminavit, cum unico scribendum fuerit: de quo ita Festus in verb. Parrici quaestores. Parricida non utique is, qui parentem occidisset, dicebatur, sed qualemcumque hominem, in quam rem citat legem Numæ his verbis compositam; Si quis hominem liberum dolo sciens morti duit, parricida esto.

Aut affectionis] Ita omnino legendum, non ut vulgo affirmatis, per l. un. C. hoc tit. & l. un. C. Theod. eod. Nam qui focerum, focrum, vitricum, novercam, generum, &c. necavit, etsi ultimo supplicio, non tamen acerrima cullei pœna afficitur, l. pen. §. 1. eod. & hoc text. in fin.

Sed insutus culleo cum cane, &c.] Supplicium parricidæ est, ut virgis sanguineis verberatus, ac mox culleo insutus cum cane, gallo gallinaceo, vipera & simia, in mare aut profluentem projiciatur. Cicero in ea pro Sexto Roscio de culleo solo loquitur: sed Seneca lib. 1. de clem. c. 15. etiam serpentis meminit: Juvenalis serpentis item & simia, satyr. 8. Verisimile est, Constantinum canem & gallum gallinaceum addidisse. Quæ tamen omnia Tribonianus legi Pompejæ tribuit; Modestinus à Triboniano interpolatus mori majorum, d. l. pen. pr. hoc tit. Aliud quoque supplicii genus usurpatum invenio apud Paulum, lib. 5. sent. 25. ut parricida vel vivus comburetur, vel bestiis objiceretur. Pœna cullei hodie in usu esse desit. Ant. Matsh. ad hunc tit. c. 2. num. ult. Graenew. de ll. qbr. hic. Sande lib. 5. tit. 9. desin. 3. Gudelin. de jur. noviss. lib. 5. c. 17. ubi & de vario genere supplicii, quo nunc parricidia puniri solent.

Omnium elementorum usu] Quid mysterii sit in pœna cullei, ostendit Cicero in d. orat. pro Sexto Roscio. & Theophilus hic. Leucipp. 3. in α μ τω ψυχω κίον ἀπλήσιον, ἀδία τω τω φλω. Eodem pertinet illud Quintilianii declam. 299. Cui lux lucem vivo, fluctuanti mare, naufrago portum, morienti terram, defuncto sepulchrum negas. & Ovidii lib. 8. Metamorph.

Dii te summoveant, ó nostri infamia secli,  
Orbe suo, telluque tibi pontuque negetur.

## TEXTUS.

## De falsis.

7. *Item lex Cornelia de falsis, quæ etiam testamentaria vocatur, pœnam irrogat ei, qui testamentum, vel aliud instrumentum falsum scripserit, signaverit, recuperaverit, subjecerit, vel signum adulterinum fecerit, sculpsit, expresse- rit, sciens, dolo malo. Ejusque legis pœna in servos ultimum supplicium est; quod etiam in lege Cornelia de sicariis & veneficis servatur: in liberos vero deportatio.*

## NOTE.

7. *Ejusque legis pœna*] Ex Marciano l. 1. §. ult. eod. adde Paul. d. loc.

## COMMENTARIUS.

**T**estamentaria vocatur] L. 3d. hoc tit. ad leg. Corn. de fals. Paul. 5. sent. 25. Ex eo autem fortassis sic appellata est, quod majore ejus parte de falso in testamento commissio caveretur. Hæc eadem & nummaria dicta ab ea parte, qua de nummis cavebatur. Cicero Verin. 3. Cornelia testamentaria, nummaria, cætera complures, &c.

Vel aliud instrumentum] Hoc ex Senatusconsulto Liboniano adjectum legi Corneliæ Cujacius existimat: legem enim ipsam tantum de nummis & testamentis falsis cavisse.

Scripserit, signaverit, &c.] Apud Paulum d. loc. additur, amoverit, rescinaverit, deleverit, quive nummos aureos argenteos adulteraverit, laverit, confecerit, passerit, corruperit, vitiaverit, vultu Principio signatam monetam præter adulterinam reproba-verit, l. 1. l. 2. l. 8. 9. & pass. hoc tit.

In

*In servis ultimum supplicium*] Pœna falsi deportatio est, & omnium bonorum publicatio: servi ultimo supplicio afficiuntur, l. 1. §. ult. hoc tit. ubi Marcianus addit, & quasi falsi: nimirum cum aliter falsitas committitur, quam uti nominatim lege Cornelia cautum est: qui casus ex Senatusconsulto aut Principum constitutionibus ad rationem legis accommodati sunt. Quod si id exigat magnitudo commissi, etiam capitali supplicio in eum qui falsum commiserit, animadvertitur, l. 22. C. de fals. Nostri moribus pœna falsi aut exilium est, aut fustuarium, prout iudex decernet. *Gudelin. d. lib. 5. cap. 20. Damhoud. prax. crim. cap. 119. & seqq. Zypa. not. jur. Belg. de fals.*

## TEXTUS.

De vi.

8. *Item lex Julia de vi publica seu privata adversus eos exoritur, qui vim vel armatam, vel sine armis commiserint. Sed si quidem armata vis arguatur, deportatio ei ex lege Julia de vi publica irrogatur: si vero sine armis, in tertiam partem bonorum suorum publicatio imponitur. Sin autem per vim raptus virginis, vel vidua, vel sanctimonialis, vel alterius fuerit perpetratus, tunc & raptores, & ii, qui opem huic flagitio dederunt, capite puniuntur, secundum nostra constitutionis definitionem, ex qua hoc apertius possibile est scire.*

## NOTE.

8. *In tertiam partem bonorum*] l. 1. l. ult. ad leg. Jul. de vi priv.

*Sanctimonialis*] Ascetrix, virginis vel viduæ Deo dicata; l. unic. C. de rap. virg.

*Capite puniuntur*] Licet mulier raptui consenserit, d. l. un. §. 2. quod tamen non de simplici & spontaneo assensu accipiendum; sed ita si consenserit malis artibus inducta. Quidam etiam gravius esse putant verbis persuasoriis pellicere mulierem, quam vi uti. *Liban. decl. 2. Plutarch. in Solon.*

## COMMENTARIUS.

**V** *Im armatam, vel sine armis*] Cur vis cum armis facta publica, sine armis privata habita sit, hæc ratio est, ut alibi quoque diximus quod armis uti solius reipublicæ est: unde lex duodecim tabularum cum telo esse nemini privato permittebat.

*Deportatio ex lege Julia*] De vi publica damnati deportantur. *Ulpianus l. 10. §. ult. ad leg. Jul. de vi publ. ait, aqua & igni his interdici; sed notum est, huic pœnæ deportationem successisse. De vi privata damnati tertia parte bonorum suorum multantur, l. 1. & l. ultim. de vi priv.*

*Raptores, &c. capite puniuntur*] Licet mulier raptui consenserit, l. un. §. pœnas autem. *ibid. sive volentibus, sive nolentibus. C. de rap. virg.* Movere non debet, quod volenti non fiat injuria, *cap. scienti. 27. de reg. jur. in 6. l. 1. §. usque adeo. 5. de injur.* Neque enim d. l. un. de simplici & spontanea voluntate aut assensu mulieris ac-

cipienda est: sed ubi dolo malo, & blandis verbis, muneribus, promissionibus, aliisque malis artibus persuasa raptori consenserit: quo casu etiam volenti mulieri injuria & vis fieri intelligitur, cum dolosa persuasio non minus malum sit, quam violenta coactio: per l. 3. §. si quis volentem. 5. de lib. hom. exhib. l. 1. §. 3. de serv. corr. Unde Solon severius punivit eum qui persuasoriis verbis pellexisset mulierem, quam qui vi usus esset, teste Plutarcho, *add. Liban. declam. 2.* Hodie pœna hujus criminis arbitraria est, & crescit pro gravitate admissi. *Damhoud. prax. crim. cap. 200. num. 8. Perez. C. ad leg. Jul. de vi. in fin. Virgini vel viduæ stuprum per vim inferentes capite puniuntur, Zypa. not. jur. Belg. de adult. vers. stupro. Damhoud. d. prax. cap. 92. decis. Cur. Holl. 47.* Attentatum per vim stuprum, sed non consummatum, virgis & exilio vindicandum judicavit Curia Frisiz. *Sande lib. 5. tit. 9. des. 11.*

## TEXTUS.

De peculatu.

9. *Item lex Julia peculatus eos punit, qui publicam pecuniam; vel rem sacram, vel religiosam furati fuerint. Sed si quidem ipsi iudices tempore administrationis publicas pecunias subtraxerint, capitali animadversione puniuntur: & non solum hi, sed etiam qui ministerium eis ad hoc exhibuerint, vel qui subtracitas ab his susceperint. Alii vero, qui in hanc legem inciderint, pœna deportationis subjunguntur.*

## COMMENTARIUS.

**L** Exe Julia peculatus tenetur, qui pecuniam publicam, remve sacram aut religiosam furatur, l. 1. l. 4. hoc tit. ad leg. Jul. pecul. Peculatus enim duplex est, furtum pecuniæ publicæ, quod propriè & in specie peculatus, & rei sacræ, quod sacrilegium propriè vocatur: unde à Labeone definitur, pecuniæ publicæ aut sacræ furtum, l. 9. §. 2. eod. addit Labeo, non ab eo factum, cujus periculo est: nam æditum in his, quæ ei tradita sunt, peculatum non committere.

*Siquidem ipsi iudices*] Qui pecuniam publicam, quam ipse administrat, averterit, capite punitur, uti & is, qui operam ei aut ministerium præbet, l. unic. in fin. C. de crim. pecul.

*Pœna deportationis*] Ob simplicem peculatum pœna deportationis imponitur, l. 3. eod. interdum in quadruplum condemnatio fit, l. pen. eod. Sacrilegi autem, id est, qui publica sacra concupilaverunt, capite puniuntur, l. 9. eod. *Clar. §. sacrilegium. Ant. Matth. de crim. cap. 2. & 3. de leg. Jul. pecul. Damhoud. prax. crim. cap. 111.*

## TEXTUS.

Deplagiariis.

10. *Est & inter publica judicia lex Fabia de plagiariis, qua interdum capitis pœnam ex sacris constitutionibus irrogat, interdum leviozem.*

M m m m 2

N o

## NOTA.

10. *De plagiariis*] Plagiarius est, qui liberum hominem vel servum alienum dolo malo supprimit, *ἄδικον ποδῶν*. *Lys. orat. 9.* supprimendo enim plerumque plagiium committitur, *l. 3. §. 6. hoc tit. l. 2. §. 6. C. eod.* licet interdum & aliis modis, puta vendendo, &c. *l. 1. 2. 4. D. eod.*

*Interdum capitis pœnam*] Ex ipsa lege Fabia plagii pœna erat pecuniaria: postea gravius puniri cœpit, & quandoque capite, *l. ult. eod. l. 7. l. ult. C. eod.* uti & lege Divina, *Exod. 21. 17. Deut. 24. 7.*

## COMMENTARIUS.

**P**lagium nihil aliud est, quam liberi hominis, vel servi alieni suppressio dolo malo facta. Nam plerumque supprimendo plagiium committitur, *l. 3. l. 5. & 6. hoc tit. de leg. Fab. l. 2. l. 5. l. 9. & 14. C. eod.* licet & aliis modis interdum fiat, puta vendendo, donando, permutando, *l. 1. l. 2. & 4. eod.* Pœna plagii ex ipsa lege Fabia pecuniaria erat: postea gravius puniri cœpit, & nonnullis casibus etiã capite, *l. ult. eod. l. 7. & l. ult. C. eod.* Jure autem divino & canonico omnis plagiarius, qui sciens dolo malo liberum hominem vendit, morte multatur. *Deut. cap. 24. 7. Exod. 21. 16.* quod transcriptum in decretalibus Gregorii, *cap. 1. de furt.* & adhuc hodie obtinet, si celandi animo crimen commissum: alias ferè virgis & relegatione, *Clar. §. fin. quæst. 68. num. 31. Perez. in C. ad leg. Fab. de plag. num. 6.*

## TEXTUS.

De ambitu, repetundis, annona, residuis.

11. *Sunt praterea publica judicia, lex Julia de ambitu, lex Julia repetundarum, & lex Julia de annona, & lex Julia de residuis: quæ de certis capitulis loquuntur, & anime quidem amissionem non irrogant; aliis autem pœnis eos subjiciunt, qui præcepta earum neglexerint.*

## Excusatio.

12. *Sed de publicis judiciis hæc exposuimus, ut vobis possibile sit, summo digito, & quasi per indicem ea attingisse: alioqui diligentior eorum scientia ex latioribus Digestorum seu Pandectarum libris, Deopropitio, adventura est.*

## NOTA.

11. *Repetundarum*] Vid. *l. 3. & 4. de leg. Jul. rep.* de pœna est in *l. 7. §. 3. eod. l. 1. l. ult. C. eod.*

*De annona*] Adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, &c. *l. 2. de leg. Jul. de annon.* add. *l. 37. de pœn. l. 6. de extr. crim.* Apud Athenienses pœna capitis statuta erat in eos, qui frumentum alio comportabant annonamve supprimebant. *Lys. orat. 21.*

*De residuis*] Hac lege damnatus amplius tertia parte

quam debet, punitur, *l. 2. l. 4. §. 5. & 2. seqq. ad leg. Jul. pecul.* Tenetur autem hac lege, qui pecuniam publicam delegatam in usum aliquem retinuit, *l. 2. eod.* seu apud quem ex pecunia publica quid resedit, *d. l. 4. §. 3.*

12. *Et quasi per indicem*] Id est, leviter, summam, *ἄδικον ποδῶν*, digito ad fontes, unde hauriatur, inteso. *Alfcon. in Verr. 3. Antequam causam agerent, quasi per indicem rem exponebant, &c.*

## COMMENTARIUS.

**D**e ambitu] Ubi singuli regunt, ambitus nullus usus est; sed frequens, ubi universi, ut Romæ olim ante constitutionem Principis frequentissimum fuisse constat. Hinc illæ leges, Petilia, Pinnaria, Fabia, Calpurnia, Tullia, Julia, & similes de ambitu, id est, affectatis largitione honoribus, latæ. Sed hæc leges cessaverunt in urbe, ex quo magistratum creatio ad curam Principis pertinere cœpit, sublato populi suffragio: quod nominatione de lege Julia de ambitu memorat Modestinus *l. un. pr. de leg. Jul. ambis.* sicut & apud nos occasio ejus exercendæ sublata: de quo *Groenew. de ll. abrog. D. de leg. Jul. de ambis.* Pœna hujus criminis multa centum aureorum cum infamia fuit, *d. l. un. eod.* Canonibus ambitus dicitur Simonia, à Simone Mago; cui Petrus maledixit, quod ab Apostolis Spiritus Sancti gratiam pecunia emere voluit. *Actor. cap. 8. can. quidam. 24. q. 3.* Est enim Simonia, cum aliqui pro spiritualibus exigitur vel promittitur, *tot. tit. x. de Simonia.*

*Repetundarum*] Lege Julia repetundarum tenetur, qui cum aliquam potestatem haberet, pecuniam objudicandum, decernendumve acceperit, vel quo magis aut minus quid ex officio suo faceret, *l. 3. l. 4. de l. Jul. repet.* Pœna hujus legis extraordinaria est, nunc relegatio vel ordinis amotio, nunc exilium, vel etiã mors, pro modo scilicet & qualitate sceleris, *l. 7. §. 3. eod.* Interdum & quadrupli pœna reo imponitur *l. 1. l. ult. in fin. C. eod.*

*De annona*] Lege Julia de annona (qua appellatione veniunt omnia, quæ ad victum humanum pertinent) pœna viginti aureorum statuitur adversus eum, qui annonam publicam fraudaverit vel vexaverit, aut cujus dolo malo factum est, ut annona carior fieret; *l. 1. & l. 2. de leg. Jul. de annona;* quod crimen plerumque committunt ii, qui Dardanarii seu pantopolæ & septefiarii vocantur: in quos etiã extra ordinem vindicari placuit, *l. in Dardanarios. 37. de pœn. l. 6. de extraord. crim.*

*De residuis*] Crimen residuorum est pecuniarum publicæ alicui ad usum publicum datæ & attributæ retentio, vel ad suos usus conversio, sive in solidum sive ex parte. Et quod in rationibus pecuniarum privatis est reliqua, id in publicis propriè est residua; sic dicta, quod apud eum, cui administranda data est, pecunia publica resideat. Hac autem lege damnatus amplius tertia parte, quam debet, punitur, *l. 2. l. 4. §. 3. & 2. §§. seqq. ad leg. Jul. pecul.* Hodie pœna hujus criminis, ut & præcedentium ferè, arbitraria est. *Groenew. tract. de legib. abrog. ad rubr. C. de pœn.* Hæc *ἄδικον* & *tralatlitæ*, ut in appendice.

FINIS LIBRI QUARTI.

I N-

# I N D E X R E R U M E T V E R B O R U M.

Ubi numerus paginam, litera vero *a* priorem confignat  
& *b* posteriorem columnam.

A.

**A**ccoptilationis definitio à Modestino tradita. 660. a. alia plenior & planior. *ibid.* a. Accoptilatio an species sit stipulationis. *ibid.* a. Accoptilationis & solutionis communia, & propria. *ibid.* b. In forma accoptilationis qua consideranda. *ibid.* b. Materia seu objectum. 661. a. Accessionum genera. 139. b. & 147. b. Accessionis vice quid, cui, & quando, cedat. 148. a. Accessionis & specificationis differentia. 147. b. Domino partem, qua cessit, quomodo consularur. *ibid.* b.

Accrescendi jus quid sit. 398. a. In hereditatibus id jus valere ex necessitate. 398. a. Deficientium heredum portionibus quibus accrescant pro qua parte. *ibid.* b. Valere idem jus & in legatis, sed ex sola voluntate testatoris. 398. a. Verus circa jus accrescendi differentia inter genera legatorum. *ibid.* b.

Accrescendi jus non esse inter legatarios diversarum rerum. 399. a. b. Quibus, pro qua parte, defecta pars collegatarum accrescat. 399. a. An conjuncti post obitum testatoris mortui pars conjuncto accrescat. 401. a.

Accrescendi jus an locum habeat inter conjunctos verbis. 401. b. an in contractibus. 581. a.

Actio quomodo consideranda, quatenus tertium juris objectum constituit. 703. b. Ex quo jure actiones proficiantur. 704. a. Actionis nomen quam lato pateat. *ibid.* b. Quot modis usurpetur à nobis. 704. b.

Actio in rem cum domino ambulans, anque renatur novissimo possidens. 711. b. 712. a.

Actiones in personam nec ex contractu, nec ex maleficio. *ibid.* a. b.

Actio rescissoria quibus ex causis à pretore detur; ejusque introducenda occasio. 723. b.

Actio ex stipulatu de dote cur plenior, quam rei uxoria. 752. b. Singularia circa illam ex stipulatu à Justiniano constituta. 753. a.

Actio in rem quid sit, unde nascatur, & cui competat. 713. a. Qua petitori

in hac actione probanda ad fundandam intentionem. *ibid.* a. b. Petitio hujus actionis propria. 715. a. An possessor contra vindicare teneatur. 714. b.

Actio poenalis nulla in heredem datur, licet ex contractu. 786. b.

Actio de peculio & actio de in rem verso an dua diversa actiones. 771. a.

Actio in personam quid; cui, adversus quem, detur. 711. a. b. quid petat: ubi & de formularum diversitate. 712. a.

Actio praescriptis verbis unde dicta. 622. a.

Actio ex jurejurando qualis. 733. a. b. In personam esse, quacunqu ex causa juratum sit. *ibid.* b. Quod genus jurisjurandi eo pertineat. *ibid.* b. Quam ob causam actio ex jurejurando à pretore introducta. cui, adversus quem, quo effectus, detur. 734. a.

Actio de partu agnoscendo, cui, adversus quem quo effectus, detur. 737. b.

Actio de jure familia inter patrem & filium. & quid hac ab illa de partu agnoscendo differat. 738. a.

Actio Pauliana in personam est. 725. b. Cui, quando, detur. 726. a. Qua concurrere debeant, ut huic actioni sit locus. *ibid.* b. Intentio creditorum in actione Pauliana. 727. a. quandiu ex quo tempore competat. *ibid.* a.

Actio directa quot modis dicatur. 690. b.

Actio utilis quid; & qua ratione, quando, à quibus, introducatur. 690. b. Directa actio tam ex sententia legis, quam qua ex verbis: utilis, qua tanquam ex sententia; in factum, cui nec ratio, nec sententia convenit. 690. b.

Appellatione actionis in factum interdum & utilem significari. 691. a.

Actio de signo juncto in duplum datur etiam adversus eum, qui junxit bona fide. 152. b. An exemptione signi possit evitari dupli praesario. 153. a. Apud nos huic actioni non est locus. *ibid.* b.

Actio in rem etiam in loco domicilii possessoris moveri potest. 706. b. non potest institui, nisi certus sit possessor. 723. a.

Actiones rei persecutoriae, & quae poenales. 741. b. Rei persecutoria omnes, qua in rem. 742. a. b. Ex contra-

ctu una mixta. *ibid.* b. Pro poenalibus qua habeantur, cum à parte actoris poenales non sint. 743. b. & 786. b. 787. a. An ulla actio plus quam quadruplum persequatur. 745. a. b. Hodie actiones omnes esse rei persecutorias. 747. b.

Actiones rei persecutoriae omnes & heredibus & in heredes dantur. 786. a.

Actiones omnes iudicio inclusas perpetuari. & quid hic juris hodie. 787. b.

Actiones populares. 707. b.

Actiones, confessoria & negatoria, non ex figura verborum sed ex sententia & repetita affirmanda. 716. a. An haec actiones pro alio jure, quam pro servitutibus, etiam detur. *ibid.* a. Actio negatoria cur de rebus corporalibus non prodita. 718. a. b. Cur prodita in rebus incorporalibus. *ibid.* b. Cur in rebus corporalibus actio possessori non detur. 719. b.

Actiones praeoriae qua. 720. b. Prudentum non fuit actionem dare. *ibid.* b.

Actiones mixtae an tertiam speciem constituant. 710. a. b. & c. An actiones in rem scriptae. 711. a. b.

Actiones poenales, quibus nihil amplius persequimur, quam quod abest. 786. b. Cur actiones poenales in heredes non dentur, cum dentur heredibus. 787. a.

Actiones bonae fidei qua, & unde sic dicta. 749. a. b. Actiones stricti juris qua, & unde sic appellatae. *ibid.* b. Harum actionum insignes differentia, & an qua adhuc maneant. *ibid.* b. 750. a.

Actiones bonae fidei nullas esse praeter eas, qua à Justiniano recensentur. 751. a.

Actioni hypothecaria locus in omni genere pignoris. Constitutio Caroli V, ann. 1529. Differentia juris veteris & novi circa hanc actionem, quando alius, quam debitor, pignus possidet. tum quid hic juris apud Baravos. 729. a. b.

Actiones de peculio introducenda causa. 732. a. esse in personam. *ibid.* a. ex delictis non dari. *ibid.* b. Actione de peculio non consumi obligationem cum filio aut servo contractam. *ibid.* b. Causa ex quibus servus dominum, filius patrem de peculio non obligant. *ibid.* b. 733. a.

*Actio de pecunia constituta introducenda causa.* 731. a. *Qui quibus ex causis hac actio teneatur.* ibid. a.

*Actio hypothecaria introducenda causa.* 727. b. *Qualis sit hac actio, quibus, adversus quos, quo exitu, detur.* 728. a.

*Actio definitio competit etiam actioni in rem, item actionibus popularibus, &c.* 707. b.

*Actio dividit in rem, & in personam, unde sumpta.* 708. b. 709. a.

*Actus quid sit.* 186. a. *Actum qui habet; etiam armenta trajicere potest.* 185. b. *& vehiculum agero.* 186. a. *& ire sine jumento.* ibid. a.

*Ademptio legatorum quot modis fiat.* 435. a. *Quibus ex rebus conjiciatur, res adimendi legati causa alienata sit, nec no.* 406. b. *Oppigneratione rei legata non videri legatum ademptum.* 407. a.

*Adeundo, aut pro herede gerendo, us quis heres fiat, quarum rerum eum gnarum esse oporteat.* 384. b. *Quibus ex rebus in eo, quod geritur, animus pro herede gerendi deprehendatur.* 384. a. b.

*Aditionem & pro herede geritionem duo esse distincta genera acquirenda hereditatis, nec esse plura.* 383. a.

*Adolescentes invisi olim curatores non accipiebant.* 101. b.

*Adoptati jus liberorum in familia patris naturalis non habent.* 302. a. *adde 304. a. emancipati à patre adoptivo jus illud beneficio pratoris recuperant.* ibid. b.

*Adoptio quid. apud quos olim ejus usus.* 62. a. *Adoptionis usus bodie sublatas, etiam in Gallia.* 62. a. b.

*Adoptio in specie dicta, quid sit, & quorum: apud quos, quomodo, fiat.* 63. b. *quid circa eam novi consisterit Justinianus.* 64. a.

*Adoptio, natura imago, & quid inde.* 66. a.

*Adoptiva filia nec adoptione dissoluta axor duci potest.* 50. b.

*Adoptivorum successio exolata.* 478. a.

*Adrogatio quid sit, & quorum apud quos, quomodo, fieri soleat.* 63. a. *In adrogatione impuberum qua excutienda.* 64. b.

*Adrogationis effectus.* 67. b.

*Adrogator quid, cui, caveat.* 65. a.

*Adrogatori non tantum proprietas, sed etiam possessio acquiritur.* 525. b.

*Adscriptitii qua conditione sint.* 25. b.

*Adscriptitia conditionis qui bodie.* 26. a.

*Adscitari cur injuriosum.* 694. a.

*Adsignare liberum quid sit.* 518. b.

*Ædificia etiam non habitandi causa parata, urbana prædium ceteri in materia servitusum.* 125. a.

*Ædiles Curules, nomen, & procuratio.* 20. a.

*Æquitas quid & quod duplex.* 23. a.

*Ærarium quid, & quid fisci.* 225. b.

*Æstimationis aucta commodum, & diminuta incommodum ad creditorem pertinet.* 541. a. *cajus temporis in æstimatione insunda hic ratio habeatur.* ibid. a.

*Ætas annorum 25 cur finem afferat curationis.* 100. b.

*Ætas legitima in matrimonio.* 47. a.

*Affines qui, & an etiam gradus affinitatis.* 54. a. b.

*Affinitatis genera.* ibid. a. b. *Affinitatis transversa linea apud veteres Romanos prohibitionem non habuit.* 55. a.

*Affinitas proprie sponsalibus non contrahitur.* 57. a. *Nascitur etiam ex illegitima conjunctione.* ibid. a. b.

*Agnatorum nomen quot modis usurpatur.* 483. a.

*Agnatorum successionem cur latius diffundi placuerit, quam cognatorum.* 500. b. *hoc discrimen sublatum.* 501. a.

*Agnatorum successio, & novo jure, cognatorum, an certo gradu terminetur. & quid hic usus servet.* ibid. a.

*Agnatos inter & gentiles, item inter gentem & familiam, quid intersit.* 82. a. b.

*Album pratoris, & quale iudicium in eum, qui album corrupti.* 735. a.

*Alienandi verbum quam late pateat ex sententia legis Julia.* 238. a. b.

*Alluvio quid.* 140. a. *quibus in agru locum habet.* 139. b. *quid his juru apud Batavos.* 140. a.

*Alveus desertus primi occupantis sit, si vicini agri limitati.* 144. a. *Alvei existenti pars quando apud nos privatorum fiat.* ibid. a. *Alveus an aliquando priori domino restitatur flumine recedente.* ibid. a.

*Alveus fluminis extra usum publicum existimatur pars vicinorum prædiorum, & quid inde.* 143. b.

*Ancilla cum natis legata si sit, duo intelligi legata separata & aque principalia.* 412. b. *Item si servus cum vicariis suis.* 413. a. *Secus si servus cum peculio, aut penus cum vasis.* ibid. a. *aut fundus sum instrumentum.* ibid. a.

*Apes omnes natura fera.* 135. b.

*Aqua profluens non idem, quod flumen.* 126. b.

*Aqueductus quid. quomodo aqua ducatur, & unde ducere liceat.* 186. b.

*Aqua & ignis interdictionis origo &*

*causa.* 85. a. *In locum hujus poena successit deportatio.* ibid. a.

*Arbitraria actiones an tertiam speciem actionum constituant.* 755. b. *ex quo sit, quod actio de eo, quod certo loco, arbitraria.* 756. a. *Ceterarum arbitrariarum natura. & ratio nominis.* ibid. a. b. *In eo quod certo loco, una sententia rem transfigi.* ibid. b. *in illis duplicem intervenire sententiam. & mores hodierni.* ibid. b. *Arbitrariarum & bona fidei discrimen.* 757. b. 758. a.

*Arbitratoris manifesta iniquitas corrigi potest officio judicis.* 612. b.

*Arbitratores, quos vocant judices non esse.* 710. a.

*Arbitri & judicis nomina quam diversimode accipiuntur.* 709. b. 710. a.

*Arboris transplantata proprietatis post coalitionem ita immutatur, ut ne errata quidem ad priorem dominum revertatur.* 156. b. *priori domino quomodo consulatur de pretio plantæ.* ibid. b.

*Area legata si domus imposita sit, superficiem simul cum solo deberi.* 414. b.

*Archa datur vel ut symbolum, vel ut sit pars pretii; & effecta utriusque.* 609. b.

*Affis ejusque partium usus quam frequens, & quibus in rebus fuerit.* 312. b.

*Aflylus non esse dandum fisciis, raptoribus, &c.* 41. a.

*Assensatio pudicitia cur injuriosa.* 694. a.

*Auctoritatis verbum quam varie usurpetur, & quid eo in Duodecim significetur.* 214. a.

*Auctoritatis prudentum origo.* 20. b.

B.

**B** *Annis quo numero habendi.* 69. b.

*Batavi quibus in locis quondam furore Scabinico, & in quibus Aesdomico circa successionem ab intestato usi.* 504. a. b.

*Beneficium competentia quibus, quas ob causas, detur.* 764. a. *Quale sit hoc beneficium, persona an rei coherens.* 766. b.

*Beneficium ordinis, vide verb. Ordinis.*

*Beneficium divisionis quale sit, & quibus competat.* 597. b. *Conditiones sub quibus conceditur.* 598. a. b.

*Bonorum possessio contra tabulas etiam suis heredibus proposita.* 475. b. *Ad bonorum possessionem contra tabulas difficilium quem admitti, quam ab intestato.* 476. a. b.

*Bonorum possessio contra tabulas quo sensu*

*su dicatur esse ex testamento.* 519. b.  
*Cur ea primo loco edito propofita.* 520. a.  
**Bonorum possessio unde liberi quo colore emancipatis deseratur.** 474. a. Ad bonorum possessionem unde liberi non vocantur, qui à patre emancipati se ad rogandos dederunt. 474. b. **Bonorum possessio editis & decretalis.** 524. b.  
**Bonorum possessio unde vir & uxor, sola hodie necessaria.** 522. a. *Apud nos locum non habet. uti nec ulla alia.* 525. a.  
**Bonorum possessiones quae juris civilis confirmandi gratia introductae.** ibid. a.  
**Bonorum possessores vi ipsa heredes esse, & jure praetorio dominium rerum singularum consequi.** 520. b.  
**Bonorum possessores, an heredes efficiantur, qui jure civili succedere possunt, si malint honorario.** 520. a.  
**Bonorum possessio quid.** 518. a.

C.

**C**anones observandi circa materiam stipulationum. 574. b.  
**Capacitas heredis instituti quibus temporibus inspicienda.** 378. b. *Non satis subtiliter tempus adveniende hereditatis, in consideranda capacitate, constituit terminum disjunctum à tempore mortis.* ibid. b. &c.  
**Capratoria institutio qua veteribus dicitur.** 318. b.  
**Casus fortuitus quid.** 547. a. *in nullo contractu praestatur.* ibid. a. *Periculi appellatio non semper casus venit.* ibid. b. *Inter casus fortuitos non numerantur, qui cum culpa conjuncti esse solent.* ibid. b. *Regula de casibus fortuitis non praestanda quando cesset.* ibid. b.  
**Casus fortuiti exclusio non protinus inducit praestationem culpe levissima.** 535. b. 628. b.  
**Causa legandi, etsi falsa sit, legato non nocet, nisi in futurum collata & quare.** 429. a. *Insigne hujus juris temperamentum.* ibid. b.  
**Causarum duarum lucratarum in eandem rem & personam concursus est species liberationis. & quo ea pertineat.** 396. a.  
**Causa cognitio quid & quibus in rebus consistat.** 815. b.  
**Cautio fructuaria à testatore remitti non potest: ab herede potest. Et quid, si fructuarius propter inopiam fidejussorem invenire non possit.** 198. a.  
**Cautio quasi fructuaria an sit de substantia ususfructus.** 201. b. *partes hujus cautionis.* 202. a.

**Cautiones & confessiones debiti inutiles.** 602. a. *Quae cautiones ad probationem tantum valeant.* 602. b. **Cautionem pecunia credita post biennium valere ad obligationem, antea ne ad probationem quidem.** ibid. b. *A quo tempore biennium currat.* 604. b.  
**Cenotaphium an religiosum.** 130. b.  
**Cerum quod pro tabulis veteres dixerint unde sit.** 274. b.  
**Civilis disciplina, vide Juslitia.**  
**Civium apud nos distinctio.** 29. b.  
**Codicilli quid, & unde dicitur.** 460. a. b. *Jure codicillorum non valere voluntatem in hoc paratam, ut testamentum sit, nisi adjecta sit clausula codicillaris.* 462. a. **Codicilli quicumque & quocumque tempore à testatore facti, jus testamenti sequuntur.** ibid. b. **Differentia inter codicillos confirmatos: & non confirmatos: qua hodie sublati.** ibid. b. *Quatenus ex his qua testamento cautae codicillis mutare quid liceat.* 463. a. **Codicilli ante testamentum facti non intelliguntur testamento revocati, nisi appareat, testatorem à priore illa voluntate recessisse.** 462. b. **Codicillis hereditas nec dari, nec adimi potest, nec si testamento confirmati.** 463. b. *Neque conditio heredi instituto adjici, neque detrahi.* 464. a. *Per fideicommissum hereditatem codicillis recte dari & adimi.* ibid. a.  
**Codicillos in captivitate factos ab eo, qui in civitate testamentum fecerat deo reverso convalescere.** 293. a.  
**Codicilli unius hominis etiam plures esse possunt.** 464. b. **Codicilli non sunt sine aliqua solennitate ordinationis.** ibid. b. *An mulier in codicillis recte testis adhibeatur.* 464. b.  
**Cognatio servitute amissa manumissis non recipitur.** 87. a.  
**Cognitionis genera.** 49. b.  
**Cognitiones praeoria & extraordinaria.** 706. a.  
**Colonus, vide Fructuarius.**  
**Comitiarum genera obiter exposita, & ostensum quibus comitiis testamenta fieri solita.** 258. b.  
**Commixtio quid proprie: ejus effectus.** 150. b. *mixtionis pecorum & frumentorum comparatio.* 151. a.  
**Commodare quid sit, & quid commodatum differat à precario.** 546. a.  
**Commodatum proprie nullum, nisi gratuitum.** 550. b.  
**Commodatum & mutuum in quo differant.** 547. a.  
**Communi dividendo inter quos, qua de re, agatur.** 744. b.  
**Communio inter aliquos constituta qua-**

**rum rerum obligationem pariat.** 650. b. *In judicio communi dividendo qua culpa veniat.* ibid. b. 651. a.  
**Compensatio quid sit.** 754. a. *Non liquidi ad liquidum cur non admittitur compensatio. & quid causa liquida.* ibid. a. **Compensatione ipso jure actiones minui, quid hoc qua inde utilitas, &c.** ibid. b. **Rerum tantum consumptibilium esse compensationem.** ibid. b. 755. a.  
**Condicere, quid sit veteribus & cur inde actio in personam dicta conditio.** 741. a. *Pro veteri condicione quid postea institutum, & quid hodie.* ibid. b.  
**Conditio certi unane sit & generalis, an duplex.** 544. b.  
**Conditio furtiva non tantum in odium furis, sed etiam in commodum domini introducta.** 739. b. *difficile expeditu, quomodo furi res condici possit.* ibid. a.  
**Conditio furtiva & actio rerum amotarum contra heredes etiam in solidum dantur.** 786. a.  
**Conditio & modus qua in re conveniant & discrepent.** 429. b. 430. a.  
**Conditio impossibilis non vitiat ultimas voluntates.** 320. b. **Conventiones contra.** 321. a. *Impossibili conditioni similis est surpis.* ibid. b. *Circa hac mores nostri.* 321. a. b.  
**Conditio hac, Si heres non erit, continet & casum impotentiae & voluntatis.** 324. a. *diversimodo accipitur pro conditione instituti.* ibid. b.  
**Conditio quid sit & quatuorplex: tum qua conditiones inutiles stipulationem ab initio faciant.** 561. a. *Etiam promissiones, quibus tacite conditio ineest, pro conditionalibus esse.* ibid. a. b. *in Conditionibus arbitrariis quid juris.* ibid. b.  
**Conditione pendente nibildum deberi, & quid inde.** 562. a. *insigne discrimen circa stipulationes & legata conditionalia.* ibid. b. *An idem & in conditionibus arbitrariis.* ibid. b.  
**Conditiones ad praesens vel praeteritum tempus relatas vim conditionis non habent, & quare.** 563. b. &c.  
**Conductor regulariter levem duntaxat culpam praestat.** 627. b. &c.  
**Confusio & commixtio quomodo differant, cum signate loquimur.** 149. a. b. **Confusionis effectus, & quarum duntaxat quomodo confusio facta communionem pariat.** 149. b. *in confusione fortuita quid juris.* 150. a. *quid si unus è dominis confuderit altero ignorante* ibid. a.  
**Conjuncti & disjuncti, singuli recte & totum habere dicuntur & partem, diversa consideratione.** 392. b. *Partem* ab



ab initio facere quid sit. 400. a. An partem faciat, qui testamenti tempore mortuus aut incapax. 401. a.  
 Conjunctionum genera exposita. 398. b. disjuncti qui passim dicuntur, eos & ipsos vere conjunctos esse. 399. a. b.  
 Consanguinei qui nostris; & unde sic appellentur. 483. a. b.  
 Consanguinitas quando ab agnatione distingui & quam ob causam capta. 485. a.  
 Consanguinitatis prerogativa sublata. 483. b.  
 Consensus quibus modis declaratur. 606. a. Obligatio ex consensu pinguior, quam verborum. ibid. b.  
 Consensus in matrimonio liber esse debet. 47. b. 48. a. Consensus parentum & quorum quibus liberis necessarius. ibid. a. Præcedere debet, nec rati habitioni hic locus. 48. b. Eo non interveniente nuptia irrita: & quid jure divino. 48. a. b. quid in his regionibus. 49. a.  
 Constituti & fidejussionis convenientia & dissimilitudo. 731. b.  
 Constitutionum genera. 18. a. Constitutiones personales quotuplices, & qua singularum vie. ibid. b.  
 Consuetudo quanto tempore, quot actibus & qualibus introducatur. 21. b. 22. a. an heic opus scientia superioris. 21. b.  
 Contractus quid & quotuplex. 538. a.  
 Contractus *μὲν δὲ οἱ, καὶ δὲ οἱ*, & mediis generis. 546. b.  
 Contractus an in testamento aut inter testandum celebrari queant. 263. b.  
 Conventio, pactio sive pactum, in genere quid, & quotuplex. 538. b.  
 Convitium quid. 692. b. An veritas convitii excuset. 693. a. An præfatio honoris. ibid. a.  
 Correat, qui totum solvit, an eo nomine adversus alios actionem habeat. 568. b. Correat plures debendi aut credendi etiam citra stipulationem constitui possunt. 569. b.  
 Cresco nihil aliud olim fuit, quam solennis aditio hereditaria. 387. b.  
 Crimen pro criminatione. 118. a.  
 Culpa quid, & quotuplex, plenius quam vulgo. 548. a. culpa levissima. ibid. b.  
 Lata culpa in omnibus contractibus præstat, & dolo comparatur. 549. a. Qui contractus dolum tantum recipiant, qui item culpam & diligentiam. ibid. b.  
 Culpa genera obiter distincta. 120. b.  
 de Curatoribus. 99. a. b.

D.

**D** Annus injuria datum. 684. a.  
 Actione legis Aquilia de damno dato qui teneatur aut non teneatur. 685. b. &c. Caput tertium legis Aquilia declaratur variis exemplis. 689. a.  
 Dedititii quo jure fuerint. 33. b.  
 Defensio sui adversus vim illatam a natura est. 11. b.  
 Delegatio quid & quomodo fiat. 663. a. ad delegationem non pertinet l. ult. C. de novat. 664. b.  
 Deliberandi jus quorum causa & cuius rei gratia comparatum. quis ejus effectus, & quid hic de suo consulere Justinianus. 380. b. etiam suos heredes jure pratorio deliberandi facultatem habere. 381. a.  
 Delictum quid, & quotuplex. 666. a. an species *συνδάμνησι*. 537. b.  
 Demonstratio falsa non vitiat legatum, nisi præterea quid aliud obset legato. 428. a. &c.  
 Deportationis & relegationis differentia. 69. b.  
 Deposita quid sit, & an etiam consistat in re immobili. 551. a.  
 Depositarius ad quid teneatur. ibid. b.  
 Dies utiles, & consuiui. 526. b.  
 Dies incertus quando conditionem facit in contractibus, & quid hic intersit inter legata & stipulationem. 557. b.  
 Quid si dies apponatur finienda obligationis causa. 558. a. Effectus obligationis in diem. ibid. a. b. Efficientia diei adjecti in modum termini ad quem. 559. b. Quibus rebus differat stipulatio in singulos annos à simili legato. 560. a. b.  
 Dies certus institutioni oppositus pro supervacuo habetur. 319. a. Quid hic nostris & Gallorum moribus. ibid. b.  
 Dies omnis incertus conditionem in testamento facit. 319. b. 320. a.  
 Dies captus pro completo quando habeatur; & contra. 100. b.  
 Directæ actiones an salva maneat adversus adrogatum. 527. b.  
 Dispositioni §. ult. Inst. de fideic. hered. quando locus. 456. a. b. Glossema in fine text. d. §. observatum. 456. b.  
 Divisionis beneficium non habere plures unius tutoris fidejussores: at ex persona plurimum tutorum actionem dividi. 105. b.  
 Dolus quid. 120. b. 547. a. præstat in omnibus contractibus. ibid. a. b.  
 Dominium, quid; & quam large ea vox sumatur. 132. b. Domini jure gentium acquirendi modi. 133. a.

**D**ominiorum vetus discrimen, ejusque sublatio. 174. a.  
 Donaria. 129. b.  
 Donatio inter vivos absoluta, est juris gentium. 226. a. Sine donatio modus acquirendi, an titulus. 226. b. Donatio propria quid sit, & quid impropria. 227. a. &c. Unde estimandum, an donatio facta sit mortis causa. 227. b.  
 Convenientia mortis causa donationis cum legatis. 228. a. discrepantia. 228. a. b. Donatio inter vivos quomodo perficiatur. 230. a. An ex quovis pacto donationis causa interposito actio nascatur. 230. b. An simplex pactum donationis pariat actionem in rem. ib. b.  
 Quæ donationes insinuationem non desiderant. 231. b. Revocandi donationis qui, quibus ex causis, jus habeant: & an inter causas etiam liberorum supervenientia. 332. a.  
 Donationes inter sponsum & sponsam quo sensu dicantur veteribus incognita. 233. b. Quid circa has constitutum. 233. b. &c. In Belgio proprie donationum propter nuptias usum non esse. 235. a.  
 Dotalis rei maritus verus justusque dominus est. 237. a. potest res mobiles, omnesque res estimato in dotem dari, alienare. 236. b. Cur dotalis prædii oppigneratio arctius, prohibita, quam alienatio. 238. b. Quantum hic mores nostri dissident à jure scripto. 238. b. 239. a.  
 Dotis repetitio olim, & qua ratione, & quid jam. 233. b. De dotis equalitate constitutio Justiniani repudiata. 234. b.  
 Dupudio expleto quantum sine parte scriptus habere debeat. ubi Hotomanni error notabilis. 316. a. &c.

E.

**E** dictum perpetuum quid, & quid temporale. 735. a.  
 Edictum successorium. 470. b. &c.  
 Emancipandi ratio vetus. 72. b.  
 Emancipare, idem quod mancipare. 260. a. Cur in omni mancipatione quinque testes adhibiti. quasi curiosi. 261. a. b.  
 Emancipati cur capite minus dicantur, & an capite minus deserint. 86. a.  
 Emancipati ab adrogatione vivo patre naturali jus liberorum recuperant: sed si post mortem ejus: & quid hic respectu patris adoptivi. 474. b.  
 Emancipati ab adrogatione post mortem patris naturalis admittuntur ut cognati, non ut liberi. 474. b.  
 Eman-

**Emancipati sub colore quodam suitatis ad bonorum possessionem à pratore vocantur.** 300. b. 301. a. **Absurdum non esse, quod filia emancipata jure pratorio, meliore conditione fuerint, quam filia non emancipata jure civili.** 301. a. **Emendare actionem, quid sit, & quid, mutare.** 763. a. **Quamdiu emendare aut mutare actionem liceat.** ibid. a. **Praxis horum temporum.** ibid. b. **Emphyteuticum contractus.** 624. a. **Jus emphyteuticum non ex tempore affirmari, sed ex eo, quod actum est.** 624. b. **Solo consensu jus emphyteuticum non transferri.** ibid. b. **Præstatio canonis, hujus contractus pars essentialis: quanto tempore canone non soluto emphyteuta jure suo cadit: & alia in foro agitata.** 624. b. 625. a. **Qua conditione emphyteuta jus suum vendere, aut aliter alienare possit: & quid hic apud Batauos.** 625. a. **Contractum emphyteuticum esse vetustissimum, & quid à Zenone acceperit.** ibid. b. **Emphyteuticum contractus, & censuralis, quomodo differant.** 626. a. **An ad substantiam contractus emphyteutici scriptura necessaria.** 625. b. **An emphyteuta in casu insolita sterilitatis remissio canonis præstanda.** 626. a. **Emptio.** 606. a. **Quando emptio perfecta intelligatur.** 607. b. **Emptione perfecta sine communi consensu recedi non posse, licet arrha intervenierint.** 610. b. **Quando res in hoc contractu desinat esse integra.** 609. b. **Quando inter contrahentes actum intelligatur, ut contractus in scriptis fiat.** 610. a. **Quando negotium, quod scriptura fieri placuit, pro perfecto habeatur.** ibid. a. **Emptio & permutatio, ac pretium.** 613. b. 614. a. b. **Emptionis substantia ex pretio consistit; & quid inde.** 611. b. **Quid, si pretium alieno arbitrio permittam.** 612. a. b. **Arbitratoris manifesta iniquitas corrigi potest officio judicis.** ibid. b. **Error consensus quando obstat, aut non obstat.** 593. b. **Quid, si non in ipso corpore, sed in materia erratum.** ibid. b. **Error matrimonium vitians, aut non vitians.** 47. b. **Exceptio quid; & unde dicta.** 788. a. b. **Exceptio in factum, qualis; & unde.** 790. a. **Exceptiones perpetua, & temporales.** 791. b. 793. a. **Exceptio exceptionis, an dilatoria.** 793. b. **Exceptio dilatoria propter diem initio obligationi adjectam.** 794. a. **Exceptio doli cur perpetua cum actio de dolo temporalis.** 793. a.

**Exceptio divisionis.** 793. b. **& ordinis.** 598. b. **Exceptio non numerata pecunia frustra post biennium objicitur, etiamsi debitor probare paratus sit, pecuniam sibi numeratam non esse.** 603. b. **Usus circa hanc exceptionem hodiernus.** 604. b. **Exceptio lesionis ex causa ætatis, qualis.** 798. b. **Exceptio procuratoria quotuplex.** 794. b. **Solutionis.** 793. b. **Exceptiones in strictis judiciis qua contestanda.** 795. a. **Exceptiones juris etiam non contestatas usque ad sententiam allegari posse.** ibid. b. **Exceptiones, qua ad alios transeunt, aut non transeunt.** 798. a. b. **Exceptioni cedendarum actionum quando locus.** 598. b. **Exceptionum dilatoria genera, ratione objecti.** 794. b. **Exceptionum peremptoriarum usus in bona fidei judiciis.** 795. a. **Exceptionum dilatoriarum usus.** ibid. b. **Quibus exceptionibus uti liceat etiam in exceptione rei judicata.** ibid. b. **Circa Exceptionum usum mores hodierni.** 796. a. b. **Excusatio tutorum intra quod tempus proponenda & contestanda.** 115. b. **Exercitoria actio & insistoria cui, adversus quem, qua de re, deur.** 767. b. 768. a. **Si plures exercent, singulos in solidum teneri: quod tamen apud nos non receptum.** 768. b. **Cum magistro & insitore etiam directo agi posse: at hoc in praxi non obtinere.** ibid. b. **Exercitores non habent actionem adversus contrahentes cum magistro.** ibid. b. **In contractibus cum præpositis in eundem diligenter observanda lex præpositionis.** 769. a. **Exheredare proprio quid sit.** 293. b. **Exheredationis forma alia atque apud veteres, ratione sexus & gradus liberorum, prout nati aut adhuc nascituri.** 294. b. & c. **novo jure in omnibus forma exheredationis eadem.** 302. b. & c. **jura autem suorum & emancipatorum minime confusa.** 302. b. **Exheredatio an extinguat jus suitatis.** 340. b. **Exheredationem recte fieri etiam ob causas non expressas Nov. cxv. modo aque graves, aut graviore.** 359. a. b. **An, si exheredatio facta sit sine elogio, testamentum hodie sit ipso jure nullum.** 360. a. **Exheredationis vim etiam jure novissimo habet præteritio matris.** ibid. b. **ubi contraria repelluntur, addito jure patrio.** ibid. b.

**Expromissor quid à fidejussore differat.** 175. b. 595. a. **Extranei heredes quotuplici sensu dicantur.** 376. b. **Extraneus manumissor, quis dicatur.** 522. a.

F.

**F** **Acera posse, quid sit, & quid illud reo tribuat.** 766. a. **Quibus rebus deductis id æstimetur.** ibid. a. b. **Faciendi obligatio cur incerta.** 564. b. **Quid quando ex ea peti possit.** 565. a. **Facta nuda & simplicia separanda ab iis, qua in res aliusus præstatione consistunt.** 565. a. 608. b. **Factum alienum qui promittit, cur nec se, nec alium obliget.** 578. a. b. **Falcidia legis ferenda occasio.** 437. a. **Falcidia appellatione veteres & quartam Senatus consulti intelligunt.** 351. a. **Falcidia legis virtus, ad qua vel statim, vel sensim produca.** 438. a. **Ratio legis Falcidia quando in portionibus defectis habeatur.** 439. b. **Circa deductionem Falcidia, in quantitate patrimonii exquirenda, mortis tempus spectari.** 440. b. **Qua in bonis defuncti numerentur, cum de Falcidia questio est.** 441. b. **An heres, quod sibi à defuncto debetur deducat.** 441. b. 442. a. **Quibus casibus Falcidia cesset.** 442. b. **Familia eriscunda judicium inter quos reddatur, & quid contineat.** 744. b. **Familia emptor fiduciarius cur olim à testimonio testamentario remotus, heres admittitur.** 272. a. **Famosa judicia civilia ex delicto aliqua conditione concurrente.** 812. b. **Ex contractu judicia famosa.** 813. a. **Cur non omnia judicia bona fide famosa.** ibid. b. **Famosam non esse actionem quod metus causa, nec interdicta, neque conditiones.** ibid. b. **Famosi libelli quam varia pœna.** 693. b. **Si inventor auctorem indicaverit.** ib. b. **Pœna l. un. C. de fam. libell. quando locus.** ibid. b. **Fera, non vulnerantis, sed occupantis, fit.** 134. b. **Ferum animal sit, an mansuetum, unde æstimandum.** 133. b. **Feras, etiam in alieno fundo captas, fieri capientium.** 134. a. **Fideicommissa quandoque induci sine verbis fideicommissorum propriis.** 460. b. **Fideicommissa vim obligandi non habuisse ante tempora Augusti.** 443. b. **De fideicommissis extra ordinem jus dici**

dici solitum; & quorum ea jurisdictio. 445. a.  
 Fideicommissaria hereditatis petitio an recte numeretur inter actiones pratorias. 785. a.  
 Fideicommissum etiam ex certo die recte dari. 446. a. recte relinqui etiam ab heredibus legitimis & honorariis. 455. a. An fideicommissum à legitimo herede relictum successione, propter repudiationem primi gradus agnati, ad sequentem devoluta, debeat. ibid. a.  
 Fideicommissum hereditatis quis, cui, à quo, recte relinquat. 445. b.  
 Fideicommissorum natura laxior, quam legatorum, & quibus in rebus. 330. b.  
 Fidejussor idem, qui & adpromissor. 595. a. Fidejussoris obligatio est accessio principalis. ibid. a. Fidejussor pro omni obligatione recte intervenit. excepta causa dotis. ibid. b. etiam pro obligatione ex delicto, quando civiliter agitur. 596. a. Quatenus in criminalibus recipiatur. ibid. a. Pro qua obligatione naturali interveniens obligetur. 596. a. Quid, si obligatio sit mere civilis. ibid. a. Circa obligationem plurium fidejussorum nihil mutatum jure Nov. 597. a. Obligatio plurium fidejussorum non dividitur ipso jure, sed ope exceptionis. 598. a. Fidejussor intensivo obligari potest; extensivo non potest. 599. a. b. Acceptus in majorem quantitatem, quam debetur, ne in debitam quidem obligatur. ibid. b. & quid bodis. 600. a. b.  
 Fiducia veteribus pignus, & proprie hypotheca. 729. b.  
 Filiosfam. herede instituto repudiante, utrum pater, an substitutus, admittendus. 328. a. Pleraque alia ejusdem generis questiones obiter excussa. 329. a.  
 Filiorum appellatione an contineantur posthumi, nepotes, filia. 81. a.  
 Filiosfam. quando heredem ab intestato habere cepit. 490. a.  
 Filiosfam. in publicis causis non sequitur jus patris. 78. a.  
 Filiosfam. ne de iis quidem bonis testari potest, quorum fructus patri non quaritur. 289. a. An de his codicillos facere, aut mortis causa hac donare sine consensu patris. 289. b.  
 Finium regundorum inter quos, cuius rei gratia, agatur. 745. a.  
 Flumina, portus, piscatio, quo jure hodie censeantur. 126. b. 127. a.  
 Fœmina agnata, non consanguinea, quo ordine vocentur à pratore. 485. a. b.  
 Formula in actionibus in personam usitata: & quali locus, cum agitur ex obligatione faciendi. 712. b.

Forum commune esse locum domicilii. 706. b.  
 Forum proprium qua tribuant, & quid mutatum moribus. 707. a.  
 Fratres germani, & uterini. 487. a.  
 Fratrum filii, quando soli existunt, utrum hereditatem in capita, an in stirpes dividant. 502. b.  
 Fructuaria locata, quid juris circa pensiones. 165. b.  
 Fructuarii onera. 167. b. 198. a.  
 Fructuario quid tribuat tum jus utendi, tum fruendi. 196. a.  
 Fructuarius an possideat. 209. a.  
 Fructuarius potest jus, quod habet, alteri locare, vendere, &c. 251. b.  
 Fructuarius & colonus in quo discrepent, aut conveniant. 166. a.  
 Fructus quid; & quotuplex. 160. b. Quando fructus percepti intelligantur. 160. b.  
 Fructus non sunt fructuarii, nisi ipse eos perceperit. 165. a.  
 Fructus percipiendi jus non transire ad heredem fructuarii, licet majore parte anni ususfructus steterit. 165. a.  
 Frumentum ex spicis alienis excussum, manet ejus, cujus spica sunt. 146. b.  
 Quid de vino & oleo, &c. expresso. ibid. b.  
 Furem non esse, nisi qui fraudulenter rem alienam contrahat. 667. b. Non item, qui non lucrandi animo. ibid. b.  
 Quid, si surgente fame esculenta ablati. ibid. b.  
 Furiosus à mente capto quid distet. 103. b.  
 Furta quam vario apud varios multata. 670. b. 671. b. Non pugnare cum justitia attributrice, quod interdum morte puniantur. 671. a.  
 Furti actio, quibus competat. 676. a. b. civilis, an concurrat cum criminali. 668. b. 680. a. inquirendi ratio vetus. 770. a.  
 Furtiva conditione an heres furis teneatur in solidum. 680. b.  
 Furtorum domesticorum coercitio vetus & hodierna. 676. a. genera. 669. a.  
 Furtum manifestum. ibid. b. nec manifestum. 669. a.  
 Furtum non fieri sine contrahatione: & quid inde. tum quis contrahere dicatur. 667. a. fieri non intelligi, nisi sit, qui possideat. 668. a. per se & natura surpe esse. ibid. a. aliquo casu facere non videri, qui sciens rem alienam vendit. 218. b.  
 Furti actio datur ob gallinam surreptam. 137. a.

G.

Genus quid sit prudentibus; quid species. Generis legatum quando valeat. 418. b. ubi utile est generis legatum, regulariter electionem esse legatarii. 419. a. Vetus inter genera legatorum circa potestatem eligendi differentia. ibid. b. An istius differentia ad huc ratio habenda. ibid. b. Quibus casibus electio sit heredis, ubi testator id non expressit. 420. a. Electionem non usquequaque esse liberam, & quid hic jure patrio. ibid. b.  
 Generationis vis in sceminis citius incipit, quam in maribus. 98. a.  
 Gradus heredum ex serie successionis, à testatore facta, astimandos. 324. a.  
 Graduum cognationis distinctionem cur nosse oporteat; & cur seriem cognitionum Jureconsulti gradus vocent. 507. a.  
 Graduum dinumerationis discrimen inter jus civile & canonicum. 53. a. Qua serie gradus numerentur. 507. b.  
 Grege legato, etiam si unica ovium tantum super sit, eam legato cedere, & cur non idem in legato usufructu gregis. 205. b. 206. a. 414. a.

H.

Habitatio, quid. 211. b. Habitatio tam vendi, quam locari potest. 212. a.  
 Heres, unde dictus. 384. b.  
 Heredes omnes apud nos voluntarii. 372. b.  
 Hereditas, proprie quid sit. 182. b. 183. a. 254. b. quibus modis deferatur. 254. b.  
 Hereditas jacens, diversa consideratione recte dicitur repræsentare personam defuncti, & personam heredis. 310. b.  
 In quibus hereditas persona vice fungit non potest. 570. a.  
 Hereditas in tot partes distribui potest, quot testator voluerit. 312. b.  
 Hereditatem olim qui & in quantum capere non potuerint. 307. a. Qui & in quantum hodie heredes institui non possint. ibid. b.  
 Hostem occidere an liceat, postquam captus est. 27. a. 8c.  
 Hostium res, veteribus eodem loco fuerunt, quores nullius. 138. a. Agor ex hostibus captus, cur publicus fiat. ib. a.  
 & quid de mobilibus, tum olim, tum hodie. 138. a. b.  
 Hypotheca, vide Fiducia.  
 Hypothecaria, nomen commune. vid. Pignoratitia.  
 Hypothecaria legatariis à Justiniano primum data: item qua de re, adversus quos, ea competat. 389. a.

Im-

I.

**I**mpetrativa verba interdum vim habere procaciorum. 460. b.  
 Impubes pubertati proximus an obligetur naturaliter, sine tutoris auctoritate contrahens. 586. a. b. Cur non obligetur auctore patre. 587. a.  
 In iure, & in iudicio, fieri, diversa verberibus.  
 Incerta persona cur olim non recte legatur. 423. a. cur tale legatum solum per errorem repeti non potuerit. 423. b.  
 Indebiti soluti conditio ut competat, qua requirantur. 652. a. An error iuris repetitioni semper obstat. ibid. b. Obligatio indebiti per errorem soluti, sine ex vero, an quasi ex contractu. 653. b. Causa, ex quibus indebitum errore solum non repetitur; & cur id placeat. 654. b.  
 Individuum, quos modis dicatur. 43. b.  
 Individua vita consuetudo. 44. a.  
 Infans quamdiu quis habeatur; & gradus aetatis pupillaris. 585. a. Infantia proxima. ibid. b. Proximi pubertati; & an hi naturaliter sine tutore obligentur. 586. a.  
 Ingenui, quinam veteribus, & postea, dicti; & quid proprie vox Ingenuus. 30. a.  
 Ingenuitatis inter quos vertatur questio. 737. b.  
 Injuria re, quos modis fiat. 692. b. Injuriam factam an verbis liceat repellere. 693. a. b.  
 Injuria remissa, adhuc peti posse impensae, &c. 699. b. Cur non dissimulatio injuria aboleatur. ibid. b. An idem obtineat in reali injuria. ibid. b. Plures species tacita remissionis. ibid. b.  
 In actione injuriarum annus utilis, an continuus; & ex quo tempore currat. ibid. b. Actio injuriarum ex lege Cornelia perpetua. 700. a. levis, & atrox injuria, unde aestimetur. 697. b.  
 Injuria qua poena ex lege XII tabb. 696. a. qua ex edicto pratoris. 696. b. ex lege Cornelia. 697. a. Actionem injuria ad palinodiam, civilem esse, non criminalem. 698. b. In actione criminali poenam extra ordinem constitui: civili electa, hanc consumi, & contra. ibid. b. Civiliter conventus actione injuriarum, qua ratione infamiam efficiat. 698. b.  
 Injuriarum actio cur nec in heredem, nec heredi detur. 785. b. 786. a.  
 In jus vocatio an pars iudicii. 814. a.  
 Effectus in jus vocationis. ibid. a.

In jus vocare, quid sit; & quid citare. ibid. b.  
 Instituti sine partibus ex aquis partibus succedunt, quamvis, testamento non facto, aequaliter successuri fuissent. 315. b.  
 Instituti ex imparibus partibus, atque invicem substituti. 325. b. 326. a.  
 Institutio servi alieni sustinetur ex persona domini; proprii, ex consequentia libertatis. 307. b. Quid juris in servo communi ab uno è dominis herede instituto. 308. b. Quid, si servus heres institutus sit à fructuario. 309. a.  
 Institutionem heredis multorum moribus ad substantiam testamenti non desiderari. 322. a.  
 Institutus ex certa parte hereditatis, vel ex certa re, quod bonorum omnium heres fiat, id esse ex subtilitate juris. 312. b. 315. a.  
 Insula in mari cur raro nascatur. 141. b.  
 Cur frequenter in flumine. ibid. b. in flumine nata, est vicinorum possessorum. 142. a. non proprietate tantum, sed etiam usu. ibid. b. pro qua parte cuique vicinorum acquiratur. ibid. b. quo iure. 143. a. quid hic apud nos. 143. a.  
 Interdicta cur potissimum de possessione proposita. 799. b. Qua interdicta causam proprietatis, aut quasi, contineant. ibid. b.  
 Interdicta retinenda & recuperanda possessionis, etiam fructuario dari. 805. a. b.  
 Interdicta adipiscenda possessionis. 801. b.  
 Interdictorum divisio à forma. 800. a. b. Uti possidetis, & Utrubi, vetus differentia, ejusque sublatio: tum, quid hic jus Can. & mores hodierni. 804. a.  
 Interdictum quid sit juxta veterem formulam, & quid hodie. 799. b.  
 Interdictum Quorum bonorum cui, adversus quem, competat: cui bono comparatum. 801. b.  
 Interdictum Salvianum adversus quos datur. 802. b. Affine huic interdicto remedium actio Serviana, & cur interdicto experiri utilius. ibid. b.  
 Interdictum unde vi quatenus Canonibus extensum; & de remedio can. Redintegranda, tum quomodo hic apud Batavos procedatur. 807. b. 808. a.  
 Interdictum unde vi quibus, quarum rerum nomine, datur. 807. a.  
 Interesse, qua ratione incertum. 565. b.  
 Interrogationis & responsionis congruentia unde aestimanda. 582. a. Quid juris; si diversitas versetur circa rem aut quantitatem. ibid. a. b. 583. a.  
 Quid si circa qualitatem. 582. b. 583. a.

Intestabiles qui dicantur; & an aliquam habeant testamenti factionem. 267. b.  
 Intestato filio mortuo, peculium castrense quando, & quo iure, ad patrem pertineat. 287. b.  
 Intestatus quis dicatur; & an ea appellatio etiam ad pupillum, furiosum, &c. pertineat. 466. a. Successioni ab intestato quando locus, testamento irrito facto. ibid. b.  
 Inventarii beneficium. 381. b. ejus neglecti poena. 382. a. Jus hodiernum circa adendum sub beneficio inventarii hereditatem. ibid. a.  
 Inventarium non confecto, an heres amittat quartam Trebelliani; & an testator hujus quarta deductionem prohibere possit. 451. a.  
 Inventio, species occupationis. 139. a.  
 Inundatio, quid, proprie; & qua ejus vis. 144. b. Circa inundationes quid juris apud Hollandos. ibid. b. 145. a.  
 Irrita fieri quando dicantur testamenta. 351. a. b.  
 Ister quid sit; quid eo continetur. 185. a.  
 Iudex secundum conscientiam, an secundum acta & probata, judicare debeat. 816. b. 817. a.  
 Iudex, per imperitiam male judicans, cur non aequè ex delicto obligetur, ac medicus male curans. & circa hoc mores hodierni. 700. b.  
 Iudex per se non competens potest ex accidenti competens fieri; & quibus ex causis. 707. b.  
 Iudicis & arbitri nomina, quam varie accipiuntur. 709. b.  
 Iudices omnes secundum leges & mores judicare debere. 817. a. b.  
 Iudicis officium in iudicando. 816. a. dolus, quomodo puniatur. 701. a.  
 Fura captivitatis inter quos adhuc obferventur. & quid circa hac inter Christianos. 27. b. & 28. a.  
 Fura pradiorum quo aspectu servitutes dicantur. 183. b.  
 Fure magistratus qua competere dicantur; & qua specialiter tributa. 92. b. illa mandata jurisdictione transire, hac non item. ibid. b.  
 Furis varia significationes. 5. b. propria, qua huc quadrat. ibid. b. precepta tria. 7. b. 8. a. divisio. 8. b. 10. b. publici nomen. 8. b. Animalia bruta juru non sunt capacia. 10. b. 11. b.  
 Furu accrescendi, inter plures in eundem usum fructum conjunctos, propria. 206. b.  
 Furu Aedomici ratio; & qualis ex eo jure successio. 504. b.  
 Furu civilis Batavici distinctio. 22. b.  
 Nnnn 2 Fu-

*Jurisconsultorum auctoritas non fuit proprie vox Juris.* 20. b.  
*Juris dictionis verbum, latius sumptum, etiam ad specialiter concessa referri posse.* 92. b.  
*Juris non scripti, quantitas, & unde auctoritas.* 21. a. 24. b.  
*Juris Scabinici ratio; & quo fundamento nitatur.* 321. b.  
*Jurisprudentia media, qua.* 485. b.  
*Jurisprudentia subjectum, ejusque considerandi modus.* 6. b.  
*Jurisprudentia veteris contra accusationem Triboniani defensio.* 486. a.  
*Jus accrescendi an testator prohibere possit.* 313. b.  
*Jus civile, in genere.* 12. b.  
*Jus gentium, quid; & unde asimandum.* 12. b. *Ejus distinctio, in primum, & secundarium.* 13. a. 14. a.  
*Jus in definitione actionis quid significet.* 705. a.  
*Jus naturale, seu gentium, primum, & immutabile.* 24. a. *eam immutabilitatem praecipue apparere in communibus notionibus.* 24. b.  
*Jus persona, & status, sive conditio, quomodo differant.* 25. a.  
*Jus sanguinis, quot modis dicatur.* 5. b. 86. b.  
*Jus vitae & necis in servos, non omnes gentes usurparunt.* 39. b.  
*Jusjurandum calumnia, quid sit.* 810. b.  
*Jusjurandum advocatorum & procuratorum, in singularibus causis. & circa haec mores hodierni.* 811. a. b.  
*Jusjuria, non est potentia naturalis, sed habitus.* 6. b.  
*Jusjuria distributio, in universalem, & particularem.* 4. b. *an ea necessaria.* 5. a. b. *Jusjuria particularis, ejusque species.* 4. b. *Jusjuria commutativa non semper respicit proportionem arithmeticam, nec distributiva geometricam.* 5. a. *Disciplina civilis spectat etiam justitiam universalem.* *ibid.* a.

L.

**L**apis pro milliario; & unde ea appellatio. 116. a.  
*Latini liberti quo jure fuerint.* 33. b.  
*Legari à legatario cur olim non potuerit, & an hodie possit.* 457. a.  
*Legari qua res possint, aut non possint.* 391. b. *Rem alienam legari, nil valet.* *ibid.* b. *Quid juris, si res communis legata.* 392. a. *Effectus legati rei alienae.* 392. b. *Legatum rei, commercio simpliciter exempta, inutile; item ejus, qua adibus junctum.* *ibid.* b. *Quid, si res legata exempta commercio certa*

*persona?* *ibid.* b. &c. *Quid, si feudum legatum?* 393. b. *Legatum rei aliena, nisi singulari conjectura adjuvetur, cur demum valeat, si testator scriverit, alienam esse.* 394. a.  
*Legata ante heredu institutionem relicta, cur olim inutilia.* 431. a. b.  
*Legata & fideicommissa à Justiniano primum exaequata.* 389. b. 390. a. *eis communia jure veteri.* 458. a.  
*Legata relicta civitatibus, collegiis, pauperibus.* 423. b.  
*Legatarii, & fideicommissarii particulares, cur ad testimonia testamentaria admissi.* 273. a. b. *Divinatio quorundam circa hoc improbata.* 273. a.  
*Legatarii & creditores, quatenus cum herede agere possint consumpta portione restituta.* 454. a.  
*Legati vindicationis, & damnationis, differentia, & sublatio.* 388. b.  
*Legatorum onus ad solum fideicommissarium pertinet.* 452. b. *natura stricta, & cancellis circumscripta.* 390. a. *genera.* 387. b. 388. a.  
*Legatum nominis; & quid eo contineatur.* 416. b. 417. a. *legatum nominis extinguitur, si testatore vivo debitum exactum, aut ultro solutum.* *ibid.* a. *Admissi tamen probationem non mutata voluntatis.* 417. b.  
*Legatum omnium bonorum ususfructus, an valeat, alios herede post mortem legatarii instituto.* 411. a. b.  
*Legatum, post mortem heredis aut legatarii relictum, olim non valebat: in tempus mortis relictum contra. & cur tam varie.* 432. a. b.  
*Legatum, quo debitor creditori legat quod debet, non valet, nisi amplius sit in legato, quam in debito. & quot modis accidat, ut plus sit in tali legato.* 408. b. 409. b.  
*Legatum rei pignori obligata, legato rei aliena simile.* 394. b.  
*Legatum rei, qua in rerum natura nondum est, an parum sit, an conditionale.* 396. b.  
*Legatum rei, qua legatarii propria sit, inutile; nec convalescere, ea postea alienata.* 405. a.  
*Legatum, unde dictum.* 386. b.  
*Legem regia jus omne populi privative in Principem translata.* 18. a.  
*Legem Voconia mulieres heredes institui non potuisse.* 444. a. *Accurata in hoc legis caput inquisitio.* *ibid.* b.  
*Legem condere non potest populus, alterius imperio subjectus.* 12. a.  
*Leges quibus comitiis à quibus magistratibus latae.* 16. a.  
*Leges Fuzia, Voconia, Falcidia, quo*

*sensu dicantur testatorum gratia latae.* 437. b. *heredum potissimum causa.* *ibid.* b. *Quid à quo cautum singulis.* 438. a.  
*Leges civiles consuetudine contraria abrogari posse.* 24. b.  
*Legis Duodecim verba, Uti quisque legasset suae rei, exposita.* 438. a. b.  
*Legis varia significatio.* 16. a.  
*Legitima portio, quid.* 367. a. 372. b. *Auctio hujus portionis num ad parentes quoque & fratres pertineat.* 367. a. b. *An, ut augeri & minui legitima potest, ita & in totum tolli.* *ibid.* b. *Si minus legitima relicta, qua actione quod desit, potatur: novique & veteris juris differentia.* 368. b. *Actio ad supplementum in quibus differat à querela.* *ibid.* b. *Legitima hodie titulo institutionis relinquenda.* 371. a.  
*Legitima & quarta Trebellianica deductio juxta c. Rainutius.* 452. a.  
*Legitimati an ad feudum admittantur.* 468. a.  
*Legitimatio, & ejus objectum.* 60. a.  
*Legitimatio per oblationem curia, ab usu recessit.* 60. b. *Legitimatio per subsequens matrimonium, sine dotalibus instrumentis non procedit: secus jure canonico, & moribus.* 61. a. *Legitimatio per rescriptum Principis.* 61. b.  
*Lex Aquilia.* 684. a.  
*Lex quando obligare incipit.* 15. a.  
*Lex Voconia.* 485. b.  
*Liberationis legata quis effectus.* 407. b.  
*Liberorum appellations omnes veniunt, qui ex nobis descendunt.* 81. a.  
*Libertatis directio, & per fideicommissum data, differentia an sublata.* 459. b.  
*Libertatis quaestio inter quos veretur.* 737. b.  
*Libertini ingenuis exaequati, & à quo.* 34. b.  
*Libertinus, & libertus, quid differant.* 31. a. b.  
*Libertus centenarius.* 514. a.  
*Limitati agrus alluvionis non habent.* 140. a.  
*Litera olim charta, hodie charta literis cedit.* 157. b.  
*Literarum obligatio.* 602. a. *an recte sic appelletur.* 603. a.  
*Litis contestatio, quid sit.* 814. a. b. *an aliquando à parte rei per affirmationem inducatur.* 815. a. *Ejus effectus.* *ibid.* a.  
*Literas scire, aut nescire, quid.* 111. b. 112. a.  
*Locatio, & emptio, unde quibusdam in casibus dignoscantur.* 626. b.  
*Locatio, quid, & quotuplex. tum, qua res aut facta locationem recipiant.* 620. a.

620. a. Locationis & emptionis communis. 620. b. in locatione operarum diverso respectu idem & locator & conditor dicitur. 621. a. Singularia quaedam circa locationes agrorum apud Batavos. ibid. a. b.

M.

**M**acedonianum Senatusconsultum. 777. b.  
 Mandatum, quid. 637. a. Mandati varia divisiones. ibid. b. quid differat à consilio. 640. a. Consilium tale instar mandati esse, si quis alicui suaserit, ut pecuniam credat certa persona. 640. b. &c. Mandati rei inhonesta nullam esse actionem. 641. a. De excedente fines mandati quaedam non trita. 642. a. 643. b. Mandatum cur solvatur revocatione mandatoris. 645. a. Cur morte utriusque. ibid. a. b. An morte mandantis finiat, cum mandavit quid fieri post mortem. ibid. a. Casus, quibus mandatario post mortem mandantis implenti mandatum actio datur. ibid. b. Cur mandatum solvatur renuntiatione mandatarii. 645. a. Quid, si intemptivo renuntiet. ibid. a. b. Qualis culpa in mandati iudicio veniat. ibid. b. Mandatum non vitatur constitutione honorarii: nec datur tamen de ipso honorario mandati actio. 646. b.  
 Manumissione servi alieni legati, heres ita liberatur, ut nec estimationem debeat. & quid, si res legata evicta. 411. b. Quid, si heres proprium servum, à se legatum, ignorans manumisit. ibid. b.  
 Manumissionis species. 30. a. Manumissio vindicta. ibid. a.  
 Mariti in bonis uxoris qua moribus hodiernis potestas. 117. b.  
 Materia dominium non amittit, cujus ex materia in alieno solo edificatur. 152. a. Materia dominus adificans in alieno, quando proprietatem materia amittat. 154. a. Materia pretium à possessore qua ratione servari queat. 154. b.  
 Matrimonia parentum cum liberis incestuosa in summo gradu. 50. a.  
 Matrimonium in articulo mortis contractum apud nos non procedit sine dispensatione. 61. b.  
 Matris & avi materni prateritio vim exheredationis habet. 306. a. etiam jure novissimo. ibid. b.  
 Mercos locationis an consistere possit in alia re, quam pecunia numerata. 622. b.

Miles etiam pro parte testatus decedere potest. 314. a.  
 Milites capite damnati an & quatenus jure militari testari possint. 282. b.  
 Militis testamentum an subjaceat querela inofficiosi. 305. a.  
 Militibus, testantibus in expeditione, remissa omnia, qua subtilitatem magis, quam naturalem rationem habent. 278. b. 279. a. causa hujus privilegii. ibid. a. In hibernis, &c. locatos tale privilegium non habere. 279. a.  
 Militum privilegia circa directam substitutionem in casum papillarem. 346. a.  
 Minor 25 annis procurator idoneus alienationis. 37. a.  
 Modi acquirendi jure civili singulares. 213. a.  
 Mores hodierni circa capturam ferarum. 135. a.  
 Muciana cautio, & an ea quoque locum habeat in contractibus. 562. a.  
 Mulieres cur arceantur à testimoniis testamentariis. 267. a.  
 Mutui etymon. 544. a.  
 Mutuum an sit species alienationis. 241. a. Mutuum non confirmari consumptione facta mala fide. 242. a. Nummi quando consumpti intelligantur. ibid. a. Si mala fide consumpti qua tunc actio. ibid. a.  
 Mutuum quid. 542. a. materia mutui. ibid. a. Cur mutui datio tantum consistat in rebus fungibilibus. ibid. a. Forma mutui propria. ibid. b. Singularia in mutuo recepta. ibid. b. Finis & effectus. ibid. b. Debitorem posse eam rem, quam mutuo accepit, in specie reddere. ibid. b.

N.

**N**ati ex concubina non magis, quam vulgo quæsti, jus agnationis habent. 499. b. Nati ex damnato coitu omnis successionis sunt expertes. 500. a.  
 Naturales liberi quot modis dicantur. 60. b. 62. a. b.  
 Naturalis omnis obligatio, ipso jure, nudo consensu tollitur. 665. a. Item, re integra, & civiles nudi consensus, & honorario pignoris. ibid. a.  
 Navis levanda causa qua ejiciuntur, pro derelicto non haberi. 179. b. circa res effectas aut naufragio perditas quid juris tum olim tum hodie. 180. a. b.  
 Negotiorum gestio quale factum. 648. b.  
 Actio ex gesto directa cui detur, cui item contraria, quid utraque consistat. ibid. b. Cujus culpa nomine ne-

gotiorum gestor tenetur. 649. a.  
 Nepos ex filio naturali an per subsequens matrimonium avi, defuncto patre, fiat legitimus. 61. a.  
 Nepos post mortem avi conceptus & natus non potest avo suus heres existere. 472. b. nec bonorum possessionem tamquam cognatus accipere. 473. a.  
 Nepotes ex diversis filiis, etiam ubi soli sunt, in stirpes familiam erciscere. 471. a.  
 Nomen quo effectu à creditore alienetur. 711. b.  
 Nominum propriorum differentia subtilius, quam vulgo, explicata. 426. b. 427. a. Error in nomine legatarii non vitiat legatum. 427. a. Error in nomine proprio rei legata non vitiat, in appellativo contra. 427. b. Quid, si testatorem oculis subjectam alieno nomine appellaverit. ibid. b.  
 Notarii publici an stipulando alteri acquirant. & quid juris hodie. 579. b.  
 Novatio quid; qua in ea necessaria. 662. b. novationis effectus. 663. a. Quot modis novatio fiat. ibid. a. Novatio, que fit per litis contestationem, & quid differat à voluntaria. ibid. a.  
 Novatio quando fieri intelligatur, si ab eodem debitore quis stipuletur. 664. a. Quid circa novationem novo jure inductum: ubi multa notabilia. ibid. a. b.  
 Noxales actiones an recte inter arbitrias numerentur. 756. b. 757. a.  
 Noxa, noxia, noxa dedere. 774. a. b.  
 Nummi mutuo accepti etiam in alia forma & materia reddi possunt. 543. a. Aucto aut diminuto nummorum valore eos reddi oportere ea estimatione, qua est, cum solvuntur. ibid. a. b.  
 Nummos recte numerari inter res corporales. 181. b.  
 Nuptia comprivignorum licite. 56. a. b.  
 Nuptia fratrum & sororum interdicitur, etiam jure divino, & moraliter. 51. a.  
 Nuptia quatenus prohibita in linea transversa inaequali: & an huic prohibitioni consentanea lex divina. 52. a. b. Nuptia consobrinorum civili & divino jure licite: secus jure Can. 53. a.  
 Nuptiarum prohibitio inter affines lineæ rectæ. 54. a. lineæ transversa. 54. b. inter affines transversa lineæ interdicitur, Levit. 18. an moralia. 55. a. Nuptia sine parentum consensu contracta non confirmantur accedente copula. 58. b.  
 Nuptiarum perfectio nihil præter legitimum consensum desiderat. 61. a.

O.   
**O**bligatio, qua nominibus contrahatur. 603. a. b.   
 Obligatio naturalis nudo consensu tollitur. 665. a.   
 Obligationes, quare contrahi dicuntur. 541. a.   
 Obligationum causa ordinaria, & extraordinaria. 538. a.   
 Obligationum summa divisio. 534. b.   
 Obligatio naturalis. ibid. b.   
 Obligationes naturales non omnes eundem effectum jure civili habere, & qua qualitate habeant. 535. a. b.   
 Obligatio mere civilis. ibid. b.   
 Obligatio mixta. ibid. b. 536. a.   
 Officium jus dicentis; aliud, quam officium judicis. & in quibus utrumque consistat. 815. b.   
 Oleum, vide Frumentum.   
 Opera servorum vix est, ut servitutibus personalibus annumerentur. 195. a.   
 Optioni & electioni legatum idem esse. 421. a.   
 differre à legato generis & alternativo. ibid. a.   
 Optioni legatum habuisse olim conditionem coherentem persona legatarii. 421. b.   
 Orcini liberti, & num quid juris in eos familia. 459. b.   
 Orficiano Senatusconsulto filius & filia ad matris successionem vocantur, non item nepos & neptis ad successionem avia. 496. a.   
 quod postea mutatum.   
 Ex eodem ad matris successionem admittuntur & spurii. ibid. b.   
 Quid moribus hic receptum. 497. a.   
 Ordinis beneficium quale sit, & quid quibus tribuat. 597. b.   
 non pertinet ad fidejussores judiciales. 598. a.

P.

**P**acta hodie etiam actionem parere juxta scita juris Canonici. 540. b.   
 Pactum de quota litis jure improbatum. 646. b.   
 Pactum nudum quid, & cur ex eo jure civili non detur actio. 538. b.   
 Pacta legitima & in continenti adjecta. ibid. b. 539. a.   
 Ex continenti adjecta an infertur ex parte actoris in contractibus stricti juris. ibid. b.   
 Parentibus quo jure alimenta debeantur. 11. a.   
 Partum ancilla cui placeat in fructu non esse. 167. a.   
 Pater quo jure olim, ut pater, successerit filio. 246. b.   
 Patria potestas quo sensu propria civium Romanorum. 45. a.   
 qualis ea olim,

postea, & hodie. 45. b.   
 Patrii genere semper à plebejis distincti, non ordine. 70. b.   
 Patrii qui olim, qui postea dicti. 70. b. 71. a.   
 Patris jura quibus modis apud nos solvantur. 74. b.   
 Patroni & parentis manumissoris comparatio. 73. a.   
 Patroni, parentes, &c. sine venia in jus vocari non possunt: item hujus juris ratio: & circa hoc mores hodierni. 791. a.   
 Patronos lex XII tabb. non alio jure censuit, quam agnatorum. 513. a.   
 Patronum ab adoptivis excludi cur magis iniquum visum, quam patrem, fratrem, &c. ibid. a.   
 Pavones, & columba, omnes generis feri. 136. b.   
 Peculio legato, quod vivo testatore accedit aut decedit, cujus lucro vel damno sit. 415. a.   
 Quid, si post mortem testatoris. 415. b.   
 Peculio pagano adventitio cum castrensi communia. 288. a. b.   
 Peculium filii fam. quid sit: quot ejus species; & quid singula. 246. a.   
 Adventitii peculii proprietates primum quibusdam in bonis; postremo generaliter filios fam. concessa, usufructu patri relicto. 246. b.   
 Quibus casibus plena hic proprietates filio acquiratur.   
 & quid circa hac moribus nostris & Gallorum. 247. a.   
 Pecunia appellatione res omnes continentur. 183. a. b.   
 Pecunia signata usus perantiquus. 614. a. b.   
 Periculum & commodum rei vendita ad quem pertinet emptio perfecta. 616. b. 617. a.   
 Quid juris apud nos ex Constitutione Caroli V. ibid. b.   
 Permutationis incommoda. 613. b.   
 Petitoris in actione rescissoria intentio. 724. b.   
 Pictura cur tabulam cedere placeat. 158. b.   
 Domino tabula adversus pictorem quomodo succurratur. 159. a.   
 In concursu adversus tertium possessorem uter preferendus. 159. a. b.   
 Pigneratitia actio quando nascatur. 552. b.   
 quid differat ab hypothecaria.   
 ibid. b.   
 ad quid creditor pigneratitius teneatur. ibid. b.   
 Pignora in vicem satisfactionis quando admittantur. 105. a. b.   
 Pignoris varia significata. 552. a.   
 Pignus contrahi etiam sola conventionione. ibid. a.   
 Pignoris vendendi formam, à Justiniano praescriptam, hodie non observari.

240. a.   
 Etiam cum convenit, ut pignus distrabere liceat, unam saltem denuntiationem roquiri. 239. b.   
 Et quid juris si solutio sua die non facta. 239. b. 240. a.   
 Pignus inter, & hypothecam, nihil interesse, quantum ad actionem hypothecariam. 729. b.   
 Inter pignus & hypothecam quid proprie intersit secundum usum juris. ibid. b.   
 Pignus persequenti creditori quarum rerum probatio incumbat. 728. a.   
 Piscandi jus in flumine quo sensu dicatur commune. 126. b.   
 Pisces in alieno stagno capere jus sint. 134. a.   
 Poena constituta in eos, qui plus quovis modo petunt. 761. b. 762. a.   
 Poena nomine legare quid sit. 433. b.   
 434. a.   
 Cur solo legatum veteribus improbatum. 434. a.   
 Cur probatum Justiniano. ibid. a.   
 Poena stipulatione incertitudinis obligationis occurrere. 565. b.   
 An per subjectam poenalem stipulationem procedens obligatio novetur. 566. a.   
 Poenalem stipulationem valere, quamvis inutili subjecta sit. 591. b.   
 Poenam committi etiam ei, cujus nihil interest. ibid. b. 592. a.   
 Poena debetur, quantumque promissa. ibid. a.   
 Quoties stipulantis interest alteri dare, stipulatio alteri facta valet. ibid. a. b.   
 Polygamia nunquam in foro conscientia licita fuit. 43. a. 56. a.   
 Portus, vid. Flumina.   
 Posthumi alieni servus cur recta institui heres potuerit, ipse non potuerit. 311. a.   
 Posthumi qui proprio dicantur. & qui improprie seu quasi posthumi. 298. b.   
 Qui ex his agnascendo, qui succedendo, testamentum rumpant. 299. a.   
 Cur nepti quasi posthuma plus tributum olim, quam filia. 299. a. b.   
 Jus antiquum circa institutionem & exheredationem posthumorum. 299. b.   
 Quid Gallus circa nepotis posthumi institutionem introduxerit. 300. a.   
 Quid lex Velleja. 300. a. b.   
 Posthumi similes incerti personis. 424. b.   
 Posthumi sui & alieni. ibid. b.   
 Posthumus alienus quo sensu dicatur olim bene institui potuisse. 426. a.   
 Posthumorum appellatione venire omnes liberos nascituros. 81. b.   
 Postliminio reversus quando quis intellegatur. 71. b.   
 qua res postliminio recipiantur; & quid juris hodie. ibid. b.   
 origo vocis postliminii. 72. a.   
 Possidere quid sit, in argumento usucapionis. 228. b.   
 Possessionem legitimi temporis, ad usucapionem definiti,



continuum requiri. 229. a. Possessionis interruptio, ejusque effectus. 229. a. Etiam aliena possessionis accessione mihi licere ad implendam usucapionem. ibid. a. Possessionem justam defuncti prodesse heredi etiam scienti rem alienam esse, injustam nocere etiam ignoranti. 229. b. Possessionis accessione auctoris sui quando successor particularis utatur. 224. b. Possessio cur per extraneam personam acquiri possit. jus aliquod non possit. 252. a. Per consequentiam adepta possessionis etiam dominium nobis acquiri. 253. a. vel conditionem usucapiendi, sed demum postquam scientia intervenit. ibid. a. Possessio rerum hereditariarum nec suis heredibus continuatur. 469. a. Possidere quid proprie sit. 805. a. Vel controversia circa retentionem & amissionem possessionis, qua à Justiniano sublata. ibid. b. Etiam solo animo possessionem retineri. ibid. b. Ad acquirendam possessionem, & animo opus esse, & simul aliquo actu corporali. 806. a. Quibus modis possessio amittatur. ibid. b. Possidere pro herede prove possessore quid dicatur in interdito Quorum bonorum; & alia nonnulla scitu digna. 802. a. Possessor bon. fid. qui in alieno adificavit, qua ratione pretium materia & impensas consequatur. 154. b. quid juris in mala fid. possessore. 155. b. Possessor bona fidei fructus perceptos suos facit. 161. b. consumptos lucratur, extantes omnes restituit. 163. a. Praevis. 164. a. Ratio hujus juris. 161. a. 162. a. Possessor bona fidei quis sit. 161. b. quid, si postea cognoverit rem alienam esse. ibid. b. Possessor bona fidei an domino servum vindicanti restituere debeat, quod ex operis servi paratum extat. 251. b. Possessor mala fidei nullos fructus percipiendo suos facit, aut consumendo lucratur. 164. a. Possessores praeiorum provincialium quale jus olim habuerint. 174. a. Potestatem quam dominus in re sua habet, lege civili posse restringi. 41. b. Potestatis vocabulum in magistratu. 110. a. b. Praedia eorumque jura, cum effectu juris considerata, nunquam loco distinguuntur. 187. b. Prajudicialis actio quid, quotplex, & unde sic appellatur. 737. a. Cur actionibus in rem annumeretur. ibid. b.

Prælegatum dotis jure antiquo semper plus habuit, quam dotis obligatio. 410. b. an idem adhuc jure novo. ibid. b. Praescriptio non currit adversus agere non valentem. 724. a. Praescriptio moratoria, & alia dilatoria. 793. b. Praescriptio quadriennii fiscalis, nec olim cognita, nec canonibus aut moribus recepta. 226. b. Praesumptio duplex pro instrumento. 588. b. 590. a. 601. b. Præterita filia & nepotibus in potestate existentibus, quid olim juris. 294. b. 295. a. quid, præteritis posthumis. 297. a. b. quid, præteritis emancipatis. 300. b. quid, præteritis adoptatis. 302. a. Quid novi circa hac introduxerit Justinianus. 304. a. b. Præteritis à patre liberis, an legata beneficio nova legis conserventur. 362. a. Præterito filio, qui in potestate est, testamentum jure civili nullum esse. unde quatuor consecraria. 294. b. An tale testamentum prorsus inutile etiam jure prætorio. 295. b. Prætextatus sermo. 694. a. Prætor circa successiones ab intestato quemodo jus vetus emendarit. 519. b. Prætor heredem facere cur non possit. 520. a. Prætori unde, & qualis, condendi juris potestas. 19. b. Processus judicarii partes. 813. b. Princeps quatuordecim de bonis subditorum disponere potest. 41. b. Principes an & quatenus legibus soluti. 357. a. Privilegiorum usus rarus in statu democratico. 19. a. Probatio negativa, arctat a loco & tempore. 588. b. Procuratoris officium ac potestas, maxime hodie. 779. a. b. Procuratorem, de cujus mandato constat, non cavere de rato. 781. a. Procuratorum distinctio vulgata, in simplices, & cum libera, late improbat. 176. a. b. Prodigus, qui factio ipso talis, an is demum, cui simul interdicta rerum administratio. 103. a. non potest testamentum facere. 291. a. b. Profanum, quid, & unde dictum. 129. b. 130. a. Provincialium qui vectigales, qui stipendiarii. 175. a. Pubertus in masculis ex annis etiam olim æstimata. 97. b. Puberum minorum 25. annis obligatio. 686. b.

Publiciana actionis introducenda causa. 722. b. Cur, ut competat Publiciana, necesse sit rem traditam esse. & an aliquando competat re venditam tradita. 722. a. An & de rebus incorporalibus. ubi & de bona fide, &c. ibid. a. An etiam vero domino detur, & an cum rei vindicatione cumulari queat. ibid. a. b. Cur requiratur, ut possessio amissa sit, & amissa casu. ibid. b. Quasi & qualis in hac actione petitio- ris intentio. ibid. b. Adversus quem detur: quid ei obstat: tum quis ejus exitus. 723. a. Pupillariter substituere pater non potest, multo minus mater, liberis emancipatis. 331. b. nec neposi in potestate constituto, quem pater antecedit. ibid. b. An, ut valeat substitutio pupillaris, sufficit liberis in potestate esse tempore mortis. ibid. b. Vulgari casu expresso etiam pupillarem contineri. 332. b. An & ex converso. ibid. b. Pupillo, in quem solutio collata, recte solvi. 243. a. Debitorem, pupillo sine tutoris auctoritate solventem, non liberari, licet dominium transferat. 243. a. Pupillus, aut minor, non restituitur beneficio aetatis adversus solutionem factam secundum Consilium. Justin. 244. a. Quid, si nummos ita solutos salvos habeat. ibid. a. Si pecunia, quam pupillus sine tutoris auctoritate credidit, perierit, utrius futura sit jactura. 244. b.

Q

Quarta D. Pii, totorum bonorum, an portionis ab intestato debita, quarta pars sit: & num etiam hac aucta. 65. b. Quasi contractus quid sit. 647. a. Obligationem ex quasi contractu non esse ex tacita conventionione. ibid. a. b. Tacitum cum ficto, expressum cum vero perperam confundi. ibid. b. Quasi ex contractu heres legatariis proprie obligatur, non creditoribus hereditariis. 651. a. Quasi malefictum quid. 700. a. Querela cur etiam parentibus detur, & quibus, quando. 336. b. Quod statim post liberos ad querelam admittantur parentes, contra rationem juris videri. 363. b. An jure novissimo fratres cum parentibus ad querelam admittendi. 364. a. An fratres uterini cum consanguineis debeant concurrere. 364. a. Querela inofficiosi testamenti quando liberis

*beris exhereditatis aut praeiuris necessa-  
ria.* 359. a. 363. a. quando posthumis.  
365. b. 366. a.  
*Querela inofficiosi, utrum sit actio, si-  
ve petitio, an remedium aliquod ab  
actione separatim.* 361. a.  
*Querela non datur iis, qui alio jure  
venire possunt.* 365. b. *Parenti manu-  
missori cur datur, cum contra tabulas  
petere possit.* 365. b.  
*Querela inofficiosi cur colorem dementia  
veteres praeiuraverint: & num idem  
adhuc hodie.* 361. b.  
*Querela inofficiosi renuntiare videri,  
qui iudicium defuncti agnovit. & in  
universam de effectis agnitionis & op-  
pugnationis iudicii defuncti, cum col-  
latione juris veteris & novi.* 369. a. b.

R.

**R**apina poena. 681. b. Poena rapina,  
qua privatis applicatur, &c. exo-  
levit. 683. a.  
*Recipere, quid.* 730. b. *Actionis recepti-  
tia & constitutoria discrimen.* ibid. b.  
*Regula; Quod semel utiliter constitu-  
tum est, durat, licet ille casus extit-  
terit, unde incipere non potuit;  
quando locum habet, & quando con-  
traria.* 327. b.  
*Regula; Neminem posse rogari, ut  
plus restituat, quam ipse cepit; de-  
claratio.* 458. b.  
*Reipubl. causa qui abesse dicantur; &  
qua horum peculiaris.* 110. a.  
*Religiosus locus ut fiat, quae necessaria.*  
130. b.  
*Remedium l. ult. C. de edict. D. Ha-  
driani tollendo.* 802. a. b.  
*Rerum communium usus omnibus com-  
petit.* 125. a. *quatenus harum rerum  
quid occupari, quo effectu, possit.*  
125. b. *quatenus differant ab his, qua  
nullius sunt, communi usui non attri-  
buita.* ibid. b.  
*Rerum immobilium translatio quid jure  
Bataavorum desideret.* 177. b.  
*Res omnes aut in bonis nostris sunt; aut  
extra bona: tertium genus non datur.*  
124. a.  
*Res sacra, & persona consecrantis*  
129. a.  
*Rescindentis & rescissorii iudicii com-  
mentum.* 724. a. b.  
*Rescripta contra jus elicitia; & preces  
sub-obreptitia.* 19. a.  
*Restitutio adversus eum, qui absens u-  
sucepit rem in civitate manentis. ubi  
& alia.* 723. b. *adversus eum, qui  
praesens rem absentis usucepit.* 725. a.  
*Restitutio adversus usucapionem an*

*datur ex sola causa ignorantiae.* ibid. b.  
*Restitutio & rescissio ex edicto; Quae in  
fraud. cred.* 727. a.  
*Recentio rei dotalis quibus ex causis ma-  
rito olim concessa. & quid postea hic no-  
vi.* 764. b. *Retentio extra causam do-  
tis.* ibid. b.  
*Reus quid & unde dicitur.* 566. a. *Duo  
rei stipulandi qui.* 567. a. *Duo rei pro-  
mittendi.* ibid. a. *Duo rei debendi non  
aliter nunc fiunt, quam si id speciali-  
ter actum.* ibid. b. *jure novissimo iis  
competere beneficium divisionis, non  
tamen in foro mercatorum.* 568. a. *Solu-  
tione, aliove modo, qui vice solu-  
tionis sit, promissore ab uno è reis cre-  
dendi liberato, totam tolli obligatio-  
nem.* ibid. a. b. *Uno è duobus reis pro-  
mittendi solvente, &c. omnes libera-  
ri.* ibid. b.  
*Ripa quid sit.* 127. b. *Ripa non sequuntur  
conditionem fluminis, ut litora  
maris.* 127. b. 128. a.  
*Roma olim commune forum.* 706. b.

S.

**S**abiniano Senatusconsulto quid cau-  
tum. 478. a.  
*Sacra privata.* 129. b.  
*Sancti appellatio quam late patent.* 131.  
a. b. *inter sancta an recte porta nume-  
rentur.* 131. b.  
*Satisfactio tutorum apud nos qualis, &  
nonnulla alia.* 106. a.  
*Satisfactionum modus & usus hodie-  
nus.* 783. b. 784. a. b.  
*Satisfacere & solvere, item fidejuberi  
& expromittere, quomodo differant.*  
175. a. b.  
*Scriptura non pertinet ad essentiam le-  
gis.* 15. a.  
*Senatusconsulti Macedoniani scopus.*  
772. b.  
*Senatusconsulto Trebelliano qua incom-  
moda causam dederint.* 451. a. *Qua  
Senatusconsulto Pegasiano.* 447. b.  
*Hoc Senatusconsulto vim legis Falci-  
dia productam ad fideicommissa heredi-  
tatis.* 448. a. *Discrimen legis & Sena-  
tusconsulti circa res, qua imputan-  
tur.* 448. a. *Heredes qui ultro totum,  
quod rogatus est, restituit, an solus  
onera subeat ex Pegasiano.* 449. b. *Caput  
Senatusconsulti de cogendo nolentem  
adire.* 450. a.  
*Senatus juris condendi potestatem quan-  
do & unde acceperit.* 17. a.  
*Senatusconsulto Tertulliano matri, ter-  
aut quater enixa, liberorum delata  
legitima hereditas.* 492. a. *Qui matri  
praelati ex eo Senatusconsulto.* ibid. b.

*Fus novum circa matris legitimam  
successionem liberorum vulgo quasiro-  
rum.* 493. b.  
*Sententia sine certa quantitate prolata  
cur non valeat.* 758. a. *Sententia cer-  
titudine unde metienda.* ibid. a. b. *etiam  
in petitione incerta certam debere ferri  
sententiam.* ibid. b. *Quibus casibus  
certa sententia ferri nequeat.* ibid. b.  
*Sententia nullius momenti: qua, licet  
injusta, valeant. & quid circa hac in  
Belgio.* 816. a. b.  
*Sepulchra privata antiquorum, & ho-  
sterna.* 130. a. b.  
*Servi quomodo à dominis tractandi.*  
40. b.  
*Servi poena qui.* 70. a. *Servitus poena  
sublata.* ibid. a.  
*Servi in his regionibus nulli.* 28. a.  
*Servi cur nobis etiam ignorantibus &  
inivitis acquirant.* 248. b. *Cur hinc ex-  
cipiatur hereditas.* 249. a. *Ad possessio-  
nem per servum domino ignoranti acquirat-  
ur ex quacunque causa.* 249. a.  
*Servitus quo sensu dicatur contra natu-  
ram esse.* 27. a. *Voluntaria in servitu-  
tem datio.* 28. b. 29. a.  
*Servitus praedii quid sit, quid ea requi-  
rat.* 184. a. b. *Servitutes praediorum  
omnes perpetuam causam habere de-  
bent.* 184. b.  
*Servitutes altius non tollendi, lumi-  
num, & ne luminibus officiantur, an  
differant.* 190. b. *Aquabausus, pe-  
coris ad aquam appulsus, an inter ser-  
vitutes praediorum recte numerentur.*  
191. b. *Servitus communi praedio ab  
uno neque constitui neque acquiri po-  
test.* 193. a. *Ad constituendam servi-  
tutem non sufficit sola pactio.* ibid. a.  
*Ultima voluntate constituitur ipso ju-  
re.* ibid. a. *Per usum ac possessionem no-  
stram quomodo capiatur.* ibid. a. *qui-  
bus modis amittatur.* 194. b.  
*Servitutes stillicidiorum & fluminum.*  
188. a. *Fus altius tollendi sine servi-  
tus.* 189. a. b. & 716. b.  
*Servitutes signi immittendi & oneris  
ferendi sunt distincta, item prosciundi  
& protegendi.* 188. a. b.  
*Servitutum personalium species.* 195. a.  
*Servo proprio herede instituto, quis cir-  
ca acquirendam hereditatem effectus.*  
309. a. *quid circa idem instituto servo  
alieno.* 310. a.  
*Servo heredis cur pure inutiliter lege-  
tur.* 430. a. *cur domino heredis, uti-  
liter.* ibid. b.  
*Servo alieno, qui paterfam. credebatur,  
instituto, hereditas ex aquo dividit-  
ur inter substitutum servi & domi-  
num.* 329. b.  
Ser-

Servus fructuarius cui acquirat, si dicat se domino proprietatis accipere ex re fructuarii. 250. a. Servus fructuarius contemplatione fructuarii heres institutus, jussu fructuarii hereditatem adire debet. 250. b.

Servus proprius, simpliciter tutor datus, directio liber sit. 79. a.

Sestertius, & sestertium, an idem valeant. 514. a.

Societas quid, quarum rerum, quando, & quomodo. 629. a. Species societatis subjectis distincta. 630. a. Universorum bonorum societas, & ejus effecta. ibid. a. Inter conjuges moribus Belgii. ibid. a. b. Qua bona communiscitur, si societas simpliciter coita sit. ibid. b. Si de partibus societatis nihil convenierit, partes in lucro & damno aequales esse. 631. a. b. Si partes expressa, ha servanda, qualiscunque collatio sit. ibid. b. Notabilia quadam circa casum, quo ab uno pecunia, ab altero opera conferitur. 632. b. Quid, si convenierit, ut unus lucri sit particeps, damni immunis. 633. a. Si in una tantum causa, puta in lucro, pars expressa, in altera eadem servari debet. ibid. a. Societas, unius & socii renuntiatione solvitur. ibid. b. 634. a. Quibus ex factu renuntiatione tacite arguitur. ibid. a. Malitiosa renuntiatione quatenus cui noceat. ibid. a. Solvi societatem etiam morte unius & pluribus. & quo id pertineat. ibid. b. Ad quem gradum diligentia culpa in judicio societatis exigatur. 636. b.

Solennitates quatenus quibus in testamentis paganorum, remissa. 264. b. quatenus jura Canonum & multorum moribus. 265. a.

Solutio quid proprie. 657. a. Aliud pro alio invito creditori solvi non posse. ibid. a. b. exceptiones hujus regula. ibid. b. Ad justam solutionem requiri, ut solvatur simul & semel totum, quod debetur. ibid. b. 658. a. Licere unicuique pro debitore solvere etiam ignorante & invito. ibid. b. Quid, si creditor solutionem ab alio oblatam recuset accipere? & quid, si alius pro emphyteuta canonis solutionem offerat. 659. a. Fidejussore pro reo simpliciter solvente, utrum ipso jure reus liberetur, an per exceptionem. ibid. a. b.

Sortis judicium apud veteres frequens. 422. b.

Species, vid. Genas.

Species nova non acquiritur facienti, nisi eam fecerit suo nomine & bona fide. 146. a.

Specificatio pertinet ad modos acquirendi per occupationem. 145. b. circa specificationem, Proculi & Sabini dissensus. 146. a. b. media sententia qua ratione nitatur. 146. b.

Sponsalia. eorum genera & effectus 44. a. b.

Sponsores, vades, prades. 595. a.

Spurii an pro turpibus personis habendi. 364. a. b.

Status controversiam quis pati dicitur. 113. a.

Statuta qui, qua conditione, condere possunt. 12. a. b.

Stipendium & tributum an differant. 174. b.

Stipulatio quid sit. 554. a. Stipulationum usus quam varius. ibid. a. Stipulatio non habet certam & determinatam naturam. ibid. b. Stipulationis vera originas. 555. b. Ad substantiam stipulationis qua adhuc requirantur. 556. a. Moribus hodiernis stipulationum & pactorum jura fere confundi. ibid. b. Ex pura stipulatione statim agi potest. 557. a.

Stipulatio non valet, in quam res deducta est, qua non est, nec anquam fuit. ubi de hippocentauris. 575. a.

Quid, si deducta res, qua esse desit. ibid. a. Quid, si, qua non sit in commercio. 576. a. Quid, si stipulator sciat non esse in commercio. ibid. a.

Quid, si ille ignoret, promissor sciat. ibid. a. b. Quando stipulatio utilis earum rerum, quae secundum quid extra commercium. ibid. b. De stipulatione rei suae. 575. a. Stipulatio extinguitur in casum deducta, unde incipere non potuit. ibid. a. An ex contrario iterum restituatur. ibid. a. Res commercio exempta, nec sub conditione, in stipulationem recte deducitur. ibid. a.

Stipulatio in alium collata quid tribuat stipulatori. 580. a. Quid, adjecto solutionis causa. ibid. a. quid permittat promissori. ibid. a. b. quid, si adjectus status mutaverit. ibid. b. Quid juris, si quis conjunctim sibi & alteri stipuletur. 581. a.

Stipulatio, post mortem stipulatoris aut promissoris, aut in ante diem mortis, concepta, cur olim inutilis. 588. b. & c. Qua ratione jus vetus mutatum. 589. a. Stipulatio praeposteria. ib. a. post mortem alterius concepta, aut in tempus mortis reorum. ibid. b. & c. Quid inter sit, utrum plures res conjunctim an disjunctim in stipulationem deductae. 591. a.

Stipulationes & obligationes ad hoc

comparata, ut unusquisque acquirat sibi: qui alii stipulatur, nihil agit. 579. a. 591. b. Qua hic cautiones adhibenda. 579. a. Quibus in causis admissum, ut alteri ex conventionem alterius utilis actio detur. ibid. b.

Stipulationes empta & vendita hereditatis. 450. a. partu & pro parte. 448. b. Cur ha stipulationes captiofa. 451. a. b.

Stipulationes rem pupilli salvam fore, rem ratam haberi, & dupla, an recte dicantur communes. 573. b.

Stipulationum judicialium usus. 571. b. exempla harum stipulationum. 572. a.

Stipulationes pratoria unde cognoscantur earum usus & exempla. ibid. a. Quibus in causis locus adilitiis. ibid. b. Distinctio stipulationum judicialium & pratoriarum ad usum fori accommodata. ibid. b.

Subsidiaria actio quando pupillis detur adversus magistratus. 107. a. b. qui magistratus ea actione teneantur: & an hodie ad huc in usu. 108. a. b.

Substitutio vulgaris in suo herede non operatur in casum impotentia sed voluntatis. 325. a.

Substitutio pupillaris unde dicta, & quo aspectu substitutio. 330. a.

Substitutio pupillaris extinguitur anno quattuordecimo aut duodecimo completo. 345. a. Si longius tempus comprehensum, an substitutio valeat jure fideicommissi. ibid. a. An ad causam fideicommissi trahatur substitutio a libertate incipiens. 345. a. b. Apud Batavos substitutio pupillaris non est locus. & quid de exemplari. 346. b.

Substitutio exemplaris quo consilio introducta. 336. a. b. Quid juris, si uterque parens exemplariter substituit. 336. b. Substitutio exemplaris an ad mutos quoque & surdos porrigenda. 337. a. Etiam impuberibus mente captis, qui in potestate sunt, recte exemplariter substitui. 337. b. Si plures sint mente capto liberi vel fratres, posse vel unum ex his substitui. ibid. b. An exheredatus exemplariter recte substituat. ibid. b. An substitutio exemplaris per resipiscentiam infirmata vires recipiat redeunte morbo. 338. a.

Substitutionis verbum, quam varie usurpetur. 322. a. b. Substitutiois divisio in directam & fideicommissariam. 322. b. Substitutionis nomine simpliciter posito intelligi directam: & perfecta hujus definitio. 323. a. Substitutionem in codicillis factam sustineri in vim fideicommissi. 324. a.

Substitutionis pupillaris exheredato facta formula. 340. a. à substituto filii exheredati patrem legare non posse, sicut nec ab ipso exheredato. 340. b.

Substitutionis pupillaris formula generali soli vocati intelliguntur, qui heredes nominatim scripti. 344. a. ex eadem formula soli veniunt, qui patri heredes exsisterunt. 344. b. Alius ejusdem formula effectus. ibid. b.

Substitutus substituto intelligitur etiam substitutus instituto. 327. b. &c.

Substitutus pupillo quando vi formula vulgaris admittatur. 333. b. Quando vi formula pupillaris. 334. a.

Substitutus pupillaris excludit heredes omnes legitimos, etiam matrem. 334. b. etiam quoad legitimam. ibid. b.

Idem in pupillari tacita. 335. a.

Succedere in capita quid sit, quid in stirpes. 470. b.

Succedendi ab intestato ratio ex jure novissimo. Successio liberorum. 501. b.

Successio parentum. 502. a. Successio collateralium. 503. b.

Succedendi ab intestato ratio apud Batavos. 504. a. b.

Successioni in legitimis hereditatibus cur olim non esset locus. 488. a. &c. Cur Justinianus admiserit. 489. b. Quid sit, quod dicitur, successionem non esse in suis heredibus: & num id mutatum. 489. a.

Successionis in stirpes usus initio tantum inter suos heredes fuit: tum hujus successionis ratio. 470. b. Quatenus procedente tempore extensa. ibid. b. Cur in ea proximior ulteriorem non excludat. 471. a. Ad successionem intestati qui descendunt, lege 12. tabb. & a patre vocentur. 479. b. Furis veteris derogatio qua ratione, & a sufficienti nitatur. ibid. b. Quatenus primum leg. C. Theod. de iur. l. ult. C. de suis & leg. liber. juri veteri derogatum: & alia non trita. 480. a. b. &c.

Sui heredes qui dicantur. 374. a. ratio hujus nominis, & quadam alia non passim obvia. 374. b. Altera horum heredum qualitas. sc. necessitas. & quid ea operetur. 375. b. Prator jus iuratis non sustulit dato beneficio abstinendi, sed necessitatem. ibid. b.

Surdi & muti pro herede gerere possunt. 385. a. b. Quid, si hereditas delata infanti aut furioso. ibid. b.

Surdos & mutos natura in militiam legi non posse. 281. b.

Suspectum recte postulari etiam apud eum, cui mandata jurisdictio. 118. a.

Suos heredes sub alia conditione institui

non posse, quam qua sit in eorum potestate. 319. a.

Suus heres an quis existere possit, quo tempore inspiciendum. 471. b.

Suus heres accepto vulgari substituto, ex necessario fit voluntarius, salva qualitate sui heredis. 324. b.

T.

**T**estamentum annulo duntaxat signare licuerit, an & alio instrumento. 265. b. 266. a.

Testamenti factio quoruplex. 266. b.

Testamenta non moris, sed literis scribenda. 275. a.

Testamenti scripti. 262. b. mixti ex pratorio & civili forma. 263. a. b. In testamento scripto non exigi, ut testis intelligat sermonem testatoris. 263. a.

Singularia in testamento caci. 292. a.

Testamenti factionem cur filiis non habuerint. 287. a. Cur ne patre quidem consentiente potuerint testari. & quid hic de codicillis & morsis causa donatione. 287. a. b. Circa hac mores nostri. 290. a.

Testamento patris non subsistente, & filii nullum esse. 342. a. b. idco patrem prius sibi debere testamentum facere. ibid. a. Testamento patris per querelam rescisso pupillarem substitutionem concidere, & cur non item bonorum possessione cont. rab. 342. a. b. quid juris hic jure novissimo. 342. b.

Testamento scripto cum nuncupativo communia. 276. a. discrepantia. ibid. a.

Testamentum factum juxta statutum aut consuetudinem alicujus loci an etiam vim habeat extra illum locum. 277. a.

Testamentum unius in plures codices referri potest. An & testamenta plurimum in codicem unum. 275. a.

Testamentum à pagano non rite factum, si is postea militare cepit, an id jure militia valeat sine nova voluntate in castris declarata. 283. b.

Testamentum in procinctu. 259. a. b. Calatis comitiis. 258. b. per as & libram. 259. b. quando hac in usu esse desierint. 260. b. testamenti pratorii forma. 261. a. 262. b.

Testamentum antea factum cur furor postea incidens &c. non vitiet: capituli deminutio vitiet. 290. b. 291. a.

Testamentum ut consistat, quam in persona testantis requirantur. 285. a. b.

Testamentum apud hostes factum jure postliminii non convalescere. 292. b.

293. a. quid hic juris hodie. 293. a.

Testamentum in genera quid sit. 255. a. b.

alia testamenti descriptiones examinatae. 257. a. allusiva & vera testamenti notatio. 256. a. Genera testamentorum. 255. a. b.

Testamenti factio sine juris gentium, an juris civilis. 256. b. liberam testandi potestatem apud multos non esse, nec apud nos de foudis. 257. b.

Testamentum ruptum natiuitate posthumi prateriti, eo ante patrem mortuo, vires recipere. 353. a. testamenti posterioris cancellatione restitui prius, cujus tabula integra. 353. a. differentia circa restitutionem testamenti irriti facti maxima aut media capituli deminutione, & arrogatione. 353. b.

Testamentum rite factum nuda contraria voluntate non infirmari, quamvis eam septem testibus declarata. 354. b.

Quid juris si causa adjecta, Quia volo decedere intestatus. 355. a. Cur ne novi quidem testamenti inceptio vim corrumpendi prioris habeat. 355. b.

temperamenta hujus doctrina. 356. a.

Testamentum quot modis rumpatur. 347. b. 348. b. Testamento deleto, inciso, &c. utrum sico deseratur hereditas, an venientibus ab intestato. 348. b. An jura de incisione, inductione, &c. agentia pertineant etiam ad testamentum nuncupativa, de quibus instrumentum conficitur, ut nunc moris est. 348. b. 349. a. Cur prius testamentum rumpatur per posterius, etiam tabulis integris manentibus. 349. a. etiamsi non revocetur. ibid. a. Quid juris si prius testamentum continent clausulam derogantem. 349. b. Quid, si ex posteriore nemo heres exsisterit. ibid. b.

Testamentum destitutum. 358. a. 466. b.

Testandi facultatem naturam non habere, quem natura voce & auditu privavit. 281. b. Quid de his, qui casu muti aut surdi facti. notata simul oscitantia Compilatorum. 281. b. 282. a. & quid hic jure communi. 290. a.

Testandi forma in his regionibus. 276. b.

Testandi facultatem capite damnati olim amittebant. an postea ab eo jure recessum. 285. b. 286. a.

Testandi jure militari privilegium etiam nostri temporis militibus competere. 285. b.

Testato pro parte & intestato nemo decedere potest: & quam rationem id habeat. 313. a. circa idem mores hodierni. 314. b.

Testatoris voluntas declarata testamen-

to minus solenni an obligat in foro conscientia. 263. b.  
 Testes ad testamentum adhiberi non possunt, nisi, surdi, caeci. 267. a.  
 Testis in testamento esse non potest qui est in potestate testatoris. & quid de filio emancipato. 270. a. An pater in testamento filii post missionem testantis de castrensi pecunia recte testis adhibeatur. 270. a. b. &c. testes domestici cur reprobenentur, & quid hic testimonium domesticum. 271. a.  
 Testis an recte adhibeatur heredis pater, in cuius potestate non est, aut filius heredis emancipatus. 272. b.  
 Testibus in testamento militis scripto opus non esse. 280. b. quot testes à militis per nuncupationem testante adhibendi. ibid. b. An rogatio testium militi necessaria. ibid. b.  
 Testium conditio tempore testamenti spectanda. 268. a. idem juris & in habitate putativa. 268. b. quid, si quis à testibus ante apertas tabulas moriatur. ibid. b.  
 Thesauri varia significata. 168. b. inventus in loco proprio, acquiritur inventori. 169. a. etiam in loco sacro aut religioso. ibid. a. in alieno inventus pro dimidio inventoris fit, pro altero dimidio conceditur domino. 170. a. ratio huius juris. ibid. a. quid juris hodie. ibid. a.  
 Tigni appellatio quam late pateat. 154. a.  
 Traditio vera & ficta. 171. b. 172. a. Citra traditionem dominia jure gentium non transferri. 171. a. An ad transferendum dominium requiritur vacua possessionis traditio. 171. b. 172. a.  
 Traditio non transferri dominium nisi iusta causa praeceperit, saltem opinione tradentis. 173. a. Dissensio in causis tradendi an & quando impediat domini translationem. ibid. a.  
 Triboniani collectiones minime necessaria. 478. a.  
 Triboniani duplex error animadversus. 113. a. b. 152. b.  
 Triboniani testimonium de nudorum corporum inspectione suspectum. 97. b. 98. a.  
 Tutela, in abstracto considerata, est juris gentium; in concreto, juris civilis. 95. b. Tutela affectata. 111. a.  
 Tutela legitima, minima capitis deminutione non amplius tollitur. 83. b. ejus vix apud nos usus: & quid moris essent testamantaria. ibid. b.  
 Tutela legitima species. 82. a. Agnatorum. 82. a. b. patronorum. 87. a. pa-

rentum. 88. a. fiduciaria. 89. a.  
 Tutela definitio explicata. 75. b. species tutela. 76. b. tutela an minus publicum. 109. a.  
 Tutelam moribus hodiernis pubertate non finire. 98. a. 100. a.  
 Tutor an jure datus sit, quibus ex rebus estimandum. 77. b. qui quibus testamento tutores dare possunt. 76. b.  
 Tutoris à patre dati confirmatio quid differat à dato à matre vel extranea. 77. b. Tutores confirmati pro testamentariis habendi. 78. a. Tutorum genera apud nos. 78. a.  
 Tutor à magistratu dari non potest minor 25 annis. 79. b. Non potest dari ad certam rem. secus apud nos. 80. b.  
 Tutor, praeter dolum, & culpam praestat, sed leviam duntaxat. 650. a.  
 Tutor, ob culpam latam remotus an fiat infamis. & quid moribus nostris. 120. b.  
 Tutor interdum à magistratu datur impuberi aut ad eundam hereditatem. 91. b. ratio cogendi tutores ad tutelam suscipiendam. 92. a. Tutores dati, qui excusari volunt, non debent appellare. 115. a. b.  
 Tutores quando & quoties apud nos rationem reddant. 94. a.  
 Tutoris gubernatio quibus in rebus consistat. 95. a. quibus in rebus necessaria aut supervacua tutoris auctoritas. ibid. a. auctoritatis interponenda modus. 96. a.  
 Tutoris unius, ex pluribus satisfactioni non obnoxii, provocazione ceteros satisfactioni subjici. & quis ordo in tutela administratione uni committenda. 106. b.  
 V.  
 Vexigal navigantibus qui jure imponant. 126. a.  
 Venditor an praefixo teneatur rem tradere. 608. a.  
 Venditor levem duntaxat, non etiam levissimam culpam praestat, nisi custodiam in se susceperit. 617. b. 618. a.  
 Quorum rerum venditio recte fiat. 619. b. Quid juris si uterque aut alteruter qualiter rei nesciverit. ibid. b.  
 Venia aetatis quando, qua conditione, & à quo concedatur; & cur citius feminis, quam masculis: ubi & mox de moribus patria. 100. a. b.  
 Veritas plus valet, quam opinio interdictum contra, & quando. 405. b. 406. a.  
 de Verborum obligationibus. 553. a. b.

Victus victori in expensat, &c. damnandus. 811. a. b.  
 Via quid sit, quid contineat, & quibus rebus differat ab actu. 186. b.  
 Vindicare qui rem instituit, eum adhuc interdicto agere posse; & de iudicii petitoris cum possessorio cumulatione. 803. b. 804. a.  
 Vindicare quid. lis vindiciarum. vindictia. & alia. 740. b.  
 Vinum. vide, Frumentum.  
 Violentia varia genera. 681. a.  
 Vitium actoris successoris neque prodest, neque nocet. 224. b.  
 Vitium possessionis quomodo purgeur. 220. b.  
 Unio prolium in Germania. 62. a. b.  
 Universitas non titulum acquirendi, sed rem, qua acquiritur, significat. 254. a. modi acquirendi per universitatem. 254. a. b. Species acquisitionis per universitatem apud nos accepta. 255. a. b.  
 Universitatis res qua, & quantum in his juris singulis. 128. a. b.  
 Usuarium etiam ex fructibus industrialibus sumere potest: & qua conditione. 208. a. Modus utendi, & quam large aliquando cum usufruario agatur. 208. b. quarum partium fundi possessio quodammodo penes usufrarium. 208. b. 209. a. Non potest utendam alii locare aut vendere. 209. a.  
 Usuarium non prohibetur, dum ipse inhabitet, partem adium, quam non occupat, alteri locare. 210. a.  
 Usucapionis & praescriptionis verus differentia. 213. a. b. In persona usucapientis qua necessaria. & de bona fide. 214. b. de justo titulo. 215. a. Cur praedia provincialia usucapi non poterint. 215. b. Qua res usucapionem non recipiunt. 216. b. Error falsa causa obstat usucapioni. 222. a.  
 Usucapionis tempora an apud nos observentur. 216. a. Juris de usucapione constituti ratio. 215. b.  
 Usus quid sit, quid uti, qua onera usufruarii. 206. a. b. 207. a. quid inter usum & usumfructum interstet, tum in constituendo, tum in amittendo. 207. b.  
 Usus servorum. 210. b. jumentorum. 211. a. pecorum. ibid. a.  
 Ususfructus in rebus fungibilibus constitui non potest. 200. a. In hoc rerum numero non sunt vestimenta. ibid. a.  
 Ususfructus amittitur non utendo per modum constitutum. 204. a. quanto tempore non utendo amittatur. 204. a. An olim sicut adrogatione, ita & adoptio-

# INDEX RERUM ET VERBORUM.

*adoptione & emancipatione, perierit.*  
 203. b. *Extraneo cessus ad proprietatem reuertitur.* 204. b. *Curmucatione rei extinguatur.* 205. b. *Quando res mutata aut non mutata intelligatur.* 205. b.  
*Ususfructus quibus modis constituatur.*

198. b. *testamento constitui ipso jure, inter vivos pactioibus sed si sequatur traditio.* 199. a. *quid in definitione ususfructus verbo juris significetur.* 195. b. *quid sibi velint verba, sublato corpore.* 198. a. b. *usumfructum formalem semper esse in re aliena: &*

*quo sensu dicatur pars domini.* 196. a. *Ususfructus definitione non contineri colonum, creditorem arn &c.* 196. b. *neque maritam, heredem fiduciarium, emphyteutam.* 197. a. *Quid in definitione sibi velit, salva rerum substantia.* ibid. b.

## F I N I S.















